

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0077/11, ENVEL)

CONSEJO

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
Asumiendo funciones de Presidente.
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 16 de septiembre de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0077/11, ENVEL, 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 ENVEL EUROPA. S.A, (en adelante ENVEL) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de fecha 22 de junio 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 19 de octubre de 2010, funcionarios de la CNC realizaron una inspección en el domicilio social de ENVEL de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC.
2. El 15 de marzo de 2011, la DI comunicó a ENVEL el acuerdo del instructor de incorporar al expediente S/0316/10 Sobres de Papel, la información recabada en formato papel en el curso de la inspección realizada en la sede de la citada empresa, concediéndole un plazo de 10 días, para que en su caso, remitiese la correspondiente solicitud de confidencialidad y aportase las versiones censuradas, conforme al artículo 42 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
3. El 24 de marzo de 2011, tuvo entrada en la Comisión Nacional de Competencia, escrito de ENVEL solicitando la confidencialidad de determinada documentación y aportando versión censurada de una parte de la misma.
4. Con fecha 22 de junio de 2011, la Dirección de Investigación de la CNC notificó a ENVEL el acuerdo del instructor, en el que se estima sólo parcialmente la solicitud de la empresa, denegando el carácter confidencial de los siguientes documentos:
 - Folio 1, en el que aparecen notas manuscritas en la parte baja izquierda, relacionadas con una supuesta concertación para acudir a una licitación que

constituyen evidencias de un presunto reparto de mercado en la fabricación, distribución y comercialización de sobres de papel.

- Folios 3 y 4 diversos correos electrónicos intercambiados entre un empleado de UNIPAPEL y el entonces Director General de ENVEL.
 - Folio 6, notas manuscritas recogidas en la esquina superior relacionados con un presunto reparto de licitación correspondiente a la fabricación de sobres con motivo de la celebración de Elecciones Generales en 2004.
 - Folio 9 correo electrónico con información sobre las condiciones de subcontratación ofrecidas por UNIPAPEL a ENVEL para diversos concursos.
 - Folios 13 y 14, notas manuscritas con datos referidos a la cuantía de las ofertas económicas a presentar por parte de ENVEL, relacionadas con un presunto reparto de licitación correspondiente a la fabricación de sobres con motivo de la celebración del Referéndum de la Constitución Europea de 2005.
 - Folios 15 y 16, correos electrónicos intercambiados entre un empleado de UNIPAPEL y el entonces Director General de ENVEL, relacionados con un presunto reparto de licitación correspondiente a la fabricación de sobres con motivo de la celebración de Elecciones Generales en 2004.
 - Folio 27 tabla manuscrita realizada por ENVEL.
 - Folio 29, en el que se contienen anotaciones relacionados con un presunto reparto de una licitación correspondiente a la fabricación de sobres.
5. Con fecha 4 de julio de 2011, ENVEL interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el acuerdo de la DI, de 22 de junio de 2011, solicitando al Consejo de la CNC, se proceda a revocar la decisión de la DI, y consecuentemente, a otorgar el tratamiento confidencial a los documentos anteriormente referidos.

La recurrente alega como motivo único del recurso que la decisión de la DI produce un perjuicio irreparable al derecho de ENVEL, reconocido por el artículo 42 de la LDC, de que se mantengan secretos los documentos confidenciales.

6. Con fecha 5 de julio 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 junto con copia del expediente.
7. Con fecha 11 de julio de 2011 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 6º. En dicho informe, la DI propone que se desestime el recurso interpuesto por ENVEL EUROPA, S.A, en la medida en que el Acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la citada empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

8. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 21 de julio de 2011, se concedió a ENVEL un plazo de 15 días para formular alegaciones.
9. Mediante escrito de 2 de agosto de 2011, con entrada en la CNC el 3 del mismo mes, ENVEL reitera las alegaciones formuladas en su escrito de interposición respecto al perjuicio irreparable que sufriría ENVEL si se levantara la confidencialidad de los documentos discutidos que contiene información sobre la estrategia comercial de la recurrente así como a relaciones de subcontratación (de naturaleza vertical) con otros operadores del mercado.
10. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 14 de septiembre de 2011.
11. Es interesada ENVEL EUROPA, 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 ENVEL. Se trata, por tanto, de verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso, o no, lo que implicaría su desestimación.

En su escrito de recurso ENVEL 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 petición de confidencialidad de los referidos documentos reside en el carácter de secretos comerciales o de información sensible y que su revelación a otros interesados supone un perjuicio irreparable a ENVEL.

El recurrente indica que este daño se traduciría en el eventual acceso del resto de las partes interesadas en el procedimiento, competidores directos de la empresa, a información comercialmente sensible, lo que conllevaría un daño que no es susceptible de ser reparado posteriormente, ni siquiera mediante compensación económica pues pone a disposición de sus competidores, datos e informaciones estratégicas, que eliminan la incertidumbre en la actuación de los operadores económicos, lo que por otra parte, no solo perjudica a ENVEL, sino que también es claramente contradictorio a los intereses protegidos por la normas de defensa de la competencia.

Asimismo, la recurrente señala que los documentos controvertidos son ajenos a las supuestas infracciones objeto de investigación en el expediente S/0316/10, por la que la declaración de confidencialidad no afectaría a los derechos de defensa de las otras partes interesadas.

En este sentido, indica que es difícil-si no imposible- encontrar una conexión entre la información contenida en los citados documentos, relativa a relaciones verticales de subcontratación y a decisiones estratégicas internas de la Sociedad, y los supuestos acuerdos horizontales de fijación de precios y reparto de mercados entre ENVEL y otros competidores sobre los que versa el objeto del expediente.

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

En su escrito de alegaciones ENVEL reitera que los documentos cuya confidencialidad se discute contienen información sobre la estrategia comercial de la empresa así como a relaciones de subcontratación (de naturaleza vertical) con otros operadores del mercado. La naturaleza estratégica de la información incluida es esencial, según ENVEL, ya que la estrategia comercial de una empresa no pierde valor por el mero transcurso del tiempo en la misma medida que otro tipo de información interna y, por tanto, no puede aplicársele directamente el plazo de cinco años previsto en la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, que se refiere a datos relativos al volumen de negocio de la empresa, que “pierde importancia con el transcurso del tiempo al tratarse de datos y estadísticas que van cambiando año a año”.

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

Conforme al artículo 42 de la 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”*.

Ahora bien, que la LDC conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de los incorporados al expediente, no constituye un principio absoluto sino que viene matizado, tal y como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC (entre otras en la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, Expte R/003/08 Trio Plus), atendiendo a las circunstancias de cada caso, a saber:

- 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».

Estos criterios han sido repetidamente aplicados por el Consejo de la CNC en las resoluciones a sucesivos recursos en materia de confidencialidad durante los últimos años: entre otras pueden citarse las resoluciones de 16 de mayo de 2011 (R/0064/11, CTT Stronghold), de 27 de enero de 2011 (R/0058/10, CTT Stronghold 2), de 12 de enero de 2011 (R/0056/10, Mekano 4) y de 22 de junio de 2011 (R/0070/11, GRAFOPLAS 2).

Por otro lado, tal y como ha destacado el Consejo 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”.*

Esto es, debe existir un equilibrio entre los principios de transparencia y el deber de secreto de aquellas informaciones que estén protegidas por el secreto comercial.

Para realizar una evaluación de confidencialidad de unos documentos concretos en el marco de un procedimiento sancionador, tal y como afirmó este Consejo recientemente en la citada Resolución de 22 de junio de 2011 (R/0070/11 GRAFOPLAS 2), se deben 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, de forma que han perdido la calificación de secreto comercial; 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 en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el artículo 42 de la LDC, siendo ello así por los motivos que, a continuación, pasamos a exponer.

- Folio 1: el recurrente ha señalado que este documento contiene unas notas manuscritas en catalán de carácter interno de ENVEL en relación con un concurso del Ministerio de Trabajo e Inmigración convocado en 2010, por lo que se trataría de reflexiones internas de carácter estratégico previas a la presentación de una oferta por parte de ENVEL al mencionado concurso, por lo que serían de naturaleza comercialmente sensible y por consiguiente debería recibir tratamiento confidencial.

Este Consejo considera que dicha información no es constitutiva de secreto comercial, teniendo en cuenta la traducción jurada solicitada por la DI e incorporada al expediente con fecha 25 de mayo de 2011 (tras detectar que la versión traducida al castellano por la empresa presentaba importantes lagunas en la que se omitía el significado de algunas palabras decisivas para su comprensión), sin que quepa deducir de su contenido que dichas notas sean el resultado de reflexiones internas de carácter estratégico previas a la presentación de una oferta.

Además, la DI pone de manifiesto en su informe que este documento presenta cierta concordancia con otros documentos similares. El Consejo por ello entiende que esta

nota manuscrita puede ser empleada por la DI como indicio de un presunto reparto de mercado, por lo que las partes implicadas deben tener acceso a su contenido para poder ejercer, en su caso, sus derechos de defensa

- Respecto a los folios 3, 4 (que corresponden a diversos correos electrónicos en los que el Director General de UNIPAPEL comunica al entonces Director General de ENVEL que dicha subcontratación se produce en compensación por una participación en el concurso de sobres con un margen determinado): este Consejo considera que no pueden ser considerados secreto comercial por su contenido. Aun cuando no fuera así, el hecho de que concuerden con documentos similares recabados en las inspecciones realizadas a otras empresas también incoadas en el expediente S/0316/10 y que tengan una antigüedad de siete años impide que, a día de hoy, puedan gozar de la protección del artículo 42 de la LDC.
- Folio 6: el recurrente indica que las notas manuscritas contenidas en dicho documento hacen referencia a las condiciones de subcontratación ofrecidas por UNIPAPEL a ENVEL y por tanto son de naturaleza comercialmente sensible.

En relación a dicho folio este Consejo considera que sea por su antigüedad (seis años) y su concordancia con documentos similares recabados en otras inspecciones realizadas a otras empresas también incoadas en el expediente S/0316/10, esta información no puede considerarse confidencial.

- Folio 9 (se trata de un correo electrónico con información sobre las condiciones de subcontratación ofrecidas por UNIPAPEL a ENVEL para diversos concursos). Al igual que en el caos anterior este Consejo, teniendo en cuenta la antigüedad del documento (6 años) y su concordancia con los encontrados en otras inspecciones realizadas en diferentes empresas, considera que no puede atribírsele la protección de los documentos confidenciales.
- Folio 13 y 14 (notas manuscritas de un directivo de ENVEL que recogen una serie de hipotéticas ofertas económicas elaboradas en base a importes de referencia de UNIPAPEL): En la medida en que se refieren a información de un tercero competidor y no especifican su forma de obtención, se debe presumir que esa información es accesible para terceros. En su defecto, dado que podrían constituir evidencia de una presunta cooperación entre agentes procede tener acceso a las mismas para mejor permitir el ejercicio del derecho de defensa.
- Folio 15 y 16 (Correos intercambiados entre un empleado de UNIPAPEL y el entonces Director General de ENVEL): El recurrente indica que estos folios contienen la respuesta a los correos electrónicos contenidos en los ya citados folios 3 y 4, por lo que deben de aplicarse las mismas previsiones de confidencialidad. Sobre este punto, este Consejo se remite a la argumentación referida a los citados folios.
- Folio 27 (tabla manuscrita realizada por ENVEL) este Consejo considera que dicha información no es constitutiva de secreto comercial, al recoger el documento tarifas de una empresa competidora (UNIPAPEL), sin especificar la fuente de obtención de las mismas, habiendo por lo demás perdido su posible carácter de secreto comercial, al haber transcurrido trece años desde su elaboración.

- Folio 29: el recurrente indica que este folio corresponde a información de naturaleza similar a la contenida en el folio 27, por lo que este Consejo se remite a lo ya indicado respecto a dicho folio.

A mayor abundamiento y como ya se ha indicado, los documentos cuya confidencialidad ha sido solicitada por la empresa recurrente e incluidos en los folios 3, 4, 6, 9 y 13 a 16 son documentos, que aparte de contener indicios de la posible participación de la empresa recurrente junto con otras empresas también incoadas en el expediente sancionador S/0316/10 en un acuerdo restrictivo de la competencia, habrían perdido su posible consideración de secreto comercial por el transcurso del tiempo (se trata de documentos con una antigüedad de siete años, salvo los documentos 13 y 14 cuya antigüedad es de seis años) careciendo a día de hoy del carácter estratégico imprescindible para su consideración de secreto comercial corporativo.

La cuestión relativa a la antigüedad de los documentos para valorar su confidencialidad ha sido recogida por 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 TCE (2005/C 325/07), señalando que la información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial, con una presunción de no confidencialidad para los documentos relativos a la política comercial de más de cinco años de antigüedad.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de la CNC señalando lo siguiente en su Resolución de 12 de enero de 2011:

"(. . .) Por un lado, del examen de la documentación sobre la que se solicita la confidencialidad no puede concluirse que la información en ella incluida tenga el carácter de secreto comercial de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de la competencia, así como la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (2005/C 325/07) (. . .) en otros (los datos) han perdido vigencia por el transcurso del tiempo (...)"

Como se ha descrito anteriormente ENVEL alega que la documentación discutida incluye información sobre la estrategia comercial de la empresa y este carácter impide una aplicación automática del plazo de cinco años previsto en la Comunicación de la Comisión Europea (referido a datos que pierden importancia por el transcurso del tiempo, como el volumen de negocios de la empresa). Por el contrario, sostiene ENVEL, la estrategia comercial de una empresa no pierde valor por el mero transcurso del tiempo en la misma medida que otro tipo de información interna "sino que, por su propia naturaleza, determina los pasos a seguir por la sociedad en el largo plazo".

Este Consejo, a la vista de las alegaciones de ENVEL y de la documentación controvertida, no puede aceptar esta alegación ya que la recurrente no ha acreditado, ni siquiera justificado debidamente, que la información contenida en los folios discutidos incluya datos sobre la estrategia comercial de ENVEL que no haya perdido, caso de haberlo tenido, su carácter de secreto comercial por el transcurso del tiempo. En todo caso, la no aplicación del plazo de cinco años previsto en la Comunicación de la Comisión Europea a datos referidos a la estrategia comercial de la empresa es una

aseveración propia del ENVEL no respaldada por la práctica habitual de las autoridades de competencia.

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, este Consejo coincide con el informe de la DI de 11 de julio de 2011 en que la decisión de no declarar los documentos controvertidos como confidenciales está justificada, por tratarse de datos que no son objeto de secreto comercial y en el caso de que pudieran serlo habrían perdido ese carácter por su antigüedad (es el caso de los datos contenidos en los folios 3, 4, 6, 9 y 13 a 16) o por haber sido previamente difundidos entre otras partes del expediente, siendo por lo demás, todos ellos documentos 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/0316/10 podría afectar a los derechos de defensa de los demás interesados en el mismo.

Finalmente, se recuerda que no existe peligro de divulgación de la mencionada documentación, por cuanto toda la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y sobre los interesados pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

TERCERO.- 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 ENVEL. Por ello, 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 ENVEL EUROPA, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 22 de junio de 2011, respecto de la solicitud de revocación del mismo, y la consecuente declaración de confidencialidad de los documentos 1, 3, 4, 6, 9, 13, 14,15, 16, 27 y 29 recabados en la inspección realizada en el domicilio social de ENVEL el 19 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.