

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0039/10, Hormigón y productos relacionados)

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 23 de junio 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/0039/10, Hormigón y productos relacionados, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 29 de marzo de 2010 por la representación de HORMIGONES BERIAIN, S.A., (en adelante, BERIAIN) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante, DI) de 16 de Marzo de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por BERIAIN en relación con la confidencialidad de determinados documentos y la devolución de otros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de septiembre de 2009 la DI efectuó una inspección en la sede de BERIAIN, en la que se recabaron una serie de documentos, tanto en formato impreso como electrónico. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2009, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra BERIAIN 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 la misma fecha, se concedía a BERIAIN un plazo de diez días para que, en relación con los documentos en formato papel recabados en la inspección, indicara motivadamente la confidencialidad de los mismos, y aportara una versión no confidencial, a falta de lo cual los documentos quedarían incorporados al expediente.
2. Tras solicitar prórroga para contestar, mediante escrito de 31 de diciembre de 2009 (sellado el 2 de enero de 2010) BERIAIN solicitó la confidencialidad para 39 documentos de los recabados en formato papel (según el Anexo 2 adjunto a su escrito) y la devolución de 6 de

éstos, así como de otros dos no confidenciales (los marcados como ILS23 y ILS27) “*por quedar fuera del objeto de la presente investigación*” o, subsidiariamente, la confidencialidad para los seis precitados. Pese a indicar en su escrito que aportaba “*versión no-confidencial (censurada) de los documentos recabados en formato papel*”, esta “*versión no-confidencial*” consistía únicamente en una simple carátula identificativa de cada documento en la que, bajo el rótulo de “*CONFIDENCIAL*” se indicaba el número de páginas del mismo y la mención expresa de que “*todas ellas son confidenciales*”.

3. En su acuerdo de 16 de marzo de 2010, que resolvía sobre esta solicitud, la DI no consideró procedente declarar confidenciales una serie de 23 documentos “*por contener hechos concretos que podrían ser utilizados como pruebas en el pliego de concreción de hechos que, en su caso, se elabore y no estar suficientemente justificada la confidencialidad de los mismos*”, 21 de los cuales (ILS1, ILS2, ILS3, ILS4, ILS5, ILS6, ILS7, ILS8, ILS9, ILS10, ILS11, ILS12, ILS16, ILS17, ILS19, ILS20, ILS24, ILS25, YSB11, YSB12 e YSB13) formaban parte del conjunto de 39 para los que BERIAIN había solicitado confidencialidad, siendo los dos restantes (ILS23 y ILS27) aquellos que la propia solicitante había identificado como no confidenciales. Asimismo, la DI denegó la devolución de estos últimos y de los otros 6 (YSB1, YSB3, YSB5, YSB6, YSB7 e YSB9) para los que BERIAIN la había pedido por considerar que constituían “*documentos relacionados con el mercado objeto del expediente que pueden tener relación con los hechos investigados*”.
4. Mediante escrito de 29 de marzo de 2010, y al amparo del artículo 47 de la LDC, BERIAIN presentó recurso ante el Consejo de la CNC contra el Acuerdo de la DI de 16 de Marzo de 2010 por el que se denegaba la confidencialidad solicitada para determinados documentos en formato papel copiados en la sede de BERIAIN e incorporados al expediente S/0179/09, así como la devolución de otros.
5. En su escrito el recurrente afirma que la solicitud de confidencialidad estaba suficientemente justificada y que la revelación a terceros de dichos documentos, que contienen secretos comerciales y/o información confidencial, podría causarle un perjuicio irreparable, siendo, además, irrelevante para el desarrollo del procedimiento en caso de que finalmente nada tuviera que ver con las imputaciones que se realizaran. Igualmente, niega que los documentos cuya devolución se solicita tengan relación con el objeto de la investigación. Citando jurisprudencia del Consejo de la CNC y del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, BERIAIN estima que con anterioridad al Pliego de Concreción de Hechos se debe ser muy prudente a la hora de dar acceso a la información considerada confidencial por las partes del procedimiento, a los efectos de salvaguardar el derecho de las partes imputadas al tratamiento confidencial de sus secretos comerciales e información confidencial.
6. En concreto, BERIAIN argumentaba su petición de confidencialidad de la siguiente forma:
 - Documentos ILS1, ILS2, ILS3, ILS4, ILS5, ILS6, ILS7, ILS8, ILS9, ILS10, ILS11, ILS12, ILS16, ILS17, ILS19, ILS20, YSB11 e YSB12: contienen información y estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores (obras, clientes, cantidades, etc.), que no debería ser conocida en caso alguno por terceros y menos

aún por los competidores de la empresa ya que podría proporcionar a éstos una ventaja competitiva.

- Documento YSB13: contiene una relación de ofertas realizadas por la empresa a potenciales clientes, lo que constituye secretos comerciales de la empresa que no deben ser conocidos por terceros y por sus competidores.
- Documento ILS24: contiene información confidencial y/o secretos comerciales referidos a estimaciones sobre clientes y/o posibles clientes, cuya revelación a terceros y a competidores causaría un grave perjuicio a la empresa.
- Documento ILS25: contiene unas notas manuscritas que constituyen secretos comerciales e información confidencial cuya revelación a terceros causaría un grave perjuicio a la empresa.

7. Igualmente, para justificar su solicitud de devolución de documentos por no tener relación con el objeto de la investigación, indicaba lo siguiente:

- Documento YSB1: contiene números de teléfonos móviles y fijos del personal de una planta de la empresa, la de Haro (La Rioja).
- Documento YSB3: contiene información sobre una serie de deudas de clientes de la empresa y su renegociación y forma de pago.
- Documento YSB5: contiene información sobre clientes de la empresa, así como de las posibles condiciones de contratación con los mismos.
- Documentos YSB6, YSB7 e YSB9: contienen información y estimaciones sobre activos y competidores y otros extremos del sector existentes en diferentes zonas.
- Documentos ILS23 e ILS27, relativos a la zona de Valencia y al año 1992, donde asegura no haber realizado nunca actividades.

8. En su informe de 7 de abril de 2010, la DI señala que a la hora de determinar qué datos son confidenciales, en línea con la práctica de la CNC, ha ponderado los principios de transparencia y de deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial (artículos 3.5 y 37.5 d) de la Ley 30/1992), utilizando con carácter interpretativo la definición de secretos comerciales de la Comunicación de la Comisión Europea de acceso al expediente y, asimismo, indica que también ha ponderado si la citada documentación contiene información directamente relacionada con el objeto de la investigación de este expediente sancionador, imputable tanto a la empresa como a otros interesados en este procedimiento.

9. Teniendo en cuenta todo ello, según sigue diciendo en su informe, la DI declaró confidenciales aquellos documentos (18) que pudieran contener datos confidenciales por tratarse de secretos comerciales y cuya revelación pudiera causar un perjuicio a la empresa, y a sensu contrario, declaró la no confidencialidad de aquellos documentos (23) que contienen evidencias que pudieran sustentar una imputación en el Pliego de Concreción de Hechos, en cuyo caso, su declaración como confidencial podría perjudicar al derecho de defensa del resto de interesados en cuanto que los mismos están directamente relacionados con una posible imputación en el Pliego, no sólo respecto a la empresa recurrente, sino a otros

interesados en el expediente, al margen de que –según indica la DI- mucha de esta información ya había sido aportada a la DI por el denunciante y, por tanto, trasladada a todas las empresas imputadas, entre ellas la recurrente, de acuerdo con lo indicado en el artículo 28.2 del RDC.

- 10.** Respecto a la confidencialidad solicitada por el recurrente para determinados documentos recabados en la inspección, la DI señala que *“la totalidad de la información en formato papel ha sido considerada relevante para el objeto de la investigación”* y que, *“con los trámites de instrucción ya realizados, es difícil suponer que éste finalice con el archivo o sobreseimiento del expediente, siendo precisamente la valoración de dichos documentos en un futuro Pliego de Concreción de Hechos lo que ha determinado, en última instancia, la declaración de no confidencialidad de la citada documentación –por otra parte, coincidente con información aportada en la denuncia-, para permitir a las partes su actividad alegatoria, la defensa de sus intereses legítimos y la salvaguardia del principio de contradicción, sin que ello suponga revelar secretos comerciales de la empresa recurrente”*. Recuerda la DI además que, en todo caso, estos documentos sólo serán accesibles a los interesados en el procedimiento, no a terceros, y que el hecho de que no se declare la confidencialidad pretendida por BERIAIN no significa que los datos contenidos en estos documentos se hagan públicos, sino que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.
- 11.** En concreto, la DI señala que no se contiene en el conjunto de esta documentación información que, por su contenido, pueda considerarse secreto de negocio, a excepción de aquéllos documentos así declarados, a los que se da tratamiento confidencial (y que incluyen algunos de los que se solicita su devolución). Seguidamente se recoge lo indicado por la DI respecto a la argumentación del recurrente:

 - Documentos ILS1, ILS2, ILS3, ILS4, ILS5, ILS6, ILS7, ILS8, ILS9, ILS10, ILS11, ILS12, ILS16, ILS17 ILS19, YSB11, YSB12 e YSB13: Señala la DI que, aunque el recurrente ha indicado que estos documentos contienen información y estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores (obras, clientes, cantidades, etc.), de acuerdo con la información disponible -entre ella la denuncia presentada con información relativa a distintas reuniones a las que también asistió la empresa denunciante-, estas estimaciones parecen recoger el contenido de dichas reuniones entre competidores en relación con el reparto de distintas obras. Recuerda la DI que a las empresas imputadas se les facilitó, junto con la notificación del acuerdo de incoación, una copia de la denuncia presentada, por lo que dichas empresas, entre ellas la recurrente, conocían, al menos de manera parcial, esa información trasladada por el denunciante y coincidente con la información recabada en la inspección de HORMIGONES BERIAIN S.A.
 - Documento ILS20: contiene una lista de obras en forma de tabla en la que se especifica para cada una de dichas obras “Cliente”, “Descripción“, “Localidad“, “Nº Viviendas“, “Reparto“, “Estado“ y “Zona“, apareciendo en la columna de “Reparto” los nombres de 3 de las empresas que actúan en la zona determinada, entre las cuales aparece el nombre de la empresa denunciante. La DI considera que el recurrente no ha

justificado la confidencialidad de estos datos, más allá de señalar que se trata de meras estimaciones internas.

- Documento ILS24: contiene clasificación de clientes en función de consumos en varios grupos a los que se le aplica una bonificación de XXX pesetas sobre la tarifa de 1993, por lo que la DI entiende que estos datos no están vigentes, aparte de que el recurrente no haya justificado su confidencialidad, al margen de una declaración genérica de confidencialidad.
- Documento ILS25: contiene unas notas manuscritas relativas a un proyecto de acuerdo entre varias empresas que podría ser constitutivo de infracción de la normativa de competencia, sin que pueda considerarse que dicha información sea constitutiva de secretos comerciales e información confidencial cuya revelación, no a terceros, como indica el recurrente, sino al resto de interesados en el procedimiento, causaría un grave perjuicio al recurrente que justifiquen la confidencialidad de este documento que, además, podría suponer la imputación de otros interesados en el expediente de referencia.

12. En cuanto a la devolución de determinados documentos solicitada por el recurrente, la DI indica que contienen información respecto a hechos, documentos o personas que tienen relación directa con el mercado investigado (producción y suministro de morteros, hormigones y áridos en el territorio nacional), por lo que en la fase actual de tramitación del expediente sancionador la DI entiende que es adecuada la valoración realizada de dichos documentos en el sentido de que están relacionados con el objeto de la investigación, sin que en principio esta valoración haya quedado desvirtuada por la empresa recurrente, que se limita a solicitar su devolución por quedar fuera del objeto de la investigación y, subsidiariamente, la confidencialidad de dicha documentación. Teniendo en cuenta esta petición subsidiaria de confidencialidad, la DI ha declarado confidenciales la práctica totalidad de ellos, en concreto, los documentos YSB1, YSB3, YSB5, YSB 6, YSB 7 e YSB 9, al considerar que éstos podían contener secretos comerciales, y no ha estimado la petición de confidencialidad únicamente para dos de ellos, los documentos ISL23 e ISL27, respecto a los cuales BERIAIN no ha justificado su confidencialidad, limitándose a indicar su devolución por no estar relacionados con el objeto de la investigación, ya que se refieren a la zona de Valencia y al año 1992. Por el contrario, la DI no sólo entiende que están relacionados con los hechos investigados en el expediente, sino que además contienen evidencias que pudieran sustentar una imputación en el Pliego de Concreción de Hechos, en cuyo caso, su declaración como confidencial podría perjudicar al derecho de defensa del resto de interesados.

13. 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 de la recurrente, al considerar que los documentos ILS1, ILS2, ILS3, ILS4, ILS5, ILS6, ILS7, ILS8, ILS9, ILS10, ILS11, ILS12, ILS16, ILS17, ILS19, ILS20, ILS24, ILS25, YSB11, YSB12 e YSB13 no contienen información confidencial o suficientemente sensible como para que el resto de interesados en el expediente de referencia no tengan acceso a los citados documentos.

14. Conforme a lo dispuesto en el artículo 47.3 LDC, el Consejo, mediante Acuerdo de 14 de mayo 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 BERIAIN con fecha 17 de mayo de 2010.

15. Tras haber tomado vista del expediente el 18 de mayo de 2010, BERIAIN presentó escrito con fecha 2 de junio de 2010 en el que formulaba alegaciones reiterando los argumentos ya expuestos en su escrito de recurso de 29 de marzo de 2010. Pero, además, alega “*vulneración de la presunción de inocencia*” que, en su opinión, se revela en “*la afirmación de la DI [en el informe de la DI al recurso] relativa a las pocas posibilidades de que el presente expediente acabe con un archivo o sobreseimiento de las actuaciones*”, y en la afirmación de la DI, recogida también en el informe relativa a que “[...] *esta información será el fundamento para la elaboración de un futuro pliego de concreción de hechos*”.

Para BERIAIN “...*resulta sorprendente que la DI manifieste querer proteger el derecho de defensa de las empresas implicadas en el procedimiento cuando ella misma ya les ha denegado dicho derecho al concluir la existencia de una práctica restrictiva de la competencia sin que éstas hayan podido acceder a documentación alguna de la incautada en las empresas investigadas y sin que, por lo tanto, se haya concedido a éstas la posibilidad real de realizar alegaciones en base a dicha documentación en ejercicio de su derecho de defensa*”. (...) *En definitiva, la DI ya ha denegado el derecho de defensa a las empresas implicadas en el presente expediente al afirmar en su Informe que formulará una imputación en el Pliego de Concreción de Hechos, lo que impide a dichas empresas, incluyendo a esta parte, ejercer el derecho de defensa al que la DI alude, dado que toda alegación caería en el vacío al haberse ya sentenciado, en esta fase tan incipiente del procedimiento, (...)...dificilmente se puede admitir la vulneración del derecho de defensa de los interesados por mantener confidencial de manera cautelar respecto de los mismos una mínima parte de la información incorporada al expediente y considerada como meras posibles evidencias y no como pruebas, cuando ninguna de las empresas implicadas ha tenido acceso a la voluminosa documentación recabada en formato papel y en formato electrónico en las inspecciones realizadas en las empresas implicadas, pudiendo afirmarse que es en concreto esto último lo que verdaderamente vulnera el derecho de defensa de las empresas implicadas impidiéndoles realizar una clara valoración de los documentos que posee la DI cuando además la DI ha formulado de manera prematura imputación sin esperar a materializar ésta en un Pliego de Concreción de Hechos, tal y como prescribe el artículo 50 LDC, vulnerando con ello el derecho a la presunción de inocencia de esta parte*”.

16. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de junio de 2010.

17. Es interesado HORMIGONES BERIAIN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurrente invoca el artículo 47 de la Ley 15/2007 como fundamento de la impugnación del Acuerdo de la DI de 16 de Marzo de 2010, norma que establece 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”*. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido reúne las condiciones exigidas para ser estimado, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable al recurrente.

En su escrito de recurso BERIAIN no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el acuerdo de 16 de marzo de 2010, de manera que no sería preciso analizar este supuesto. Por el contrario BERIAIN afirma que el acuerdo recurrido le causa perjuicio “grave” e “irreparable”. Sin embargo esta alegación es genérica, sin concretar en qué forma se materializaría el dicho perjuicio, más allá de los derivados de poner en conocimiento de terceros competidores información que dice constituir secreto comercial. **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.**

El recurrente considera que los documentos declarados no confidenciales en el acuerdo de la DI de 16 de marzo de 2010 deberían formar pieza separada de confidencialidad conforme al artículo 42 de la LDC, al artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RJAPPAC) y a la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (actualmente arts. 101 y 102 del TFUE), ya que considera que la confidencialidad estaba suficientemente justificada en su escrito de 2 de enero de 2010 y que no es pertinente que esa información sea accesible a otros interesados en el procedimiento, pues, sigue diciendo, así lo ha venido reconociendo el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución r 571/03v, Wall Street, de 10 de marzo de 2004, al considerar que *“para no causar daños ni perjuicios irreparables a las empresas investigadas hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que puedan ser reputados como secretos comerciales y valorar muy cuidadosamente los que, sin llegar a tanto, puede estimarse que constituyen información sensible”*. El recurrente afirma que la revelación de dichos documentos, que contienen información confidencial y/o secretos comerciales, a terceros, y más aún a competidores de la empresa, causaría un grave perjuicio a la misma.

Respecto a la devolución de otros documentos, el recurrente la solicita aduciendo que ya justificó motivadamente que no tenían relación con el objeto de la investigación en su escrito de 31 de diciembre de 2010. Subsidiariamente, solicitaba confidencialidad para los mismos (en su escrito de 31-12-2009, petición que no repite en el escrito de recurso)

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

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. Pero, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 RDC, esta declaración de confidencialidad a solicitud de la parte viene condicionada a que ésta lo haga “*de forma motivada*” y “*deberá presentar, además, una versión no confidencial*” de los documentos para los que reclama la confidencialidad.

Es decir, desde un punto de vista formal la normativa exige dos requisitos para acceder a la solicitud de confidencialidad de documentos: justificación del por qué de la petición de tratamiento confidencial y presentación de una versión no confidencial de los documentos. Teniendo esto en cuenta, hay que subrayar la debilidad en la motivación del recurrente, que se limita a una argumentación genérica, pero sin justificar realmente su petición de confidencialidad y, por otro lado, tampoco cumple con la exigencia de aportar una versión no confidencial de los documentos, pues, como se recoge en el AH 2, no puede considerarse como tal lo aportado, que es una simple carátula de los documentos. En consecuencia, ya desde esta perspectiva la petición de confidencialidad no podría admitirse.

Pero es que, además, 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 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”.*

No puede olvidarse que el mantenimiento de la confidencialidad afecta directamente a los denominados derechos de defensa, pues como ha señalado el Consejo de la CNC en la Resolución anteriormente citada, “*...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 documentación controvertida, este Consejo no puede sino estar de acuerdo con el informe de la DI cuando señala que el conjunto de documentos sobre los que se suscita la controversia no incluye información que, por su contenido, pueda considerarse secreto de negocio.

La ausencia de contenido que constituya secreto comercial es particularmente evidente en varios de los documentos sometidos a debate. Por ejemplo, los documentos ILS24 y el ILS25, que pueden datarse a los años 1993 y 1982, y cuyo carácter confidencial defiende la representación de BERAIN, no pueden constituir secreto comercial por la falta de actualidad de los datos e información que proporcionan, de acuerdo con la práctica de las autoridades de competencia españolas y europeas. A título de ejemplo, la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente expone este criterio claramente ya que puede “*presum(irs)e que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales*”.

Respecto al resto de los documentos cuya declaración de confidencialidad constituye el objeto del recurso, del examen de los mismos no puede concluirse que la información incluida en los mismos 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. BERAIN 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, etc.), que no debería ser conocida en caso alguno por terceros, y menos aún por los competidores de la empresa ya que podría proporcionar a éstos una ventaja competitiva.

La justificación presentada por BERAIN no puede ser aceptada por este Consejo. En primer lugar, como bien señala la DI, la información declarada confidencial no debe ser conocida por terceros ajenos al expediente conforme al deber de secreto que impone el art. 43.1 de la LDC. Por otro lado, aunque BERAIN 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 particular, en sus alegaciones BERAIN 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 BERAIN no puede provocar perjuicio a esta empresa ni generar beneficios a sus competidores.

En este punto hay que rebatir la afirmación del recurrente en sus alegaciones cuando manifiesta que la DI ya ha sentenciado el asunto y está vulnerando su derecho de defensa. No hay tal cosa; la DI no ha realizado aun imputación alguna, sino simplemente expresa la valoración preliminar que le merecen los datos e informaciones recabadas, de los cuales parece deducir la posible existencia de conductas en los denunciados que podrían ser constitutivas de infracción. Precisamente, el hecho de que el recurrente pueda alegar cuanto considere oportuno, como está haciendo, desmonta la acusación que realiza contra la DI. Lo que no puede pretender es mantener confidenciales unos documentos con la excusa de que va a sufrir unos hipotéticos perjuicios –que no demuestra- porque sean conocidos por sus competidores (que no por terceros ajenos al expediente) cuando, como se ha dicho más arriba, no puede apreciarse –ni se justifica debidamente- que los documentos en cuestión contengan “secretos comerciales”.

TERCERO.- Sobre la devolución de determinados documentos

Como se ha recogido en los AH, la recurrente solicita la devolución de una serie de documentos (YSB1, YSB3, YSB5, YSB6, YSB7, YSB9, ILS23 y ILS27), para los que, en un escrito anterior, había solicitado subsidiariamente su consideración como confidenciales.

Igualmente, se ha reflejado en los AH que la DI, teniendo en cuenta esa petición subsidiaria de confidencialidad respecto a dichos documentos había declarado confidenciales la práctica totalidad de ellos, en concreto, los documentos YSB1, YSB3, YSB5, YSB 6, YSB 7 e YSB 9, al considerar que éstos podían contener secretos comerciales, y no había estimado la petición de confidencialidad únicamente para dos de ellos, los documentos ISL23 e ISL27. Es preciso señalar que estos dos últimos documentos figuran con carácter “no confidencial” en la relación que BERAIN adjunta como anexo o documento 2 a sus escritos de 31 de diciembre de 2009 y de recurso, por lo que contradice su petición de confidencialidad para ellos.

Estos documentos, además, podrían representar un modelo de documento con criterios a seguir para el reparto de obras entre diversas empresas. Respecto a los otros, habida cuenta que la DI los ha declarado confidenciales, se consideran salvaguardados los intereses de BERAIN.

CUARTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 LDC

Como se ha advertido, la norma requiere que el acto impugnado cause indefensión o perjuicio irreparable al recurrente. En su escrito de recurso BERAIN no hace referencia en ningún momento al primer requisito, por lo que habría que entender inexistente una posible indefensión que provocase el Acuerdo de 16 de marzo de 2010, de manera que no sería preciso analizar este supuesto. En cambio, en sus alegaciones posteriores tras tomar vista del expediente y tener acceso al informe de la DI afirma que se han vulnerado sus derechos de defensa. Dado que esta alegación ha sido analizada anteriormente, no procede ahora volver sobre ella.

En su escrito de recurso BERIAIN afirma que el acuerdo recurrido le causa perjuicio “grave” e “irreparable”. A este respecto, y como se ha indicado, es preciso subrayar que el recurrente no hace sino una alegación genérica, sin concretar en qué forma se materializaría dicho perjuicio, lo que haría innecesario cualquier pronunciamiento al respecto por parte de este Consejo. Cabe recordar que, en cuanto al supuesto perjuicio irreparable, el Tribunal Constitucional entiende que es *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009). **Pero dado que, a la luz de lo expuesto anteriormente, no puede hablarse de vulneración alguna que deba repararse, no cabe tampoco apreciar perjuicio irreparable.**

En conclusión, 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 BERIAIN. 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, **ELCONSEJO**

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de HORMIGONES BERIAIN, S.A. contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 16 de Marzo de 2010, por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por BERIAIN en relación con la confidencialidad de determinados documentos y la devolución de otros.

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.