

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 22 de junio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0070/11, GRAFOPLAS 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. (GRAFOPLAS) contra el acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 15 de marzo de 2011, sobre la confidencialidad de ciertos datos en formato papel recabados en el curso de la inspección desarrollada en la sede de dicha empresa.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 27 de octubre de 2010, funcionarios de la CNC realizaron una inspección en el domicilio social de GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A. conforme a la Orden de Investigación de 14 de octubre de 2010, en la que se recabó información conforme al artículo 40 de la LDC.

2. El 20 de diciembre de 2010 la DI acordó la incoación del expediente S/0317/10 Material de archivo, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y en el artículo 1 de la LDC, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos cuyo objeto sería el reparto de mercado y la fijación de precios en el mercado de la fabricación, distribución y comercialización de material de archivo en el territorio nacional, siendo notificado dicho acuerdo a las empresas incoadas. En esa misma fecha, la DI acordó la devolución a GRAFOPLAS de determinados documentos en formato papel recabados en la inspección de dicha empresa (folios 1 a 4, parte del folio 15, 19 a 21, 22 a 24, 30, 32 a 36, 37 a 42, 43 a 54) por no considerarse relevantes para la tramitación del expediente de acuerdo con el objeto de la

investigación, incorporando el resto de documentación en formato papel recabada durante la inspección en la sede de la empresa al expediente de referencia y concediendo un plazo de diez días para la solicitud de confidencialidad de la misma por parte de la empresa, conforme al artículo 42 de la LDC así como solicitando, en su caso, la aportación de la correspondiente versión censurada.

3. El 11 de enero de 2011, GRAFOPLAS solicitó la devolución de los documentos 5 a 29 recabados en la inspección o, en su defecto, que se declare la confidencialidad de la totalidad de dichos documentos sin aportar versión confidencial de los mismos al considerar que la confidencialidad afecta a la totalidad del contenido de los mismos; y, finalmente, se solicita la confidencialidad parcial del documento 31 del que se aporta versión no confidencial.

4. Por acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 15 de marzo de 2011, se declaran confidenciales, de acuerdo con lo solicitado por la empresa y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, en el artículo 20 del RDC y por la Ley 30/1992 LRJPAC de forma supletoria, los documentos incluidos en los folios 13, 14 y 27 a 29 (foliación de la inspección) por contener datos que constituyen secretos de negocio de la empresa. En ese mismo escrito la DI señaló que no procedía declarar confidenciales, por contener hechos concretos que podrían ser utilizados como pruebas en el PCH en relación con los cuales las partes interesadas deben poder ejercer sus derechos de defensa, los siguientes documentos:

- Notas manuscritas del Director Comercial de GRAFOPLAS, realizadas en diversas reuniones contenidas en los folios 5 a 12, 25 y 26 (foliación de la inspección).
- Documento correspondiente a un estudio de inversión de GRAFOPLAS, contenido en los folios 16 y 17 (foliación de la inspección).
- Manuscrito interno sobre dos ofertas a realizar a dos clientes por GRAFOPLAS contenido en el folio 18 (foliación de la inspección).
- Carta remitida por GRAFOPLAS a sus clientes en julio de 2008 comunicando incremento de precios a realizar en dicha fecha respecto a los mecanismos de palanca contenida en el folio 31 (foliación de la inspección).

5. Con fecha 25 de marzo de 2011, GRAFOPLAS interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el acuerdo de la DI de 15 de marzo de 2011, solicitando al Consejo de la CNC:

- Que se devuelva a GRAFOPLAS los documentos comprendidos en los folios 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 25 y 26, recabados en la inspección practicada en la sede de dicha empresa el día 27 de octubre de 2010.
- Subsidiariamente, la confidencialidad de la totalidad de los documentos anteriormente expresados, aportando en el Anexo al recurso una versión confidencial de los mismos por si el Consejo de la CNC considerase que alguno de los citados documentos es susceptible de una versión no confidencial.
- Igualmente con carácter subsidiario, la confidencialidad parcial del documento del folio 31, del que GRAFOPLAS aportó una versión no confidencial como Anexo al escrito presentado ante la DI el 11 de enero de 2011.
- Otrosí señala GRAFOPLAS que se interese la SUSPENSIÓN de la ejecución del Acuerdo recurrido hasta que recaiga Resolución en este recurso, ya que en otro caso, de dictarse una decisión favorable a las tesis del recurrente, dicha decisión sería ineficaz.

La recurrente alega que el acuerdo de confidencialidad de la DI no contiene ningún fundamento para denegar la confidencialidad de los documentos indicados, que existe falta de relación de los documentos sobre los que se ha solicitado la confidencialidad con el objeto actual del expediente y que puede generarse un riesgo de favorecer indebidamente a los competidores causando un perjuicio irreparable o de difícil reparación para el recurrente.

También, desde el punto de vista formal, el recurrente alega que dado el actual estado de tramitación del expediente, la declaración de confidencialidad solicitada por la empresa, no causa ningún perjuicio o indefensión a ninguna de las demás empresas interesadas, ya que al no haberse formulado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), no se ha llevado a cabo ninguna imputación contra ninguna de las empresas imputadas.

6. Con fecha 29 de marzo de 2011, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/08 de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI para su informe y remisión de copia del expediente.

7. Con fecha 5 de abril de 2011 se recibió en la secretaría de este Consejo el informe de la DI referido al recurso señalado en el punto 5º. En dicho informe, la DI considera que no procede acceder a la devolución de los documentos controvertidos por cuanto que la recurrente no ha demostrado que tales documentos no tengan relación con el objeto de la investigación y la DI ya ha procedido a devolver los documentos que no tienen relación con el expediente de autos.

Además, la DI considera que la decisión de no declarar los documentos controvertidos como confidenciales está justificada por cuanto que los datos que contienen son necesarios para delimitar el alcance y los efectos de los posibles acuerdos anticompetitivos objeto de la investigación sin que ello suponga revelar secretos comerciales de GRAFOPLAS, añadiendo que el contenido de tales documentos se puede reflejar en el PCH, por lo que su eliminación podría vulnerar los derechos de defensa de los demás interesados en el expediente S/0317/10.

8. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 12 de abril de 2011, se admite a trámite el recurso interpuesto, concediendo un plazo de 15 días para formular alegaciones.

9. Mediante escrito de 3 de mayo de 2011, con entrada en la CNC el 5 de mayo, GRAFOPLAS reitera las alegaciones formuladas en su escrito de interposición.

10. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 23 de junio de 2011.

11. Es interesada la GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

El artículo 47 de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo 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”*. Y así lo ha hecho GRAFOPLAS. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido reúne las condiciones exigidas para serlo, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

En su escrito de recurso GRAFOPLAS no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo recurrido, de manera que no sería preciso analizar este supuesto.

En cuanto al segundo requisito, la recurrente alega que la documentación objeto de este recurso contiene secretos de negocio de GRAFOPLAS y que su revelación a otros interesados causaría un perjuicio añadido y desproporcionado a los fines del procedimiento sancionador que nos ocupa por cuanto que supondría descubrir innecesariamente secretos comerciales o

industriales. Por tanto, resulta necesario analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada para confirmar su carácter de secreto comercial, a fin de determinar si existe el perjuicio que exige la norma.

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

Conforme al artículo 42 LDC, en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos, bien de oficio o a instancia de parte. No obstante que el artículo 42 LDC conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente, ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) reconoció al Servicio antecesor de la DI *“una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos y documentos en la fase de instrucción”* (Resolución TDC 16-01-1997), en consideración, precisamente, al perjuicio que puede suponer para las empresas el que sus secretos comerciales y otros datos llegasen a ser conocidos por los competidores parte en el expediente. Pero, habida cuenta que lo que defiende la LDC es un interés público, esa *“amplia potestad”* ha de buscar el equilibrio entre dicho interés y el de las empresas en que sus secretos comerciales sean salvaguardados.

El Consejo de la CNC, en sus resoluciones de 16 de mayo de 2011 (R/0064/11, CTT Stronghold), de 27 de enero de 2011 (R/0058/10, CTT Stronghold 2) y de 12 de enero de 2011 (R/0056/10, Mekano 4) ha venido a confirmar la doctrina ya expresada en su Resolución de 27 de Octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) al declarar que, si bien *“prima facie el procedimiento administrativo se rige por el principio de publicidad... tal principio no es en modo alguno un principio absoluto por cuanto viene matizado: (a) por la obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos «vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial», de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición: (b) la petición debe valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, cuales son el de tutela de intereses propios y derecho de defensa con el de no producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente; (c) ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el iter necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la competencia «en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas»”*.

Como también ha señalado el Consejo de la CNC en la precitada Resolución de 27 de octubre de 2008, *“...la confidencialidad no puede convertirse en un impedimento impediendo para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, como exigencia de disponer de los conocimientos mínimos y suficientes, imprescindibles, por parte de los terceros de los elementos que*

fundamentan su solicitud. (...) De ahí que deba ponderarse a la hora de decidir sobre la confidencialidad los principios puestos en juego “atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y siempre motivadamente”.

Para realizar una evaluación de la confidencialidad de unos documentos concretos en el marco de un procedimiento sancionador este Consejo considera que se han de tener en cuenta tres premisas: en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si, tratándose de secretos comerciales originalmente, éstos han tenido difusión entre terceros imputados, de forma que han perdido la protección que se otorga a los secretos comerciales; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales, que no han tenido difusión entre terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y también para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

Establecido lo anterior, y a la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con el informe presentado por la DI cuando señala que los datos contenidos en dicha información son necesarios para delimitar la existencia, alcance y efectos de los prácticas y hechos investigados, y para garantizar el derecho de defensa de los demás interesados en el expediente.

En concreto:

- Respecto a los **folios 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11** (que corresponden a varias notas manuscritas halladas durante la inspección en la sede de GRAFOPLAS) este Consejo coincide con el juicio de la DI de que, teniendo en cuenta anotaciones existentes en las propias notas (fecha, nombre de la asociación, directivos empresas competidoras,...) así como su concordancia con otros documentos de similares características recabados en las inspecciones realizadas en otras empresas en el ámbito del expediente S/0317/10, hay indicios de que estas notas posiblemente se tomaron durante distintas reuniones celebradas en la sede de la Asociación Nacional de Fabricantes de Sobres y Manipulados de Papel y Cartón para la Enseñanza y la Oficina (ASSOMA) durante 2006 y 2007, a la que asistieron directivos de las empresas incoadas en el citado expediente sancionador, intercambiándose determinada información. De acuerdo con estos indicios y sin que la empresa recurrente haya ofrecido explicación sobre los mismos, no puede considerarse que dicha información sea constitutiva de secreto comercial cuya revelación al resto de interesados en el expediente sancionador causara perjuicio al recurrente y que justifique su confidencialidad. O, si en algún momento pudo considerarse secreto comercial, habría perdido dicho carácter por la difusión de su contenido entre las empresas asistentes a dichas reuniones, lo que incluso podría suponer la imputación de otros interesados en dicho expediente.

- **Folio 12:** este Consejo considera que esta nota manuscrita contiene indicios de un posible acuerdo comercial entre las empresas mencionadas en la propia nota manuscrita, por lo que no procede apartar el contenido de dicho documento del expediente para no afectar al derecho de defensa de los demás interesados. Además no puede considerarse que el contenido de un posible acuerdo comercial con los demás interesados en el expediente se pueda beneficiar de la declaración de confidencialidad puesto que su contenido ya habría tenido difusión entre las partes.
- **Folios 16, 17 y 18:** de acuerdo con el criterio expresado por la DI este Consejo estima que se trata de notas manuscritas presuntamente realizadas por un directivo de GRAFOPLAS, que recogen tarifas y productos de empresas de la competencia con gran detalle, sin especificar su origen, y sin que pueda considerarse que dicha información sea constitutiva de secreto comercial o información confidencial propia de GRAFOPLAS, al tratarse de datos de empresas competidoras.

Como ha afirmado este Consejo en su Resolución de 27 de enero de 2011 (R/0058/10, CTT Stronghold 2) “(...) *La confidencialidad regulada en el art. 42 LDC pretende proteger, entre otros aspectos, los secretos comerciales propios de una empresa pero no, salvo una explicación razonable de su origen, la información comercial de empresas competidoras en poder de la empresa investigada. Ni tampoco preservar la identidad de terceros ajenos a dicha empresa (en este caso presuntamente, un cliente) que proporcionen a la entidad investigada información comercial de empresas competidoras (...)*”.

Por tanto, salvo que la recurrente justificara otro origen, debe presumirse que dichos datos son públicos o, en su caso, fueron suministrados por las empresas competidoras, por lo que no se trataría de información susceptible de ser declarada confidencial al no ser secreto comercial de la empresa recurrente, conforme a la doctrina de este Consejo manifestada en la citada Resolución de 27 de enero de 2011.

Por otro lado, dicha documentación podría constituir una prueba de una posible infracción de la normativa de competencia, por lo que es necesario que figure en el expediente para un adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes interesadas en el mismo.

- **Folios 25 y 26:** se trata de documentos cuyo contenido es similar a otros documentos recabados en inspecciones realizadas por la CNC en otras empresas también incoadas en el expediente sancionador S/0317/10. En estos documentos se hace referencia a una reunión en ASSOMA a la que asisten directivos de empresas identificadas como E, U, D, junto con GRAFOPLAS, en la que intercambian información relativa al comportamiento de su política tarifaria y comercial. En este caso, este

Consejo considera que si esta información ha sido objeto de intercambio en la citada reunión, no se puede beneficiar de la declaración de confidencialidad, al haber perdido su carácter de secreto comercial.

- **Folio 31 parcialmente (datos del cliente, precio ofrecido y fecha):** se trata de una carta enviada por GRAFOPLAS a uno de sus clientes aumentando la tarifa de sus archivadores de palanca en 0,04€/unidad por el incremento del coste de los mecanismos de palanca. Este Consejo considera que dicha información no es constitutiva de secreto comercial, cuya revelación al resto de interesados en el procedimiento pudiera causar un grave perjuicio al recurrente, dado que ni dicha carta revela los precios ofrecidos a tal cliente, sino un incremento en el precio en una fecha determinada, ni se trata de información actual o futura, sobre la que los competidores del recurrente puedan actuar en el momento presente en perjuicio del recurrente. No puede pues apreciarse el perjuicio para el recurrente de aportar esta información al expediente sin censurar el dato de cliente, fecha e incremento.

Por todo ello, y de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como con la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), este Consejo coincide con el informe de la DI de 4 de abril de 2011 en que la decisión de no declarar los documentos controvertidos como confidenciales está justificada, ya que se trata de datos que o bien no son objeto de secreto comercial, o bien han perdido ese carácter por haber sido previamente difundida entre las partes del expediente, y además se trata de datos que pueden ser necesarios para delimitar el alcance y los efectos de las conductas investigadas en el expediente, de forma que su exclusión de la parte no confidencial del expediente S/0317/10, podría vulnerar los derechos de defensa de los demás interesados en el mismo.

A todo ello cabe añadir por un lado que, conforme con el artículo 42 LDC las declaraciones de confidencialidad se podrán realizar “*en cualquier momento del procedimiento*”, siendo práctica habitual de la DI resolverlas en un momento procesal anterior a la imputación formal realizada en el PCH, precisamente para que a quienes les ha sido incoado un procedimiento sancionador puedan ir teniendo conocimiento de toda la documentación en la que, eventualmente, pueda fundarse su imputación, lo que no viene a ser sino una garantía del derecho de defensa que le asiste; y por otro lado, que no existe peligro de divulgación de la mencionada información, ya que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

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

Como se ha argumentado en los Fundamentos precedentes, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DI en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de GRAFOPLAS. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO,**

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de GRAFOPLAS DEL NOROESTE, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 15 de marzo de 2011, respecto de la solicitud de devolución y la subsidiaria declaración de confidencialidad de los documentos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 25, 26 y 31 recabados en la inspección realizada en la sede de GRAFOPLAS el 27 de octubre de 2010; por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación 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.