



Roj: **SAN 1195/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1195**

Id Cendoj: **28079230062023100138**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **09/03/2023**

Nº de Recurso: **272/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000272 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02247/2017

Demandante: PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.

Procurador: DÑA. TERESA DE JESUS CASTRO RODRIGUEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

Dª. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a nueve de marzo de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **272/2017**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.**, representada por la procuradora doña Teresa Castro Rodríguez, 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.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante Decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[s]e declare la nulidad, por contraria al ordenamiento jurídico, de la resolución de fecha 16/02/2017 dictada en el expediente R/AJ/683/16 de la Dirección de la Competencia de la C.N.M.C. por el que se deniega la confidencialidad solicitada para determinada documentación incorporada al expediente sancionador S/DC/0584/16, y consiguientemente de los actos en ella amparados [...]».

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- El presente recurso ha sido señalado para votación y fallo para el día 15 de febrero del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó, después de que el Magistrado ponente de los recursos terminados en 2 y 4, le solicitara a la Secretaría de la Sección una relación de recursos pendientes, de la hasta la fecha no ha podido disponer.

Ha sido ponente al Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo 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.

Podemos destacar como antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1.- Dentro de una información reservada 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 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), se acordó la incoación de expediente sancionador S/DC/0584/16, AGENCIAS DE MEDIOS, contra diversas empresas entre las que se encontraba la actora, 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.- Ese mismo día 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, aportando, en su caso, la correspondiente versión censurada.

4.- El 16 de septiembre de 2016, PERSUADE presentó solicitud de confidencialidad respecto de los documentos recabados en la inspección de su sede.

5.- Por acuerdo de fecha 21 de septiembre de 2016, la DC, conforme al artículo 20 Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), se instó a PERSUADE para que subsanase su solicitud 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.

6.- El 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. Concretamente 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. Pidió la confidencialidad íntegra de la documentación reputándola

toda confidencial. Subsidiariamente, pidió que se aceptara la versión censurada aportada de los correos con números 1 a 50.

7.- Mediante acuerdo de 18 de noviembre de 2016, la DC resolvió no aceptar la solicitud de devolución ni la confidencialidad de los documentos incorporándolos completos al expediente público.

8.- El 7 de diciembre de 2016 fue presentado escrito de recurso de PERSUADE al amparo del artículo 47 de la LDC contra el anterior acuerdo, donde 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.

9.- El 12 de diciembre de 2016, de conformidad con 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.

10.- El 16 de diciembre de 2016, la DC emitió el preceptivo informe, tras lo que se admitió a trámite el recurso concediéndole a PERSUADE el trámite de alegación y acceso al expediente por el termino de 15 días, que se formularon el 3 de febrero de 2017.

11. El Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de febrero de 2017, que es objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- El escrito de demanda tras una descripción de los hechos incide la parte dedicada a la fundamentación jurídica a recordar lo deba entenderse como secreto comercial incidiendo en la SsTJUE de 14 de junio de 1986 (caso AKZO) y 14 de febrero de 2008 (caso VAREC), así como «de diversos Reglamentos europeos del ámbito del Derecho de Competencia. También se sirve de las Directivas sobre contratación pública (tanto las de 2004 como las de 2014) que se refieren a los secretos técnicos o comerciales. [...]» (sic). Transcribe La resolución 199/2016, de 9 de septiembre del Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de la Junta de Andalucía trata entre otras cuestiones el tratamiento de la documentación confidencial de las ofertas; otras de la extinta CNC. También se refiere al auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Barcelona de 31 de marzo de 2008, por el que se desestimó una «[a]utorización de entrada solicitada por la Dirección de Investigación de la CNMC [...]» (sic), cuya fundamentación transcribe. Se remite a lo dicho por « *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado en la sentencia de 18 de octubre de 1989 Orkem asunto C-C- 374/1987 que " este Tribunal de Justicia ha declarado recientemente, en la sentencia de 21 de septiembre de 1989 »*; a la STS de 10 de diciembre de 2014 (sin mayores referencias) que reproduce literalmente en algunos pasajes expresa.

El representante de la Administración solicita la desestimación del recurso, remitiendo a los argumentos expresado en la resolución impugnada.

TERCERO.- Esta Sala ha tenido la ocasión de desestimar en la SAN 20 de mayo de 2021, recurso 56/2017, sobre a impugnación, en vía incidental, de esta misma empresa contra la Orden de Investigación de fecha 11 de mayo 2016 dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia Expediente R/AJ/168/16, que dio lugar a la entrada y registro en la sede de PERSUADE, con intervención de la documentación cuya confidencialidad se reclama.

Los términos en los que se formula el presente recurso nos lleva a recordar que no siempre resulta fácil establecer el correcto equilibrio entre el carácter reservado del procedimiento sancionador, la confidencialidad de los secretos comerciales y derecho a la defensa de los interesados en un procedimiento sancionador por infracciones de la competencia.

Establece el artículo 31 de RDC que *«[i]ncoado el expediente los interesados podrán acceder a éste y obtener copias individualizadas de todos los documentos que integren el expediente de la Comisión Nacional de la Competencia, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial, mediante su personación en las dependencias de la Comisión Nacional de la Competencia, de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de ésta y sin que se pueda formular solicitud genérica sobre el expediente. [...]»*.

Lo que parece implicar que, una vez acordada la incoación del procedimiento sancionador, tras una información reservada o a raíz de la información confidencial propia de un programa de clemencia, la relevante es necesaria que se incorpore al expediente sancionador debe ser accesible por los interesados, salvo que estemos ante secretos comerciales.

Lo que parece fuera de toda duda es que, en aras de garantizar el derecho a la defensa, como se desprende del artículo 51.2 del RDC, los interesados en el correspondiente expediente sancionador tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar el pliego de concreción de hechos.

Esta idea o pulsión entre confidencialidad de los datos y derecho a la defensa, se quiebra en favor de este último derecho, salvo que de la parte que se considere perjudicada por el levantamiento del secreto invoque y acredite que la publicidad de la información le ocasionaría perjuicios. En el caso de los llamados datos históricos, y se califican como tales aquellos que tengan una antigüedad superior a los cinco años, el secreto no se mantiene salvo supuestos excepcionales. Como dijo la STJUE 14 de marzo de 2017, C 162/15 P (64) *« los datos que han sido secretos o confidenciales, pero que tienen cinco o más años de antigüedad, debido al transcurso del tiempo, deben tener la consideración, en principio, de históricos, lo que les ha hecho perder su carácter secreto o confidencial, salvo que, de manera excepcional, la parte que alega ese carácter demuestre que, a pesar de su antigüedad, esos datos siguen constituyendo elementos esenciales de su posición comercial o de la de terceros afectados. Estas consideraciones, que conducen a una presunción que admite prueba en contrario, son válidas tanto en el ámbito de las solicitudes de tratamiento confidencial respecto a partes que intervengan como coadyuvantes en recursos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión como en el de las solicitudes de confidencialidad frente a la publicación por parte de la Comisión de una Decisión por la que se declara una infracción del Derecho de competencia. »*

CUARTO.- Lo que ocurre en el presente recurso es que en el escrito de demanda no se puntualiza ni identifican las concretas razones por la que los documentos intervenidos debería respetarse secretos ni, sobre todo, en que su puesta en conocimiento de los interesados podría causarle perjuicios por constituir secretos comerciales.

Mas allá de genéricas referencias a sentencias y pronunciamientos que no se enlaza con la concreta situación que nos trae al proceso, nada se especifica sobre ese carácter o las razones por las que la confidencialidad debería haberse declarado.

La sentencia del TJUE a la que nos hemos referido en el anterior fundamento también puntualizaba en su apartado 108, recordando lo dicho por el Tribunal General, que la recurrente no puede oponerse legítimamente a la publicación, por parte de la Comisión, *«[d]e una información que revela de manera detallada su participación en la infracción sancionada por la Decisión PHP si la información controvertida es directamente relevante en cuanto a los elementos constitutivos de la infracción y a la participación en ella de la recurrente, ésta debería prever, en un caso como el de autos, que esa información pueda ser objeto de una decisión pública, salvo que tal información esté protegida por otro motivo. [...]»*.

Ante la ausencia de verdaderos motivos que justifiquen el carácter secreto de la documentación intervenida, el presente recurso no puede recibir una respuesta favorable a los intereses de la actora.

QUINTO.- Lo dicho nos lleva a desestimación del recurso, con la expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **PERSUADE COMUNICACIÓN, S.A.**, 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, con expresa condena en costas a la recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe interponer recurso de casación preparándolo ante esta Sala mediante escrito que habrá de presentarse en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación, previa la constitución del correspondiente depósito.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.