



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/037/16, ABELLÓ LINDE)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 14 de julio 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/037/16, ABELLÓ LINDE por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por ABELLO LINDE, S.A (LINDE), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 5 de mayo de 2016, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0561/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Los días 14 y 15 de julio de 2015 se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (DC) una inspección, en la sede de LINDE. Durante la inspección fueron recabados diversos documentos, tanto en formato papel como electrónico.
2. El 13 de enero de 2016 se notificó a LINDE Acuerdo de la DC por el que se incoaba expediente sancionador S/DC/0561/16 y se incorporaba al mismo

determinada documentación en formato papel recaba en la inspección realizada en su sede, concediéndole diez días para solicitar y motivar la confidencialidad de la misma, aportando, en su caso, la correspondiente versión censurada.

3. El 29 de enero de 2016, LINDE solicitó el tratamiento confidencial de todos los documentos incorporados, aportando las versiones censuradas correspondientes y justificando la confidencialidad de los mismos.
4. Visto el escrito de LINDE el 5 de mayo de 2016 la DC acordó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, aceptar parcialmente la solicitud de confidencialidad.
5. Con fecha 19 de mayo de 2016, tuvo entrada en la CNMC, recurso interpuesto por la representación de LINDE, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DC de 29 de marzo de 2016.
6. Con fecha 20 de mayo de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. Con fecha 26 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5. En dicho informe la DC considera que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto a la vista de la nueva argumentación puesta de manifiesto por parte de la recurrente.
8. Con fecha 2 de junio de 2016, se admitió a trámite el recurso de LINDE, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
9. Con fecha 8 de junio de 2016, la representación de LINDE tuvo acceso al expediente.
10. El 22 de mayo de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
11. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 14 de julio de 2016.
12. Es interesada en este expediente ABELLÓ LINDE, S.A.(LINDE).

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 5 de mayo de 2016 que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad solicitada por LINDE, en el ámbito del expediente sancionador S/0561/15.

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"*.

En su recurso, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que anule el acuerdo recurrido y se emplace a la DC para que dicte nueva resolución en la que, además de acordar la confidencialidad de los extremos a los que ya se la concedió, acuerde la íntegra confidencialidad de los folios 784 a 786, 886 a 888 y 890.

La documentación controvertida y la argumentación de LINDE para solicitar su confidencialidad es la siguiente:

- La información contenida en tales folios se corresponde con estimaciones de ventas de la propia empresa para los años 2013 a 2019 y estimaciones sobre el comportamiento de sus competidores. No se trata de información de carácter imprescindible para el expediente en curso, en el que se investigan supuestos intercambios de información y acuerdos de reparto de mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales.
- Los folios controvertidos no constituyen ni siquiera un mero indicio de una posible práctica anticompetitiva de intercambio de información o de reparto de mercado, por cuanto se trata de documentos de carácter interno y por consiguiente no se trata de información intercambiada entre LINDE y sus competidores. Los datos y estimaciones relativos a LINDE contenidos en la documentación controvertida son datos internos y secretos, mientras que los datos de las demás empresas son asunciones y estimaciones internas realizadas por LINDE a partir de la información disponible en el mercado, de su experiencia como operador activo en el mercado de gases medicinales y en definitiva, de su *know how* interno.
- La difusión de los folios cuya confidencialidad se solicita supondría permitir el acceso a dicha información sensible a los competidores de LINDE permitiéndoles conocer sus estrategias comerciales, estimaciones y previsiones de precios y funcionamiento interno, lo que le generaría un perjuicio irreparable.

En su informe de 26 de mayo de 2016, la DC considera que el recurso debe ser estimado parcialmente, a la vista de la nueva argumentación sobre el carácter confidencial de la información controvertida puesta de manifiesto por LINDE en la interposición del recurso, argumentos que no incorporó al tiempo de presentar la solicitud inicial de confidencialidad de los citados folios.

La DC entiende que la información correspondiente a la propia LINDE hace referencia a su estrategia comercial tanto pasada como futura, basada en datos, cantidades y precios reales, por lo que procedería aceptar la petición de la recurrente sobre la confidencialidad solicitada respecto a dichas estimaciones propias de LINDE.

Por el contrario, con respecto a las estimaciones referentes al comportamiento de los demás operadores en el mercado, la DC mantiene su criterio desestimatorio.

En sus alegaciones de 22 de junio de 2016, LINDE manifiesta que comparte la valoración de la DC relativa al carácter confidencial de la información correspondiente a la propia empresa. Con respecto a las estimaciones realizadas por LINDE sobre los demás operadores en el mercado, LINDE reitera el carácter confidencial de los mismos.

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

Conforme al artículo 42 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 Resoluciones 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”*.

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. Tal y como precisa la Comisión Europea en su Comunicación 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 (párrafo 24), *“en los procedimientos de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado, el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio)”*.

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.

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo un triple análisis, tal y como ha señalado la Sala de Competencia en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO): 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 que son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, o para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

Corresponde pues, con carácter previo, analizar la documentación cuyo carácter confidencial la recurrente alega, para determinar si se da o no tal condición confidencial conforme a los parámetros descritos.

Los folios 784 a 786; 886 a 888 y 890 recogen las estimaciones de ventas de LINDE para los años 2013 a 2019 correspondientes tanto a la propia empresa como a sus competidores.

Examinados los mismos, esta Sala coincide plenamente con el órgano instructor en que la información correspondiente a la propia LINDE hace referencia a su estrategia comercial tanto pasada como futura, basada en datos, cantidades y precios reales, por lo que procede aceptar la petición de confidencialidad de las estimaciones referidas a la propia LINDE contenidas parcialmente en los folios 784,786,888,890.

Respecto a las estimaciones relativas al comportamiento de los demás operadores del mercado coincidiendo con lo expuesto por la DC en su informe, esta Sala entiende que no puede ser información amparada bajo el concepto de secreto comercial, puesto que se trata de datos obtenidos a partir de la información existente en el mercado, por lo que en todo caso tendrían carácter público.

En este sentido, 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*”.

Asimismo, el extinto Consejo de la CNC ha señalado en su Resolución de 27 de enero de 2011, confirmada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, en relación con la confidencialidad solicitada por una empresa de datos de otra, lo siguiente: “*También debe precisarse que la confidencialidad regulada en el artículo 42 de la LDC pretende proteger, entre otros aspectos, los secretos comerciales propios de una empresa pero no, salvo una explicación razonable de su origen, la información comercial de empresas competidoras en poder de la empresa investigada. Ni tampoco preservar la identidad de terceros ajenos a la empresa (en este caso presuntamente un cliente) que proporcionen a la entidad investigada información comercial de empresas competidoras*”.

En otro caso, se trataría además de información obtenida a través del intercambio con otras empresas competidoras, también incoadas en el expediente sancionador anteriormente referido, por lo que en todo caso, perderían la protección de su calificación como confidencial, al haber sido difundida entre empresas competidores.

Por otra parte, esta Sala considera que dicha información es necesaria para poder determinar si el comportamiento de la recurrente podría corresponderse con las conductas indicadas en el acuerdo de incoación dictado por el Director de Competencia, con fecha 12 de enero de 2016, en el cual se establece la existencia de indicios racionales de la comisión por la intersección de “ *una infracción del artículo 1 de la LDC consistente en intercambios de información y acuerdos de reparto del mercados de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario*”, por tanto la solicitud de confidencialidad relativa a las estimaciones de los demás operadores deber ser desestimada.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado a LINDE indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 19 de mayo de 2016, ni en sus alegaciones de 22 de junio, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los documentos 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 LINDE haya podido recurrir tanto el Acuerdo de la DC de 5 de mayo de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 26 de mayo de 2016, pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 LDC, para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar 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).

LINDE considera que la divulgación de la información cuya declaración de confidencialidad solicita le causaría un grave perjuicio, proporcionando a sus competidores una ventaja competitiva en el mercado, en tanto que conocerían la estrategia competitiva actual de la empresa.

Esta Sala, tal y como ha expuesto en el Fundamento anterior, entiende que la información referente a las estimaciones realizadas por LINDE de los comportamientos de los demás competidores en el mercado no puede considerarse secreto comercial, ni información cuyo conocimiento por las restantes partes del expediente pudiera causarle un perjuicio irreparable, al contener datos públicos y tratarse de información necesaria para fijar los hechos del expediente sancionador S/0561/15 , en el que se analiza, tal y como se especifica en el Acuerdo de incoación de la DC de 12 de enero de 2016, la existencia de “ *intercambios de información y acuerdos de reparto del*

mercado de licitaciones públicas y privadas para el suministro de gases medicinales, tanto de uso hospitalario como de uso domiciliario”.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación a terceros operadores de la información recabada durante la inspección en la sede de LINDE y cuya declaración de confidencialidad la recurrente solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado parcialmente.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por ABELLÓ LINDE, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 5 de mayo 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 la información correspondiente a la propia LINDE, contenida en los folios 784, 786, 888 y 890.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso en cuanto al resto de pretensiones.

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.