



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/051/17, SOFTWARE AG 2)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 26 de octubre 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/051/17, SOFTWARE AG 2, por la que se resuelve el recurso presentado por SOFTWARE AG ESPAÑA, S.A., contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia (en adelante, DC) de la CNMC de 19 de julio de 2017 por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por la ahora recurrente en relación con determinada documentación recabada en la inspección llevada a cabo durante los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 en su sede en Tres Cantos (Madrid), en el marco de la información reservada S/DC/0565/15.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Durante los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015 tuvo lugar la inspección de la sede en Tres Cantos de la compañía SOFTWARE AG. Durante el transcurso de la misma, el equipo inspector recabó determinada información que fue incorporada, por acuerdos de 20 de abril de 2016 y de 29 de junio de 2017, en el expediente S/DC/0565/15 en el marco de la investigación sobre la existencia de indicios de una posible infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (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 relativa al sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones. La incoación del expediente sancionador contra SOFTWARE AG y otras empresas se debió al escrito remitido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) que dio origen a las diligencias previas en las cuales se desarrolló la citada inspección.

2. Con fecha 29 de junio de 2017, la DC acordó conceder un plazo de 10 días hábiles para, dando cumplimiento al contenido del artículo 42 de la LDC, SOFTWARE AG pudiera solicitar la confidencialidad de los documentos obtenidos en la inspección e incorporados al expediente que estimara preciso.
3. Con fecha 14 de julio de 2017 SOFTWARE AG presentó solicitud de confidencialidad respecto a determinados documentos.
4. Con fecha 19 de julio de 2017 la DC acuerda denegar parcialmente la confidencialidad previamente solicitada
5. Con fecha 27 de julio de 2017 la representación de SOFTWARE AG, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra el Acuerdo de la DC de 19 de julio de 2017 por el cual se denegaba la confidencialidad solicitada respecto de cierta documentación previamente recabada de la inspección de su sede.
6. Con fecha 28 de julio de 2017, 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 Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por SOFTWARE AG.
7. Con fecha 1 de agosto de 2017 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 5 En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, en la medida en que los motivos del mismo “*son infundados y excesivamente genéricos*” y en ningún caso considera acreditado, por parte de la recurrente, el perjuicio irreparable –exigido por el art. 47 de la LDC– como consecuencia del acuerdo de denegación parcial de la confidencialidad de 19 de julio de 2017.
8. Con fecha 4 de septiembre de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de SOFTWARE AG, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El día 6 de septiembre de 2017 la representación de SOFTWARE AG tuvo acceso al expediente.

10. Con fecha 25 de septiembre de 2017 tuvo entrada en la CNMC el escrito de alegaciones complementarias de SOFTWARE AG.
11. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 26 de octubre de 2017.
12. Es interesada en este expediente de recurso SOFTWARE AG ESPAÑA S.A. (SOFTWARE AG).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de las recurrentes.

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre si el Acuerdo de 19 de julio de 2017 de la DC, mediante el cual se deniega parcialmente la confidencialidad de la documentación recabada durante la inspección de la sede de SOFTWARE AG, desarrollada ante los indicios disponibles sobre posibles conductas constituyentes de infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, es susceptible de producir indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de SOFTWARE AG, tal y como exige el artículo 47 de la LDC, que regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC.

SOFTWARE AG solicita del Consejo de la CNMC la anulación del acuerdo de la DC de 19 de julio de 2017 y la declaración del carácter confidencial de la información que identifica en el Documento número 1 de los aportados en su escrito de recurso de 14 de julio de 2017.

SOFTWARE AG basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

(1) Vulneración artículos 42 de la LDC y 37.5 de la Ley 30/1992 en relación a la confidencialidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia.

La primera de las alegaciones de la recurrente se basa en la que considera falta de motivación por la DC en la denegación de confidencialidad de determinados documentos a la vista del estado actual del expediente, en contraste con la individualizada motivación y justificación que ella hizo sobre cada uno de los documentos para los que pretendía el carácter de confidencial. SOFTWARE AG no habría acreditado las razones por las que el acceso a cada uno de los documentos por las empresas imputadas es imprescindible para que éstas puedan ejercer real y efectivamente sus derechos de defensa.

La documentación controvertida puede diferenciarse en dos categorías de información: por un lado, se trata de la **identidad de funcionarios públicos** con los que contactan SOFTWARE AG u otras empresas, y para la que la recurrente, si bien reconoce que no

constituye un secreto comercial, defiende que serían confidenciales por no ser relevantes para fijar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente. El segundo grupo de documentos se refieren a **costes o rentabilidad de SOFTWARE AG y su estrategia de contratación y de participación en determinados licitaciones**. SOFTWARE AG defiende que estos datos constituyen secretos comerciales, pues no son conocidos por terceras empresas (en algunos casos, terceras empresas ajenas a la UTE en cuestión) y no pueden ser utilizados para imputar una potencial infracción a empresas ajenas a las respectivas UTEs.

Conforme el criterio de SOFTWARE AG, no se debería levantar la confidencialidad hasta la adopción del Pliego de Concreción de Hechos (PCH) y ello únicamente "mediante una valoración circunstanciada de cada dato", en el caso de que se acredite que las empresas imputadas no podrían rebatir las conclusiones que se alcancen en el PCH en base al resto de la información no confidencial que obre en el expediente.

SOFTWARE AG considera que la DC realiza una argumentación genérica y no individualizada sobre por qué debe denegarse la confidencialidad de cada uno de los documentos para los que se solicitó tal confidencialidad. La recurrente entiende que no es suficiente la indicación de la DC de que las informaciones controvertidas tienen "relación directa con el objeto de la investigación y [son] necesarios para fijar los hechos en el procedimiento, así como para poder cuantificar los posibles efectos de las conductas investigadas y para garantizar el derecho de defensa del resto de interesados en el procedimiento sancionador".

En concreto, respecto de los costes de personal o subcontratación, considera SOFTWARE que es insuficiente que la DC rechace su confidencialidad bajo el argumento de que la incidencia de los acuerdos adoptados en las remuneraciones de los trabajadores o "recursos" es uno de los aspectos analizados en el expediente de referencia. Entiende la recurrente que la DC está obligada a identificar qué correos en concreto entran en tal categoría. Tampoco se argumenta debidamente, en opinión de SOFTWARE, por qué la confidencialidad de los correos solicitados, respecto de las partes que no forman parte de dichos correos, sería perjudicial para el análisis que debe realizar la DC o podría ser perjudicial para el derecho de defensa de las partes del expediente. La confidencialidad que SOFTWARE solicita se refiere únicamente a empresas que no figuraban como destinatarias en los correos.

Por otro lado, la recurrente señala que sus apreciaciones sobre determinadas empresas, en el marco de comunicaciones internas, deben considerarse secreto de negocio a juicio de SOFTWARE AG "en tanto que contienen datos sobre la estrategia de negocio" de SOFTWARE AG, "especialmente en relación a qué empresas están mejor situadas para ser potenciales partners para una futura licitación". Subsidiariamente, SOFTWARE AG solicita que se dé acceso a dichos documentos únicamente a aquellas empresas que aparecen mencionadas en las comunicaciones internas cuya confidencialidad solicita ya que, según su criterio, serían las únicas que podrían ver vulnerado su derecho de defensa.

En relación con la identidad de funcionarios públicos mencionados en los documentos controvertidos, SOFTWARE AG apunta a la irrelevancia de dicha información para fijar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente y solicita que se les dé un tratamiento análogo al acordado en la resolución del previo recurso R/AJ/623/16 Software AG, en la que los datos de los empleados de la empresa se consideraron confidenciales.

En relación a la documentación de antigüedad superior a cinco años, en concreto ocho o diez años, la recurrente argumenta, con apoyo en jurisprudencia comunitaria, que la información histórica puede ser considerada confidencial si contiene elementos esenciales de la posición comercial de la empresa de que se trate.

Para justificar la confidencialidad de esta documentación histórica, la recurrente distingue tres bloques documentos:

- Documentos que contienen la identidad de funcionarios públicos (documentos 9, 10, 11, 15, 29, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 49, 114, 115, 119, 120, 129, 130, 169, 225, 254 y 255).
- Documentos que contienen la estrategia de aprobación o a la decisión de presentarse a una determinada licitación, o a la decisión de con qué *partner* acudir a una determinada licitación (documentos 31, 32, 33, 39, 40, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 126, 160).
- Documentos que contienen datos de costes o márgenes (documentos 32.1, 33.1, 37)
- Documento que contiene la estrategia de negocio de SOFTWARE AG (documento 37).

Considera la recurrente que el acuerdo impugnado no ha acreditado que el acceso por parte de las empresas investigadas a la información sobre la que Software AG solicitó la confidencialidad sea imprescindible para el ejercicio real y efectivo por tales empresas de su derecho de defensa, ni tampoco que el levantamiento de la confidencialidad de dicha información sea necesario para continuar con la tramitación del expediente administrativo.

(2) El Acuerdo impugnado ocasiona un perjuicio irreparable al interés de la mercantil, así como al interés público en lo que se refiere al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Manifiesta la recurrente que determinada documentación sobre la cual se ha denegado la confidencialidad determina la estrategia comercial de la empresa (en concreto en lo que se refiere a subcontratación, costes y márgenes asumidos por SOFTWARE AG) y su revelación supondría un perjuicio irreparable tanto para su capacidad de competir efectivamente en el mercado como para el propio interés público en que no se distorsionen injustificadamente las condiciones de competencia.

Concluye la recurrente solicitando se anule el repetido acuerdo de la DC por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada y que se declare el carácter

confidencial respecto a documentación relativa a datos personales de empleados, información relativa a la identidad de funcionarios públicos y documentación recogida en determinados correos electrónicos relativa a costes, rentabilidad, estrategia de contratación y participación en licitaciones.

Subsidiariamente, se solicita que la información se mantenga no confidencial exclusivamente respecto de las empresas expresamente mencionadas en la misma.

En su informe de 1 de agosto de 2017, la DC considera que el recurso contra el acuerdo de 19 de julio debe ser desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que el acuerdo en ningún caso ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de SOFTWARE AG.

Señala la DC, con carácter preliminar, que muchos de los argumentos utilizados por SOFTWARE en su escrito de recurso ya fueron utilizados de forma sustancialmente idéntica en el recurso de esta empresa contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 27 de julio de 2016, de denegación de la confidencialidad de determinada documentación recabada en la inspección de la sede de SOFTWARE AG los días 27 a 29 de octubre de 2015. Este recurso previo de SOFTWARE dio lugar al expediente R/AJ/623/16 y fue desestimado (salvo en lo relativo a la identidad de empleados de SOFTWARE sin capacidad de decisión en la participación en distintas licitaciones) por el Consejo de la CNMC mediante Resolución de 3 de noviembre de 2016. Esta resolución es firme, no habiendo SOFTWARE interpuesto contra la misma recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo legalmente establecido.

Respecto de la primera categoría de información a la que se refiere el recurso, la **identidad de funcionarios públicos** con los que contactan la ahora recurrente y otras empresas, la DC señala que su condición de datos que no constituyen secreto comercial, lo cual SOFTWARE AG no discute, y la falta de justificación por parte de la recurrente de los perjuicios que causaría, a ella o a terceros, el levantamiento de la confidencialidad de esta información respecto del resto de interesados en el expediente, suponen justificación suficiente para desestimar la pretensión de SOFTWARE AG en este extremo. Adicionalmente, las identidades de funcionarios públicos censuradas son conocidas por otras empresas incoadas y aparecen sin censura en otros expedientes obrantes en el de referencia.

Aclara igualmente la DC que los funcionarios públicos que se citan son responsables de la contratación de los servicios de informática en sus departamentos o de su supervisión, por lo que la incidencia de sus actuaciones y comunicaciones es relevante de cara a la investigación de las conductas que se analizan en el expediente S/DC/0565115, relacionadas con la presunta manipulación de dichas licitaciones por parte de las entidades investigadas.

Se reafirma la DC en su informe, por tanto, en que procede denegar la confidencialidad de la identidad de los funcionarios públicos recogida en los documentos 9, 10, 11, 15, 29,39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 114, 115, 119, 120, 128, 130, 168, 225,254 y 255 del acuerdo de incorporación de 29 de junio de 2017.

Respecto de la documentación relativa a **costes o rentabilidad de SOFTWARE AG y su estrategia de contratación y de participación en determinados licitaciones**, la DC se remite a la valoración realizada por la Sala de Competencia en la previamente citada resolución del expediente R/AJ/623/16.

Subraya la DC que, a pesar de que tanto el extenso número de documentos analizados y de los datos que se pretenden censurar en cada uno de ellos, como la concurrencia de varios motivos denegatorios en muchos de los documentos, dificultan sobremanera la identificación pormenorizada en el acuerdo recurrido de los motivos concurrentes para la denegación de la confidencialidad en cada documento, en este acuerdo sí se especifican y exponen de forma agrupada los motivos que han dado lugar a la denegación de la confidencialidad solicitada, citando diversos documentos que se englobarían bajo cada una de las causas de denegación consideradas.

Igualmente insiste la DC en que, en la medida en que la documentación controvertida va a ser utilizada para la determinación de los hechos y la responsabilidad de cada una de las empresas incoadas en la posible infracción de la normativa de competencia, no cabe impedir el acceso a tal información relevante, para garantizar los derechos de defensa de todas las empresas incoadas.

Matiza la DC que el razonamiento de la recurrente relativo al momento procesal oportuno para la valoración de la confidencialidad “desvirtuaría el trámite de alegaciones al pliego de concreción de hechos de gran parte de las empresas”, con el consiguiente riesgo de producir situaciones de indefensión a otros incoados y perjudicaría el principio de eficiencia en la gestión del expediente administrativo. La DC argumenta que “dadas las interrelaciones entre todas las empresas incoadas, a través de UTE y subcontrataciones en distintas licitaciones, con contactos y acuerdos continuos en el tiempo, el hecho de que una empresa no esté mencionada expresamente en un documento concreto de SOFTWARE AG no significa que dicha empresa no se vaya a ver afectada por dicho documento de cara a la acreditación de la infracción única y continuada investigadas y sus efectos”. Entiende el órgano de instrucción que SOFTWARE AG no ha logrado acreditar que se produzcan perjuicios claros e inmediatos derivados de la revelación de los documentos controvertidos al resto de empresas incoadas que justifiquen la prioridad de los secretos comerciales frente a la garantía de defensa de todas las partes incoadas.

La DC diferencia en su análisis distintas categorías de documentación. El primer grupo está constituido por los documentos que tienen más de cinco años de antigüedad y el segundo grupo por los documentos con supuestos secretos comerciales con menos de cinco años de antigüedad en este momento (documentos 192, 192.1, 192.2, 192.4, 208.1, 212, 213, 214, 238 y 240).

Respecto de la alegación de que la **documentación antigua** desvela datos esenciales de la estrategia comercial de SOFTWARE AG, la DC reprocha que se trata de argumentaciones claramente genéricas para los distintos documentos y en la mayor parte de los casos no se individualiza el contenido de los datos afectados. La DC señala en su informe que “cada licitación de aplicaciones informáticas por parte de AA.PP. está sujeta a unas circunstancias muy particulares, muy condicionadas por las necesidades específicas de la administración en cada momento, la forma de configuración del concurso o el precio máximo de licitación. Por lo tanto, los análisis específicos de cada concurso difícilmente revelan datos confidenciales de cara a futuros concursos, con circunstancias diferentes, especialmente teniendo en cuenta que los parámetros generales de análisis son comunes a todas las empresas y que las disponibilidades de recursos humanos en el futuro y sus costes están sujetas a un elevado grado de incertidumbre para las distintas empresas.”

Respecto de los márgenes, especifica la DC que, al contrario de lo que afirma SOFTWARE AG, en el expediente S/DC/0565/15 se ha puesto de manifiesto que los márgenes de las empresas en las distintas licitaciones no son estables, sino que están muy condicionados por los precios máximos de licitación establecidos por la administración.

Las estrategias de contacto y negociación entre las distintas empresas de cara a licitaciones públicas concretas, así como las necesidades de subcontratación, guardan relación directa con las conductas investigadas, por lo que la DC entiende que no se puede justificar su confidencialidad sobre la base de su supuesto carácter estratégico. Adicionalmente, la política de contratación, remuneración y promoción de los empleados de SOFTWARE AG en 2007 (documento 37) difícilmente desvela su estrategia de recursos humanos actual.

Respecto a la **documentación más reciente**, la DC hace un análisis individualizado:

Los documentos 192 y 192.1: constituirían evidencias de los efectos de las conductas investigadas y de los intercambios de información entre competidores que, al referirse a licitaciones relativamente antiguas (año 2013), no desvelan secretos comerciales significativos.

En los documentos 192.2 y 192.4 SOFTWARE AG solicita censurar datos de los nombres de los organismos públicos afectados por las conductas investigadas, así como los datos de márgenes y costes existentes en dichas licitaciones. Se trata de evidencias de los efectos de las conductas que, al referirse a licitaciones relativamente antiguas (año 2013), no desvelan secretos comerciales significativos.

En los documentos 208.1, 212, 213 y 214 se recogen evidencias de los acuerdos y los intercambios de información entre distintas empresas de cara a una licitación de SEPE. De esta manera, se recogen evidencias directas de las conductas investigadas, claramente incardinadas en la infracción única y continuada analizada.

En el documento 238 se recoge el descuento que se hace a las empresas subcontratadas en el año 2014, lo que no es un secreto comercial y se refleja en el expediente en otros documentos no censurados.

En el documento 240 se recogen evidencias sobre los acuerdos alcanzados entre distintas empresas y sus efectos sobre los precios ofertados por SOFTWARE AG y por las empresas con las que concurre en UTE, en licitaciones del año 2014.

En sus alegaciones complementarias de 22 de septiembre de 2017, SOFTWARE AG reitera las consideraciones expuestas en su recurso y entiende que tampoco en su informe al recurso la DC motiva de manera adecuada la denegación de la confidencialidad solicitada.

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 Competencia¹. 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”*. 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, muy destacadamente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador.

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. Tal como sintetiza la Resolución de 27 de octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) 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*

¹ Por todas la Resolución de 5 de marzo de 2015, Expte. R/ AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS)

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 el triple examen al que también ha aludido SOFTWARE AG y al que esta Sala de Competencia se ha remitido en diferentes Resoluciones², esto es, *“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 son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa de los imputados”.*

Una vez expuesto lo anterior, y habiéndose analizado por esta Sala los argumentos de SOFTWARE AG en su recurso de 27 de julio de 2017 y en sus alegaciones de 22 de septiembre de 2017, así como la opinión de la DC en su informe de 1 de agosto de 2017, procede señalar lo siguiente en cuanto a la confidencialidad de los documentos controvertidos.

En primer lugar, esta Sala considera oportuno precisar que la DC motivó de forma adecuada, en su acuerdo de 19 de julio de 2017, la denegación parcial de confidencialidad de la documentación identificada por SOFTWARE. Conviene recalcar que fue en el acuerdo de dicha fecha donde la DC cumplió con las exigencias de motivación impuestas por la normativa y jurisprudencia sobre la materia y no posteriormente en su Informe de 1 de agosto de 2017, como señala SOFTWARE en sus alegaciones complementaria. Tampoco hay, frente a lo que la recurrente indica, ningún reconocimiento implícito por parte de la DC en su Informe de que el acuerdo recurrido no motivara de forma adecuada la denegación de la confidencialidad. Al contrario, en el Informe de 1 de agosto de 2017 se señala expresamente, y esta Sala coincide con dicha afirmación, que *“en este acuerdo sí se especifican y exponen de forma agrupada los motivos que han dado lugar a la denegación de la confidencialidad solicitada, citando diversos documentos que se englobarían bajo cada una de las causas de denegación expuestas”.*

² A título de ejemplo, la propia Resolución de 3 de noviembre de 2016, Expte R/AJ/623/16 SOFTWARE AG.

Asimismo, esta Sala no comparte el reproche de la recurrente respecto de que el análisis efectuado por la DC en su denegación de confidencialidad resulte genérico y no individualizado. Es evidente que el extenso número de documentación analizada y los múltiples datos que dentro de cada documento se pretenden censurar provoca necesariamente este análisis agrupado de los motivos que dan lugar a la denegación de la confidencialidad solicitada, pero el mismo no es disconforme con la exigencia constitucional de motivación, bastando con que se analicen las cuestiones planteadas y se especifiquen las razones que llevan a una decisión determinada, para que los afectados, en este caso SOFTWARE, conozcan dichos motivos y puedan por tanto articular adecuadamente sus medios de defensa.

Esta Sala considera no sólo que la DC ha cumplido, en el acuerdo de 19 de julio de 2017 ahora recurrido, con la exigencia de motivación requerida, sino que además coincide con los argumentos dados en el mismo en cuanto al fondo se refiere, no pudiéndose declarar la confidencialidad solicitada de los documentos analizados conforme a los parámetros anteriormente expuestos.

En relación a los datos de la identidad de las personas de contacto de las empresas – SOFTWARE AG y otras– en la Administración³, se trata, como la propia recurrente admite, de una información que no constituye secreto comercial. Adicionalmente, no se han justificado los perjuicios significativos que causaría el levantamiento de la confidencialidad de esta información al resto de interesados en el expediente. En este caso concreto la DC señala en su informe que se trata de identidades de funcionarios públicos conocidas por otras empresas incoadas y que aparecen sin censura en otros documentos obrantes en expediente. Finalmente, dada la responsabilidad de tales empleados públicos en la contratación de los servicios de informática en sus departamentos, el dato de sus identidades puede resultar relevante en la determinación de los hechos o la responsabilidad de las partes. Todo ello son razones que justifican suficientemente, en opinión de esta Sala, la denegación de la confidencialidad solicitada.

Respecto de los documentos cuya confidencialidad SOFTWARE AG solicita por constituir supuestos secretos comerciales con menos de cinco años de antigüedad, la DC ha precisado en su Informe cómo se trata de datos que considera constituyen evidencias directas de las conductas investigadas y sus efectos, en todos los casos⁴ o bien no constituyen secretos comerciales y constan en el expediente en otros documentos no censurados.

En relación a los documentos de antigüedad superior a cinco años, la recurrente no ha acreditado que desvelen datos esenciales de la estrategia comercial actual de SOFTWARE AG no conocidos por el resto de empresas incoadas o, en su caso, que no guarden relación directa con las conductas investigadas por la DC.

³ Documentos 9, 10, 11, 15, 29,39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 114, 115, 119, 120, 128, 130, 168, 225, 254 y 255 del acuerdo de incorporación de 29 de junio de 2017.

⁴ Documentos 192 y 192.1, 192.2 y 192.4, 208.1, 212, 213 y 214 y documento 240.

En definitiva, esta Sala coincide plenamente en el análisis realizado por la DC y subraya que aquellos datos que sean necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y la responsabilidad de cada una de las empresas incoadas en la posible infracción de la normativa de competencia, no pueden ser declarados confidenciales.

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 por SOFTWARE AG supone verificar si el acuerdo de denegación parcial de la confidencialidad recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

1.- Ausencia de indefensión

La recurrente tanto en su recurso de 27 de julio de 2017 como en sus alegaciones complementarias de 22 de septiembre de 2017, alega la existencia de indefensión, señalando en esencia que el acuerdo impugnado le genera indefensión por cuanto en el mismo no se motiva adecuada e individualizadamente la denegación de la confidencialidad de la información identificada por SOFTWARE AG en su solicitud de 14 de julio de 2017, vulnerando lo establecido por la jurisprudencia.

La Sala de competencia no aprecia que en el presente caso se haya producido indefensión alguna para la recurrente, en el sentido repetidamente establecido por la Autoridad de Competencia siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que la interpreta como una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes, que no se da " *cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*" (STC 71/1984, 64/1986)."

En el presente caso no se produce un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de SOFTWARE AG, que ha conocido con precisión a través del acuerdo recurrido los motivos que han llevado a la DC a denegar la confidencialidad solicitada. En dicho análisis la DC valoró la posible consideración de esta documentación como secreto comercial así como los potenciales perjuicios que podrían derivarse de su conocimiento o desconocimiento por las interesadas en el expediente, no siendo compartida por esta Sala la afirmación de la recurrente según la cual la DC realiza una valoración genérica y no individualizada de la documentación afectada.

En relación con la referencia que SOFTWARE hace en su recurso al momento procesal y la imposibilidad en esa fase de determinar que el acceso a cada documento resulta imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa de las empresas imputadas, esta Sala se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión en la Resolución del antes citado Expte. R/AJ/623/16 SOFTWARE AG, donde se precisaba que, al poder tratarse de una infracción única y continuada, todas las empresas incoadas en el expediente de referencia se verían afectadas por la documentación incorporada en el expediente ya que, sin su acceso a ésta, se estaría cercenando su capacidad para

poder contestar o matizar su grado de participación en la conducta investigada y su responsabilidad en la misma. Así, no se puede aceptar que el levantamiento de la confidencialidad no se produzca hasta la adopción del PCH, ni que únicamente se otorgue acceso a los datos a las empresas imputadas una vez se acredita que éstas no pueden rebatir las conclusiones que se alcancen en el PCH con base al resto de la información no confidencial obrante en el expediente, en la medida que desde el momento de la incoación del expediente, la DC tiene la obligación de ir procurando dar acceso a todas las empresas imputadas a todos los documentos que pueden afectar a su derecho de defensa, especialmente teniendo en cuenta los indicios mencionados sobre la existencia de una infracción única y continuada que se investigan en el S/DC/0565/15.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha de 19 de julio de 2017, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, ocasione indefensión alguna a SOFTWARE AG.

2.- Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, 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*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

En anteriores recursos planteados frente a desestimaciones de la confidencialidad solicitada⁵) se ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa solicitante en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional.

En dichos recursos la autoridad de competencia ha descartado la existencia del perjuicio señalado cuando no se acredita la existencia de vulneración alguna las posibilidades de defensa de la recurrente.

El análisis desarrollado en el apartado anterior en relación a la total adecuación del acuerdo de la DC a los criterios determinantes de la declaración o no de confidencialidad de la documentación recabada en el marco de un expediente sancionador, permite a esta Sala descartar igualmente la existencia de cualquier perjuicio irreparable en los derechos de SOFTWARE AG.

Coincide esta Sala con la consideración de la DC de que no se ha acreditado el perjuicio irreparable que para SOFTWARE AG supondría el acceso por el resto de incoados a los datos cuya confidencialidad se ha denegado, ya que éstos o bien ya obran en poder de sus competidores o bien el potencial perjuicio para la ahora recurrente debe ponderarse con el perjuicio que la imposibilidad de acceso a dicha

⁵ Así, entre las más recientes, Resoluciones de 2 de junio de 2016, R/AJ/026/16 PRAXAIR ESPAÑA; de 14 de julio de 2016, R/AJ/037/16 ABELLO LINDE; de 28 de enero de 2016, R/AJ/117/15 RENALETTO y de 29 de noviembre de 2016, R/AJ/632 TOP CABLE.

documentación generaría para otras empresas incoadas en el expediente de referencia en la defensa de sus intereses legítimos. Especialmente teniendo en cuenta que gran parte de la documentación cuya confidencialidad se pretende se refiere a licitaciones que no se encuentran en vigor o están finalizando. Tampoco ha identificado la recurrente en qué medida el conocimiento de la información cuya confidencialidad se ha denegado afectaría a su capacidad para competir en el mercado ni cómo se distorsionarían las condiciones de competencia en el mercado analizado en el expediente de referencia, incluidos los casos de licitaciones que vayan a ser convocadas próximamente para continuación de trabajos anteriores.

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

De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el acuerdo de la Dirección de Competencia de 19 de julio de 2017, en el que se fundamenta el presente recurso, haya causado perjuicio irreparable a los derechos de SOFTWARE AG.

Por todo lo anteriormente expuesto, 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 por cuanto el acuerdo objeto de recurso no es susceptible de causar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente, tal y como exige el artículo 47 de la LDC.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por SOFTWARE AG contra el acuerdo 19 de julio de 2017 de la Dirección de Competencia por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por la recurrente sobre determinada información recabada durante la inspección de su sede, en la medida en que el acuerdo recurrido no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo en consecuencia los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación.