



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/0319/14, AERC)**

## **SALA DE COMPETENCIA**

### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

### **CONSEJEROS**

D<sup>a</sup>. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 8 de enero de 2015

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actuando en Sala de Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/0319/14, AERC por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIOS COMERCIALES (AERC), al amparo del artículo 47 de la LDC de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) contra el Acuerdo del Director de Competencia de 3 de noviembre de 2014, de denegación parcial de confidencialidad, en el marco del expediente S/0518/14.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 25 de septiembre de 2014, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) acordó la incoación de expediente sancionador contra AERC (Expediente S/DC/0518/14), por una posible infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la

Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al existir indicios de la existencia de recomendaciones colectivas a sus miembros en el marco de las negociaciones de AERC con AGEDI y AIE de cara a la fijación de las tarifas a pagar por estos miembros de AERC.

2. Con fecha 10 de octubre de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de AERC solicitando la confidencialidad de la documentación aportada por la misma durante la fase de información reservada del expediente de referencia.
3. Con fecha 14 de octubre de 2014 la instructora del expediente S/DC/0518/14 dictó acuerdo en el que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por AERC.
4. Con fecha 24 de octubre de 2014 tuvo entrada en la CNMC escrito de recurso de AERC contra el citado Acuerdo de 14 de octubre de 2014, al amparo del artículo 47 de la LDC.
5. Con fecha 29 de octubre de 2014, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
6. Con fecha 3 de noviembre de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 4. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto.
7. Con fecha 20 de noviembre de 2014, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediéndole un plazo de 15 días a AERC para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
8. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de enero de 2015.
9. Es interesada en este expediente de recurso ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE RADIOS COMERCIALES (AERC).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-Habilitación competencial.**

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que a tal efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad.

Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...] y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.*

El artículo 47 LDC prevé 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”.*

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 372013 y el artículo 14.1.a) del RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente.**

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de 14 de octubre de 2014 de la DC de denegación parcial de solicitud de confidencialidad respecto de los correos electrónicos de 11 de abril de 2011 y 4 de octubre de 2012, recogidos respectivamente en el expediente S/DC/0518/14 respectivamente como documentos 068 y 099.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo 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”.*

En su recurso, el recurrente solicita al Consejo de la CNMC que anule el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 14 de octubre de 2014 y otorgue el tratamiento confidencial previsto en el artículo 42 de la LDC a los correos electrónicos de 11 de abril de 2011 y 4 de octubre de 2012, procediendo a ordenar a la Dirección de Competencia la incorporación a la pieza principal del expediente de la versión no confidencial de dichos correos electrónicos.

La recurrente alega que los correos electrónicos controvertidos, además de no contener evidencia alguna de infracción de las normas de defensa de la competencia, incluyen información confidencial relativa a la posición y al proceso interno de toma de posición de la asociación en lo que se refiere a sus conversaciones con las dos entidades de gestión. Se trata de circulares enviadas por la asociación exclusivamente

a sus miembros, y su conocimiento por las dos entidades de gestión denunciante causaría a AERC un perjuicio irreparable en su negociación con las mismas.

Asimismo, AERC señala que el derecho de acceso al expediente del denunciante en el marco de un procedimiento sancionador es más limitado que el derecho de acceso de las partes objeto de la investigación. Defiende AERC que la CNMC puede utilizar dicha información si lo considera necesario para el procedimiento, pero no puede dar acceso al resto de partes interesadas en el expediente, salvo que sea indispensable para el ejercicio de sus derechos de defensa, circunstancia que no concurre en este caso.

En su informe, emitido el 3 de noviembre de 2014, la DC propone la desestimación del recurso.

La DC argumenta que los correos electrónicos controvertidos contienen posibles evidencias de infracciones de la normativa de defensa de la competencia, directamente relacionados con el objeto del expediente S/0518/14 y con probable valor probatorio en relación al mismo.

Conforme a la valoración realizada por la DC, los párrafos que la recurrente considera deben declararse confidenciales no contienen ningún secreto de negocio, puesto que se refieren a la pretensión de AERC de que ciertas autoliquidaciones se consideren pagos definitivos en lugar de pagos a cuenta como pretenden las entidades de gestión denunciante. Tampoco contienen información comercial sensible, sino que refleja el estado de las discusiones de AERC con AGEDI/AIE, aspecto conocido por ambas partes. No pueden por tanto causar un perjuicio irreparable a AERC o terceros.

Asimismo, el contenido de los correos electrónicos controvertidos ya es conocido por las denunciante, quienes lo aportaron literalmente con su denuncia de las conductas investigadas, por lo que tal información habría dejado de ser confidencial también para AGEDI/AIE.

### **TERCERO.-Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.**

Conforme al artículo 42 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 posibilita, pues, 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. Así lo ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la antigua CNC y también la Sala de Competencia de la CNMC (entre otras, Resolución de 2 de abril de 2014, Expte. R/DC/0009/14, EUROPAC). 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, deben ponderarse otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son los derechos de defensa de quienes son imputados en el procedimiento.

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 caso concreto y formulada siempre motivadamente.

Del mismo modo, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como el Consejo de la antigua CNC ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 19 de septiembre de 2013, Expte. R/0146/13 LANTERO CARTÓN): 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 a los imputados.

A la vista de la información controvertida, esta Sala de Competencia coincide con el informe presentado por la DC en que los datos contenidos en la documentación recabada no deben gozar de la protección que otorga el art. 42 LDC. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, este Sala entiende que dichos correos sí contienen posibles evidencias de infracciones de las normas de defensa de la competencia que están directamente relacionados con el objeto del expediente S/DC/0518/14 relativo a la posible emisión de recomendaciones colectivas por parte de AERC a sus miembros, en el marco de las negociaciones de AERC con AGEDI y AIE.

En contra de lo manifestado por la recurrente el correo de 11 de abril de 2011 no contiene ningún secreto de negocio, ya que la liquidación de las facturas pendientes correspondientes al año 2010 era una cuestión objeto debate entre AERC y AGEDI-AIE en el proceso de negociación que se estaba llevando a cabo.

Del mismo modo, el correo de 4 de octubre de 2012, tampoco contiene información comercial sensible de AERC, sino que se manifiesta la adopción de una decisión por la asociación, así como de instar su seguimiento por los asociados, precisamente el objeto del expediente.

En segundo término, en relación con la alegación de la recurrente de que la información contenida en los correos sobre los que se ha denegado la confidencialidad

no es información que debiera conocer AGEDI o AIE al tratarse de circulares enviadas por AERC exclusivamente a sus miembros, cabe señalar que consta en el propio expediente dos correos electrónicos aportados por AGEDI/AIE, el primero de los cuales refleja literalmente los dos párrafos que AERC pretende censurar respecto de a su correo de 11 de abril de 2011, y el segundo refleja las instrucciones por parte de AERC a sus asociados en relación a los pagos a AGEDI-AIE. Por tanto, el contenido de los correos cuya confidencialidad se ha denegado ya es conocido por las denunciantes, quienes los aportaron con su denuncia.

En este sentido, el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión afirma expresamente que *“no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”*.

Por tanto, en la medida que se trata de un dato conocido fuera de AERC en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 23 de la Comunicación no es posible considerar confidencial el contenido de los correos electrónicos de 11 de abril de 2011 y 4 de octubre de 2012.

Finalmente, respecto a la alegación de la recurrente de que el derecho de acceso al expediente del denunciante es más limitado que el derecho de acceso de las partes objeto de la investigación, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, no procede entrar a valorar la misma dado que ha quedado acreditado que los denunciantes conocían el contenido de los correos electrónicos cuya denegación de confidencialidad se recurre y que los mismos no contienen secretos de negocio ni pueden causar un perjuicio irreparable a AERC o terceros.

Además hay que sumar que la información contenida en estos dos correos es considerada necesaria por la DC toda vez que guardan relación directa con el objeto del expediente y probablemente un valor probatorio en relación con el mismo. De acuerdo con 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”).*

Por todo ello, coincidiendo plenamente con la valoración de la DC, esta Sala de Competencia, estima que la información controvertida no entra dentro del ámbito de protección que otorga el artículo 42 de la LDC.

Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por AERC no significa que estos datos se hagan públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC.

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

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por AERC supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado

indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

## **I. Ausencia de Indefensión**

Respecto a la posible existencia de indefensión, no es alegada por la recurrente en su escrito de recurso.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquélla que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

Analizando las circunstancias del caso resulta evidente que la no declaración de confidencialidad de determinados documentos 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.

A ello hay que añadir que el hecho de que AERC haya podido recurrir tanto el Acuerdo de la DC de fecha de 14 de octubre de 2014 como efectuar alegaciones al Informe de la DC de 3 de noviembre de 2014 pone de manifiesto que esta CNMC no ha tenido, en ningún momento, intención alguna de limitar su derecho de defensa.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha de 14 de octubre de 2014, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, ocasione indefensión a AERC.

## **II. Ausencia de perjuicio irreparable**

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).

En el supuesto que nos ocupa, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC de 14 de octubre de 2014 pueda causar un perjuicio irreparable, máxime cuando la documentación cuya confidencialidad se solicita es conocida por las denunciadas, quienes lo aportaron con su denuncia.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse 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 AERC.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47, 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 AERC, contra el Acuerdo del Director de Competencia de 14 de octubre de 2014, por el que se deniega la confidencialidad de dos correos electrónicos de fecha 11 de abril de 2011 y 4 de octubre de 2012, recogidos en el expediente S/DC/0518/14, en la medida que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la empresa, no reuniendo, por tanto los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

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.