

RESOLUCIÓN

ÁVORIS CORPORACIÓN EMPRESARIAL S.L.U. Y OTROS

R/AJ/101/24

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Jesús Martín Martínez

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 18 de septiembre 2024

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/101/24 ÁVORIS CORPORACIÓN EMPRESARIAL S.L.U. Y OTROS, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por las empresas de BARCELÓ CORPORACIÓN EMPRESARIAL, S.A (**GRUPO BARCELÓ**): SEKAI CORPORATE TRAVEL, S.L.U. (**SEKAI**); GESTIÓN DE VIAJES DENEBA, S.L.U. (**DENEBA**); ÁVORIS CORPORACIÓN EMPRESARIAL, S.L.U. (**ÁVORIS**); VIAJES ECUADOR, S.A.U. y VIAJES HALCÓN, S.A.U. (**HALCÓN**) (conjuntamente, las **Recurrentes**), 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 (**DC**) de 19 de junio de 2024, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por las Recurrentes respecto de determinada documentación recabada en la inspección llevada a cabo por la DC en la sede común de éstas e incorporada al expediente sancionador S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE.

ÍNDICE DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	3
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
2.1. Objeto de la presente resolución	4
2.2. Pretensiones de las Recurrentes e informe de la DC	4
2.2.1. Objeto del recurso	4
2.2.2. Informe de la DC	7
2.2.3. Alegaciones de las Recurrente al informe de la DC	8
2.3. Sobre la desestimación del recurso por la ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC	10
2.3.1. Ausencia de Indefensión	10
2.3.2. Ausencia de perjuicio irreparable.....	11
3. RESUELVE.....	16

1. ANTECEDENTES

- (1) Los días 28 a 31 de marzo de 2023, la DC llevó a cabo una inspección en la sede compartida de las Recurrentes.
- (2) El 12 de junio de 2023, se acordó la incorporación al expediente de la documentación recabada en dicha inspección, concediéndose a las Recurrentes un plazo de diez días para solicitar, motivadamente, la confidencialidad de dichos documentos.
- (3) El 2 de julio de 2023, después de que se les concediese una ampliación de plazo, las Recurrentes presentaron un escrito mediante el que solicitaban la confidencialidad de parte de la referida documentación, al que acompañaron una versión censurada de la misma.
- (4) El 28 de noviembre de 2023, la DC acordó la incoación del expediente sancionador S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE (el **Expediente**) contra algunas de las Recurrentes (concretamente, AVORIS, SEKAI y HALCÓN), su matriz -GRUPO BARCELO- así como de otras sociedades, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 1 de la LDC y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**), consistentes en acuerdos y/o prácticas concertadas para el reparto de clientes y/o adjudicaciones de licitaciones para la prestación de servicios de agencias de viaje, así como el intercambio de información comercialmente sensible para la prestación de dichos servicios.
- (5) El 19 de junio de 2024, la DC adoptó el **acuerdo por el que se denegaba parcialmente la confidencialidad solicitada por las Recurrentes** en relación con parte de la documentación recabada en la inspección e incorporada al expediente (el **Acuerdo**) (folios 29-31).
- (6) El 3 de julio de 2024, las recurrentes interpusieron el **recurso previsto por el artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de confidencialidad** (el **Recurso**) (folios 1-28).
- (7) El 5 de julio de 2024, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC el informe preceptivo sobre el Recurso (el **Informe**) (folio 168).
- (8) El 10 de julio de 2024, la DC emitió dicho Informe, proponiendo la desestimación del Recurso (folios 169-183).
- (9) El 12 de julio de 2024, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el Recurso concediendo a las Recurrentes un plazo de 15 días para

que, previo acceso al expediente, formularsen las alegaciones que estimasen oportunas (folios 184-187).

- (10) El 12 de julio de 2024, la recurrente accedió al expediente.
- (11) El 31 de julio de 2024, tuvo entrada, en el registro de la CNMC, escrito de alegaciones de las Recurrentes al Informe de la DC (folios 201-206).
- (12) La Sala de Competencia ha resuelto este Recurso en su reunión de 18 de septiembre 2024.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Objeto de la presente resolución

- (13) La presente Resolución tiene por objeto resolver el Recurso interpuesto por las Recurrentes el 3 de julio de 2024, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 19 de junio de 2024 por el que se deniega parcialmente la confidencialidad previamente solicitada por aquellas en el expediente S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE.
- (14) El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DC disponiendo que: *“Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación [hoy Dirección de Competencia] que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia [hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia] en el plazo de diez días”*.

2.2. Pretensiones de las Recurrentes e informe de la DC

2.2.1. Objeto del recurso

- (15) Las Recurrentes solicitan al Consejo de la CNMC (el **Consejo**) la **nulidad del Acuerdo de la DC impugnado y que declare el carácter confidencial de los documentos identificados en su recurso**.
- (16) Defienden, respecto del conjunto de estos documentos, que la denegación de confidencialidad por parte de la DC conduciría a la **revelación de información comercialmente sensible** al resto de partes interesadas en el Expediente, que son a su vez competidores directos de las Recurrentes, lo que supondría a éstas un *“perjuicio irreparable y desproporcionado a los fines del procedimiento sancionador”* en forma de *“desventaja competitiva”*.
- (17) Sin perjuicio de esta valoración global, las Recurrentes dividen dichos documentos en **dos bloques** atendiendo a su tipología y contenido.

- (18) El primero de estos bloques, que las Recurrentes denominan “**Documentos A**”, está conformado por **documentos que reflejan simulaciones de concursos o licitaciones. La DC denegó la confidencialidad de los mismos por tener una antigüedad superior a cinco años y estimar que, atendiendo a las características de la información y el mercado afectado, habrían perdido su carácter sensible.**
- (19) El segundo bloque, que las Recurrentes denominan “**Documentos B**”, está conformado por **acuerdos de colaboración entre las recurrentes y distribuidores minoristas en relación con licitaciones para la contratación de servicios potencialmente afectados por las conductas investigadas. La DC denegó la confidencialidad solicitada por las Recurrentes al estimar que tales documentos contenían información necesaria para fijar el alcance contenido o efectos de las prácticas objeto de investigación en el Expediente S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE.**

“Documentos A”

- (20) El bloque de “**Documentos A**” se compone de los siguientes archivos incluidos como anexos al Recurso (folios 32-149):
- Anexo 1 0001.001 PONDERACIÓN APERTURA CONGRES...2017mercedes.xlsx
 - Anexo 2: 0013.001 LOTE 1-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 3: 0013.002 LOTE 2-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 4: 0013.003 LOTE 3-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 5: 0013.004 LOTE 4-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 6: 0015.001 LOTE 1-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 7: 0015.002 LOTE 2-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 8: 0015.003 LOTE 3-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 9: 0015.004 LOTE 4-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 10: 0018.001 Resumen CORA.docx.pdf
 - Anexo 11: 0021.001 LOTE 1 2 3 y 5 SIMULACIÓN PONDERACIÓNa.xlsx
 - Anexo 12: 0025.001 LOTE 1 2 3 y 5 SIMULACIÓN PONDERACIÓNa.xlsx
 - Anexo 13: 0026.001 LOTE 1 2 3 y 5 SIMULACIÓN PONDERACIÓNa.xlsx
 - Anexo 14: 0119 LOTE 1-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 15: 0120 LOTE 2-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 16: 0121 LOTE 3-RUTAS AÉREAS.xlsx
 - Anexo 17: 0122 LOTE 1 2 3 y 5-SIMULACIÓN PONDERACIÓNaumen.xlsx
 - Anexo 18: 0123 LOTE 1 2 3 y 5-SIMULACIÓN PONDERACIÓN.xlsx

- (21) **Las Recurrentes reconocen el principio** fijado por la jurisprudencia europea¹ y recogido en la “Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007²” (la **Guía de Confidencialidad de la CNMC**) **según el cual un periodo de cinco años es, por lo general, suficiente para que una información que en su día podía resultar comercialmente sensible pierda dicha condición.**
- (22) **Sostienen, no obstante, en el Recurso, que, teniendo en cuenta las características de los “Documentos A”, debería aplicar la excepción al referido principio** que, tal y como se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016 (SAN 1654/2016): *“admite la posibilidad de que la parte afectada pruebe que, a pesar del tiempo transcurrido, los documentos siguen teniendo valor comercial estratégico. La carga de dicha prueba corre a cargo de quien solicita el mantenimiento de la confidencialidad y puede basarse en circunstancias que tiendan a justificar la homogeneidad y estabilidad del mercado en el tiempo”*.
- (23) Lo anterior por cuanto, pese a su antigüedad, **estos documentos, al contener cálculos y estimaciones, reflejarían “la metodología que aplican actualmente las [Recurrentes] en la evaluación y preparación de las ofertas”** de tal modo que los terceros que consultasen el Expediente *“estarían accediendo a información comercialmente sensible y estratégica de las [Recurrentes], que incluso hace referencia a las pérdidas que las [Recurrentes] estarían dispuestas a asumir en relación con determinadas licitaciones”*³.
- (24) Además de esta justificación general que aplicaría a todos los “Documentos A”, las Recurrentes presentan lo que denominan una *“Evaluación individual”* a través de una tabla que dedica una fila a cada uno de ellos y en la que se incluye una “justificación de confidencialidad” y una “justificación del recurso contra denegación de confidencialidad” (folios 8 a 20).

“Documentos B”

- (25) En cuanto al bloque de Documentos B lo conforman los siguientes archivos anexos al Recurso (folios 150-163):
- Anexo 19 0069.001 Contrato Tsocial-Airmet.docx.pdf
 - Anexo 20 0075.001 Contrato Tsocial-Airmet.pdf
 - Anexo 21 0076.001 Mundosenior 21-22.pdf
 - Anexo 22 0077.001 Mundosenior 21-22.pdf
 - Anexo 23 0080.001 Mundosenior 21-22.pdf

¹ Entre otras, Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2015 en el asunto T-341/12, Evonik c. Comisión.

² [Enlace](#)

³ Recurso, página 6 (folio 6).

- Anexo 24 0082.001 Mundosenior 21-22.pdf
- (26) Las Recurrentes defienden que **dichos documentos “constituyen per se un secreto comercial”** en la medida en que **“son esencialmente acuerdos de colaboración suscritos entre las [Recurrentes] y distribuidores minoristas en relación con las licitaciones convocadas por el Imserso”** por lo que **recogen las condiciones económicas y comerciales pactadas entre ellos y “reflejan la estrategia comercial”** de las Recurrentes.
- (27) Sostienen además las Recurrentes, para oponerse al motivo de denegación de confidencialidad invocado por la DC (i.e. la presencia de información necesaria para fijar el alcance contenido o efectos de las prácticas objeto de investigación) que *“no se ha dictado ningún documento con base en los Documentos B que dé lugar a la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas en perjuicio de un tercero interesado en el expediente”* y que de ser el caso la CNMC podría incluir *“referencias genéricas y agregadas a dicha información para fundamentar el extremo de que se trate”* tal y como se sugiere en la Guía de Confidencialidad de la CNMC.
- (28) Además de estos razonamientos generales para el conjunto de los “Documentos B”, las Recurrentes incluyen una tabla con justificaciones pretendidamente individualizadas para cada uno de ellos, análoga a aquella a la que se hacía referencia en el párrafo (24).

2.2.2. Informe de la DC

- (29) Frente a lo alegado por las Recurrentes, la DC considera, en su Informe de 10 de Julio de 2024, que **el Recurso debe ser desestimado por no concurrir los requisitos del artículo 47** en tanto en cuanto **el Acuerdo recurrido de 19 de junio de 2024 no sería susceptible de causar indefensión o perjuicio irreparable a las Recurrentes** en sus derechos o intereses legítimos.
- (30) La DC comienza recordando la doctrina recogida en la Guía de Confidencialidad de la CNMC según la cual, para establecer si procede conferir tratamiento confidencial a un determinado documento, debe llevarse a cabo un triple análisis:
- *en primer lugar, constatar si contiene efectivamente de secretos comerciales;*
 - *en segundo lugar, verificar si, tratándose originalmente de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros, de forma que hayan perdido su carácter secreto;*
 - *en tercer lugar, comprobar si, aun tratándose de secretos comerciales, que no han tenido difusión entre terceros, la información controvertida resulta necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento y su valoración o para garantizar el derecho de defensa de alguno de los sujetos imputados en el procedimiento sancionador.*
- (31) **Por lo que se refiere a los “Documentos A”, la DC estima que no se cumpliría el primer requisito relativo a la calificación de la información reflejada en los**

mismos como secreto comercial. Considera que **las Recurrentes no han rebatido adecuadamente la presunción según la cual la información con una antigüedad superior a cinco años pierde su carácter confidencial**. En particular, la DC sostiene que las Recurrentes **no habrían aportado pruebas o explicaciones concretas y verdaderamente individualizadas para justificar la pervivencia del carácter confidencial de dichos documentos** limitándose a alegar, en términos generales, que las estimaciones que aparecen en los mismos, en relación con licitaciones de hace más de cinco años, permitirían el conocimiento de la metodología que las Recurrentes aplican a día hoy para la evaluación y preparación de sus ofertas.

- (32) Apunta adicionalmente la DC que los datos sobre los que las Recurrentes realizan sus simulaciones constituyen información de carácter público atendiendo a las obligaciones de publicidad y transparencia que impone la normativa de contratación pública y, en particular, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**) respecto de los concursos y licitaciones públicas, especialmente tras su adjudicación.
- (33) **En cuanto a los “Documentos B”, la DC reitera que la información contenida en los mismos resulta relevante para determinar la existencia de una posible infracción de la LDC derivada de las prácticas objeto de la investigación, así como para establecer la eventual participación de las Recurrentes en tales prácticas.** Subraya adicionalmente la DC que, en cualquier caso, estos documentos no resultarán accesibles a terceros ajenos Expediente, sino exclusivamente, a aquellos sujetos que vean expresamente reconocida la condición de interesados en el mismo y que estarán, además, sujetos a la obligación de secreto en virtud de lo dispuesto por el artículo 43.1 de la LDC.

2.2.3. Alegaciones de las Recurrente al informe de la DC

- (34) El escrito de respuesta al Informe de la DC, presentado tras el correspondiente acceso al expediente, incluye dos alegaciones:
- Primera: *“Las sociedades han ofrecido una motivación individualizada y exhaustiva para cada documento y no cabe imponerles un estándar de prueba diabólica”*
 - Segunda: *“La información en cuestión cumple los requisitos para que sea posible y preciso darle un tratamiento confidencial, sin causar indefensión a nadie”.*
- (35) En dichas alegaciones, **las Recurrentes reprochan que la DC les estaría imponiendo un estándar de prueba excesivo**, al exigirles que demuestren un perjuicio derivado de la denegación de confidencialidad que aún no se ha producido **y reiteran los motivos de su Recurso para solicitar que se declare la confidencialidad de la documentación controvertida.**

- (36) Por lo que se refiere a los “Documentos A”, las Recurrentes insisten en que, pese a tener una antigüedad superior a cinco años, su divulgación en el Expediente supondría revelar a terceros competidores la metodología comercial que las Recurrentes seguirían aplicando hoy en día en la evaluación y preparación de ofertas a licitaciones, incluyendo información relativa a las pérdidas que estarían dispuestas a asumir en determinadas licitaciones. En relación con lo anterior, añaden que las características del mercado de las licitaciones de 2017 no habrían evolucionado de una forma que impida apreciar su homogeneidad y la estabilidad en el tiempo en lo que respecta a la manera de preparar ofertas para participar en él.
- (37) Defienden, adicionalmente, que aceptar que sus competidores pudieran tener acceso a tal información sería “*difícilmente compatible con la persecución y sanción de prácticas relativas a intercambios de información comercial sensible*”⁴.
- (38) Por otro lado, las Recurrentes replican que las obligaciones de publicidad y transparencia de la normativa de contratación pública, a las que hace alusión el Informe de la DC, no afectarían a las estimaciones contenidas en los “Documentos A”, por lo que dichos datos seguirían manteniendo su carácter secreto al no haber sido divulgados.
- (39) En cuanto a los “Documentos B”, las Recurrentes reiteran su tesis de que constituyen, *per se*, un secreto comercial, por tratarse de contratos que son el fruto de negociaciones individuales con distribuidores minoristas y que reflejan, por tanto, su estrategia comercial. Añaden que si se difundieran dichos documentos se daría a conocer, a los competidores de las Recurrentes, quiénes son sus proveedores y cuáles son las condiciones aplicadas a cada uno lo que “*debilitaría su posición negociadora en futuros contratos de distribución que suscriba con agencias minoristas en relación con las licitaciones del Imserso*”⁵. Sostienen asimismo las Recurrentes, en relación con los “Documentos B”, que el resto de interesados en el expediente no verían afectados sus derechos de defensa por la declaración de confidencialidad solicitada, que no se ha dictado ningún documento con base a los “Documentos B” que dé lugar a la averiguación de los hechos y su calificación y que en caso de mencionar esos documentos en las decisiones que adopte la CNMC se podrían incluir referencias genéricas y agregadas a dicha información para fundamentar el extremo de que se trate.
- (40) Sobre la base de estas consideraciones, las Recurrentes insisten en solicitar al Consejo que acuerde la nulidad del acuerdo impugnado y otorgue tratamiento confidencial a los “Documentos A y B”.

⁴ Alegaciones de las Recurrentes al Informe de la DC, páginas 3 y 4.

⁵ Alegaciones de las Recurrentes al Informe de la DC, página 5.

2.3. Sobre la desestimación del recurso por la ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC

- (41) La presente resolución tiene por objeto **resolver sobre el recurso interpuesto el 3 de julio de 2024 por las Recurrentes contra el Acuerdo de la DC de 19 de julio de 2024, por el que se rechazaba otorgar tratamiento confidencial a parte de la documentación recabada en la inspección realizada en su sede en marzo de 2023, y para la que éstas habían solicitado confidencialidad mediante escrito de 2 de julio de 2023, en el marco del expediente S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE.**
- (42) **En concreto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, procede analizar si dicho Acuerdo es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable** a las Recurrentes, únicos motivos contemplados por el legislador y la jurisprudencia⁶ para poder sustentar la impugnación del acuerdo en el marco del recurso administrativo previsto por esta disposición.

2.3.1. Ausencia de Indefensión

- (43) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE implica "*una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*"⁷, de tal modo que "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa*" (STC 71/1984, 64/1986).
- (44) Atendiendo a la referida doctrina jurisprudencial, **esta Sala considera que el Acuerdo de la DC de 19 de junio de 2024 no ha generado indefensión** en el sentido del artículo 47 de la LDC. Dicho acto **no ha supuesto la imputación de cargo alguno** a las Recurrente, frente al cual no haya tenido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos. Por lo demás, **el Acuerdo recoge claramente la motivación por la que la DC deniega la confidencialidad objeto de controversia, lo que ha permitido a las Recurrentes formular, en tiempo y forma, las alegaciones que han estimado oportunas** frente al planteamiento de la DC.
- (45) Conviene recordar, asimismo, que **la denegación de confidencialidad del Acuerdo impugnado no fue total**. La DC analizó y acogió parcialmente la pretensión formulada por las Recurrentes en su escrito de 2 de julio, al declarar la confidencialidad solicitada de la información relativa a la negociación de condiciones comerciales con **[CONFIDENCIAL]** por ser información sensible de

⁶ Por todas, véase la sentencia del Tribunal Supremo 4722/2013, de 30 de septiembre de 2013.

⁷ 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).

carácter comercial constitutiva de secreto de negocio cuya divulgación podría ocasionar un perjuicio a las sociedades, de acuerdo con lo solicitado por las mismas

- (46) En cuanto a la pretendida imposición de una *probatio diabólica* por parte de la DC, como posible fuente de indefensión, está también debe descartarse por los motivos incluidos en el apartado que figura a continuación sobre la ausencia de perjuicio irreparable.

2.3.2. Ausencia de perjuicio irreparable

- (47) La doctrina del Tribunal Constitucional define el perjuicio irreparable como "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*"⁸ (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).
- (48) En cuanto a **la posibilidad de solicitar la confidencialidad de la información obrante en un expediente sancionador de la CNMC**, si bien el artículo 42 de la LDC establece que "[e]n cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada", dicha posibilidad **no se configura como un principio absoluto ni como un derecho de las Recurrentes a ver satisfecha su solicitud de confidencialidad**.
- (49) La AN ha afirmado a este respecto 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**"⁹ y que **para que una información pueda considerarse secreto comercial su divulgación ha de poder causar un perjuicio grave**¹⁰. Por su parte el TS ha declarado que **los secretos comerciales cuya protección encuentra acomodo en los derechos fundamentales de la propiedad son aquellos asociados a la subsistencia misma de las empresas** en un entorno competitivo¹¹.
- (50) Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que **la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios, igualmente tutelables, como el principio de eficacia administrativa o el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador**. Tal y como se señala en la Comunicación de la Comisión Europea sobre el acceso a expedientes en los que

⁸ Véase, por ejemplo, el auto del Tribunal Constitucional 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012.

⁹ SAN, de 10 de mayo de 2017, en el expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS

¹⁰ Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2011, en el ámbito del Expte. R/0054/10 BBR

¹¹ Auto del TS de 5 de octubre de 2006.

se aplican los artículos 101 y 102 del TFUE¹² “**el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción** («documento incriminatorio») **o puede ser necesaria para exculpar a una parte** («documento exculpatario»)”, ello de conformidad con lo estipulado, a su vez, en el artículo 27.3 del Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002.

- (51) Teniendo en cuenta lo anterior, **únicamente procede otorgar carácter confidencial a un determinado documento**, en un procedimiento sancionador de la CNMC por infracción de la normativa de competencia, (i) **si el documento contiene información que pueda calificarse de secreto comercial** de la empresa, **cuya divulgación sea susceptible de causar un perjuicio grave** a ésta, y (ii) **siempre que dicha información no resulte necesaria para fijar los hechos, proceder a su valoración y garantizar los derechos de defensa de los imputados** en el expediente en cuestión. Tal evaluación ha de realizarse a partir del triple análisis al que se hacía referencia en el párrafo (30) y, en caso de que sea una parte la que solicita la confidencialidad, será ésta quién deba acreditar el primer requisito relativo al carácter de secreto comercial de la información controvertida, lo que implica, a su vez, acreditar un perjuicio grave a sus intereses legítimos derivado de su divulgación al resto de interesados que pudieran acceder al expediente.
- (52) **Por lo que respecta a los “Documentos A”, esta Sala coincide con la DC en cuanto a la insuficiencia de las justificaciones aportadas por las Recurrentes para tratar de rebatir la presunción de que la información con una antigüedad superior a cinco años pierde su carácter sensible de cara a considerarse secreto comercial.**
- (53) Para rebatir dicha presunción, resulta necesario que quien solicita la confidencialidad aporte una **justificación individualizada y lo suficientemente concreta, para cada documento**, sobre los motivos por los que, pese al tiempo transcurrido, el documento en cuestión mantiene, excepcionalmente, su carácter sensible, de tal forma que su revelación al resto de interesados en el expediente es susceptible de causarle un perjuicio irreparable. Tal y como como ha afirmado la AN, al desestimar un recurso contra una resolución de la CNMC sustentado en motivos similares a los invocados por las Recurrentes:

“La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación de la información susceptible de ser considerada confidencial por su naturaleza de secreto comercial deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse

¹² 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, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo.

argumentaciones genéricas y de carácter global aplicables a la totalidad de documentos¹³. (Énfasis añadido).

- (54) Pues bien, por un lado, esta Sala estima que, pese a que las Recurrentes aportaron la tabla a la que se ha hecho referencia en el párrafo (24), en la que se dedica una fila para cada documento con una pretendida justificación específica, **esta individualización no es más que aparente**, al igual que sucedía en la solicitud de confidencialidad de 2 de julio de 2023. En efecto, las justificaciones incluidas en la tabla son prácticamente idénticas no presentando más que variaciones mínimas.
- (55) Por lo que se refiere a la denominada por las Recurrentes como “*Justificación de confidencialidad*”, únicamente figuran dos variantes:
- La que corresponde al Anexo al Recurso 1: “*Estimaciones internas sobre terceros. A pesar de que la información pudiera considerarse histórica, la metodología empleada es totalmente aplicable a la forma de preparar un concurso en la actualidad por Grupo Ávoris*”;
 - La que resulta común a los Anexos al Recurso 2 a 18: “*Información comercialmente sensible y estrategia de negocio interna. A pesar de que la información pudiera considerarse histórica, la metodología empleada es totalmente aplicable a la forma de preparar un concurso en la actualidad por Grupo Ávoris*”.
- (56) Por lo que se refiere a la denominada por las Recurrentes como “*Justificación del recurso contra denegación de la confidencialidad*”, ésta se limita nuevamente a dos variantes casi análogas:
- La de los Anexos al Recurso 1 a 9 y 11 a 18: “*Se considera confidencial en su totalidad, en la medida en que contiene información que, a pesar de que pudiera considerarse antigua, constituye información comercialmente sensible y estrategia de negocio interna: la metodología empleada actualmente por Grupo Ávoris para la realización de sus cálculos en el marco de la preparación de concursos públicos. La divulgación de las simulaciones supondría su conocimiento por parte de terceros de la metodología que aplican las Sociedades. Este perjuicio sería irreparable para las Sociedades en la medida en que supondría el conocimiento directo de dicha información por parte de los competidores de las Sociedades, quienes a su vez se presentan a este tipo de licitaciones. No hay constancia de que dicha información haya sido divulgada. Este documento no contiene información crítica que pudiera afectar los intereses o los derechos de defensa de terceros interesados en el procedimiento. Es información interna de las Sociedades*”.

¹³ Sentencia de la AN de 19 de diciembre de 2023 (recurso nº 1306 /2019), confirmando la Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 30 de abril de 2019, Expte. R/AJ/007/19, CAF SIGNALLING 2.

- La de los Anexos al Recurso 10 a 14 (se subraya la única diferencia existente respecto del texto anterior): *Se considera confidencial en su totalidad, en la medida en que contiene información que, a pesar de que pudiera considerarse histórica, constituye información comercialmente sensible y estrategia de negocio interna: (i) la metodología empleada actualmente por Grupo Ávoris para la realización de sus cálculos en el marco de la preparación de concursos públicos, y (ii) las pérdidas que Grupo Ávoris puede llegar a asumir en cada oferta. La divulgación de las simulaciones supondría su conocimiento por parte de terceros de la metodología que aplican las Sociedades. Este perjuicio sería irreparable para las Sociedades en la medida en que supondría el conocimiento directo de dicha información por parte de los competidores de las Sociedades, quienes a su vez se presentan a este tipo de licitaciones. No hay constancia de que dicha información haya sido divulgada. Este documento no contiene información crítica que pudiera afectar los intereses o los derechos de defensa de terceros interesados en el procedimiento. Es información interna de las Sociedades.*
- (57) Adicionalmente, y como se adelantaba, más allá de la ausencia de una justificación verdaderamente individualizada para cada uno de los “Documentos A”, **tampoco puede admitirse que las Recurrentes hayan alcanzado el nivel de concreción exigible a la hora de establecer un potencial perjuicio irreparable** derivado de la divulgación de la información contenida en los mismos al resto de las partes interesadas con acceso al Expediente.
- (58) Es cierto que, tal y como defienden las Recurrentes en sus Alegaciones al Informe de la DC -según se recoge en el párrafo (38) *supra*- determinados datos reflejados en estos documentos no habrían trascendido públicamente como consecuencia de las obligaciones de transparencia que impone la normativa sobre contratación pública. Sin perjuicio de ello, la DC acierta al afirmar que no se aporta una explicación lo suficientemente concreta de cómo tales datos, con una antigüedad superior a cinco años, podrían emplearse actualmente por el resto de las interesadas en el expediente para generar a las Recurrentes un perjuicio irreparable. En este sentido, no cabe considerar, como suficientes, afirmaciones genéricas como que la revelación de estos datos “*supondría dar a conocer a terceros, concretamente a competidores de las Sociedades, la metodología que aplican las Sociedades en la evaluación y preparación de las ofertas a las correspondientes licitaciones*” o que “*supondría darles acceso a información que incluso hace referencia a las pérdidas que las Sociedades estarían dispuestas a asumir en relación con determinadas licitaciones*”¹⁴.
- (59) Por lo tanto, al igual que concluía esta Sala en su resolución de 19 de diciembre de 2019, Expte. R/AJ/069/18 BEI, a la que hacen referencia las propias Recurrentes¹⁵, éstas no han señalado en qué medida el conocimiento de la

¹⁴ Alegaciones de las Recurrentes al Informe de la DC, página 3.

¹⁵ Recurso, página 3 (folio 3).

información cuya confidencialidad se ha denegado afectaría a su capacidad para competir en el mercado ni cómo se distorsionarían las condiciones de competencia en dichos mercados, incluidas licitaciones que vayan a ser convocadas en un futuro, habiendo reiterado esta Sala, de acuerdo con la doctrina precitada de la AN, que corresponde al recurrente la necesidad de especificar el perjuicio grave. Y como también se recogía en la mencionada resolución y venimos a reiterar, *“si ello es así con carácter general, debe manifestarse en mayor medida cuando la información cuya confidencialidad se solicita ha superado los cinco años de antigüedad y la pretensión de la solicitante va en contra de la presunción de no confidencialidad de información considerada histórica”*.

- (60) A este respecto, no podemos asumir la tesis de las Recurrentes de que la exigencia de un mayor nivel de concreción en la justificación del perjuicio irreparable por parte de la DC suponga la imposición de una *probatio diabolica* por requerir *“que demuestren un perjuicio que aún no se ha producido, que se está tratando de evitar precisamente a través de una solicitud de confidencialidad”*¹⁶. Resulta evidente que no cabe requerir, a quien realiza una solicitud de confidencialidad, la demostración exhaustiva e inequívoca de un perjuicio irreparable que, por principio, no será más que potencial y futurible. Pero es que en modo alguno la DC ha impuesto tal estándar de prueba a las Recurrentes. Lo que sí resulta exigible -y esto es precisamente lo que reclama la DC- es que se motive, en términos hipotéticos, cómo podría materializarse tal perjuicio sin limitarse a las generalidades invocadas por las Recurrentes a las que nos hemos referido previamente. Y más aún -según la doctrina previamente invocada- cuando se trata de información con más de cinco años, llegando incluso a doblar dicha antigüedad parte de la información controvertida, tal y como señala la DC en su Informe.
- (61) **Esta Sala tampoco puede acoger los motivos de anulación invocados por las Recurrentes respecto de los “Documentos B”**. Los datos que figuran en los mismos se encuentran directamente relacionados con los hechos objeto de investigación en el Expediente sancionador S/0001/23 SERVICIOS AGENCIAS DE VIAJE cuyo objeto serían potenciales acuerdos y/o prácticas concertadas para el reparto de clientes y/o adjudicaciones de licitaciones para la prestación de servicio de agencias de viajes, así como el intercambio de información comercialmente sensible para la prestación de dicho servicio.
- (62) Tales datos podrían resultar, por tanto, necesarios para la fijación de los hechos, la determinación de las prácticas investigadas, el alcance de sus efectos, su calificación jurídica o para garantizar adecuadamente los derechos de defensa de otras imputadas tal y como sostiene la DC, órgano que, dado el estadio del

¹⁶ Alegaciones de las Recurrentes al Informe de la DC, páginas 2 y 3.

procedimiento -todavía en fase de instrucción-, es el que se encuentra mejor posicionado para llevar a cabo esta valoración.

- (63) Respecto a la referida valoración, procede recordar lo apuntado en el párrafo (45) en cuanto a que la DC no denegó más que parcialmente la confidencialidad solicitada por las recurrentes en su escrito de 12 de julio de 2023. El órgano de instructor llevó a cabo un examen de la documentación señalada, siguiendo el triple análisis correspondiente y concluyendo, en el Acuerdo impugnado, que parte de esta documentación sí merecía tratamiento confidencial. No cabe, por ende, presuponer que la DC actuara con ligereza, como parecen sostener las Recurrentes cuando sugieren que la denegación de la confidencialidad, respecto de algunos de los documentos señalados, sería incompatible con la persecución de prácticas consistentes en intercambios de información sensible.
- (64) Por los mismos motivos, tampoco cabe asumir la pretensión de las Recurrentes de dar seguimiento a su solicitud de confidencialidad intimando a la DC a que se limitase a incluir referencias genéricas y agregadas para fundamentar el extremo de que se trate. Es evidente, como decíamos, que la denegación de confidencialidad impugnada no ha sido caprichosa. El Consejo, no puede por tanto, limitar, a estas alturas del procedimiento, el uso de una determinada información que el órgano de instrucción, tras una ponderación de los intereses en conflicto, considera necesaria para la adecuada tramitación del Expediente. Y ello, sin perjuicio, de que, como señalan las Recurrentes, no les constase, en el momento de formular su Recurso, que la DC hubiese elaborado ningún documento con base en los Documentos B que diese lugar a la averiguación de los hechos o su calificación. Nótese, por otro lado, que podrían haber sido las propias Recurrentes las que hubiesen llevado a cabo un ejercicio de agregación o generalización de la información que consideraban sensible al someter sus propuestas de versión no confidencial.
- (65) Estas consideraciones son igualmente válidas en relación con los “Documentos A”, lo que reafirma la posición de esta Sala sobre de la conveniencia de no acoger las pretensiones de las Recurrentes respecto de éstos.
- (66) Por todo ello, no concurriendo los requisitos exigidos para la estimación del recurso previsto por el artículo 47 de la LDC, esta Sala de Competencia:

3. RESUELVE

Único.- Desestimar el recurso interpuesto por SEKAI CORPORATE TRAVEL, S.L.U.; GESTIÓN DE VIAJES DENEBO, S.L.U.; ÁVORIS CORPORACIÓN EMPRESARIAL, S.L.U.; VIAJES ECUADOR, S.A.U. y VIAJES HALCÓN, S.A.U. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 19 de junio de 2024, por el que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad solicitada por éstas.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las interesadas, 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.