



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/DC/0009/14, EUROPAC

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 2 de abril de 2014

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/DC/0009/14, EUROPAC, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PAPELES Y CARTONES DE EUROPA, S.A. (EUROPAC) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia (DC) de 18 de diciembre de 2013 por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, en el marco del expediente S/0469/13.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 12 de noviembre de 2013 EUROPAC solicitó a la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (CNMC) la confidencialidad de determinada documentación recabada en formato electrónico en la inspección domiciliaria realizada en la sede social de EUROPAC los días 10 y 11 de abril de 2013, que la DC pretendía incorporar al expediente S/0469/13.

2. Con fecha 18 de diciembre de 2013 la DC dictó acuerdo por el que se denegaba la confidencialidad de parte de dicha documentación dado que, o bien se trataba de información conocida por los operadores en el mercado de referencia, o bien se trataba de información relevante para el esclarecimiento de los hechos a investigar. Dicho acuerdo fue notificado el 19 de diciembre de 2013.
3. El 2 de enero de 2014 EUROPAC presentó, mediante correo ordinario, escrito de recurso contra el Acuerdo de la DC de 18 de diciembre de 2013, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 LDC. Dicho escrito tuvo entrada en la CNMC el 13 de enero de 2014.
4. El 14 de enero de 2014, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
5. Con fecha 17 de enero de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por EUROPAC. En dicho informe, la DC propone la desestimación del recurso reiterando que la documentación objeto de controversia, o bien ha perdido su carácter confidencial por tratarse de datos conocidos fuera de EUROPAC, o bien se considera información relevante y necesaria para la instrucción del expediente.
6. Con fecha 31 de enero de 2014, el Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de EUROPAC, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones. Dicho acuerdo fue notificado a EUROPAC el 4 de febrero de 2014.
7. Mediante escrito de 6 de febrero de 2014, con entrada en la CNC el mismo día, EUROPAC solicitó la ampliación del plazo para presentar alegaciones, que fue concedida por Acuerdo del Consejo de la CNMC el 7 de febrero.
8. El 4 de marzo de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones EUROPAC al informe de la DC de 17 de enero de 2014.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 27 de marzo de 2014.
10. Es interesada PAPELES Y CARTONES DE EUROPA, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 LDC prevé que *“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En consecuencia, y de acuerdo con los artículos 21.2 de la Ley 3/2013 y 14.1.a) del RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DC de 18 de diciembre de 2013, por el que se deniega la confidencialidad de determinada documentación solicitada por EUROPAC en el marco del expediente S/0469/13.

En su recurso, EUROPAC solicita al Consejo de la CNC que: (i) otorgue la confidencialidad de los documentos nº 2, 9, 10, 11, 14, 15, 16 y 20; (ii) ordene a la DC que incorpore al expediente S/0469/13 las versiones no confidenciales de los mismos aportadas en su escrito de 12 de noviembre de 2013 y (iii) suspenda cautelarmente el Acuerdo de la DC de 18 de diciembre de 2013, en relación con los documentos anteriormente señalados, hasta la resolución del presente recurso.

EUROPAC alega que el Acuerdo de la DI de 18 de diciembre de 2013 le causa perjuicio irreparable. Argumenta, en relación con ello, que la revelación al resto de interesados en el expediente S/0469/13 de la información controvertida, dado su carácter confidencial, le produciría automáticamente un perjuicio económico irreparable *“no susceptible de reparación mediante ulteriores recursos”*.

En primer lugar, efectúa determinadas aclaraciones en relación con las características de su negocio para, de acuerdo con ellas, posteriormente examinar la confidencialidad de los documentos discutidos. Así, diferencia entre su División Papel y su División Cartón, independientes entre sí. Señala que la primera está activa en la fabricación y venta de papel por lo que es habitual que negocie precios y volúmenes de papel con

empresas cartoneras que serían, pues, clientes y no competidores. En cuanto a su División Cartón, indica que está activa en la fabricación de cartón ondulado y envases de cartón ondulado, por lo que es usual que negocie precios y volúmenes de papel con fabricantes de papel, que no serían competidores sino proveedores.

A continuación, analiza de forma individualizada cada uno de los documentos cuya confidencialidad solicita justificando la misma con los argumentos que se exponen a continuación:

- Documento nº 2: EUROPAC solicita la confidencialidad del nombre del cliente que aparece mencionado en la línea del “Asunto”, en tanto que considera que el Acuerdo de la DC de 18 de diciembre de 2013 no es suficientemente claro al respecto. Añade que dicho dato constituye secreto comercial dado que ni ha sido objeto de difusión ni es imprescindible para formular acusación contra otros interesados y garantizar así el derecho de defensa de éstos.
- Documento nº 9: afirma que es información relativa a la política interna de precios de transferencia, ya que consiste en un correo enviado por el responsable de compras de papel para la fabricación de cartón al responsable de la venta de papel en el que se solicita la aplicación de las mismas condiciones de venta que la división de papel aplica a otros clientes. Por tanto, tratándose de un documento interno no difundido entre terceros cuestiona su utilidad para sustentar una hipotética imputación.
- Documentos nº 10 y 11: EUROPAC indica que se trata de correspondencia entre el responsable de compras de papel para la fabricación de cartón y personal de la División de Cartón sobre variaciones de precios comunicadas individualmente al primero por parte de dos proveedores de papel diferentes. Señala que mientras que la DC sí otorga la confidencialidad a uno de los proveedores no lo hace con SAICA por entender que esa bajada de precios es conocida por el resto de operadores del mercado, cuestión que no comparte EUROPAC señalando que ello ni consta ni se deduce del documento discutido.
- Documento nº 14: según EUROPAC, en este correo el Director comercial de la División de Papel traslada a otros directivos de la misma sus conversaciones con dos empresas cartoneras que, actuando como clientes, le informan de la subida de precios del papel que va a llevar a cabo SAICA, subida confirmada en el correo de respuesta tras contrastar dicha información con otros clientes. EUROPAC no entiende en qué medida pueden ser idóneos para sustentar una hipotética imputación a cualquier interesado en tanto que se trata de un documento interno referido a conversaciones de EUROPAC con sus clientes.
- Documentos nº 15 y 16: considera que su contenido constituye secreto comercial dado que incluye los términos de una posible oferta a un cliente potencial y la propuesta de estrategia a seguir por EUROPAC para presentarla,

sin que pueda sustentar una posible acusación contra otros interesados en el expediente.

- Documento nº 20: en tanto que consiste en una propuesta de bajada de precios a presentar por EUROPAC a varios clientes, EUROPAC entiende que no cabe el argumento esgrimido por la DC en relación con que su contenido se haya compartido con competidores dado que las comunicaciones se efectúan a clientes y que, por tanto, su identidad no resulta necesaria para fundamentar una hipotética acusación relacionada con acuerdos entre competidores.

En su informe de 17 de enero de 2014, la DC entiende que debe mantenerse el contenido de su Acuerdo de 18 de diciembre de 2013 y desestimarse el recurso interpuesto dado que los documentos controvertidos, o bien han perdido su carácter confidencial por ser conocidos fuera de la empresa, o bien se trata de información relevante y necesaria para la instrucción del expediente sancionador.

En su escrito de alegaciones, EUROPAC muestra su preocupación tanto por la forma en la que el informe de la DC ha valorado los argumentos esgrimidos en su recurso como por las interpretaciones equivocadas de hechos que ha efectuado. Así, insiste en la confidencialidad de los documentos controvertidos, desarrollando los argumentos expuestos en su recurso.

TERCERO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.

Conforme al artículo 42 LDC, *“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC posibilita, pues, que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso. Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la antigua CNC y también la Sala de Competencia de la CNMC (entre otras, Resolución de 24 de enero de 2014; expte. R/0158/13, TRANSPORTES CARLOS). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran “sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en adelante, La Comunicación): *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*.

Asimismo, deben ponderarse otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son los derechos de defensa de quienes son imputados en el procedimiento.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

Del mismo modo, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como el Consejo de la antigua CNC ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 19 de septiembre de 2013; Expdte. R/0146/13 LANTERO CARTÓN): en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, éstos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial, y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

A la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con el informe presentado por la DC en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el art. 42 LDC, bien por haber perdido su carácter confidencial por ser datos conocidos fuera de la empresa, bien porque se trata de información relevante y necesaria para la instrucción del expediente.

En este sentido, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, ha señalado que *"para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave"*. Sin embargo, EUROPAC únicamente hace referencia a dicho perjuicio en su escrito de recurso de forma genérica y sin justificar la existencia de dicho perjuicio más allá de declarar que *"una vez demostrado el carácter confidencial de los documentos anteriormente analizados, deviene indiscutible la concurrencia de perjuicio irreparable a los legítimos intereses comerciales de Europac en caso de que, previa desestimación del presente recuso, se incorporen dichos documentos de manera íntegra al expediente administrativo"* o *"la revelación a los demás interesados en el expediente de información que reúna los requisitos para ser declarada confidencial conforme al artículo 42 LDC no sólo produce automáticamente un perjuicio económico al titular de dicha información, sino que además dicho perjuicio es irreparable por cuanto no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos"*.

Dichas circunstancias (haber perdido su carácter confidencial por ser datos conocidos fuera de la empresa y tratarse de información relevante y necesaria para la instrucción del expediente) además del propio contenido de la información controvertida, impiden conferirle el carácter de "secreto comercial" por los motivos que se exponen a continuación.

- **Sobre el documento nº 2**

En relación con el documento nº 2, se trata de dos correos electrónicos encadenados. Ambos datan de 3 de enero de 2011 y en el asunto del e-mail aparece el nombre de un cliente.

EUROPAC solicitó la confidencialidad del nombre de dicho cliente y de la expresión que encabeza el texto del correo. En su recurso EUROPAC expone que el Acuerdo de 18 de diciembre de 2013 no aclara suficientemente si la DC concedió la confidencialidad del nombre del cliente cuya confidencialidad se solicitaba. En este sentido, cabe destacar que en dicho Acuerdo se decía claramente *“Examinada la solicitud de confidencialidad de EUROPAC de fecha 12 de noviembre de 2013, esta Dirección de Competencia resuelve aceptar la confidencialidad de los datos para los cuales se ha solicitado dicha confidencialidad, excepto a lo que se refiere a:”* y en relación con el documento nº 2 añadía *“no se considera confidencial la expresión utilizada en este mail interno”*, esto es, no se alude en ningún momento al nombre del cliente cuya confidencialidad se solicitaba, debiéndose entender, por tanto, que la misma era concedida. Esto mismo se indica en el informe de la DC de 17 de enero de 2014 *“contiene la identidad de un cliente para la cual se solicitó la confidencialidad y esta DC admitió”*.

Dado que en su escrito de alegaciones de 1 de marzo de 2014, EUROPAC no realiza alegaciones sobre este documento, el Consejo entiende decaído el recurso al respecto, existiendo acuerdo sobre la confidencialidad otorgada al citado correo electrónico.

- **Sobre el documento nº 9**

El documento nº 9, según EUROPAC, *“consiste en un único correo electrónico que D. [XXX] (responsable de compras de papel para la fabricación de cartón de Europac) envía a D [XXX] (directivo responsable de ventas de papel de la división de papel de Europac). Se trata por tanto de un mensaje de la persona encargada de la compra de papel para la fabricación de cartón a otra persona encargada de la venta de papel en Europac pidiendo que se le apliquen unas determinadas condiciones de venta por referencia a las condiciones que la División Papel aplica a otros clientes, dando cumplimiento a la política interna de precios de transferencia.”* Está fechado el 22 de febrero de 2012, tiene en copia a otros empleados de la División de Papel y en el asunto se indica *“Fecha de incremento de los nuevos precios”*.

EUROPAC solicita al Consejo que acuerde declarar la confidencialidad de todo el texto del correo electrónico en los términos solicitados en el recurso de 2 de enero, todo ello en garantía de su derecho a que se mantengan confidenciales sus secretos comerciales. Expone que, en caso contrario, su política de precios de transferencia entre las divisiones de la empresa quedaría a la vista del resto de las partes interesadas en este Expediente que son sus más directos competidores.

La DC en su Acuerdo de 18 de diciembre de 2013 indicaba que no consideraba confidencial el correo electrónico cuestionado dado que contenía *“información necesaria para el esclarecimiento de los hechos investigados”*. Y en su informe de 17

de enero de 2014 añadía que *“se encuentra directamente relacionado con los hechos analizados en el presente expediente”*. Por su parte, EUROPAC, en su recurso señala que *“no se alcanza a entender cómo podría ser utilizado para sustentar una hipotética imputación a cualquier otro interesado en el presente procedimiento”*.

En sus alegaciones, EUROPAC añade que se trata de una discusión entre dos divisiones del mismo grupo de empresas, por lo que en tanto que los hechos analizados en el expediente sancionador de referencia versan sobre un posible acuerdo entre empresas independientes, entiende que no se encuentra directamente relacionado con los hechos, como la DC afirma. Asimismo, señala que la interpretación del contexto que la DC efectúa en su informe es errónea en tanto que no se basa en una relación clientes-competidores, sino de un escenario en el que la división de papel de EUROPAC se relaciona con sus clientes, la división de cartón de EUROPAC.

La Sala considera que no procede declarar confidencial la información contenida en este documento ya que no contiene datos sobre precios aplicados ni sobre nombres de clientes ni ningún otro que pueda considerarse secreto de negocio. Tampoco se considera que la información que EUROPAC denomina *“política interna de precios de transferencia”* (dos únicas frases del segundo párrafo del correo discutido) constituya un secreto comercial de la empresa cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave.

En todo caso, aunque dicha información fuera considerada secreto comercial susceptible de ser declarado confidencial, debe recordarse que la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente establece en su párrafo 24 que *“el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatario)”*. Esto es, que aun en el caso de que la documentación conflictiva pudiera ser considerada confidencial, podría no recibir dicho tratamiento tanto si fuera necesaria para probar la presunta infracción investigada como si lo fuera para exculpar a una parte.

EUROPAC considera que el documento no resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos ya que, al tratarse de un documento interno de la empresa, no podría sustentar una hipotética imputación a otro interesado en el expediente. Por el contrario este Consejo considera que el contenido de dicho documento en relación con el día en que se aplican los incrementos de precios para la división de papel de EUROPAC y para otros clientes resulta significativo para la valoración de los hechos investigados en el expediente, como demuestran posteriores afirmaciones de EUROPAC en el mismo recurso en relación con los documentos nº 10 y 11 EUROPAC. Así, EUROPAC afirma que *“en el sector económico enjuiciado en este procedimiento los anuncios de cambios de precios se realizan, al menos en una primera fase, de manera individualizada a los clientes más importantes. Como es obvio, ello implica que el aumento o disminución de precio pueda ser distinto para cada cliente.”* El documento nº 9 puede servir para acreditar la veracidad de dicha afirmación, así como otros hechos del expediente.

Por todos estos motivos, no procede declarar confidencial la información contenida en este documento.

- **Sobre los documentos nº 10 y 11**

En cuanto a los documentos nº 10 y 11, según EUROPAC *“Los documentos revelan una correspondencia entre D. [XXX] (como se ha dicho, responsable de compras de papel para la Fabricación de cartón en Europac) y personal de la División de Cartón de Europac sobre variaciones de precios comunicadas de manera individual a aquél por parte de dos proveedores de papel distintos.”* Se trata de dos cadenas de correos electrónicos de 31 de mayo de 2012. En el documento nº 11 se hace referencia a los dos e-mails que aparecen en el documento nº 10 y se añade uno nuevo. Mientras los dos primeros tienen como asunto *“Preços dos reciclados”*, el último tiene el siguiente *“Descida Preços dos reciclados”*. Versan sobre un descenso de precios por parte de SAICA.

EUROPAC solicitó confidencialidad para los precios ofertados por los proveedores de papel y el nombre de uno de ellos, no solicitando confidencialidad del nombre del otro proveedor (SAICA). La DC, en su Acuerdo de 18 de diciembre de 2013, señalaba que *“no se considera confidencial el precio que se refiere a la bajada de precios por parte de SAICA, debido a su conocimiento por el resto de operadores en el mercado”*. Es decir, únicamente se denegaba su confidencialidad por considerarse un dato difundido y conocido por sus competidores.

EUROPAC señala, tanto en su recurso como en sus alegaciones, que no consta *“en el documento”* que dichos datos hayan sido comunicados a terceros y alega adicionalmente que la difusión que podría no otorgarle dicho carácter a ese dato sería la que proviniera de la propia empresa, es decir, sólo si EUROPAC hubiera difundido ese dato entre sus competidores no se consideraría secreto de negocio.

La Sala considera que no procede declarar confidencial la información solicitada contenida en los documentos nº 10 y 11 por varios motivos. En primer lugar no se trata de información propia de EUROPAC sino de un precio ofrecido por una empresa diferente, SAICA. Por ello, no le resulta aplicable lo dispuesto en dicho párrafo 23 de la Comunicación, que concreta que la información debe de referirse a la propia empresa que solicita la confidencialidad (*“información relativa a una empresa”*). Adicionalmente el mencionado párrafo 23 de la Comunicación afirma expresamente *“No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”*. Esto es, en ningún momento se afirma que para que una información no sea considerada como confidencial deba de haber sido difundida por la propia empresa titular de la misma, simplemente se indica que la misma ha de ser conocida fuera de la empresa sin hacer referencia a quién se atribuye dicha difusión. Como demuestran otros documentos aportados por EUROPAC a este mismo recurso, los precios ofertados por la empresa SAICA son generalmente conocidos por

una pluralidad de empresas del sector y la propia EUROPAC accede a ellos sin dificultad aunque no vayan dirigidos a ella.

Por tanto, en la medida en que se trata de un dato conocido fuera de EUROPAC y externo en tanto que no perteneciente a la recurrente, en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 23 de la Comunicación no es posible considerar confidencial el precio referido a la bajada de precios por parte de SAICA.

- Sobre el documento nº 14

Con respecto al documento nº 14, EUROPAC señala que *“Este documento revela, de nuevo, una correspondencia interna de directivos y empleados de la división de papel de Europac. En ella, el Director comercial de la División Papel de Europac traslada a otros directivos sus conversaciones con dos empresas cartoneras que, como se aprecia en el documento y se deduce por pura lógica, en este contexto actúan como clientes (y no como competidores) de Europac, y que le informan de que Saica va a proceder a un aumento de los precios del papel. A continuación, dicho Director comercial menciona que se va a contrastar esta información con otros clientes (otras empresas cartoneras), lo cual es perfectamente legítimo. El correo de respuesta informa de las conversaciones mantenidas con esos dos clientes, más otros dos clientes adicionales, todos los cuales confirman la información sobre el incremento de precios de Saica.”* Se trata de un correo de respuesta a otro, ambos de 18 de septiembre de 2012, sobre la subida de precios de SAICA. En el primero se concreta dicha subida y en el segundo se confirma a través de la información proporcionada por los clientes que se especifican en el mismo que, a la vez, según la DC, son competidores de EUROPAC en el mercado aguas abajo de fabricación y transformación de cartón ondulado.

EUROPAC solicitó la confidencialidad de los nombres de las empresas mencionadas en el correo y de los incrementos de precios ofertados por SAICA. En su Acuerdo de 18 de diciembre, la DC señalaba que *“no se consideran confidenciales ni los valores de la subida anunciada por SAICA al ser información conocida en el mercado ni el primer párrafo en su totalidad al ser necesaria para la investigación y el esclarecimiento de los hechos”*.

Por su parte, EUROPAC, en su recurso indicaba *“El Acuerdo deniega la confidencialidad (i) de los valores de la subida anunciada por Saica y (ii) del “primer párrafo” (suponemos que se refiere al correo más reciente) en su totalidad, por ser necesaria su incorporación al expediente para “el esclarecimiento de los hechos”. Se objeta aquí el Acuerdo únicamente en relación con el punto (ii).”*

Por tanto, es cierto lo señalado por la DC en su informe de 17 de enero de 2014 en relación con que EUROPAC no recurrió en su recurso la denegación de confidencialidad de los valores de la subida anunciada por SAICA. Y no lo es, en cambio, lo expuesto por EUROPAC en sus alegaciones en referencia a ello, esto es, *“EUROPAC sí que ha solicitado la confidencialidad del valor del precio de Saica. Lo*

hizo en su momento ante la propia DC, lo hizo en su Recurso ante el Consejo y lo vuelve a hacer ahora en estas alegaciones”. En consecuencia, no es posible aceptar el argumento utilizado por EUROPAC para conceder dicha confidencialidad “el hecho de que, efectivamente, Europac sí haya solicitado la confidencialidad del precio en cuestión debería poner fin al debate y llevar al Consejo a acordar la confidencialidad solicitada por Europac en su Recurso”.

Pero es que, no es ése el motivo por el que la DC deniega ese carácter a la información controvertida como indica EUROPAC en sus alegaciones “*si la DC denegaba la confidencialidad a la identidad de los clientes de EUROPAC porque consideraba curioso que no solicitásemos también la confidencialidad del precio ofertado por SAICA (...)*”. El motivo por el que la DC deniega dicha confidencialidad se expone claramente en su Informe “*EUROPAC mantiene en varios puntos de su escrito de recurso que los anuncios de cambios de precios se hacen, al menos, en una primera fase de manera individualizada a los clientes más importantes. Este argumento parece ciertamente inválido y se confirma así que los precios del papel y las modificaciones que hace SAICA en el mercado español son conocidos de forma habitual por todos los operadores de los mercados de fabricación de papel y de cartón ondulado.*” Es decir, la DC no considera que este documento deba de gozar de la protección que otorga el artículo 42 LDC en la medida en que desacredita el argumento mantenido por EUROPAC tanto en su escrito de recurso como en el de alegaciones en relación con que los cambios de precios se efectúan de forma individual con cada cliente y prueba que las modificaciones efectuadas por SAICA son conocidas habitualmente por sus competidores en los mercados de referencia. Por tanto, es un documento que puede ayudar a esclarecer los hechos que se investigan.

A ello hay que añadir tanto que se trata de información conocida fuera de EUROPAC, pues la propia recurrente admite su difusión: “*el Director comercial de la División Papel de Europac traslada a otros directivos sus conversaciones con dos empresas cartoneras¹ que (...) le informan de que Saica va a proceder a un aumento de los precios del papel*”, como que no es información propia de EUROPAC, sino de otro operador, SAICA.

Por otro lado, en relación con el argumento de la DC referido a que se trata de una prueba del intercambio de información entre competidores, EUROPAC alega que no se trata de competidores sino de clientes y que entiende que está ante un trámite de confidencialidad, no de valoración de la prueba, dado el cariz acusatorio, entiende, de las manifestaciones. En este sentido, se recuerda que la instrucción de un procedimiento constituye el conjunto de actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Por tanto, en la medida en la que el órgano instructor considera que estos datos pueden probar intercambios de información entre competidores, dado que la información que obra en el expediente indica que los clientes que aparecen en los correos son también competidores de EUROPAC en el mercado aguas abajo de

¹ Subrayado añadido

fabricación y transformación de cartón ondulado, se considera que dicha información es útil para la instrucción del procedimiento en tanto que puede ayudar a discernir si las conductas que se investigan se están llevando a cabo o no, pues como dice la propia recurrente, todos los operadores que aparecen en este correo *“confirman la información sobre el incremento de precios de Saica.”*

Por ello, siendo aplicable lo dispuesto en los apartados 23 y 24 de La Comunicación, en tanto que se trata de información que puede ayudar a esclarecer los hechos, que no es propia de EUROPAC y que ha sido difundida, no se puede considerar confidencial el contenido de este documento.

- Sobre los documentos nº 15 y 16

En referencia a los documentos nº 15 y 16, EUROPAC afirma que *“Estos correos electrónicos revelan, por orden cronológico, las conversaciones entre Europac Recicla y un cliente potencial, preparatorias de una posible oferta de compra de residuos de papel, así como las conversaciones internas entre directivos y personal de Europac al respecto. De ahí que el contenido pueda calificarse claramente como secreto comercial, pues incluye los términos de una posible oferta (no en cuanto al precio, todavía no formado, pero sí en cuanto a tipos de productos a adquirir, así como las plantas del cliente en las que se recogería) así como la propuesta de estrategia a seguir por Europac para presentar una oferta agresiva a dicho cliente potencial.”* Se trata de seis folios en los que aparecen dos cadenas de correos electrónicos, fechados el 18 de octubre de 2012. Los correos coinciden en ambos documentos, a salvo del último que se recoge en el documento nº 16.

En estos Documentos 15 y 16 Europac solicitó la confidencialidad de la identidad del cliente y determinadas expresiones que daban cuenta de la estrategia comercial seguida por Europac respecto al mismo.

La DC consideró dicha información necesaria para ayudar en el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación que estaba llevando a cabo. La razón fundamental de ello radicaba en que en dichos correos electrónicos aparecían (en el último correo del documento nº 15 y penúltimo del 16) referencias a no hacer constar por escrito cualquier acuerdo que limitara la competencia. En concreto, *“NUNCA pongas por escrito ningún tema que pueda siquiera dar a entender que hay cualquier acuerdo que limite la competencia. (.) Nada, ningún indicio, NUNCA.”* Debido a estas alusiones a la normativa de competencia, la DC consideró que era necesario analizar detenidamente la información contenida en esos documentos. Este Consejo comparte dicho criterio y, conforme a lo dispuesto en el párrafo 24 de la Comunicación, ya mencionado, no puede considerar confidencial el contenido de estos documentos.

Por otra parte, en sus alegaciones, EUROPAC señala que el informe de la DC no deja claro si se solicita al Consejo que declare confidencial la identidad de los clientes de EUROPAC o no, y justifica que constituyen secreto comercial. A este respecto, en su informe, la DC afirma que *“la validez de los documentos en cuanto instrumentos*

necesarios para la investigación no se pierde si se mantuvieran confidenciales única y exclusivamente las identidades de aquéllos”.

A la vista de estas alegaciones, este Consejo resuelve aceptar la confidencialidad de los datos relacionados exclusivamente con la identidad de los clientes mencionados en los distintos correos de la cadena que, en todo caso, podría levantarse durante la instrucción del expediente si resultara necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Asimismo se extiende esta declaración de confidencialidad a los datos relativos a la oferta comercial de EUROPAC solicitados por la recurrente presentes en el correo fechado el 18 de octubre de 2012 a las 9:08, e igualmente a los datos relativos a dicha oferta incluidos en las respuestas sucesivas al mismo remitidas a las 13:31 y las 13:48, todo ello tal y como fueron solicitados por EUROPAC en el “Anexo Confidencial. Documentos objeto del recurso” que acompaña a su escrito de 2 de enero de 2014. No se extiende la confidencialidad a otros datos no solicitados por la recurrente ni a otra información presente en otros correos de la cadena, fuera de los nombres de los clientes ya considerados confidenciales, ya que dicha información no se considera parte de la citada oferta comercial.

- Sobre el documento nº 20

Por último, en relación con el documento nº 20, EUROPAC indica que *“Este documento está formado por varios correos electrónicos internos de Europac que se refieren a la propuesta de bajada de precios a presentar por Europac a varios clientes. Estamos, de nuevo, ante una comunicación interna de Europac”*. Consiste en una cadena de tres correos enviados entre el 26 y el 27 de diciembre de 2012, en los que el Consejero Delegado de EUROPAC da el visto bueno a una bajada de precios del papel y el Director Comercial de la División de Papel lo traslada a varios trabajadores de la misma comunicándoles que ya pueden transmitir dicha bajada de precios a sus clientes.

EUROPAC solicita al Consejo que declare confidencial las informaciones contenidas en el primer párrafo del Documento 10, dado que revelan la identidad de sus clientes, lo que debe protegerse al tratarse de secretos comerciales. En sus alegaciones, EUROPAC insiste en que debe otorgarse la confidencialidad dado que la comunicación se efectúa a clientes, no a competidores.

La parte para la que la DC deniega la confidencialidad, *“el primer párrafo en su totalidad”*, evidencia que la información contenida en este documento se ha compartido con competidores, tal y como señala la DC en su Informe al hacer referencia a la expresión *“para concretar con [YYY] y [XXX]”*, apuntando que se trata de trabajadores de compañías competidoras en el mercado de fabricación de papel. Por tanto, en la medida en que dicha información ha sido difundida entre terceros no puede considerarse confidencial. Pero, además, como indica la DC, se trata de información relevante para la investigación en la medida en que puede aclarar los hechos que se investigan y discernir acerca de una posible infracción de la LDC. En consecuencia, en función de lo señalado en el párrafo 24 de la Comunicación, no procede considerar confidencial esta información.

Por todo ello, coincidiendo plenamente con la valoración de la DC, este Consejo estima que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 LDC, a salvo de lo mencionado en relación con las identidades de los clientes en los documentos nº 2, nº 15 y nº 16.

Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por EUROPAC no significa que estos datos se hagan públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

CUARTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por EUROPAC supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

I. Ausencia de Indefensión

Respecto a la posible existencia de indefensión, no es alegada por la recurrente ni en su escrito de recurso ni en el de alegaciones.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que "*la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*", debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquélla que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*" (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso resulta evidente que la no declaración de confidencialidad de determinados documentos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión.

A ello hay que añadir que el hecho de que EUROPAC haya podido recurrir tanto el Acuerdo de la DC de fecha de 18 de diciembre de 2013 como efectuar alegaciones al Informe de la DC de 17 de enero de 2014 e incluso acceder al expediente el día 4 de febrero y obtener copias del mismo, pone de manifiesto que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha de 18 de diciembre de 2013 por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos ocasione indefensión a EUROPAC.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

EUROPAC se refiere directamente al perjuicio irreparable que le puede causar el Acuerdo de la DC de 18 de diciembre de 2013 en la alegación tercera de su recurso. En la misma efectúa dos manifestaciones en relación con el mismo. En la primera de ellas indica que *"una vez demostrado el carácter confidencial de los documentos anteriormente analizados, deviene indiscutible la concurrencia de perjuicio irreparable a los legítimos intereses comerciales de Europac en caso de que, previa desestimación del presente recuso, se incorporen dichos documentos de manera íntegra al expediente administrativo"*. Por toda explicación señala que el perjuicio irreparable *"deviene indiscutible"* dado el carácter confidencial de los documentos controvertidos. Sin embargo, este Consejo ya ha justificado suficientemente las razones por las que los mismos no son susceptibles de gozar del derecho a la protección que otorga el artículo 42 LDC, por lo que no es posible ampararse en el mismo para justificar la existencia de un perjuicio irreparable que, por otro lado, no se concreta.

En su segunda manifestación al respecto, EUROPAC se limita a señalar que *"la revelación a los demás interesados en el expediente de información que reúna los requisitos para ser declarada confidencial conforme al artículo 42 LDC no sólo produce automáticamente un perjuicio económico al titular de dicha información, sino que además dicho perjuicio es irreparable por cuanto no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos"*, sin facilitar mayores explicaciones. EUROPAC afirma que la divulgación de los documentos analizados le produciría *"automáticamente un perjuicio económico"*, pero no justifica la razón de ello. No hace referencia a las razones concretas que provocarían ese perjuicio económico ni qué tipo de perjuicio económico le producirían ni su magnitud. Pero es que, además, como ya se indicado en repetidas ocasiones a lo largo del presente escrito, la información conflictiva no es calificable de documentación confidencial. Por otro lado, en cuanto a que *"dicho perjuicio es irreparable por cuanto no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos"*, se recuerda que la presente resolución deja expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, pudiendo interponer la recurrente recurso contencioso-administrativo contra la misma. Por tanto, la expresión *"no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos"*, deviene insuficiente para poder justificar la irreparabilidad del perjuicio.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de EUROPAC.

Por ello, sin perjuicio de su estimación parcial en lo referente a los documentos nº 15 y 16 y el decaimiento de la impugnación respecto del documento nº 2, este Consejo entiende que, no reuniendo el resto del ámbito de la impugnación los requisitos exigidos por el artículo 47, el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado en lo que refiere al resto de aspectos impugnados.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por PAPELES Y CARTONES DE EUROPA, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de diciembre de 2013 por el que se denegaba la confidencialidad de ciertos datos, en el marco del expediente S/0469/13, en lo referente a la identidad de los clientes mencionados en los documentos nº 15 y 16, así a los datos relativos a la oferta comercial de la recurrente presentes en el correo fechado el 18 de octubre de 2012 a las 9:08 y en las respuestas sucesivas al mismo remitidas a las 13:31 y las 13:48 de la misma fecha, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Tercero.

SEGUNDO.- Considerar decaída la impugnación en relación con la confidencialidad alegada del documento nº 2, por los motivos ut supra expuestos.

TERCERO.- Desestimar el recurso en cuanto al resto de motivos y cuestiones impugnadas, en la medida en que el acuerdo recurrido no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo en consecuencia los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al recurrente, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.