

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/683/16 PERSUADE COMUNICACIÓN)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 16 de febrero de 2017

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/693/16, PERSUADE COMUNICACIÓN por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante, PERSUADE), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de noviembre de 2016, por el que se denegaba la confidencialidad solicitada en el marco del expediente sancionador S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco de la información reservada del expediente sancionador S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS, se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (DC) una inspección en la sede de PERSUADE los días 24 y 25 de mayo de 2016, donde se recabó determinada documentación tanto en formato papel como electrónico.

2. El 2 de septiembre de 2016, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, se acordó la incoación de expediente sancionador S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS, contra diversas empresas entre las que se encontraba PERSUADE, por la existencia de indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto de mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en el mercado de servicios de intermediación publicitaria en España, especialmente en relación con las licitaciones de contratos basados en el Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (AM 50/2014).
3. El mismo 2 de septiembre de 2016 se notificó a PERSUADE el Acuerdo de la DC por el que se incoaba expediente sancionador S/DC/0584/16 y se incorporaba al mismo determinada documentación recabada 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.
4. Con fecha 16 de septiembre de 2016, PERSUADE presentó solicitud de confidencialidad respecto de los documentos recabados en la inspección de su sede, si bien, mediante Acuerdo de fecha 21 de septiembre de 2016, la DC, conforme al artículo 20 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, instó la subsanación de dicha solicitud inicial realizada por PERSUADE, a fin de que motivase individualmente la confidencialidad solicitada para cada una de las tipologías de datos contenidos en cada uno de los documentos, identificase los interesados del expediente de referencia frente a los cuales se solicitaba la confidencialidad de cada documento y aportase una versión no confidencial de los mismos.
5. Con fecha 26 de septiembre de 2016, PERSUADE presentó nueva solicitud de confidencialidad, pidiendo en concreto la devolución de toda la documentación obtenida en la inspección de su sede, esto es, los correos de la empresa con números 1 a 50 y el fichero de la empresa señalado bajo el número 1, por considerar que habría sido recabada indebidamente. En su defecto, PERSUADE solicita que se declare la confidencialidad íntegra de la misma al entender que la totalidad del contenido de los documentos es completamente confidencial. Subsidiariamente, PERSUADE demanda que se acepte la versión censurada aportada de los correos con números 1 a 50.
6. Mediante Acuerdo de 18 de noviembre de 2016, la DC resolvió no aceptar la solicitud de devolución ni la confidencialidad de los documentos citados en el Antecedente de Hecho anterior, así como proceder a incorporar los documentos completos al expediente público.
7. El 7 de diciembre de 2016 fue presentado en la CNMC escrito de recurso de PERSUADE que, en virtud de lo establecido en el artículo 47 de la LDC, solicitaba la devolución de los correos 1 a 50, así como del fichero número 1 o, en su defecto, la declaración de confidencialidad de la totalidad del contenido de estos

documentos, peticiones denegadas en el Acuerdo de la DC de 18 de noviembre de 2016.

8. Con fecha 12 de diciembre de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
9. Con fecha 16 de diciembre de 2016, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el Antecedente de Hecho Sexto. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso, en la medida en que el citado acuerdo en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de PERSUADE.
10. Con fecha 12 de enero de 2017, se admitió a trámite el recurso de PERSUADE, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
11. El 3 de febrero de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de febrero de 2017.
13. Es interesada en este expediente PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE).

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 18 de noviembre de 2016, por el que se denegaba la confidencialidad solicitada por PERSUADE para la documentación incorporada al expediente sancionador S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS y que había sido recabada durante la inspección realizada en su sede los días 24 y 25 de mayo de 2016.

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”*.

PERSUADE, en virtud de lo establecido en dicho artículo 47 de la LDC, interpone recurso ante la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC solicitando la devolución de los correos 1 a 50, así como del fichero número 1 o, en su defecto, la declaración de confidencialidad de la totalidad del contenido de estos documentos, pretensiones denegadas en el Acuerdo de la DC de 18 de noviembre de 2016.

Por un lado, PERSUADE sostiene que le ha de ser devuelta la documentación recabada en la inspección de su sede por extralimitación de la actuación inspectora.

En este sentido, la recurrente señala que si el ámbito de la inspección queda acotado por la Orden de Investigación y ésta a su vez por la extensión del Auto autorizatorio de entrada, no es posible que los inspectores estén autorizados a acceder a otras informaciones.

Además, PERSUADE subraya que, de acuerdo con dicho Auto, tenía derecho a comprobar durante el desarrollo de la inspección que no se accedía a documentos personales, ajenos a la inspección o protegidos por el secreto profesional o por el privilegio de las comunicaciones abogado-cliente. A este respecto, la recurrente considera que la información fue recopilada de forma prácticamente masiva y que por este motivo sus representantes no pudieron identificar en ese preciso momento si en la selección se encontraban documentos privilegiados, personales o ajenos a la inspección.

Por otro lado, los motivos en los que PERSUADE fundamenta su solicitud subsidiaria de confidencialidad de la totalidad de la documentación recabada en la inspección de su sede, consistente en las comunicaciones mantenidas con la empresa INTELIGENCIA Y MEDIA, S.A. (YMEDIA), son los siguientes:

(i) Justificación de la relación comercial con YMEDIA.

En cuanto a la conclusión de la DC de que YMEDIA, al operar dentro del mercado de servicios de intermediación publicitaria, y al haberse presentado a la licitación AM 50/2014, es competidora de PERSUADE, la recurrente señala que tales afirmaciones y consecuencias evidencian un grave desconocimiento, no sólo del sector publicitario sino en general.

PERSUADE continúa explicando que *“En la licitación del AM50, la Directora General de Centralización autorizó a que se presentasen empresas del mismo Grupo con propuestas distintas sin ningún tipo de limitación, por tanto el Pliego de condiciones no incluía ninguna cláusula restrictiva a la participación de Grupos (...)”*.

Por otra parte, PERSUADE señala que el hecho de competir entre empresas del sector, no impide que ellos colaboren, sin afectar a la competencia, cuando eso beneficie la calidad del trabajo a realizar. De hecho, la recurrente sostiene que YMEDIA es proveedora de PERSUADE desde hace más de 10 años y que el perfil empresarial de ambas empresas es diferente y complementario. En definitiva, PERSUADE argumenta que la colaboración con YMEDIA busca acceder a fuentes de información en condiciones más favorables que las que individualmente, dado su tamaño empresarial, podría obtener.

La recurrente recalca que tiene libertad de comprar a quien quiera o a través de quien quiera para alcanzar los descuentos ofertados dentro del AM 50/2014. Por consiguiente, concluye que *“teniendo en cuenta que YMEDIA, S.A. es y debe ser calificado como “proveedor” las relaciones comerciales son estrechas y confidenciales”*.

(ii) Carácter estratégico del método de trabajo que emplea PERSUADE.

De nuevo, para explicar por qué queda justificado el carácter estratégico de los datos contenidos en los documentos cuya confidencialidad solicita, PERSUADE alude al desconocimiento de la Administración de las técnicas y herramientas de tipo empresarial y comercial. PERSUADE entiende que, a partir de la realidad reflejada en

la correspondencia con el proveedor, una empresa del sector podría discernir la herramienta esencial que utiliza para realizar ofertas, esto es, el método de trabajo consistente en la creación de escenarios de simulación para analizar dónde y cuándo pueden bajar un determinado descuento para obtener mayor rentabilidad en puntos según las bases del Pliego de Condiciones.

(iii) Consideración de ciertos nombres y comunicaciones como secreto de negocio.

PERSUADE insiste en que los documentos seleccionados por la DC y cuya declaración de confidencialidad se solicita deben ser considerados como tales por contener secretos de negocio como: (i) nombres e identidad de las personas empleadas; (ii) nombres e identidad de las personas que trabajan para empresas ajenas a la investigación; (iii) comunicaciones por correo electrónico entre PERSUADE y empresas que no son objeto de investigación; (iv) comunicaciones de fecha anterior a la propia vigencia del AM 50/14; y (v) comunicaciones entre PERSUADE y otras empresas que no se encuentran dentro del AM 50/14, al no ser adjudicatarias.

PERSUADE señala que dado que la confidencialidad afecta a la totalidad del contenido de los documentos, no es necesario aportar una versión confidencial. De igual manera, la recurrente estima que la declaración de confidencialidad solicitada no causa ningún perjuicio o indefensión a ninguna de las demás empresas investigadas ya que al no haberse formulado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) no existe imputación concreta.

En su informe de 16 de diciembre de 2016, la DC propone la **desestimación** del recurso interpuesto por PERSUADE contra el Acuerdo de la DC de 18 de noviembre de 2016. La DC entiende que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de denegación de confidencialidad recurrido, el cual debe mantenerse. En efecto, la DC rebate cada uno de los elementos en los que PERSUADE ha fundamentado su recurso, por los motivos que se reseñan a continuación.

En lo que respecta a la extralimitación de la actuación inspectora como razón para solicitar la devolución de la documentación, la DC considera que este motivo no debe ser valorado en el presente recurso, en la medida en que la actuación inspectora en la sede de PERSUADE ya fue objeto de recurso por parte de esta empresa (R/AJ/168/16), que fue desestimado por el Consejo mediante Resolución de 21 de julio de 2016. Sin perjuicio de la aplicación del principio de cosa juzgada, la DC reitera que debe desestimarse la pretensión de que se califique la documentación recabada como excesivamente amplia y fuera del objeto de la Orden de Investigación y del Auto.

Respecto al derecho de la recurrente a comprobar durante la inspección que no se accedía a documentos privilegiados, personales o ajenos a la inspección, la DC sostiene que los representantes de la empresa sí tuvieron la oportunidad de defender la confidencialidad de dichos documentos, puesto que el equipo inspector solicitó la presencia del personal y de hecho se localizaron carpetas personales y correos protegidos por privilegio legal, los cuales fueron eliminados de la información recabada. Además, la DC mantiene que, si bien se informó a PERSUADE de que la CNMC devolvería aquella información de carácter personal o privilegiada que pudiera afectar a su derecho de defensa, PERSUADE no ha identificado hasta el momento ningún documento que contenga dicha información.

Por otra parte, la simple mención por el recurso de la abundante información recabada no se corresponde con la realidad del trabajo de los inspectores. Precisamente, la DC realizó un análisis minucioso de la totalidad de documentos revisados en la inspección para terminar seleccionando exclusivamente aquellos que consideró relevantes para la investigación, lo que demuestra, a juicio de la DC, que la labor inspectora se desarrolló atendiendo a lo establecido en la Orden y en el Auto, es decir, limitando al máximo la información finalmente recabada.

En cuanto a los motivos aducidos por PERSUADE para solicitar la confidencialidad, la DC llega a estas conclusiones:

(i) Justificación de la relación comercial con YMEDIA.

La DC considera que el hecho de que pudiesen acudir al AM 50/2014 empresas de un mismo grupo no habilita para que se debilite todavía más la competencia en dicho concurso a través de acuerdos entre empresas independientes que coordinen las ofertas a presentar. Es más, si bien no existe una prohibición absoluta de que dos competidores tengan relaciones comerciales entre sí en el mercado de servicios de intermediación publicitaria en España, dichas relaciones no se pueden convertir en un instrumento para alinear el comportamiento competitivo entre dos operadores independientes y evitar la competencia entre los mismos, lo que sería contrario a la normativa de competencia. Precisamente, la DC entiende que las comunicaciones entre PERSUADE e YMEDIA están fuera del ámbito de una relación comercial legítima y entran de lleno en el ámbito de las conductas objeto de la investigación.

Por ello, incluso si PERSUADE pudiese acreditar que las comunicaciones contienen secretos comerciales, la DC entiende que primaría el interés público de la investigación y el derecho de defensa del resto de imputados. De todas maneras, la recurrente no ha motivado ni justificado de forma individualizada el carácter de secreto comercial de dicha información, ni tampoco el tipo de perjuicio que podría ocasionarle la denegación de la confidencialidad.

(ii) Carácter estratégico del método de trabajo que emplea PERSUADE.

Dado que la DC concibe a YMEDIA como una empresa competidora de PERSUADE, el hecho de que PERSUADE haya compartido con YMEDIA su método de trabajo se entiende por la DC como una renuncia a su confidencialidad frente a uno de sus competidores, lo que impide aceptar la confidencialidad solicitada. Además, la DC reitera que las informaciones contenidas en los documentos cuya confidencialidad solicita PERSUADE no cumplen ninguno de los requisitos del conocido como triple examen (posible naturaleza de secreto comercial, pérdida de tal naturaleza por difusión a terceros y carácter necesario para fijar los hechos objeto del procedimiento).

(iii) Consideración de ciertos nombres y comunicaciones como secreto de negocio.

PERSUADE no ha individualizado la información concreta a la que se refiere el carácter restringido al que alude. La DC señala que no basta una simple cita conceptual y que es necesaria una versión censurada. La DC también pone de manifiesto que PERSUADE no ha especificado el perjuicio que podría ocasionarle la denegación de la confidencialidad.

La DC considera que el hecho de que el documento contenga la identidad de empleados o que la comunicación se dirija a terceros no imputados o no adjudicatarios o sea anterior a la adjudicación del concurso público no justifica la confidencialidad, especialmente teniendo en cuenta el deber de secreto del artículo 43 LDC para todos los interesados en el expediente y que el contenido de la comunicación está directamente relacionado con el objeto del expediente.

En este caso, la DC concluye que existe una clara relación de la documentación controvertida con el objeto de la investigación, al tratarse de información que apunta a relaciones entre competidores, por lo que, antes y después del PCH, podría resultar necesario el acceso a la misma para el ejercicio del derecho de defensa por parte de las demás empresas imputadas.

En sus alegaciones de 3 de febrero de 2017, PERSUADE reitera y detalla los argumentos ya expuestos en su escrito de recurso de 7 de diciembre de 2016, aportando como prueba de la condición de proveedor de YMEDIA el modelo 347 correspondiente a los ejercicios 2014 y 2015 e insistiendo que los documentos recabados por la DC y cuya declaración de confidencialidad se solicita deben ser considerados secretos comerciales.

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 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA). 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, de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición”*. 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. Tal y como precisa la Comisión Europea en el párrafo 24 de la Comunicación, *“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.

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 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 RENALET): 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.

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 PERSUADE en su recurso de 7 de diciembre de 2016 y en sus alegaciones de 3 de febrero de 2017, así como la opinión de la DC en su informe de 16 de diciembre de 2016, procede señalar lo siguiente en cuanto a la confidencialidad de los documentos controvertidos.

A título preliminar y antes de continuar con el análisis de confidencialidad de la documentación, cabe dar respuesta a la primera pretensión de la recurrente consistente en la devolución de la documentación recabada de la inspección de su sede por extralimitación de la actuación inspectora. A este respecto, esta Sala comparte la conclusión a la que ha llegado la DC de que la actuación inspectora ya fue objeto de recurso por parte de esta empresa (R/AJ/168/16) y que se ha de reiterar que, tal y como concluyó esta Sala en la Resolución de 21 de julio de 2016, debe desestimarse la petición de que se califique la documentación recabada como excesivamente amplia y fuera del objeto de la Orden de Investigación y del Auto autorizador de entrada.

En relación con el cumplimiento de la obligación de motivar la solicitud de confidencialidad establecida tanto en el artículo 20 del RDC como en el párrafo 22 de la Comunicación antes citado, esta Sala coincide plenamente con la DC en que la afirmación de la recurrente de que todos los documentos seleccionados por la DC en la inspección de su sede, es decir, las comunicaciones entre PERSUADE e YMEDIA, son confidenciales por contener secretos de negocio, es genérica, en tanto en cuanto PERSUADE no ha individualizado en modo alguno la concreta información sujeta y afectada por materias protegidas por el secreto comercial o industrial ni ha determinado en qué folios particulares se encuentra. Como señaló la DC, no basta una simple cita conceptual y es necesaria una versión censurada precisa para acceder a la petición.

Incluso si PERSUADE hubiese identificado la naturaleza de secreto comercial de la información intercambiada en cada una de las comunicaciones con YMEDIA, el hecho de haber difundido a YMEDIA, una empresa competidora, secretos comerciales tales como su método de trabajo, supone que han perdido la protección de su calificación como confidencial.

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 respecto 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 relación con lo anterior, sin entrar en la valoración de ese concreto aspecto, esta Sala comparte con carácter general el criterio de la DC al considerar que YMEDIA no es proveedora, como alega la recurrente, sino que cabe considerarla como competidora de PERSUADE, al operar en su mismo mercado de servicios de intermediación publicitaria y al haberse presentado a la licitación AM 50/2014 en la que concurría PERSUADE. A este respecto, si bien no existe una prohibición absoluta a que dos competidores tengan relaciones comerciales entre sí para satisfacer necesidades que no pueden cubrir con recursos propios, las comunicaciones entre PERSUADE e YMEDIA podrían estar fuera del ámbito de una relación comercial legítima y es lo que se pretende dilucidar en la investigación.

Por otra parte, esta Sala entiende que las comunicaciones entre PERSUADE e YMEDIA son necesarias para fijar los hechos objeto del procedimiento al tratarse de información que apunta a relaciones entre competidores y que se refiere a hechos que podrían sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia. En otras palabras, esta información permitirá 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 2 de septiembre de 2016, en el cual se establece la existencia de indicios racionales de la comisión por la interesada de *“una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistente en acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas para el reparto, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con las licitaciones de contratos basados en el Acuerdo Marco para la materialización de las campañas de publicidad institucional de la Administración General del Estado (AM 50/2014).”*

En esta línea, esta Sala considera del mismo modo que la DC que, antes y después de que se formule el PCH, podría resultar necesario el acceso a esta documentación para el adecuado y completo ejercicio del derecho de defensa por parte de las distintas empresas imputadas en el expediente S/DC/0584/16.

En definitiva, las informaciones contenidas en los documentos cuya confidencialidad solicita PERSUADE no cumplen alguno o varios de los requisitos del triple examen, tal y como también ha sido detallado en el anexo del Acuerdo de la DC de 18 de noviembre de 2016 de denegación de la confidencialidad solicitada.

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

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 PERSUADE 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 7 de diciembre de 2016, ni en sus alegaciones de 3 de febrero de 2017, 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 PERSUADE haya podido tanto recurrir el Acuerdo de la DC de 18 de noviembre de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 16 de diciembre de 2016, pone de manifiesto que la actuación administrativa cuestionada no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

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 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).

PERSUADE no solo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la denegación de confidencialidad, sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico. Ni el escrito de recurso ni las alegaciones presentadas ofrecen ninguna valoración, económica o no, ni siquiera aproximada, de este perjuicio, supuestamente grave.

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.

Es más, la recurrente lo único que alega es que la declaración de confidencialidad no causa ningún perjuicio o indefensión a ninguna de las demás empresas investigadas ya que al no haberse formulado el PCH no existe imputación concreta, cuando lo que ha de defender y probar es el perjuicio grave que le puede causar la divulgación de la información cuya confidencialidad solicita.

Teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de la resolución del presente recurso, en relación a qué tipo de información puede ser considerada secreto comercial y a la posibilidad de que los secretos comerciales no difundidos puedan ser declarados no confidenciales para salvaguardar el derecho de defensa de todas las partes incoadas, resulta innecesario insistir en que se no ha acreditado perjuicio irreparable alguno para PERSUADE derivado del Acuerdo recurrido. Y es que los datos respecto de los cuales se solicita la confidencialidad o bien obraban en poder de su competidor, o una vez ponderados con los perjuicios que se le podrían causar a otras empresas incoadas al impedirles el acceso a la documentación necesaria para ejercer su derecho de defensa, aconsejaban dicha declaración de no confidencialidad.

Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación a terceros operadores de la información 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.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de PERSUADE.

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.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A. (PERSUADE) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 18 de noviembre de 2016.

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.