

RESOLUCIÓN

R/AJ/077/23 JIP

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

Doña María Jesús Martín Martínez

Don Bernardo Lorenzo Almendros

Don Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 22 de noviembre de 2023.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/077/23 JIP por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS, INC. 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 10 de agosto de 2023 por el que se desestima la confidencialidad solicitada por JIP respecto de determinada información contenida en el informe propuesta en el marco del Expte. C/1400/23 JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS / TOSHIBA

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 27 de julio de 2023 se notificó a JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS, INC (JIP) resolución e informe de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de fecha 26 de julio de 2023, por la que se autorizaba la operación de concentración consistente en la adquisición por JIP del control exclusivo de Toshiba Corporation; concediéndose a JIP un plazo de cinco días hábiles para solicitar, de forma motivada, el tratamiento confidencial de los datos e informaciones incluidos en la Resolución que constituyan secretos comerciales o tengan carácter reservado, de

conformidad con el artículo 61.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

2. Con fecha 28 de julio de 2023, JIP presentó una solicitud de confidencialidad en relación con la referencia a " [CONFIDENCIAL] personas físicas [CONFIDENCIAL]" como partes que ejercen el control último de JIP en el apartado 7 de la sección III de la Resolución.
3. Con fecha de 10 de agosto de 2023, la DC acordó desestimar la solicitud de confidencialidad de JIP.
4. Con fecha 25 de agosto de 2023, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el precepto, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC escrito de recurso de JIP contra el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2023.
5. Con fecha 30 de agosto de 2023, 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 solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
6. Con fecha 6 de septiembre de 2023, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que procede estimar parcialmente el recurso, y modificar el acuerdo de 10 de agosto de 2023 recurrido, adjuntándose la correspondiente versión censurada.
7. El 7 de septiembre de 2023, el Secretario del Consejo, por delegación del Consejo de la CNMC, por Resolución de 13 de junio de 2023, acordó admitir a trámite el recurso de JIP y le concedió un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
8. El día 8 de septiembre de 2023, JIP tuvo acceso al expediente.
9. La recurrente no ha presentado alegaciones complementarias al informe de la Dirección de Competencia.
10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de noviembre de 2023.
11. Es interesado en este expediente de recurso: JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS, INC.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

1. Objeto del recurso

Se promueve el presente recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 10 de agosto de 2023 por el que se desestima la confidencialidad solicitada por JIP respecto de determinada información contenida en el informe propuesta en el marco del Expte. C/1400/23 JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS / TOSHIBA.

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 dictados por 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”*.

2. Motivos del recurso.

JIP solicita a la Sala de Competencia que revoque el acuerdo de 10 de agosto de 2023 y que se considere confidencial la referencia a “[CONFIDENCIAL] personas físicas [CONFIDENCIAL]” contenida en el apartado III, punto 7 de la Resolución.

En su escrito de recurso, la recurrente considera que procede declarar la confidencialidad de los datos solicitados por los siguientes motivos:

1.- En primer lugar, JIP alega que la resolución no valoró correctamente la necesidad de que la información tuviera la consideración de confidencial a la luz de la guía de la CNMC sobre el tratamiento de la información confidencial y de los datos de carácter personal en los procedimientos de defensa de la competencia.

En este sentido, indica que la estructura final de control de JIP es muy confidencial y conocida por un número limitado de personas incluso dentro de la organización y que a pesar de ser conocido que el Sr. [CONFIDENCIAL] no es público que sea uno de los controladores últimos de la empresa.

Asimismo, sostiene que tampoco es público que [CONFIDENCIAL] controle la empresa pues la estructura accionarial de una empresa privada no consta en el registro mercantil japonés y se considera estrictamente confidencial con arreglo a la práctica del derecho mercantil japonés.

JIP argumenta que la divulgación de esta información sería perjudicial para sus intereses porque podría impactar negativamente en la contratación de recursos humanos y en su reputación e imagen.

En cuanto al impacto en la contratación señala JIP que hay mucha competencia en la contratación en el sector de los fondos de inversión, en particular en la retribución, y que la participación accionarial suele formar parte de los planes de incentivos.

En este contexto sostiene la recurrente que hacer pública la estructura accionarial de JIP podría impactar negativamente en la capacidad de contratar pues podría percibirse que no se aplican esas políticas de incentivos.

Por lo que respecta al daño a su imagen y reputación, indica JIP que si se hiciera público que [CONFIDENCIAL] personas físicas controlan en última instancia la compañía clientes y financiadores podrían tener reservas con respecto a la capacidad de los particulares que podrían afectar a las decisiones de inversión.

2.-En segundo lugar, sostiene esta información no es necesaria para comprender el análisis de la concentración y que, por lo tanto, el interés de JIP debe prevalecer sobre el principio de publicidad.

Señala que esta información no se ha hecho pública en ninguna de las jurisdicciones en las que se ha notificado la operación a efectos de control de las operaciones de concentración.

3.- Por último, alega que la práctica de la DC ha sido considerar confidencial dicha información en otras operaciones de concentración.

3. Informe de la DC.

La DC, a la vista de las nuevas alegaciones presentadas por la recurrente, considera que, en este caso la información relativa al número de personas físicas que controlan JIP y su nacionalidad no es necesaria para comprender el análisis de la concentración, por lo que siguiendo un criterio de proporcionalidad, por lo que procede estimar parcialmente la confidencialidad solicitada y modificar el acuerdo de 10 de agosto de 2023, manteniendo la confidencialidad exclusivamente respecto al número de accionistas y su nacionalidad.

De esta manera entiende que procede sustituir la referencia del párrafo 7 del Informe Propuesta a [CONFIDENCIAL] personas físicas [CONFIDENCIAL], por “personas físicas”.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) , 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011) , y 30 de mayo de 2018 (recurso 449/2016), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos".

Por ello, para el Tribunal Supremo *“tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados”*

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por JIP esto es, el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2023, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

TERCERO.- Sobre la declaración de confidencialidad de determinados documentos.

Según el 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”*.

De este modo, la LDC contempla la posibilidad de que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en un expediente. No obstante, ello no constituye un principio absoluto ni un derecho de la recurrente. Habrá que atender a las circunstancias de cada caso para concretar el carácter confidencial o no de determinada información.

Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (en este sentido véase, ATS de 31 de enero de 2007 (recurso 256/2005); ATS de 6 de

octubre de 2005 (recurso 533/1994); ATS 5 de octubre de 2006 (recurso 47/2006) y lo recoge la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 al hacer alusión a que *“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”*.

Y así ha sido señalado reiteradamente tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹ y la CNMC², señalando expresamente que *“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”*; y añade *“ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados”*.

Por ello, no basta la simple alusión al “secreto comercial” para acceder a una petición de confidencialidad.³ Tampoco la declaración de confidencialidad constituye un derecho para la recurrente, sino que se trata de una decisión de esta Comisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha afirmado que *“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.”*⁴

Por consiguiente, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos, es preciso llevar a cabo un triple examen. Tal y

¹ Entre otras, resolución del TDC de 4 de septiembre de 2003, Expte. 552/02 Empresas eléctricas y resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

² Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE y de 5 de octubre de 2017, Expte. R/AJ/049/17 ELECNOR.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015; Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006.

⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, en relación al expte. S/DC/0584/16 Agencias de Medios.

como ha señalado esta Sala de Competencia⁵, reiterando la doctrina expresada por el Consejo de la CNC, en primer lugar, corresponde determinar si se trata de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, si son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y, en este caso, para fundamentar la decisión de autorización de la operación de concentración de referencia.

En el presente caso, la Dirección de Competencia, a la vista de las nuevas alegaciones presentadas en el escrito de recurso de JIP, considera que procede declarar la confidencialidad del número de personas físicas que controlan JIP y su nacionalidad, al no resultar necesaria dicha información para comprender el análisis de la concentración, por lo que, siguiendo un criterio de proporcionalidad, acuerda estimar parcialmente la confidencialidad y modificar el acuerdo de 10 de agosto de 2023, censurado dichos datos y sustituyendo dicha referencia por “personas físicas”.

De forma que el párrafo quedaría redactado de la siguiente manera:

“JIP es un fondo de inversión con sede en Japón especializado en inversiones de reestructuración y de (segregación de activos (carve-out)). Invierte en variedad de sectores y principalmente en Japón. JIP controla en última instancia a TBJH, entidad instrumental creada en 2022 que es la que adquirirá a TOSHIBA CORPORATION. A su vez, JIP es propiedad de JIP Holdings, también japonesa, propiedad en última instancia de [personas físicas].”

En este sentido, la DC afirma que en otras ocasiones la CNMC no ha hecho público el número e identidad de las personas físicas que controlaban las partes de una concentración cuando esta información no era pública ni necesaria para comprender el análisis de la concentración o garantizar el derecho de defensa de otros interesados y al mismo tiempo era susceptible de constituir un secreto de negocio.

Así, la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 21 de abril de 2020 en el expte R/AJ/007/20 MARINVEST/GRUPO MESSINA citada en el escrito de recurso, señalaba lo siguiente:

⁵ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014 (expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS); de 7 de febrero de 2014, (expte R/0161/13 SBS); de 2 de abril de 2014, (expte R/DC/0009/14 EUROPAC); de 23 de octubre de 2014 (expte R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ); de 5 de marzo de 2016, (expte. R/AJ/0409/14 LABORATORIOS INDAS); de 2 de junio de 2016, (expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA); de 21 de julio de 2016 (expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT) y de 29 de noviembre de 2016 (expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE)

“Como señala el informe de la Dirección de Competencia, el grupo MSC reconoce que es la familia Aponte quien dirige la compañía, si bien no es un dato de carácter público el número de personas concreto de la familia que controlan la entidad.

Por ello, esta Sala considera adecuado estimar el recurso en los términos previstos en el informe de la DC de 27 de enero de 2020 en el que se elimina la referencia al número de personas físicas que controlan la entidad. Las recurrentes han mostrado su conformidad con dicha redacción en el escrito de 7 de febrero de 2020.”

En esta línea, en el informe del extinto Servicio de Defensa de la Competencia, en el expediente N-07032 TPH/FATESIDE/GMB/BARGOSA, al que hace referencia el escrito de recurso, se censuraba también el nombre de la persona física que controla la empresa y no se incluía referencia a su nacionalidad.

A la vista de lo anterior, esta Sala de Competencia estima que la modificación del acuerdo recurrido en el sentido indicado por la DC es plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad y sigue el criterio fijado en otros precedentes de operaciones de concentraciones, sin que la referencia al dato de que JIP Holdings es propiedad en última instancia de “personas físicas” pueda considerarse que constituya un secreto de negocio, cuya divulgación pudiera ser susceptible de ocasionar un perjuicio irreparable a la recurrente.

En consecuencia, esta Sala coincide con la valoración de la DC sobre la declaración de confidencialidad del número de personas físicas que controlan JIP y su nacionalidad, si bien no aprecia motivos para acceder a la pretensión de confidencialidad del dato relativo a “personas físicas”, por lo que el motivo debe ser rechazado en este extremo.

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

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por JIP supone verificar si el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2023 es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

1. Ausencia de indefensión

JIP no ha argumentado la existencia de vulneración de su derecho de defensa en su escrito de recurso, de cualquier forma, analizadas las circunstancias del caso, considera esta Sala que el acuerdo de la DC de 10 de agosto de 2023, no ha supuesto, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional

reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNMC [entre otras muchas, en su Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 (expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) y de 7 de febrero de 2014 (expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral)], indefensión, entendida como *“una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*. De conformidad con dicha doctrina constitucional⁶: *“no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando se no ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”*.

En el presente caso, el acuerdo de 10 de agosto de 2023 no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. El hecho de que JIP haya podido presentar el presente recurso y presentar alegaciones pone de manifiesto que no ha habido, en ningún momento, limitación de su derecho de defensa y que, por tanto, la recurrente ha podido defenderse en términos reales y efectivos. Por ello, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido haya ocasionado indefensión a JIP.

2. Ausencia de perjuicio irreparable

Una vez descartado que el acuerdo de confidencialidad recurrido haya producido indefensión a JIP, procede analizar si dicho acuerdo puede causarle un perjuicio irreparable. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es *“aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

JIP argumenta que la divulgación de la información controvertida sería perjudicial para sus intereses porque podría impactar negativamente en la contratación de recursos humanos y en su reputación e imagen.

En cuanto al impacto en la contratación señala JIP que hay mucha competencia en la contratación en el sector de los fondos de inversión, en particular en la retribución, y que la participación accionarial suele formar parte de los planes de incentivos.

En este contexto, sostiene la recurrente que hacer pública la estructura accionarial de JIP podría impactar negativamente en la capacidad de contratar pues podría percibirse que no se aplican esas políticas de incentivos.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1984.

Por lo que respecta al daño a su imagen y reputación, indica JIP que si se hiciera público que [CONFIDENCIAL] personas físicas controlan en última instancia la compañía clientes y financiadores podrían tener reservas con respecto a la capacidad de los particulares que podrían afectar a las decisiones de inversión

Tal y como se ha analizado detalladamente en el fundamento de derecho tercero, esta Sala considera que la referencia a “personas físicas” en modo alguno afecta la capacidad para competir en el mercado. JIP no ha formulado alegaciones complementarias al informe de la DC, ni ha razonado qué perjuicio grave le produciría la divulgación de dicha información y qué justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad requerida.

La difusión de que los propietarios últimos de JIP Holdings, son “personas físicas”, sin indicación de número y nacionalidad, en el ámbito de este expediente de concentración en el que no existen terceros interesados, difícilmente se puede considerar que pueda causar daños irreparables a JIP.

Por ello, 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 JIP.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III. RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso presentado por JAPAN INDUSTRIAL PARTNERS, INC, contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 10 de agosto de 2023, en lo que respecta a la declaración de confidencialidad de la referencia a “personas físicas” contenida en la versión censurada aportada por la DC en el presente recurso, confirmando la declaración de confidencialidad realizada por la DC en relación al número de personas físicas y su nacionalidad.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.