



Roj: **SAN 5383/2011 - ECLI:ES:AN:2011:5383**

Id Cendoj: **28079230062011100490**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/12/2011**

Nº de Recurso: **756/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUCIA ACIN AGUADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a dos de diciembre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 756/10 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BAR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES SL** representada por el Procurador D. Florencio Araez Martínez contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de noviembre de 2010 (expediente R/0054/10) sobre confidencialidad de determinada información. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 17 de junio de 2010 la Subdirección de Carteles y Clemencia de la Dirección envió una solicitud de información a BBR-PTE en el marco del expediente S/0287/10 en la que, entre otras peticiones, se requería a dicha empresa: *"Listado de proyectos que, tanto, en el ámbito de construcción como mantenimiento y control de puentes y estructuras, haya ejecutado durante los años 2007 a 2009, así como aquellos proyectos que encontrándose en ejecución en el período de tiempo mencionado todavía no hayan finalizado en el momento de realizarse esta solicitud de información"*.

BBR PTE aportó los listados de clientes durante los años 2007, 2008 y 2009 y entre ellos el de los proyectos realizados para el Grupo FFC. Solicitó que con carácter previo a que la contestación fuera puesta a disposición de terceros presentes en el expediente se le permitiera designar que parte de la misma reviste carácter confidencial.

La Dirección de Investigación de la CNC mediante acuerdo de 3 de agosto de 2010 rechazó el tratamiento de confidencialidad del escrito de respuesta de información, salvo los datos de ventas que contiene su página 5. Disconforme con dicho acuerdo de confidencialidad interpuso recurso en el que solicitó se otorgara tratamiento confidencial a los listados de proyectos y clientes de BBR-PTE y en particular a los proyectos realizados para el grupo FFC.

Mediante resolución de 17 de noviembre de 2010 el Consejo de la CNC resolvió no admitir el recurso interpuesto por BBR-PTE contra el acuerdo de confidencialidad, en los siguientes términos:

El acto impugnado es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de noviembre de 2010 (expediente R/0054/10) que acuerda *"desestimar el recurso interpuesto por D. Fernando , Director Gerente de BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES SL (en adelante BBR) contra el acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC (en adelante DI) de 3 de agosto de 2010 por el que resolvía sobre la solicitud efectuada por BBR mediante escrito de 28 de junio de 2010 relativa a la confidencialidad de determinada información"*.

Disconforme acude a la vía judicial.



**SEGUNDO:** El 23 de diciembre de 2010 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 3 de marzo de 2011 la parte solicitó se anule la misma y se impongan las costas a la Administración demandada.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 9 de junio de 2011. Una vez presentadas conclusiones quedaron el 7 de septiembre de 2011 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 29 de noviembre de 2011.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO:** El objeto de este recurso es examinar la legalidad de la resolución del Consejo de la CNC de 17 de noviembre de 2010 que desestima el recurso interpuesto por la recurrente frente al acuerdo de la Dirección de Investigación de la CNC de 3 de agosto de 2010 por el que se resolvía la solicitud efectuada por BBR mediante escrito de 28 de junio de 2010 relativa a la confidencialidad de determinada información aportada por la recurrente como consecuencia de un requerimiento de información. En concreto pretende se declare confidencial el listado de clientes y proyectos de BBR-PTE realizadas durante los años 2007, 2008 y 2009 y en particular las realizadas dentro del grupo FCC.

La parte recurrente para fundamentar el recurso, alega que BBR-PTE es una sociedad perteneciente al grupo FCC que desarrolla el 95% de sus actividades dentro del mencionado grupo y por ello participa de forma muy limitada en el mercado libre. Considera que el hecho de que sus rivales conozcan que obras (listado de clientes y proyectos) ha realizado especialmente dentro del grupo FCC le causaría un perjuicio irreparable ya que implica poner a su disposición una información estratégica valiosísima y enormemente sensible. Añade que alguna de las obras y proyectos realizados han pasado desapercibidos para sus rivales debido a su escasa importancia o tamaño. Señala que el apartado 18 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 señala expresamente como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial "*los ficheros de clientes*". Añade que las recientes Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal identifican los intercambios de información estratégica entre empresas -*que es lo que tendría lugar como consecuencia de facilitar el acceso al resto de interesados en el expediente*- como una acción susceptible de dar lugar a efectos restrictivos de la competencia, señalando expresamente como ejemplos de información estratégica que no debe ser compartida entre empresas competidoras "*los ficheros de clientes*". Constituiría una incongruencia que el efecto anticompetitivo advertido por las Directrices fuera alcanzado a través de un expediente sancionador. Cita varios autos del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006, 5 de octubre de 2006 y 31 de enero de 2007 en el que se dijo que "*los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad ( art 33 CE ) y a la libertad de empresa ( art 38 CE ). De ahí que la salvaguarda de la información confidencial adquiera un nivel reforzado de protección que despliega su operatividad sobre el conjunto del ordenamiento jurídico*".

El Abogado del Estado señala que en el presente caso teniendo en cuenta las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como la comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente no puede decirse que la información declarada no confidencial por la DI tenga el carácter de secreto comercial y que su divulgación dentro del marco del expediente pueda ocasionar perjuicio alguno al mismo.

**SEGUNDO:** El artículo 42 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia regula el tratamiento de la información confidencial y establece que "*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, formando con ellos pieza separada*".

El concepto "*confidencial*" es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter.

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 establece que "*el acceso al expediente de la Comisión es una de las garantías procedimentales destinadas a aplicar el principio de igualdad de armas y a proteger los*



*derechos de la defensa"*. Dicho expediente abarca todos los documentos obtenidos o elaborados y/o reunidos por la Dirección General de Competencia de la Comisión durante la investigación pero se establece que no serán accesibles a las partes los documentos internos, los secretos comerciales entre empresas, así como otra información confidencial (10). El apartado 18 se refiere a los secretos comerciales y establece *"cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas"*.

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. Así la comunicación de la Comisión a la que hemos hecho referencia en su apartado 23 establece que *"no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa"*. Del mismo modo la comunicación de la Comisión de 1 de diciembre de 2003 relativa al secreto profesional en las decisiones sobre ayuda estatal al referirse a los secretos comerciales dentro de los cuales incluye la lista de clientes (apartado 10) establece en el apartado 14 que *"en principio la Comisión considera que la siguiente información no está cubierta normalmente por la obligación de secreto profesional: la información públicamente accesible, incluso cuando sólo fuera mediante pago a servicios informativos especializados o cuando su conocimiento sea generalizado entre especialistas del ámbito"*. En este caso no se trata de información que no sea conocida fuera de la empresa ya que es información públicamente accesible. Como señala la resolución recurrida el recurrente desarrolla su actividad en el ámbito de la construcción de puentes y estructuras especiales que deben ser diseñadas específicamente para cada proyecto (puentes, cubiertas de estaciones de ferrocarril, fachadas tensadas de terminales de aeropuertos). Dichos proyectos suelen ser licitados por lo tanto su existencia y adjudicación resulta de público conocimiento, teniendo en cuenta además que mediante criterios de búsqueda en Internet se puede acceder a la información de los boletines oficiales de distintos organismos de la Administración Pública (estatal, autonómico o local) en los que aparece publicados los concursos y el adjudicatario del proyecto correspondiente. Por otra parte las propias empresas colocan en el lugar de la obra carteles identificativos de la empresa contratista que está realizando la obra.

Dado que en este caso no se trata de información comercial que tenga el carácter de secreta las remisiones a los autos del Tribunal Supremo y al contenido de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de la Unión Europea no es relevante.

**TERCERO:** Conforme a lo anterior procede desestimar el recurso interpuesto. No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## FALLAMOS

### DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **BAR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES SL** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de noviembre de 2010 (expediente R/0054/10) que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. No se hace imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.