



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/112/15 PROSEGUR)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Barcelona, a 10 de diciembre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/012/15, PROSEGUR, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por PROSEGUR ESPAÑA. S.L, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de 21 de septiembre de 2015, de denegación parcial de confidencialidad en el marco del expediente S/DC/0555/14.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 3 de junio de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito de PROSEGUR ESPAÑA S.L (en adelante PROSEGUR) en respuesta a la solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia (DC) en el seno del expediente S/DC/0555/15, que fue notificada de forma conjunta a PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD.S.A y a PROSEGUR ESPAÑA, S.L el 12 de mayo anterior.

En dicho escrito, PROSEGUR solicita la confidencialidad de la contestación dada al requerimiento de información de la DC.

2. Con fecha 22 de septiembre de 2015, la DC notificó a PROSEGUR el acuerdo del instructor del expediente S/DC/0555/15, de fecha 21 de septiembre de 2015, en el que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada.
3. Con fecha 6 de octubre de 2015, tuvo entrada en la CNMC, recurso interpuesto por la representación de PROSEGUR ESPAÑA, S.L, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de 21 de septiembre de 2015.
4. Con fecha 9 de octubre de 2015, 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), la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe, junto con la correspondiente copia del expediente.
5. Con fecha 15 de octubre de 2014, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe, la DC considera que procede la desestimación del recurso, al no producir el acuerdo recurrido indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses de la recurrente.
6. Con fecha 23 de octubre de 2015, se admitió a trámite el recurso de PROSEGUR ESPAÑA, S.L, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 27 de octubre de 2015, la representación de PROSEGUR tuvo acceso al expediente.
8. El 17 de noviembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de fecha 13 de noviembre de 2015 de la recurrente, presentado en la misma fecha en la oficina de correos.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión 10 de diciembre de 2015.
10. Es interesado en este expediente de recurso: PROSEGUR ESPAÑA, S.L (PROSEGUR)

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 en la fecha que al 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 las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

El artículo 47 de la 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 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, 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 del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de 21 de septiembre de 2015 del instructor del expediente S/DC/0555/14, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad solicitada por PROSEGUR respecto de su contestación al requerimiento de información efectuado por la Dirección de Competencia el 12 de mayo de 2015.

En su recurso el recurrente solicita a la Sala de Competencia que anule el acuerdo de 21 de septiembre de 2015 y emplace a la Dirección de Competencia para que acuerde la confidencialidad de la documentación controvertida.

PROSEGUR alega que los datos relativos al valor de los servicios subcontratados contenidos en las tablas segunda y tercera del Anexo 3 contienen información altamente confidencial y constituyen secretos de negocio que no son conocidos por LOOMIS y cuya divulgación perjudicaría gravemente los intereses de PROSEGUR.

Asimismo, señala que la información contenida en el Anexo 6 relativa a la frecuencia, origen y destino de las rutas de transporte realizadas por PROSEGUR reviste carácter sensible y estratégico, siendo un elemento crítico para la planificación, desarrollo y eficiencia de los servicios prestados a PROSEGUR, y por tanto, pueden constituir un componente de peso para los clientes a la hora de contratar con la compañía.

PROSEGUR también solicita el tratamiento confidencial de la integridad del Anexo 7- Rutas de Transporte y distribución de fondos, por los mismos motivos ya expresados en relación con el Anexo anterior, al tratarse de la representación gráfica de las rutas expuestas en el citado Anexo 6.

En su informe de 15 de octubre de 2015 la DC considera que el recurso de PROSEGUR no desvirtúa el razonamiento contenido en el Acuerdo de 21 de septiembre de 2015 recurrido, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por la empresa de seguridad. En opinión de la DC los datos para los que PROSEGUR pide mantener la confidencialidad frente a LOOMIS, no son realmente confidenciales frente a este operador y, en todo caso, el acceso a los mismos por parte de LOOMIS resulta vital para salvaguardar el interés público de la investigación del expediente, así como los derechos de defensa de LOOMIS.

Por ello, el acuerdo recurrido no es susceptible de causar perjuicios irreparables a PROSEGUR en la medida que el mismo estaría plenamente justificado, por lo que no se darían los requisitos del artículo 47 de la LDC para proceder a su estimación.

En sus alegaciones de 13 de noviembre de 2015, PROSEGUR justifica su pretensión con argumentaciones específicas para cada conjunto de documentos controvertidos.

En concreto respecto los datos de facturación de PROSEGUR a clientes subcontratados que figuran en el Anexo nº 3, la recurrente expone que dichos contienen información altamente confidencial y constituyen secretos de negocio que no son conocidos por LOOMIS y cuya divulgación perjudicará gravemente los intereses de PROSEGUR. La recurrente afirma que la identidad entre los precios de los servicios subcontratados a LOOMIS y los facturados al cliente final por PROSEGUR afirmada por la DC en su informe no se puede generalizar a la totalidad de los contratos remitidos en los términos propuestos por la DC.

Por otra parte, la recurrente subraya que la información referida a la frecuencia, el origen y el destino de las rutas de transporte de efectivo de PROSEGUR - contenida en los Anexos nº 6 y 7- reviste carácter sensible y estratégico, siendo un elemento crítico para la planificación, desarrollo y eficiencia de los servicios prestados por PROSEGUR y, también, un elemento determinante para la contratación de una compañía de seguridad. PROSEGUR afirma que determinados elementos considerados públicos por la DC en su informe (en concreto, la ubicación específica de las bases de transporte y manipulado de fondos de PROSEGUR, los centros operativos del Sistema de Depósitos Auxiliares –SDA- y las sucursales del Banco de España) no alcanzan dicha publicidad sino que revisten carácter sensible y el concreto recorrido de cada ruta en su punto de origen y destino constituye información relativa a la planificación interna de PROSEGUR y diseñada estratégicamente en aras de una mayor eficiencia de su servicio, que no debe ser conocida por sus competidores.

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 esta Sala de Competencia (por todas, Resolución de 5 de marzo de 2015, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS). 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: *“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 contrapuestos, 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 la CNMC ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 21 de mayo de 2015, Expte. R/AJ/054/15 MOLINS): 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.

Con carácter previo al análisis de los documentos concretos sobre los que se suscita la discusión esta Sala considera necesario subrayar que, como apuntó el órgano de instrucción en el propio Acuerdo recurrido, tanto en el momento actual como cuando la DC adoptó su posición al respecto, las únicas partes interesadas en el expediente de referencia son LOOMIS y la propia recurrente PROSEGUR. Debido a ello, ambas entidades mercantiles son las únicas que pueden tener acceso a los documentos

obrantes en el citado expediente S/DC/0555/15, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de resolver sobre la confidencialidad solicitada, tomando también en consideración que la propia DC reconoce su comunicar a PROSEGUR la eventual admisión de nuevos interesados en el expediente a fin de que, si lo estimase necesario, pueda solicitar la confidencialidad de la documentación aportada respecto a estos nuevos interesados, en los términos del citado artículo 42 de la LDC.

Otro elemento que resulta necesario destacar antes de pasar al análisis de la presunta información confidencial incluida en los anexos sobre los que versa el recurso, es la específica relación comercial existente entre PROSEGUR y LOOMIS, puesta de manifiesto por la DC en su informe y también reconocida –aunque discutiendo las conclusiones alcanzadas por el órgano instructor- por PROSEGUR. Como señala la DC, tanto LOOMIS como PROSEGUR son competidores en el mercado de transporte y manipulación de fondos y ambos actúan eventualmente como subcontratistas de la otra empresa para dar servicio a determinados clientes. Asimismo, junto a la información derivada de estas relaciones comerciales de subcontratación, ambas empresas tienen un conocimiento preciso del sector como operadores destacados del mismo.

Tras la petición inicial de confidencialidad realizada por PROSEGUR en su escrito de respuesta de junio de 2015 y el Acuerdo de 21 de septiembre del instructor del procedimiento aceptando parcialmente dicha solicitud, la discusión se limita a la información suministrada en tres de los once anexos remitidos por PROSEGUR en su escrito de respuesta a la solicitud de información cursada por la DC en mayo de 2015, siendo posible analizar conjuntamente la problemática relativa a los anexos 6 y 7 al constituir este último la plasmación gráfica de la información recogida en el Anexo 6.

a) **Tabla 2 y 3 del Anexo 3: datos de facturación de PROSEGUR a clientes subcontratados** (folios 11483 a 11485).

Coincide plenamente esta Sala con la DC, en que a la vista del objeto del expediente de referencia, la información controvertida tiene una relación directa e inequívoca con las conductas investigadas en el expediente sancionador. Efectivamente, hay que tener en cuenta que la identidad entre los precios cobrados al cliente final y los precios de subcontratación forma parte de unos elementos centrales de las conductas objeto de investigación en el expediente S/DC/0555/14. Desde esta perspectiva, la información contenida en las tablas 2 y 3 del Anexo 3 cuya declaración de confidencialidad pretende la recurrente constituye información necesaria para fijar los hechos objeto del expediente sancionador S/0555/14 y cuyo conocimiento por las empresas incoadas es preciso para garantizar su derecho de defensa. Por tanto, la solicitud de confidencialidad debe ser rechazada.

b) **Anexo 6: datos sobre la frecuencia, origen y destino de las rutas de transporte de PROSEGUR.-**

Con respecto a la información contenida en el Anexo 6, esta Sala coincide con la valoración realizada por la DC de que partiendo del hecho de que LOOMIS conoce la

ubicación concreta de las delegaciones de manipulación y transporte efectivo de PROSEGUR, bastaría con un sencillo razonamiento lógico para determinar tanto la existencia como el origen y destino de los dos tipos de rutas descritos, que unen territorios limítrofes entre los que existen tradicionales vinculaciones socioeconómicas.

No hay que obviar que LOOMIS no solo es competidor de PROSEGUR, sino también cliente en diversas zonas geográficas. LOOMIS solicita servicios de la recurrente en diversos ámbitos geográficos, por lo que sobre esa base ha tenido acceso a la información que la parte pretende sea tratada de manera confidencial.

Para el resto de ámbito geográficos hay que tener en cuenta que, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, PROSEGUR contrata con LOOMIS, la prestación de servicios en Cádiz, Málaga y Murcia, debido a su restringida implantación en la zona, por lo tanto, deben descartarse la existencia de información sensible de PROSEGUR frente a LOOMIS.

Para el resto de zonas en las que ambas entidades operan, LOOMIS no necesita más que un sencillo razonamiento lógico para que pueda determinar la ubicación provincial de las delegaciones de PROSEGUR, los servicios que estas prestan y el origen y destino de cada una de las rutas de PROSEGUR en estas zonas geográficas a partir de la información pública de que dispone y su conocimiento del mercado.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones de 13 de noviembre, PROSEGUR señala que entiende que la DC acepta la confidencialidad de la frecuencia de las rutas expresada en el Anexo 6, en la medida en que en su Informe de 15 de octubre de 2015 el órgano instructor no manifiesta nada en contrario. No coincide esta Sala con esta apreciación ya que, en el acuerdo de confidencialidad recurrido, el instructor razonó específicamente los motivos que motivaban el rechazo de la confidencialidad solicitada respecto a la frecuencia de las rutas sin que en el Informe de 15 de octubre la DC expresé ningún razonamiento que contradiga esta primera argumentación o acepté las pretensiones expuestas por PROSEGUR en su recurso. Por el contrario, en el citado informe la DC fundamenta su rechazo al recurso en argumentos análogos a los ya expuestos en el anterior acuerdo de denegación de confidencialidad, basados en el conocimiento por parte de LOOMIS en su condición de competidor y demandante y proveedor de servicios a PROSEGUR vía subcontrataciones de los datos genéricos de la operativa de PROSEGUR, que incluyen la descripción genérica de las frecuencias de sus rutas.

Por tanto, las alegaciones en relación con la confidencialidad frente a LOOMIS del Anexo 6 deben ser rechazadas.

c) Anexo 7: Rutas de Transporte y distribución de fondos.

El Anexo 7 es la representación gráfica del Anexo nº 6, por lo que esta Sala de Competencia se remite a los fundamentos y consideraciones expresados en el punto anterior, rechazándose la solicitud de confidencialidad.

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

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

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por PROSEGUR supone verificar si el Acuerdo de la de 21 de septiembre de 2015, ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por PROSEGUR en su recurso de 2 de octubre de 2015, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia. En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los documentos discutidos 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. El hecho de que PROSEGUR haya podido recurrir tanto el acuerdo de 21 de septiembre de 2015, como efectuar alegaciones al informe de la DC de 15 de octubre de 2015, pone de manifiesto que la actuación administrativa no ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DC de 21 de septiembre de 2015, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, ocasione indefensión a PROSEGUR.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el art. 47 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)

PROSEGUR no sólo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la denegación de confidencialidad, sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico. A pesar de aludir en varias ocasiones al carácter sensible y estratégico de la información sobre la que solicita la declaración de secreto comercial como elemento crítico para la planificación, desarrollo y eficiencia de sus servicios, ni el escrito de recurso ni las alegaciones presentadas ofrecen ninguna valoración, económica o no y aunque fuera aproximada, de este perjuicio, supuestamente grave.

Tal y como ha señalado la Audiencia Nacional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, *"para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave"*. Por tanto, corresponde a la recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida puede causarle dicho grave perjuicio, con mayor razón cuando la

información no va a ser divulgada libremente, sino que su conocimiento se limitará a su cliente, proveedor y competidor LOOMIS, única empresa personada en el expediente y, por tanto, con acceso a dicha información.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de PROSEGUR.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, 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 PROSEGUR contra el acuerdo de la DC de 21 de septiembre de 2015, por el que se deniega la confidencialidad de ciertos datos, en el marco del expediente S/DC/0555/14, en la medida en que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de 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 recurrente, 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.