



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN
(Expte. R/AJ/049/17, ELEC NOR)

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 05 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/049/17, ELEC NOR, por la que se resuelve el recurso presentado por ELEC NOR, S.A., contra el acuerdo dictado por la Dirección de Competencia (DC) de la CNMC, de fecha 10 de julio de 2017, por la que se resuelve denegar parcialmente la solicitud de confidencialidad de la documentación recabada por la CNMC en la inspección llevada a cabo en la sede de ELEC NOR los días 11, 12 y 13 de julio de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 13 de febrero de 2017 ELEC NOR solicitó la confidencialidad de parte de la documentación copiada, tanto en formato papel como en soporte electrónico, en una de las sedes de su empresa, y que, con fecha 23 de enero de 2017, había sido incorporada al expediente S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS mediante acuerdo de la DC.
2. La DC, mediante acuerdo de 10 de julio de 2017, denegó parcialmente la confidencialidad solicitada, lo cual fue notificado a la interesada en la misma fecha.
3. Con fecha 21 de julio de 2017 la representación de ELEC NOR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, interpuso recurso administrativo contra el acuerdo de 10 de julio de 2017 de la DC por la que se denegaba parcialmente la confidencialidad de determinada documentación, alegando que la posible divulgación de dicha información podría ocasionarle un perjuicio irreparable.

4. Con fecha 25 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 ELECNOR.
5. Con fecha 31 de julio de 2017 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3 En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación parcial del recurso, en la medida en que la información contenida en los folios 573, 575 y 2571 a 2578 no es constitutiva de secreto de negocio cuya divulgación pudiera causar un perjuicio a la empresa, siendo además necesaria para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas en el expediente.
6. Con fecha 4 de septiembre de 2017 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de ELECNOR, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. Con fecha 6 de septiembre de 2017 la representación de la empresa recurrente tuvo acceso al expediente de recurso.
8. El día 26 de septiembre de 2017 tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones complementarias de ELECNOR.
9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 5 de octubre de 2017.
10. Es interesada en este expediente de recurso ELECNOR, S.A. (en adelante, ELECNOR).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de la DC de fecha 10 de julio de 2017 por la que se resolvía aceptar parcialmente la confidencialidad en la documentación recabada por la CNMC en la inspección llevada a cabo en la sede de ELECNOR durante los días 11, 12 y 13 de julio de 2016.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la CNMC, 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"*.

ELECNOR solicita del Consejo de la CNMC la estimación de la confidencialidad de la información solicitada y no concedida mediante el acuerdo de la DC de 10 de julio de 2017, por cuanto considera que el acceso a la misma produciría un perjuicio irreparable para la compañía.

ELECNOR basa su pretensión en el carácter detallado, reciente y estratégico de la información controvertida, la cual, en caso de quedar expuesta públicamente al resto de operadores que forman la competencia, implicaría un grave perjuicio para sus intereses. ELECNOR divide su alegación única en diferentes apartados que guardan relación con cada específica información sobre la que pretende el resultado estimatorio de confidencialidad:

- a) En cuanto al **folio 570**: se considera por la recurrente que la información obrante en tal folio 570, en relación con el proyecto “*Follo Line*”, debería ser declarada confidencial siguiendo la lógica de la actuación de la DC para con el folio 569. Además, la DC habría aceptado la confidencialidad del informe al que pertenece dicho folio, careciendo de razón el dejarlo fuera en este momento. Todo lo anterior, a pesar del error por parte de ELECNOR consistente en un salto del folio 569 al 571 en su solicitud de confidencialidad de 13 de febrero de 2017.
- b) En referencia al **folio 573**: ELECNOR estima que las anotaciones manuscritas que aparecen en ese folio se refieren a un análisis interno llevado a cabo para determinar la cuantía de la oferta que debían presentar al cliente. El hacer pública esta información, revelaría su estrategia e inteligencia de mercado, lo que sería aprovechado por sus competidores y supondría un gran perjuicio para la primera.
- c) En lo relativo a los **folios 575 y 576**: por tratarse de información económica altamente detallada relativa a la organización interna de la UTE Mantenimiento AVE Energía, la recurrente entiende que debe declararse confidencial para evitar un perjuicio, no solo para la UTE, sino para ELECNOR y para el resto de empresas que integran aquella.
- d) Finalmente, para los **folios 2571 a 2578**: por recoger información sobre el detalle del porcentaje de participación de cada empresa en la precitada UTE, así como el reparto de funciones y el régimen interno de funcionamiento de la misma, el acceso por parte de terceros a esta documentación (que se corresponde con dos documentos adjuntos a un correo remitido por ELECNOR a Alstom) considera la recurrente que sería susceptible de causar un perjuicio irreparable.

En su Informe sobre el recurso, de 31 de julio de 2017, la DC considera, tras el análisis de los documentos y una vez ponderados los principios aplicables en materia de confidencialidad de expedientes sancionadores (esto es, en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo, si tratándose de secretos comerciales originalmente, éstos han tenido difusión entre terceros, de forma que han perdido la calificación de secreto comercial; en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales, que no han tenido difusión entre terceros, si éstos son necesarios para

fijar los hechos objeto del procedimiento y para garantizar el derecho de defensa de los imputados), que el recurso contra el acuerdo de la DC de 10 de julio de 2017 debe ser parcialmente desestimado, por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto que tal acuerdo *“en ningún caso han dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de ELECNOR”*.

La DC precisa que la información referenciada resulta necesaria para poder establecer, de manera más delimitada, la *“existencia, alcance y efectos de las conductas que vienen siendo investigadas”* en el expediente S/DC/0598/16 y, por tanto, no es posible conceder la confidencialidad solicitada sobre tales folios.

La DC analiza diferenciadamente cada uno de los folios sobre cuya confidencialidad se discute. Así:

- a) **Folio 570:** en este caso la DC aclara que no se trata de solicitar una confidencialidad no concedida, puesto que consta ya declarada la confidencialidad en relación a este folio en el acuerdo de 10 de julio de 2010. Lo que la empresa aporta ahora con su recurso es nueva versión censurada del documento. La DC señala que la empresa en los dos accesos realizados al Expediente (los cuales tuvieron lugar los días 6 y 20 de junio de 201, casi con un mes de antelación a la notificación del acuerdo de confidencialidad), podría haber comprobado y subsanado entonces aquello que considerase oportuno incluir como versión censurada. No obstante, la DC entiende que debe admitirse la nueva versión censurada del folio 570 que aporta ELECNOR, y sólo en esa medida estimar parcialmente el recurso.

- b) **Folio 573:** a los motivos alegados en el momento de la solicitud de la confidencialidad (información estratégica, condiciones comerciales e información sobre clientes y contratos), hay que añadir el ahora formulado por ELECNOR en sede de recurso, consistente en que dicha información proviene de su propia estrategia de mercado. La DC considera que no es posible declarar la confidencialidad sobre información que, por contener *“anotaciones manuscritas con importes y cifras económicas de la empresa junto con otras menciones explícitas relativas a empresas competidoras”* también incoadas en este expediente, sirve precisamente para el análisis del eventual reparto entre competidores de las licitaciones en los mercados que son objeto de investigación. Aclara además, al hilo de la observación de ELECNOR sobre la declarada confidencialidad de datos similares, que *“la declaración de confidencialidad no es un derecho de la recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente, como así se ha realizado”*. Adicionalmente, señala la DC que *“a diferencia de lo alegado por la empresa, respecto al folio 561, que se supone recoge información similar, en ninguna parte de dicho documento referido, se recogen menciones explícitas a directos competidores y a las cifras e importes económicos que dichas empresas*

competidoras tendrían en dicha licitación, como sí se realizan en el folio 573 del expediente”.

- c) **Folios 575 y 576:** al igual que para el folio anterior, no procede, en opinión de la DC, conceder la confidencialidad. En primer lugar, porque la información contenida en el folio 575, relativa a la UTE “Mantenimiento AVE Energía”, ha sido facilitada con carácter público por ADIF y resulta necesaria *“para delimitar la eventual existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas, como se ha motivado en el acuerdo de no confidencialidad”*. En segundo lugar, respecto del folio 576 (que contiene una tabla con datos económicos y resultados acumulados año 2015 hasta abril 2016 relativos a la UTE y anotaciones manuscritas respecto al margen bruto acumulado) la DC aclara que *“similares tablas coinciden con las copiadas en la sede de otras empresas”* y fueron declaradas no confidenciales.

Para justificar su postura en cuanto a la información que ya ha sido hecha pública o compartida por la empresa propietaria con terceras empresas, la DC cita la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 18 de septiembre de 1996 (asunto Postbank NV vs Comisión) que precisó que no solo pierde la naturaleza de “secreto comercial” una información por divulgarse en público, sino que también sucede *“con la mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información”*, esto es, en el presente caso, las otras empresas que conforman la UTE.

Aprecia, la DC, apoyándose en previas Resoluciones de la CNMC en materia de confidencialidad, que la recurrente debería haber sido más específica al solicitar la confidencialidad, detallando, de manera más elaborada, cuál sería el supuesto perjuicio como consecuencia de revelar la información de los folios 575 y 576.

- d) **Folios 2571 a 2578:** de nuevo, a los motivos que pretendían lograr la confidencialidad en el escrito de 13 de febrero de 2017 (información sobre clientes y contratos), se añade una nueva motivación incluida ex novo en el recurso basada en el alegado carácter de estratégico del contenido de dichos folios. Tales folios se corresponden con un documento adjunto a un correo electrónico relativo a un borrador de convenio de colaboración, no firmado, para la licitación conjunta en compromiso de UTE de cierta licitación convocada por ADIF. Dicho borrador de convenio recoge el porcentaje de participación de las empresas, reparto de funciones y régimen interno de funcionamiento de una propuesta de UTE que nunca llegó a constituirse, por no resultar la adjudicataria de dicha licitación. No procede, en consideración de la DC, declarar la confidencialidad sobre una información susceptible de delimitar la responsabilidad de las participantes en las conductas investigadas en el expediente de referencia, no siendo, además, información estratégica o merecedora de catalogarse como secreto comercial. La información recogida en tales folios coincide con la información contenida en los diversos documentos aportados por el segundo socio eventual miembro de dicha UTE, en

contestación al requerimiento de información de la DC. Tampoco en este caso ELEC NOR concreta ni aporta pruebas sobre el perjuicio irreparable que le supondría el conocimiento por otros competidores, estando la mayoría de las empresas que presentaron licitación incoados también en este expediente.

En su escrito de alegaciones complementarias de 26 de septiembre de 2017, ELEC NOR 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. ELEC NOR apunta en el caso del folio 573, que una información idéntica se censura en el caso del folio 570. Respecto de los folios 575 y 576, ELEC NOR sostiene que se trata de datos contenidos con un nivel de detalle y un carácter más reciente que los términos de comparación utilizados por la DC y que debe mantenerse el carácter confidencial de los mismos respecto de empresas ajenas a tal UTE, para evitar que otras empresas competidoras puedan aprovechar tal información contra ELEC NOR en el contexto de futuras licitaciones. En relación a los folios 2571 a 2578, la recurrente sostiene que contienen condiciones concretas negociadas con Alstom en el marco de su acuerdo de colaboración que no figuran con ese detalle en la documentación incorporada como no confidencial al Expediente.

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 Competencia (por todas la 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 (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, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador. Tal y como precisa la Comisión Europea en su Comunicación 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 (párrafo 24), *“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) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio)”.

En consecuencia, como las Autoridades de competencia vienen señalando reiteradamente, 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.

Así lo afirmaba el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia al declarar que “cabe señalar que la confidencialidad de documentos del expediente no es un derecho de las partes, como parece creer el recurrente al ofrecer renunciar a ella frente al Servicio, sino algo que, según el artículo 53 LDC, el Servicio o el Tribunal pueden acordar, manteniendo en lo posible el equilibrio entre el interés público y el interés de las empresas en no desvelar secretos de negocios y siendo doctrina constante del Tribunal que no puede sustentar sus resoluciones en documentos confidenciales que, al no ser susceptibles de contradicción, no pueden servir ni para sancionar ni para exculpar” (Resolución del TDC de 04 de septiembre de 2003, Expte. 552/02, Empresas eléctricas).

También el Consejo de la CNC (entre otras, en su Resolución de 27 de octubre de 2008, R/003/08, Trío Plus) ha venido a confirmar la anterior doctrina al declarar que, 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 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»”.

Pues bien, como recuerda la DC en su informe al presente recurso, para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo un triple examen, tal y como ha señalado esta la Sala de Competencia en diferentes Resoluciones (entre otras, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO; Resolución de 2 de junio de 2016, Expte R7AJ/026/16, PRAXAIR; y Resolución de 14 de julio de 2016, Expte R/AJ/037/16, ABELLO LINDE), 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*”.

Por último, en relación a la condición de concepto jurídico indeterminado de la figura de la confidencialidad, que obliga a atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter, conviene recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, que señala: “[...] *Por tanto para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave. El hecho de que se cite como ejemplo de información comercial confidencial los ficheros de clientes, no significa que en todo caso esa información relativa a la actividad empresarial sea confidencial ya que ello requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.*”

Una vez expuesto lo anterior, y habiéndose analizado por esta Sala los argumentos de ELECNOR en su recurso de 21 de julio de 2017 y en sus alegaciones de 26 de septiembre de 2017, así como la opinión de la DC en su informe de 31 de julio de 2017, procede señalar lo siguiente en cuanto a la confidencialidad de los folios controvertidos.

Con respecto al **folio 570**, ya fue declarado confidencial por la Dirección de Competencia en el Acuerdo de 10 de julio de 2017, por lo que únicamente cabe, por no haber sido alterado, continuar calificándolo como tal. Ahora bien, siguiendo el Informe de la DC, corresponde incorporar una nueva versión censurada del folio en cuestión.

En relación a los datos contenidos en el **folio 573**, esta Sala no puede aceptar la confidencialidad solicitada por la recurrente basada en supuesta información estratégica, condiciones comerciales e información sobre clientes y contratos (añadiendo posteriormente que, además, dicha información proviene de su propia estrategia de mercado). Las anotaciones manuscritas con importes y cifras que contiene el referido folio resultan, conforme precisa motivadamente la DC en su informe, necesarias para valorar hechos y determinar responsabilidades en el marco del expediente. La DC precisa que se trata de anotaciones manuscritas con importes y cifras económicas de la empresa junto con otras menciones explícitas relativas a empresas competidoras "Alstom-Indra" que también se encuentran incoadas en el expediente del que trae causa este recurso, en relación con licitaciones que forman parte del objeto del expediente, en cuanto que precisamente analiza el eventual reparto entre competidores de licitaciones de clientes públicos y privados para la construcción y el mantenimiento de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad y tren convencional son objeto de investigación en este expediente. Coincide esta Sala en que no corresponde por tanto declarar confidencial tal folio, donde se contienen referencias a competidores directos y a cifras e importes económicos de tales empresas en cierta licitación, susceptibles en esa medida de fundamentar la eventual existencia, contenido, alcance y efectos de las conductas que se investigan.

Sobre el contenido de los **folios 575 y 576** del Expediente (relativos a la UTE Mantenimiento AVE Energía), la Sala de Competencia tampoco estima razonables las alegaciones de ELECNOR, ello teniendo en cuenta la falta de argumentación suficiente y detallada sobre los posibles perjuicios que pudieran resultar para sus intereses (en

caso de desvelar el contenido) y el carácter público que tiene la información relativa a esta UTE facilitada por ADIF. Nuevamente en este caso se trata de información necesaria para delimitar la eventual existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas, en tanto que se refiere a una UTE entre directos competidores relacionada con las licitaciones objeto de investigación. La DC indica en su informe que similares tablas con repartos de suplidos entre los socios de dicha misma UTE Mantenimiento AVE Energía, coinciden con las copiadas en la sede de otras empresas incoadas, habiéndose declarado no confidenciales,

En lo tocante a los **folios 2571 a 2578** del Expediente, se trata de un documento adjunto a un correo electrónico relativo a un borrador convenio, que figura no firmado, de colaboración para la licitación conjunta en compromiso de UTE de la licitación convocada por el ADIF para el mantenimiento de las instalaciones de la línea aérea de contacto y sistemas asociados de las nuevas líneas de alta velocidad. Dicho borrador de convenio recoge el porcentaje de participación de las empresas, reparto de funciones y régimen interno de funcionamiento de una propuesta de UTE que nunca llegó a constituirse por no resultar la adjudicataria de dicha licitación. La DC expone motivadamente en su acuerdo de denegación de confidencialidad y detalla en su informe que se trata de información asimismo necesaria para delimitar la responsabilidad en las conductas investigadas en el expediente de referencia. Coincide además con información contenida en los diversos documentos aportados por el segundo socio eventual miembro de dicha UTE, Alstom, en contestación al requerimiento de información remitido por la DC, habiéndose declarado no 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 ELECNOR supone verificar si el acuerdo de denegación de confidencialidad de la DC de 10 de julio de 2017 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

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 21 de julio de 2017, ni en sus alegaciones de 26 de septiembre de 2017, centrándose el recurso en el perjuicio irreparable que pudiera causarle el acuerdo de denegación parcial de la confidencialidad.

De cualquier forma, analizando las circunstancias del caso, considera esta Sala que la no declaración de confidencial de los documentos discutidos no ha supuesto, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, [entre otras muchas, en su Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) y de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral)] indefensión, entendida como *“una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes”*; de lo anterior, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere

el artículo 24.1 CE es sólo aquella 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*”, como sucede en el caso que nos ocupa.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo de la DC sea un acto que, per se, pueda causar indefensión a ELECNOR.

II.- 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*” (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

La representación de ELECNOR se refiere al hipotético perjuicio que supondría la divulgación de determinadas informaciones (relativas a un proyecto en ejecución y a la estrategia a la hora de diseñar una oferta) que contiene datos de carácter detallado y reciente. El perjuicio, según alega, no sería únicamente para la propia recurrente, sino que también se extendería a la UTE (en la que participa una tercera empresa).

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.

Teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de la resolución del presente recurso, en relación a qué tipo de información puede ser considerada confidencial en el marco de un expediente sancionador de competencia, resulta innecesario insistir en que no se ha acreditado perjuicio irreparable alguno para ELECNOR derivado del acuerdo recurrido. Y es que los datos respecto de los cuales se solicita la confidencialidad o bien obraban en poder de sus competidores (algunos fueron facilitados con carácter público por ADIF, otros fueron compartidos con quienes conforman la UTE), o bien resultan necesarios, una vez ponderados con los perjuicios que se le podrían causar, para delimitar de manera clara la existencia, alcance y efectos de las conductas que vienen siendo investigadas en el expediente S/DC/0598/16.

Coincide esta Sala con la consideración de la DC de que no se ha acreditado el perjuicio irreparable que para ELECNOR 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 documentación generaría para otras empresas incoadas en el expediente de referencia en la defensa de sus intereses legítimos.. Tampoco ha identificado la recurrente, para poder proceder

a la debida ponderación con otros intereses en conflicto, fundamentalmente la adecuada instrucción del expediente sancionador, y la delimitación de la conducta investigada y las responsabilidades que correspondan, 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 en curso o que vayan a ser en el futuro.

Debe recordarse adicionalmente que no existe peligro de divulgación a terceros operadores de la información cuya declaración de confidencialidad la recurrente solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y, además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

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, salvo en lo relativo a que se admita la incorporación de la nueva versión censurada que aporta la empresa en relación al folio 570.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por ELEC NOR, S.A. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 10 de julio 2017, en la medida en que se admita la incorporación de la nueva versión censurada que aporta la empresa en relación al folio 570 del expediente S/DC/0598/16.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso en cuanto al resto de la documentación cuya confidencialidad fue solicitada (573, 575, 576 y 2571 a 2578 del expediente), 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 su notificación.