

RESOLUCIÓN

(Expte. R/0043/10, Cementos Portland Valderrivas)

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 27 de julio de 2010

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/0043/10, Cementos Portland Valderrivas, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 6 de mayo de 2010 por D. Luis Ortiz Blanco, en nombre y representación de CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., (en adelante, VALDERRIVAS) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 22 de abril de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por VALDERRIVAS mediante escrito de 24 de diciembre de 2009 relativa a la confidencialidad de determinados documentos.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de septiembre de 2009, en el marco de la información reservada S/0179/09, y previa presentación de los respectivos Autos judiciales de autorización, la DI llevo a cabo sendas inspecciones domiciliarias en las sedes de VALDERRIVAS en Pamplona y Madrid, en las que se recabaron una serie de documentos, tanto en formato papel como electrónico. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2009, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra VALDERRIVAS y otras empresas por supuesta infracción del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales en los mercados de producción y suministro de morteros, hormigones y áridos en el territorio nacional. En la correspondiente notificación, de misma fecha, se informaba a VALDERRIVAS de la incorporación al expediente sancionador de la documentación en formato papel

recabada durante dichas inspecciones, concediéndole un plazo de diez días para que indicara motivadamente la confidencialidad de aquellos documentos que considerase oportuno, y aportara una versión no confidencial de los mismos, a falta de lo cual los documentos quedarían incorporados al expediente.

2. Mediante escritos de 15 de octubre de 2009, VALDERRIVAS interpuso sendos recursos de apelación contra los Autos judiciales que autorizaron la entrada en sus sedes. Actualmente se ha resuelto el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (número de procedimiento 364/2009) mediante sentencia de 17 de mayo de 2010, y está pendiente de resolución el interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (procedimiento 13/2009).
3. El 24 de diciembre de 2009, VALDERRIVAS solicitó la confidencialidad para parte de la documentación incorporada al expediente (fol. 298 a 305; 308 a 311; 315 a 385; 406 a 415; 645 a 766 y 778 a 780). La DI respondió a dicha solicitud por Acuerdo de 22 de abril de 2010, admitiendo el tratamiento confidencial para unos determinados documentos de los solicitados por VALDERRIVAS y rechazándolo para otros (folios 302, 303, 316, 335, 336, 342, 343, 406, 408, 647, 680 a 682, 683, 692, 693 y 778) *“por contener hechos concretos que serán utilizados como pruebas en el pliego de concreción de hechos de infracción o no tratarse de secretos comerciales de la empresa”*.
4. Mediante escrito de 6 de mayo de 2010, VALDERRIVAS presentó recurso administrativo ante el Consejo de la CNC contra el precitado Acuerdo de la DI de 22 de abril de 2010 por el que se denegaba la confidencialidad solicitada para determinados documentos.

El recurrente justifica la solicitud de confidencialidad afirmando que *“los folios del expediente a los que la Dirección de Investigación no ha otorgado tratamiento confidencial, pese a la petición de VALDERRIVAS en este sentido, contienen evidentes secretos de negocios cuyo acceso por terceros causaría un grave e irreparable perjuicio para VALDERRIVAS”*. En concreto, el recurrente alega lo siguiente respecto a la confidencialidad de los documentos no declarados confidenciales por la DI en el apartado B) del citado acuerdo de 22 de abril de 2010 (casi siempre se respeta la agrupación de folios efectuada por el recurrente):

- Folios 302 y 303: se refiere a los guiones tercero a sexto del punto 23 del acta de la inspección de la sede de la empresa en Madrid, que contiene información que representa secretos comerciales y de negocio de la empresa cuya difusión perjudicaría sus intereses en el mercado (información sobre las plantas de VALDERRIVAS, sobre analítica de datos contables y soluciones de software de VALDERRIVAS y valoraciones internas sobre el funcionamiento del mercado).
- Folios 316, 647: constituyen extractos de la agenda personal de un directivo de la

empresa recabada durante la inspección de la sede de la empresa en Madrid, que contienen información sobre estimaciones internas de la empresa que poseen el carácter de secreto comercial y de negocio y su relevancia para la resolución del expediente de referencia no ha sido demostrada.

- Folios 335, 680 y 681; 342, 692 y 778; 343 y 693: estos folios son copia de algunas de las hojas de la agenda del mencionado directivo cuyo contenido se describe en el apartado 23 del Acta, al que se ha hecho referencia anteriormente; por ello el recurrente entiende que procede declarar la confidencialidad de todos estos folios por los mismos motivos expuestos para los folios 302 y 303.
- Folios 336, 682 y 683: contienen información que representa secretos comerciales y de negocio de VALDERRIVAS cuya difusión perjudicaría sus intereses en el mercado (en concreto, los folios 336 y 682 son idénticos y recogen las valoraciones sobre una reunión mantenida con VRE, S.A. en las que se comenta, por ejemplo, el estado de alguna de las plantas de VRE, S.A.).
- Folios 406 y 408: constituyen copias de documentos recabados en la inspección de la sede de la empresa en Pamplona, que contienen estimaciones internas de la empresa que poseen el carácter de secreto comercial y de negocio.

Aparte de lo indicado, en la mayoría de los casos el recurrente completa su alegación afirmando, además, que *“no se ha demostrado la relevancia de dicha información para la resolución que se adopte en el expediente de referencia”*.

5. Con fecha 11 de mayo de 2010, la DI emitió informe sobre el recurso planteado por VALDERRIBAS. En concreto, y contestando a los argumentos esgrimidos por el recurrente para justificar su petición de confidencialidad, la DI señala lo siguiente:
 - Folios 302 y 303: el acta de la inspección recoge la lectura que en el momento de la inspección realiza uno de los directivos de la empresa de las notas tomadas por éste en su cuaderno y que reflejan el contenido de reuniones celebradas por el citado directivo con otros directivos de las empresas competidoras también interesadas en este procedimiento sancionador en relación con el reparto de distintas obras. Por tanto, esta DI considera que la información obrante en los citados guiones del punto 23 del acta (que coinciden con la copia realizada de las hojas de dicho cuaderno, folios 335, 342, 343, 680 y 681, también declarados no confidenciales y objeto de recurso) no contiene secretos comerciales o de negocio de la recurrente, pero sí puede suponer un elemento de prueba relevante para el objeto de la investigación.
 - Folios 316, 335, 336, 342, 343, 647, 680 a 683, 692, 693 y 778: se trata de copias de la agenda personal del directivo precitado -el cuaderno anteriormente referenciado- Señala la DI que este cuaderno además de contener secretos comerciales o de negocio de la empresa, también contiene información relacionada con las reuniones celebradas entre competidores, lo que podría ser

constitutivo de infracción de la normativa de competencia, sin que pueda considerarse que dicha información constituya secreto comercial y siendo, además, información que podría suponer la imputación de otros interesados en el expediente de referencia, por lo que podría suponer una vulneración del derecho de defensa su no conocimiento por los otros interesados en este expediente sancionador.

- Folios 406 y 408: El folio 406 es una tabla cuyos datos han sido declarados confidenciales en el acuerdo de la DI de 22 de abril de 2010, dejando únicamente como no confidencial la denominación de las distintas columnas (meses del año 2007) y filas (distintas empresas del sector, interesadas en este expediente), así como las anotaciones manuscritas contenidas en dicho folio, sin que esta información pueda considerarse que contiene secretos comerciales o de negocio cuyo conocimiento por el resto de interesados en este procedimiento pueda causar un grave perjuicio al recurrente que justifique la confidencialidad en su totalidad de este documento. En cuanto al folio 408, es una nota manuscrita declarada parcialmente confidencial por el citado acuerdo de la DI de 22 de abril de 2010, dejando como no confidencial las anotaciones relativas a un posible acuerdo en relación con el reparto de distintas obras que podría ser constitutivo de infracción de la normativa de competencia, sin que pueda considerarse que dicha información contenga secretos comerciales.

La DI concluye proponiendo que se desestime el recurso en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente.

6. Conforme a lo dispuesto en el artículo 47.3 LDC, el Consejo, mediante Acuerdo de 2 de junio de 2010, puso de manifiesto el expediente para que las partes pudieran formular alegaciones en el plazo de quince días. Dicho Acuerdo fue notificado a VALDERRIVAS con fecha 7 de junio de 2010.
7. Tras haber tomado vista del expediente el 8 de junio de 2010, VALDERRIVAS presentó escrito fechado el 23 de junio de 2010 en el que formulaba sus alegaciones.
8. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 7 de julio de 2010.
9. Es interesado CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, 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”*. Así lo ha hecho VALDERRIVAS. 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 VALDERRIVAS no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo de 22 de abril de 2010, de manera que no sería preciso analizar este supuesto. Por el contrario, VALDERRIVAS afirma que el acuerdo recurrido le causa *“graves e irreparables perjuicios”* al denegar la confidencialidad para determinada información que califica de secreto comercial o de negocio. **Por tanto, para determinar la estimación o desestimación del recurso resulta necesario analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada para confirmar su carácter de secreto comercial, para determinar si existe el perjuicio irreparable descrito.**

Asimismo, el recurrente solicita al Consejo que ordene a la DI que no incorpore al expediente la documentación recabada en las inspecciones hasta que no se resuelvan los recursos de apelación interpuestos contra los Autos judiciales que autorizaron la entrada en las sedes de VALDERRIVAS.

Se analizan seguidamente los argumentos contenidos en el escrito de recurso presentado ante el Consejo.

SEGUNDO.- Sobre la no incorporación de los documentos recabados en las inspecciones

La decisión de la DI de incorporar la documentación recabada en las inspecciones se basa, como dice en su informe (ver AH 10), en su consideración como relevante para el objeto de la investigación y en que permitiría, por un lado, una adecuada continuación de la tramitación del expediente, y, por otro, el acceso del resto de interesados a la información que pudiera emplear la DI para efectuar una eventual imputación, con lo que podrían así preparar su defensa. Por su parte, el recurrente alega que el empleo de dicha información por la CNC –información que considera obtenida con vulneración de sus derechos fundamentales- le causaría perjuicios irreparables al permitir que terceros accediesen a ella, con lo que *“Las sentencias que habrán de adoptarse a resultas de los recursos de apelación interpuestos devendrían inútiles”*, de ahí su petición de que **no se incorpore al expediente** la citada documentación hasta que no se resuelvan los recursos de

apelación interpuestos contra los Autos judiciales que autorizaron la entrada en las sedes de VALDERRIVAS.

El recurrente solicita que el Consejo de la CNC anule el Acuerdo sobre confidencialidad y ordene a la DI no incorporar al expediente la documentación recabada por la CNC en las inspecciones hasta que no se resuelvan los recursos de apelación interpuestos por VALDERRIVAS contra los Autos de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que autorizaron las inspecciones, lo que realmente equivaldría a una solicitud de suspensión de la ejecución del Acuerdo de la DI, suspensión que el recurrente anuda a la decisión de un órgano jurisdiccional ante el que ha impugnado los Autos judiciales que autorizaron la inspección domiciliaria en virtud de la cual la DI obtuvo los documentos cuya incorporación al expediente pretende impedir.

Obviando el hecho de que, por un lado, el recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha sido desestimado mediante sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, que confirma la autorización judicial otorgada por auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona y que, por otro, el TSJ de Madrid no ha acordado la suspensión ni de la autorización ni de las actuaciones administrativas posteriores (sobre éstas últimas carecería de competencia), lo cierto es que ningún perjuicio se puede derivar del acto concreto de incorporación de documentación al expediente en cuestión.

En efecto, entiende este Consejo que la incorporación de documentos a un nuevo expediente es, en principio, un acto de trámite no cualificado, que no resulta apto para causar perjuicio irreparable, salvo que no se respete la confidencialidad documental en los términos del artículo 42 LDC. En la medida en que, como se razonará en los Fundamentos siguientes, la documentación a incorporar no es confidencial, y que los vicios que la recurrente imputa al acuerdo impugnado se refieren a actos anteriores y distintos del aquí examinado, sobre los que el Consejo no se puede pronunciar en este momento procedimental, no puede estimarse la primera de las pretensiones deducidas en su escrito de recurso.

TERCERO.- 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. Así lo afirmaba también el TDC al declarar que *“cabe señalar que la confidencialidad de documentos del expediente no es un derecho de las partes, como parece creer el recurrente al ofrecer renunciar a ella frente al Servicio, sino algo que, según el artículo 53 LDC, el Servicio o el Tribunal pueden acordar, manteniendo en lo posible el equilibrio entre el interés público y el interés de las empresas en no desvelar secretos de negocios y siendo doctrina constante del Tribunal que no puede sustentar sus resoluciones en documentos confidenciales que, al no ser susceptibles de contradicción, no pueden servir ni para sancionar ni para exculpar”* (Resolución TDC 04-09-2003, Expte. 552/02, Empresas eléctricas).

El Consejo de la CNC, en su Resolución de 27 de Octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) ha venido a confirmar la anterior doctrina 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 ha señalado el Consejo de la CNC en la Resolución anteriormente citada 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”*.

Así lo ha entendido el legislador, al redactar la norma del Artículo 42 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia al incorporar al texto el término conceptual de **“podrá ordenar”**, lo que confiere al órgano resolutorio tal posibilidad, que no es en modo alguno imperativa ”.

Establecido lo anterior, y a la vista de los documentos controvertidos descritos en los Antecedentes de Hecho de la presente resolución, cuya declaración de confidencialidad constituye el objeto del recurso, este Consejo no puede sino estar de acuerdo con el informe de la DI cuando señala que en los documentos en cuestión no se incluye información que, por su contenido, pueda considerarse secreto comercial de negocio ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pueda causarle un perjuicio significativo, a excepción de aquellas partes así declaradas de los citados documentos, a las que la DI ha dado tratamiento confidencial.

La ausencia de contenido que constituya secreto comercial es particularmente evidente en varios de los documentos sometidos a debate, como aquéllos a los que el recurrente se refiere enfáticamente como “*métodos internos de contabilidad, analítica de costes y soluciones de software de VALDERRIVAS*” (folio 302, que transcribe el contenido del 681). No hay tal. En absoluto se describe en el párrafo 33 del folio 302 método alguno de contabilidad, analítica de costes, o soluciones de software, ni se da indicio alguno sobre ello, con lo que la pretensión de secreto comercial y, por tanto, de confidencialidad, está fuera de lugar.

Lo mismo sucede con la tabla del folio 406, en la todos los datos han sido declarados confidenciales, a excepción de la denominación de las distintas columnas (meses del año 2007) y filas (distintas empresas del sector, interesadas en este expediente), así como las anotaciones manuscritas contenidas en dicho folio. No parece que pueda aceptarse que esta información, tal cual, suponga secreto comercial o de negocio cuyo conocimiento por el resto de interesados pueda representar un grave perjuicio al recurrente que justifique su confidencialidad. Y lo mismo puede decirse del contenido del folio 408, en el que las notas manuscritas, sin otras referencias, no proporcionan información susceptible de calificarse como secreto comercial.

Respecto al resto de los documentos, del examen de los mismos no puede concluirse que la información incluida en ellos tenga el carácter de secreto comercial, de acuerdo con las pautas que proporciona la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente y la práctica de las autoridades españolas de competencia. VALDERRIVAS defiende su carácter confidencial aduciendo que la gran mayoría de dichos documentos contienen información y estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores (obras, clientes, cantidades, cuotas, etc.), que no debería ser conocida en caso alguno por terceros y menos aún por los competidores de la empresa.

La justificación presentada por VALDERRIVAS no puede ser aceptada por este Consejo. En primer lugar, como bien señala la DI, la información declarada confidencial no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, por lo que, en principio, no existe este peligro de divulgación. A ello debe añadirse que sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC. Por otro lado,

aunque VALDERRIVAS alega que los documentos contienen estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores, no justifica, más allá de una motivación genérica, por qué dichas estimaciones tienen carácter confidencial. En sus alegaciones VALDERRIVAS no explica cuál es la fuente ni el método de trabajo con el que elabora dichas estimaciones sobre la actividad de sus competidores por lo que, en principio y a salvo de otra explicación, debe presumirse que se trata de información de carácter público y de fácil obtención que no constituye secreto comercial y puede ser puesta de manifiesto en el expediente. En cuanto a las estimaciones sobre su propia actividad tampoco se justifica adecuadamente su carácter secreto y confidencial ya que la puesta de manifiesto de una mera estimación de obras, clientes o cantidades, sin mayor información sobre los datos reales de la actividad de VALDERRIVAS no puede provocar perjuicio a esta empresa ni generar beneficios a sus competidores. Pero es que, además y como señala la propia DI, una buena parte de los documentos controvertidos (folios 302, 303, 335, 336, 342, 343, 647, 680 a 683, 692, 693 y 778) reflejan el contenido de reuniones celebradas por un directivo del recurrente con otros directivos de empresas competidoras también interesadas en este procedimiento sancionador en relación con el reparto de distintas obras. Es decir, a criterio de este Consejo los documentos controvertidos contienen información que, siendo relevante para el objeto de la investigación, puede haber sido objeto de intercambio y conocimiento por parte de los competidores que son parte del expediente, en la medida en que se trata de anotaciones realizadas por un directivo de la recurrente relacionadas con el contenido de diversas reuniones mantenidas con aquéllos.

En definitiva, los documentos declarados no confidenciales por la DI contienen información cuya divulgación dentro de los muros del expediente es necesaria para el objeto de la investigación, sin que su conocimiento por las restantes partes interesadas pueda generar un perjuicio grave al recurrente por las razones apuntadas, al tiempo que su conocimiento en el marco del expediente sancionador es necesario para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por las distintas empresas interesadas, en tanto que refieren hechos que pueden sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia.

CUARTO.- 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 VALDERRIVAS. Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, el Consejo de la CNC entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 22 de abril de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por VALDERRIVAS mediante escrito de 24 de diciembre de 2009 relativa a la confidencialidad de determinados documentos.

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.