



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA)**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

#### **CONSEJEROS**

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Benigno Valdés Díaz

#### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 2 de junio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PRAXAIR ESPAÑA, S.L.U. (PRAXAIR), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de marzo de 2016, por el que se deniega la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0561/15, GASES MEDICINALES.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. En el marco del expediente sancionador S/DC/0561/15, relativo a una presunta infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en intercambios de información y acuerdos de reparto del mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (DC) una inspección en la sede de PRAXAIR los días 14 y 15 de julio de 2015.

Durante dicha inspección se recabó determinada documentación respecto de la que PRAXAIR solicitó su confidencialidad.

2. Mediante Acuerdo de fecha 29 de marzo de 2016, el Instructor del expediente S/DC/0561/15, resolvió no aceptar el tratamiento confidencial solicitado por

PRAXAIR para determinada documentación incorporada a dicho expediente, en concreto para once folios del mismo, entre ellos el 49.

La DC acordó denegar la confidencialidad del folio 49 del expediente por cuanto contenía datos de carácter público y porque constituía información necesaria para el esclarecimiento de los hechos.

3. Con fecha 8 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de PRAXAIR que, en virtud de lo establecido en el artículo 47 de la LDC, solicitaba la revocación del Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016 y el tratamiento confidencial del folio 49 del expediente S/DC/0561/15, puesto que su divulgación le causaría un perjuicio grave e irreparable. En su defecto, solicitaba de forma subsidiaria que se otorgase la confidencialidad a los datos contenidos en la columna "Presupuesto Oximesa" de la tabla que obra en dicho folio 49.
4. Con fecha 11 de abril de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por PRAXAIR.
5. Con fecha 14 de abril de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el antecedente de hecho tercero. En dicho informe, la DC consideraba que, aun siendo ajustado a derecho el contenido del Acuerdo de 29 de marzo de 2016, procedía estimarse parcialmente el recurso de PRAXAIR en cuanto a los datos de la columna denominada "Presupuesto Oximesa", que podrían tener tratamiento confidencial.
6. Con fecha 28 de abril de 2016, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediendo un plazo de 15 días a PRAXAIR para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 17 de mayo de 2016 la representación de la recurrente tuvo acceso al expediente.
8. El día 20 de mayo de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de PRAXAIR de la misma fecha.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 2 de junio de 2016.
10. Es interesado en este expediente de recurso PRAXAIR ESPAÑA, S.L.U. (PRAXAIR).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC de fecha 29 de marzo de 2016, por el que se denegaba la confidencialidad solicitada por PRAXAIR para determinada documentación incorporada al expediente S/DC/0561/15 y que había sido recabada durante la inspección realizada en su sede durante los días 14 y 15 de julio de 2015. En concreto la DC resolvió no aceptar el tratamiento confidencial de once folios del expediente, entre ellos el folio 49.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo 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"*.

PRAXAIR, en virtud de lo establecido en dicho artículo 47 de la LDC, solicita al Consejo de la CNMC que estime su recurso, revocando el Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016 y otorgando tratamiento confidencial al folio 49 del expediente, puesto que dado su carácter de secreto comercial, su divulgación le causaría un perjuicio grave e irreparable. En su defecto, solicita subsidiariamente el tratamiento confidencial de los datos contenidos en la columna "Presupuesto Oximesa" de la tabla que obra en dicho folio 49.

La recurrente señala que la tabla contenida en el folio 49 fue elaborada a requerimiento de un directivo de PRAXAIR que, al acceder a su puesto en 2015, quiso conocer la situación actual del negocio de Terapias Respiratorias Domiciliarias de PRAXAIR, que desarrolla OXIMESA, como división de servicios domiciliarios del grupo PRAXAIR. Así, considera que es un documento interno que contiene información actual y sensible desde el punto de vista comercial y estratégico, por cuanto retrata con exactitud la situación competitiva de OXIMESA en 2015 provincia por provincia. En particular, las tres columnas de la tabla contienen (i) la fecha de finalización de cada uno de los contratos que OXIMESA tiene en vigor con los Servicios de Salud públicos, (ii) el presupuesto total de cada contrato y (iii) el "Presupuesto" de OXIMESA o facturación de la empresa en cada uno de dichos contratos en el año en curso.

La recurrente fundamenta su pretensión llevando a cabo el triple examen para evaluar la confidencialidad de un documento<sup>1</sup> y considera que la tabla contenida en el folio 49:

---

<sup>1</sup> El triple examen consiste, en primer lugar, en determinar si los datos constituyen efectivamente secretos comerciales; en segundo lugar, verificar si, tratándose de secretos comerciales en su origen, éstos han tenido difusión entre terceros, perdiendo con ello la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, determinar si son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa de los imputados. Cita la recurrente en este sentido las Resoluciones del Consejo de la CNC en los Expedientes R/0070/11, GRAFOPLAS 2, de 22 de junio de 2011 y R/0080/11, MANIPULADO DE PAPEL, de 29 de noviembre de 2011, como precedentes en los que se llevó a cabo dicha evaluación de la confidencialidad atendiendo al citado triple examen.

- (i) constituye un secreto comercial, puesto que su divulgación le causaría un **perjuicio grave** ya que ofrecería a sus competidores, de manera inmediata, una descripción exacta de la situación competitiva actual de la empresa, permitiéndoles utilizar dicha información en el mercado en beneficio propio y por tanto en perjuicio directo de OXIMESA;
- (ii) es un documento de elaboración interna que no ha sido difundido entre terceros. Indica la recurrente en este sentido que los datos de la columna "Presupuesto Oximesa" contienen información relativa a la relación contractual vigente entre OXIMESA y cada uno de los Servicios de Salud autonómicos, no siendo ello un dato de carácter público, puesto que no necesariamente coincide con el presupuesto de licitación del concurso, sino que dicha facturación depende de datos que son variables y no conocidos por los demás licitantes (como son el número de pacientes atendidos, el tipo de terapias contratadas y las prestadas en cada caso, las revisiones del contrato, las negociaciones posteriores, etc.). Así, considera que para la elaboración de dicha columna, OXIMESA se basó en datos confidenciales directamente relacionados con la experiencia obtenida en la prestación del servicio sanitario en cada contrato concreto y que en ningún caso son de dominio público, puesto que no se publican por parte de la Administración contratante. De ese modo entiende que la divulgación de esta información confidencial perjudicaría gravemente a OXIMESA en la medida en que permitiría a sus competidores conocer la valoración real que hace de cada uno de sus contratos, y por lo tanto también del interés que pueda tener por mantenerse como proveedor en la próxima licitación de cada uno de los Servicios de Salud.  
En cuanto a los datos contenidos en las columnas "Fecha Finalización" y "Presupuesto Total", si bien se hacen públicos por parte de la Administración contratante, considera la recurrente que a un competidor de OXIMESA le llevaría un tiempo no desdeñable acceder a cada uno de los pliegos y actos de adjudicación de cada concurso en el que ha resultado adjudicatario OXIMESA mientras que si no se censuran se accedería a ellos de manera inmediata; y
- (iii) no resulta necesaria para fijar los hechos objetos del procedimiento ni para garantizar el derecho de defensa de los imputados, no habiendo la DC motivado la razón por la que la misma constituye información necesaria para el esclarecimiento de los hechos. En tal sentido, especifica PRAXAIR que no ve por qué es necesaria para dicho esclarecimiento una descripción de la pura situación contractual de OXIMESA con los Servicios de Salud en el mercado de terapias respiratorias domiciliarias. Por otra parte, entiende que si la DC considerase necesario para el esclarecimiento de los hechos conocer la situación contractual actual de las empresas imputadas podría requerir para ello a los distintos Servicios de Salud —como de hecho hizo para solicitar información sobre las licitaciones llevadas a cabo por éstos—

pero solicitando y elaborando dicha descripción respecto de cada una de las empresas investigadas y no sólo respecto de OXIMESA a quien, de divulgarse la tabla contenida en el folio 49, se colocaría en una situación discriminatoria respecto de sus competidores en cuyas inspecciones no se ha recabado una tabla similar.

Por todo ello, concluye PRAXAIR que el folio 49 del expediente requiere del tratamiento confidencial previsto por el artículo 42 de la LDC, pues de otro modo se le estaría causando a OXIMESA **un daño irreparable**, puesto que sus competidores podrían obtener acceso inmediato a la descripción de su situación competitiva actual, incluyendo la facturación por provincias, lo que podría ocasionarle pérdida de clientes con el consiguiente perjuicio económico, que sería irreparable en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

Finalmente, reflexiona la recurrente que no se puede aceptar que sea la actuación de la propia DC la que facilite una transparencia en el mercado mayor de la existente, convirtiéndose el expediente sancionador en una vía de acceso a información que, incluso aunque pueda constar en algunos casos en fuentes públicas, siempre figurará fraccionada y de ningún modo se divulga por parte de la Administración —y no desde luego por parte del adjudicatario— de manera agregada para una sola empresa como ocurre con la tabla contenida en el folio 49, de elaboración y uso exclusivamente interno de PRAXAIR y de plena vigencia temporal, además por haberse realizado recientemente y referirse a contratos aún vigentes.

Por todas estas razones y, a la vista del perjuicio que la divulgación de tales secretos comerciales provocaría a OXIMESA, y por ende a PRAXAIR, considera esta última que debe procederse a la estimación de su recurso.

En su informe de 14 de abril de 2016, la DC manifestó que, aun siendo ajustado a derecho el contenido del Acuerdo de 29 de marzo de 2016, procedía, en consideración a la nueva argumentación realizada en la interposición del recurso de PRAXAIR, **estimar parcialmente** el mismo en cuanto a los datos de la columna denominada "Presupuesto Oximesa", que podrían tener tratamiento confidencial.

La DC, en su valoración, y tras llevar a cabo unas observaciones preliminares en relación al principio de confidencialidad (entre otras, la necesidad de motivación de la petición de confidencialidad, sin que la simple cita conceptual al "secreto comercial" sea válida para acceder a ella, o que dicha petición debe valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, como 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) afirma que, teniendo en cuenta todos estos requisitos, declaró confidenciales aquellos

---

<sup>2</sup> Se entiende por perjuicio irreparable "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

documentos que pudieran contener secretos comerciales y cuya revelación pudiera causar un perjuicio a la empresa y, a sensu contrario, declaró la no confidencialidad de aquellos datos que no pudieran considerarse secreto comercial ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pudiera causarle un perjuicio, por contener datos de carácter público.

En este sentido recuerda la DC que PRAXAIR, en su escrito de motivación de la confidencialidad solicitada el 1 de febrero de 2016, señaló respecto del documento contenido en el folio 49 que era de carácter interno y que se componía "*en su totalidad de información hecha pública por la Administración contratante*", por lo que no solamente no motivó ni justificó el carácter interno de dicha información ni su naturaleza de secreto comercial o el tipo de perjuicio que podría ocasionarle la denegación de la confidencialidad, sino que explícita y claramente reconoció que dicho documento se componía en su totalidad de información pública. Así las cosas, dado el carácter público de la información, y considerando que la misma era relevante para la investigación en curso, la DC denegó la confidencialidad solicitada por la recurrente.

No obstante, a raíz de lo señalado por PRAXAIR en la interposición de su recurso, aun siendo contradictorio con lo aportado en su escrito de petición de confidencialidad, la DC entiende:

- Que, con objeto de no alargar ni obstaculizar la investigación principal, se podría aceptar la confidencialidad de los datos contenidos en la columna denominada "Presupuesto Oximesa", porque en virtud de los argumentos esgrimidos en el escrito de recurso que modifican lo expuesto en su primera petición de confidencialidad, puede entenderse que la recurrente sí justifica en esta ocasión el carácter interno de dicha información y su naturaleza de secreto comercial, señalando que los datos de dicha columna no serían públicos, sino que se elaboran por OXIMESA con base en datos confidenciales que son variables y no conocidos por los demás licitantes, como son el número de pacientes atendidos, el tipo de terapias contratadas y las prestadas en cada caso, las revisiones del contrato, las negociaciones posteriores, etc.
- En cuanto a las dos primeras columnas del documento ("Fecha Finalización" y "Presupuesto Total"), la DC considera que dado que son información pública, como así reconoce la recurrente, en ningún caso puede considerarse secreto comercial ni información merecedora de la protección de confidencialidad, sin que el hecho de que a un competidor de OXIMESA le lleve un tiempo nada desdeñable recabar los datos que contienen dichas columnas, como alega la recurrente, desvirtúe su naturaleza.

Por último, y en cuanto a la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos, la DC recuerda que es la Autoridad de Competencia la que decide la documentación necesaria y relevante con vistas tanto a acreditar los hechos objeto de análisis como los sujetos responsables de los mismos. En este sentido, y atendiendo al acuerdo de incoación del expediente principal, considera que es evidente que los datos



contenidos en la tabla, que se refieren a los procedimientos de contratación convocados por diferentes hospitales, unidos a otros que se encuentran en el expediente, pueden ayudar significativamente a comprender la estrategia de PRAXAIR en los procedimientos de licitación en los que ha tomado parte y comprobar si sus ofertas pudieron estar encaminadas a la realización de algunas conductas anticompetitivas objeto de análisis en el expediente sancionador S/DC/0561/15.

En sus alegaciones de 20 de mayo de 2016, PRAXAIR reitera básicamente los argumentos ya expuestas en su escrito de recurso, insistiendo en el carácter confidencial de la totalidad de la información contenida en el folio 49. En concreto, en cuanto a los datos contenidos en las columnas “Fecha Finalización” y “Presupuesto Total”, insiste la recurrente que, si bien se trata de datos que se hacen públicos por parte de la Administración contratante, nunca se proporcionan de manera agregada por proveedor, como sucede con los datos recogidos en el folio 49. El acceso a cada uno de los datos incluidos en las mencionadas columnas requiere un análisis pormenorizado previo de cada pliego y de cada acto de adjudicación de cada concurso que se publican por parte de los distintos Servicios de Salud autonómicos, por lo que la realización de una tabla como la que contiene el folio 49 para cada uno de los competidores por parte del resto de empresas del sector implica una tarea no desdeñable de recopilación de datos de licitaciones de distintas Administraciones. Por ello, considera PRAXAIR que la recopilación de esta información de forma agregada en una misma tabla transmite una imagen actual de la situación competitiva de OXIMESA cuya divulgación a los competidores le causaría un grave perjuicio al facilitar a éstos una ventaja competitiva sobre dicha empresa.

Asimismo, considera que, pese a que el Informe de la DC señala que es la Autoridad de Competencia la que decide la documentación necesaria y relevante para acreditar tanto los hechos objeto de análisis como los sujetos responsables de los mismos, la parte que sostiene la confidencialidad de un documento está legitimada para alegar sobre si dicho documento resulta necesario para fijar los hechos objeto del procedimiento o para garantizar el derecho de defensa de los imputados, lo cual, según su opinión, no sucede con el folio 49. En este sentido argumenta que lo aducido por la DC en su informe es insuficiente, pues su única razón para justificar el carácter necesario del folio 49 para fijar los hechos objeto del expediente es que *“la estrategia de cada una de las empresas con motivo de las diferentes licitaciones convocadas por los hospitales resulta esencial para el correcto esclarecimiento de los hechos”*, mientras que la tabla que contiene el folio 49 no aporta información alguna relativa a la estrategia de OXIMESA, sino que sólo refleja su situación competitiva actual.

Por último, en adición a los argumentos que ya expuso en su escrito de recurso, la recurrente señala que una prueba más del carácter confidencial de la tabla contenida en el folio 49 es que si la DC hubiese encontrado pruebas de que PRAXAIR hubiera intercambiado la misma con sus competidores sin duda hubiese considerado que ésta habría incurrido en un intercambio de información sensible.

Así las cosas, es objeto de la presente Resolución analizar el carácter confidencial del documento discutido y la justificación aportada por la recurrente para confirmar su carácter de secreto comercial, a fin de determinar si se cumple alguno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la LDC para la estimación del recurso.

**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”*.

La LDC permite que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala de Competencia (por todas la Resolución de 5 de marzo de 2015, Expte. R/ AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran *“sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión 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 (en adelante, *“La Comunicación”*): *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*.

Asimismo, la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador y el de publicidad y transparencia de las actuaciones de la Autoridad de competencia, en particular respecto de terceros interesados en el propio procedimiento sancionador.

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

Así lo afirmaba también el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia 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).

También 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»».*

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo el triple examen al que ya se ha referido PRAXAIR y al que esta Sala de Competencia se ha remitido en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALET), esto es *“en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa de los imputados”*.

Por último, en relación a la condición de concepto jurídico indeterminado de la figura de la confidencialidad, que obliga a atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter, conviene recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, que señala: *“[...] Por tanto para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave. El hecho de que se cite como ejemplo de información comercial confidencial los ficheros de clientes, no significa que en todo caso esa información relativa a la actividad empresarial sea confidencial ya que ello requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.”*

Una vez expuesto lo anterior, y habiéndose analizado por esta Sala los argumentos de PRAXAIR en su recurso de 8 de abril de 2016 y en sus alegaciones de 20 de mayo de 2016, así como la opinión de la DC en su informe de 14 de abril de 2016, procede señalar lo siguiente en cuanto a la confidencialidad del documento controvertido.

En primer lugar, y en consonancia con lo señalado por la DC en su informe, cabe recordar que la recurrente, en su cumplimiento de la obligación de motivar la solicitud de confidencialidad establecida en el artículo 20 del RDC de la Competencia, así como en el párrafo 22 de la Comunicación antes citado, ha incurrido en una contradicción al aportar dos versiones diferentes, por un lado la de su escrito de petición de confidencialidad y por otro la del escrito de interposición del recurso, en el cual

PRAXAIR introduce una nueva argumentación para justificar dicha solicitud de confidencialidad. Esta modificación de sus argumentos convierte en irreprochable la actuación de la DC en el Acuerdo de 29 de marzo de 2016 recurrido con el presente recurso, por cuanto la DC no podía realizar una valoración correcta del documento discutido cuando la propia solicitante de confidencialidad utiliza primero unos argumentos y posteriormente los contrarios.

- **Sobre la columna “Presupuesto Oximesa”**

Es con respecto a los datos contenidos en dicha columna donde esta Sala, como ya hizo la DC, aprecia la contradicción en la que incurrió PRAXAIR. Así, si bien en su escrito de motivación de la confidencialidad respecto de la información contenida en el folio 49 del expediente, afirmaba que se componía *“en su totalidad de información hecha pública por la Administración contratante”*, en el escrito de interposición del recurso que aquí se discute indica que *“los datos contenidos en la columna “Presupuesto Oximesa” no constituyen “datos de carácter público”*. Justifica esto indicando que no se trata de un dato público puesto que no necesariamente coincide con el presupuesto de licitación del concurso, sino que dicha facturación depende de datos que son variables y no son conocidos por los demás licitantes, como son el número de pacientes atendidos, el tipo de terapias contratadas y las prestadas en cada caso, las revisiones del contrato, las negociaciones posteriores, etc. Sigue argumentando que cuando un Servicio de Salud tiene contratadas a varias empresas para la prestación de las terapias respiratorias domiciliarias, dicho Servicio de Salud no hace públicos los datos actuales de sus diferentes proveedores y cada uno de estos proveedores no conoce esta información respecto de los demás proveedores, por lo que los datos que aparecen en la columna “Presupuesto Oximesa” han sido elaborados por OXIMESA con base en datos confidenciales (número efectivo de pacientes por terapia en el momento de elaborarse el cuadro, incremento estimado por OXIMESA de pacientes por terapia y periodo, ratio de valoración, etc.) que están directamente relacionados con la experiencia obtenida por OXIMESA en la prestación del servicio sanitario en cada contrato concreto y que en ningún caso son de dominio público puesto que no se publican por parte de la Administración contratante. Finaliza señalando que la divulgación de esta información confidencial perjudicaría gravemente a OXIMESA en la medida en que permitiría a los competidores conocer la valoración real que ésta hace de cada uno de los contratos, y por lo tanto también una indicación del interés que pudiera tener en mantenerse como proveedor en la próxima licitación de cada uno de los Servicios de Salud.

A la vista tanto de estas nuevas alegaciones que modifican lo dicho en la inicial solicitud de confidencialidad, como de lo expuesto anteriormente a nivel teórico, una vez valorados los distintos principios tutelables en juego, esta Sala resuelve aceptar la confidencialidad de los datos relacionados exclusivamente en la columna “Presupuesto Oximesa” del folio 49.

- **Sobre las columnas “Fecha Finalización” y “Presupuesto Total”**

Sin embargo y en relación a los datos contenidos en estas otras dos columnas, esta Sala no puede aceptar la confidencialidad solicitada por la recurrente. PRAXAIR

señala, tanto en su escrito de motivación de la solicitud de confidencialidad, como posteriormente en el de interposición del recurso así como en las últimas alegaciones realizadas, que dichos datos constituyen información pública, por cuanto son datos dados a conocer por parte de la Administración contratante.

En este sentido conviene recordar aquí el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión ya citada, en el cual se establece que *“No se considerará en principio confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o tratándose de un grupo fuera de este) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión.”*

Así las cosas, es evidente que tratándose de una información de carácter público es difícilmente admisible que la recurrente tenga modo alguno de justificar su naturaleza de secreto comercial, no siendo por ello una información merecedora de la protección de confidencialidad. Y evidentemente tampoco desvirtúa su naturaleza pública el hecho de que sus competidoras tengan que dedicar un tiempo relevante a recabar los datos que contienen dichas columnas (pero que la solicitante no alcanza a cuantificar en ningún momento), máxime cuando se trata de información generalmente conocida y fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.

En este sentido tampoco desvirtúan la decisión de la Sala las alegaciones de PRAXAIR en relación a la discriminación sufrida con respecto a sus competidores por cuanto en sus inspecciones no se recabó una tabla similar. Y es que partiendo de la base de que esta Sala ha aceptado la confidencialidad de la columna “Presupuesto Oximesa” dichas alegaciones quedan vacías de contenido, por cuanto se está hablando de hipótesis relativas a tablas no identificadas ni integradas en el expediente pero que de haberse encontrado presumiblemente hubieran recibido la misma actuación de la DC y de esta Sala, esto es, la valoración de su confidencialidad atendiendo a los presupuestos ya de sobra conocidos, y si en dichas tablas los datos fuesen de carácter público es obvio que no podrían declararse merecedores de protección..

### **TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.**

Como ya hemos dicho anteriormente y conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto supone verificar si el acuerdo recurrido ha ocasionado a PRAXAIR indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

#### **I. Ausencia de Indefensión**

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 8 de abril de 2016, ni en sus alegaciones de 20 de mayo de 2016, por lo que no resultaría necesario analizar su posible concurrencia.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que *“la indefensión*

*supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*", debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los datos discutidos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión. El hecho de que PRAXAIR haya podido tanto recurrir el acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 14 de abril de 2016, así como acceder al expediente de recurso el día 17 de mayo de 2016 y obtener copias del mismo, pone de manifiesto que no se ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha de 29 de marzo de 2016 por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos ocasione indefensión a PRAXAIR.

## **II. Ausencia de perjuicio irreparable**

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

PRAXAIR sí se refiere en su escrito de recurso y en las posteriores alegaciones directamente al perjuicio irreparable que la divulgación del folio 49 le puede causar. No obstante, nótese que a lo largo del recurso interpuesto por PRAXAIR, ésta se refiere a los perjuicios irreparables que la divulgación del documento conflictivo causaría a OXIMESA y por ende a la propia recurrente, esto es PRAXAIR. Teniendo en cuenta que OXIMESA forma parte del grupo PRAXAIR parece que ésta última se encuentra plenamente legitimada para defender los intereses de OXIMESA, en tanto que un perjuicio directo a la una supondría un perjuicio cuanto menos mediato a la otra, y así se ha entendido por parte de esta Sala.

Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, *"para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave"*. Por tanto, corresponde a la recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida puede causarle dicho grave perjuicio.

En cuanto a la columna relativa al "Presupuesto Oximesa" no es necesario desgranar aquí las alegaciones relativas al perjuicio irreparable que podría causar la divulgación

de la misma, por cuanto, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, esta Sala considera que debe aceptarse su tratamiento confidencial.

Por lo que respecta a los datos de las otras dos columnas, esto es, “Fecha Finalización” y “Presupuesto Total”, PRAXAIR insiste en que la recopilación de forma agregada en una misma tabla transmite una imagen actual de la situación competitiva de OXIMESA cuya divulgación le causaría un perjuicio grave al facilitar a sus rivales en el mercado una ventaja competitiva sobre OXIMESA. Sin embargo, esta Sala considera que el hecho de que para PRAXAIR sea preferible que dichos datos no sean divulgados, por cuanto se encuentran de manera agregada, no desvirtúa el carácter público de los mismos y no puede apreciarse cuál es el perjuicio que se deriva de la divulgación de una información de esta naturaleza. Dicha información de carácter público puede ser conocida, de algún u otro modo, por sus competidores y nunca podrá tener naturaleza de secreto comercial, por lo que su divulgación no causa perjuicio de ningún tipo a OXIMESA ni con ello a PRAXAIR.

Dado el carácter público de dichas dos columnas, y una vez aceptada la confidencialidad de la relativa al “Presupuesto Oximesa”, no se hace necesario analizar, porque en parte carecen ya de sentido, las alegaciones de PRAXAIR relativas a que la tabla del folio 49 no resulta necesaria para fijar los hechos objeto del expediente ni para garantizar el derecho de defensa de los imputados. En este sentido esta Sala está conforme con lo expuesto por la DC en su informe, sin embargo quiere puntualizar dos aspectos respecto de lo argumentado por la recurrente en sus alegaciones.

Por un lado señala PRAXAIR que la tabla 49 no aporta información relativa a la estrategia de OXIMESA sino que sólo refleja su situación competitiva actual. En este sentido es preciso señalar que la DC lo que indicó en su informe es que dichos datos contenidos en la tabla 49 se referían a los procedimientos de contratación convocados por diferentes hospitales, y que los mismos unidos a otros que se encuentran en el expediente, podían ayudar significativamente a comprender la estrategia de la alegante en los procedimientos de licitación en los que ha tomado parte y comprobar si sus ofertas pudieron estar encaminadas a la realización de algunas conductas anticompetitivas objeto de análisis. Una cosa es aportar datos de la estrategia de una empresa y otra que dichos datos, en un determinado contexto y unidos a otros, ayuden a comprender la estrategia de la misma.

Y por otro lado llama la atención a esta Sala cómo la recurrente modifica el tono de sus alegaciones al hablar de la tabla del folio 49, cuando, tras exponer en qué modo la divulgación de la misma le supondría un grave perjuicio, se refiere a ella como una *“pura descripción de la situación contractual de OXIMESA con los Servicios de Salud en el mercado de las terapias respiratorias domiciliarias”*, innecesaria según su criterio para esclarecer los hechos investigados.

Por ello, sin perjuicio de la estimación parcial en lo referente a los datos de la columna denominada “Presupuesto Oximesa”, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado en lo que refiere al resto del folio 49, por cuanto no es susceptible de causar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente, tal y como exige el artículo 47 de la LDC.



Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

### HA RESUELTO

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por PRAXAIR ESPAÑA, S.L.U., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 29 de marzo de 2016 por el que se denegaba la confidencialidad de ciertos datos en el marco del expediente S/DC/0561/15, en lo referente a los datos de la columna denominada “Presupuesto Oximesa” del folio 49, respecto de los que se declara su tratamiento confidencial.

**SEGUNDO.-** Desestimar el recurso en cuanto al resto del contenido del folio 49, en la medida en que el acuerdo recurrido no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo en consecuencia los requisitos establecidos en el artículo 47 LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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 el día siguiente al de su notificación.