

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING

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 del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 13 de diciembre de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING por la que se resuelve el recurso presentado por CAF Signalling, S.L. ("CAF") contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de declaración de confidencialidad de 5 de septiembre de 2018, en el ámbito del expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fechas 18 y 19 de mayo de 2017, tuvo lugar una inspección domiciliaria en la sede de CAF Signalling, S.L. (en adelante CAF), ordenada por la Dirección de Competencia (DC) de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en relación con una supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en adelante LDC, en el mercado de licitaciones para el suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de los sistemas de seguridad, de control y gestión del tráfico, de comunicaciones y de protección ferroviaria para la red de ferrocarril y de alta velocidad en España.
2. Con fecha 5 de febrero de 2018 la DC acordó incorporar al expediente parte de los documentos recabados durante la inspección, requiriendo a CAF para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, en el plazo de 10 días, solicitara de forma motivada la confidencialidad de aquellos documentos que considerase que merecían tal protección y aportara, en su caso, una versión no confidencial de los mismos de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Reglamento de Defensa

de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC).

3. Con fecha 1 de marzo de 2018, tras una ampliación de plazo, CAF presentó en tiempo y forma la solicitud de confidencialidad de los mencionados datos y documentos incorporados al expediente.
4. Mediante acuerdo de 5 de septiembre de 2018, notificada a CAF en la misma fecha, la DC aceptó parcialmente la solicitud de confidencialidad cursada por la empresa.
5. Con fecha 19 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el citado precepto, tuvo entrada en la sede electrónica de la CNMC escrito del representante de CAF de la misma fecha, interponiendo recurso administrativo contra el acuerdo de confidencialidad de 5 de septiembre de 2018, alegando indefensión y perjuicio irreparable a los legítimos intereses de CAF generado por el acuerdo recurrido.
6. Con fecha 20 de septiembre de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por CAF.
7. El 27 de septiembre de 2018 la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso interpuesto por CAF. En dicho informe, la DC consideró que procedía la desestimación del recurso, ya que en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de CAF.
8. Con fecha 9 de octubre de 2018 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de CAF, concediéndole un plazo de 15 días hábiles para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El día 10 de octubre de 2018 la representación de CAF tuvo acceso al expediente.
10. El día 13 de noviembre de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CAF.
11. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 13 de diciembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En la presente resolución esta Sala de Competencia deber pronunciarse sobre el recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC contra el acuerdo de confidencialidad de 5 de septiembre de 2018 por los que se aceptaba de manera parcial la solicitud de confidencialidad de CAF sobre parte de los documentos recabados durante la inspección que tuvo lugar el 18 y 19 de mayo de 2017 en la sede domiciliaria de dicha empresa.

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"*.

En virtud del artículo 47 de la LDC, CAF solicita al Consejo de la CNMC la nulidad del mencionado acuerdo de confidencialidad y la aceptación de la confidencialidad solicitada para los nueve documentos discutidos, por cuanto considera que su conocimiento por parte de terceros podría ocasionarle un perjuicio irreparable y que la falta de motivación del acuerdo recurrido le ha generado indefensión.

En su recurso CAF alega que los documentos controvertidos contienen información sobre su estrategia en licitaciones ajenas al objeto del expediente, su estrategia comercial y empresarial general, la identidad de sus empleados y su contabilidad de costes internos. De esta manera el acuerdo impugnado negaría de forma injustificada el valor de secreto de negocio de determinados documentos de CAF cuya revelación a terceros le causaría perjuicio irreparable mientras que incluye en el expediente determinados documentos a pesar de que contienen información fuera del objeto de la investigación.

En su **informe de 27 de septiembre de 2018** la DC considera, que, a la vista de las alegaciones incluidas por CAF en su recurso procede desestimar el recurso interpuesto de confidencialidad de la DC de 5 de septiembre de 2018 ya que en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de CAF.

Básicamente la DC defiende la no confidencialidad con los siguientes argumentos:

- las direcciones de correos electrónicos de directivos de CAF recabados en las inspecciones son datos de carácter no personal sino laboral y no pueden ser considerados secretos de negocio o datos de carácter personal no relacionados con el objeto de la investigación, resultando aplicable el artículo 62 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD). La titularidad de este derecho a la protección de datos de carácter personal es de las personas físicas a las que se refieren los datos y no de CAF.
- la antigüedad de los datos contenidos en varios de los correos determina el carácter no confidencial de los mismos, dada la presunción de la pérdida de carácter secreto de la información por una antigüedad superior a cinco años. CAF no ha aportado pruebas que fundamenten por qué información datada en 2013, debe ser ese supuesto excepcional en el que no sea aplicable la citada presunción.
- La restante documentación discutida (folios 13831-13832 y 14407 a 14409) es necesaria para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas en el expediente. Se trata de información, que si bien no ha sido objeto de difusión entre terceros, es necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento y precisa

ser conocida para la adecuada defensa de otras partes interesadas en el procedimiento

En su escrito de alegaciones de 13 de noviembre, CAF reitera sus alegaciones y la necesidad de mantener confidenciales aquellos documentos cuya confidencialidad no ha sido aceptada por la DC ya que la ejecución del acuerdo impugnado le generaría una evidente indefensión, al no estar adecuadamente motivada la denegación de confidencialidad, y un perjuicio irreparable en sus intereses, al poner a disposición de sus competidores información de carácter sensible, que determina su estrategia comercial, obstaculizando así su capacidad de competir efectivamente en el mercado.

SEGUNDO. - Sobre la declaración de confidencialidad de determinados documentos.

Según el 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”*.

En ese sentido, la LDC permite, pues, que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en el mismo. Sin embargo, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso. Así lo recoge la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 cuando hace alusión a que *“el concepto “confidencial” es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter”*. Y así ha sido señalado reiteradamente por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹ y por la actual CNMC², señalando expresamente que *“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”*; y añade *“ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de*

¹ Entre otras, Resolución del TDC de 4 de septiembre de 2003, Expte. 552/02 Empresas eléctricas y Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, Expte. R/003/08 Trío Plus; de 16 de mayo de 2011, Expte. R/0064/11, CTT STRONGHOLD 3; de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2; de 16 de septiembre de 2011, Expte. R/0077/11 ENVEL; de 29 de noviembre de 2011, Expte. R/0080/11, MANIPULADO DE PAPEL; de 28 de diciembre de 2011, Expte. R/0084/11, ELTC 3; de 3 de febrero de 2012, Expte. R/0087/11, SANEAMIENTO MARTÍNEZ; de 22 de febrero de 2012, Expte. R/0091/11 ESSELTE; de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

² Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte R/DC/0009/14 EUROPAC; de 23 de octubre de 2014, Expte R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ.; de 21 de mayo de 2015, Expte R/AJ/054/15 MOLINS; de 5 de marzo de 2016, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS, de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO, de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA, de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT; de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE y de 5 de octubre de 2017, Expte. R/AJ/049/17 ELECNOR

quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados”

Por ello, no basta la simple cita al “secreto comercial” para acceder a una petición de confidencialidad. Ni tampoco la declaración de confidencialidad constituye un derecho para la recurrente, sino que se trata de una decisión de este organismo resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.

De esta manera, como acertadamente recuerda la DC en su informe, *“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.”*³

Por consiguiente, y como puso de manifiesto la DC en su informe, 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 ha señalado esta Sala de Competencia⁴, reiterando la doctrina expresada por el Consejo de la CNC⁵, en primer lugar, corresponde determinar si se trata de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, éstos han tenido difusión entre terceros y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, si son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

Corresponde, pues, evaluar el examen de confidencialidad realizado en el acuerdo de 5 de septiembre de 2018 y analizar la documentación cuyo carácter confidencial CAF defiende con el fin de determinar o no su carácter secreto, de acuerdo con el triple examen descrito.

En su escrito de 1 de marzo de 2018, CAF identificó 16 correos electrónicos, de entre los 91 correos electrónicos seleccionados por la DC en su acuerdo de 8 de febrero de 2018, al considerar que incluían información confidencial, por tratarse de secretos de negocio, no conocidos por terceros y no relevante para fijar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente.

³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, en el ámbito del Expte. S/DC/ 0584/16 Agencias de Medios.

⁴ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/0158/13 TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte R/DC/0009/14 EUROPAC; de 23 de octubre de 2014, Expte R/AJ/0307/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ y de 5 de marzo de 2016, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS. Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO, de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA, de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT y de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE.

⁵ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 16 de mayo de 2011, Expte. R/0064/11, CTT STRONGHOLD 3; de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2; de 16 de septiembre de 2011, Expte. R/0077/11, ENVEL; de 22 de febrero de 2012, Expte. R/0091/11 ESSELTE; de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12 AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSE SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

Mediante acuerdo de 5 de septiembre de 2018 la DC aceptó parcialmente la solicitud de confidencialidad cursada por la empresa, pero negó la confidencialidad de 9 de los 16 correos electrónicos seleccionados, documentos sobre los que se centra la discusión en el presente recurso:

- Correo electrónico interno nº 1 de 8 de abril de 2013, en relación con la adjudicación de un proyecto de ADIF (folio 13817).
- Correo electrónico interno nº 2 de 24 de junio de 2013, en relación con la tecnología CBTC (folio 13818).
- Correo electrónico interno nº 6 de 11 de diciembre de 2013, relativo a futuras licitaciones (folio 13828).
- Correo electrónico interno nº 8 de 14 de enero de 2014, por el que se hace referencia a varias licitaciones convocadas por ADIF (folios 13831 y 13832).
- Correo electrónico interno nº 9 de 4 de febrero de 2014, relativo al concurso ERTMS nivel 2 de la línea de alta velocidad La Robla-Pobla de Lena (túnel de pajares) (folios 13833y 13834).
- Correo electrónico interno nº 10 de 13 de febrero de 2014, relativos a varios concursos convocados por ADIF (folios 13835 y 13836).
- Correo electrónico interno nº 16 de 25 de marzo de 2014, en el que se informa del mercado en el ámbito del ERTMS (folio 13853).
- Relación de correos electrónicos internos (documento nº 70) de 22 de junio de 2017, en los que se trata la posible estrategia de las empresas del sector ante futuras licitaciones (folios 14376 a14378).
- Correo electrónico interno nº 85 de 10 de noviembre de 2017, en el que se informa que se adjunta la hoja de costes en relación con la oferta de Torrelavega-Santander (folios 14407 a 14409).

A continuación, se examina la confidencialidad solicitada por CAF respecto a dichos nueve correos electrónicos.

A. Documentación con información relativa a la identidad de los empleados de CAF

CAF solicita la confidencialidad de la información relativa a la identidad de los destinatarios de ocho de los nueve correos internos discutidos con la DC, es decir, de todos ellos excepto el correo electrónico interno nº 85 de 10 de noviembre de 2017, en el que se adjunta una hoja de costes en relación una oferta.

Para justificar la confidencialidad de esta información personal CAF cita como antecedente el expediente R/AH/623/16, asunto Software AG, en el que se afirmó que *"la identidad concreta de esos empleados no es relevante para determinar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente, por lo que, a esta Sala, le parece adecuado proceder a censurarlos"*. CAF considera que, al igual que en el citado precedente, la información personal que identifica, además de ser confidencial, no es relevante para determinar los hechos o las potenciales imputaciones que, en su caso, pudiera realizar la Dirección de Competencia.

Para CAF el carácter personal de estos datos resulta evidente en tanto que manifiesta la identidad de las personas intervinientes que en sí misma constituye un dato personal. Aunque CAF entiende que el acceso a dicha información por parte de la DC puede estar justificado, no considera necesario extender dicho acceso a otras empresas investigadas, pues entiende que tales empresas pueden ejercer adecuadamente su derecho de defensa sin necesidad de acceder a dichos datos personales.

Por el contrario, para la DC las direcciones de correos electrónicos de directivos de la empresa recabados en las inspecciones son datos profesionales y no de carácter personal, por lo que no pueden ser considerados secretos de negocio o datos de naturaleza confidencial no relacionados con el objeto de la investigación. Únicamente si los datos de carácter personal sobre los que se solicita confidencialidad se encontrarán entre los especialmente protegidos, como origen racial, salud, vida sexual, ideología, afiliación sindical, religión y creencias, debería establecerse la confidencialidad de los mismos. Sin embargo, los datos contenidos en los documentos que CAF solicita que sean declarados confidenciales no pueden ser considerados como datos especialmente protegidos puesto que estos se limitan a la dirección de correos electrónicos de directivos de CAF y el contenido de dichos correos, todos ellos de ámbito profesional, utilizados en el contexto de su actividad profesional y para tal finalidad y así se ha establecido ya en anteriores resoluciones de la CNMC.

Advierte también la DC que el tratamiento de datos personales o la cesión de los mismos que se produciría al facilitar copia del expediente estarían regulados por los artículos 6.2 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD). El artículo 6.2 de la citada Ley prevé la exención de la prestación del consentimiento inequívoco del afectado, cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Si bien el artículo 11.1 establece que los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado, en su apartado 2.a) declara que, para la comunicación de datos a un tercero, el consentimiento del interesado no será exigible cuando la cesión esté autorizada en una Ley. Por tanto, en base a estas disposiciones, el tratamiento y la cesión de datos en el marco del expediente sancionador por parte de la CNMC quedarían amparados por lo establecido en la LOPD, puesto que el tratamiento y cesión de los datos personales se realiza en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC.

Finalmente, en respuesta a la alegación de CAF que defiende que los datos de los empleados de CAF no constituyen información relevante para determinar los hechos o las potenciales imputaciones que, en su caso, pudieran realizarse, la DC sostiene que tales nombres y direcciones de correos electrónicos son datos necesarios para determinar los directivos o representantes de CAF que participaban en las actuaciones objeto de análisis en el expediente. S/DC/0614/17.

La entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el pasado 7 de diciembre, permite a esta Sala confirmar el tratamiento propuesto por la DC para los nombres y direcciones de correos discutidos. La nueva Ley pretende la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, Reglamento general de protección de datos, no varía la valoración efectuada por la DC respecto a la ahora derogada Ley Orgánica 15/1999.

Así, el artículo 8 de la nueva Ley dispone en su apartado 2 que el tratamiento de datos personales podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley. A este respecto, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia confiere a la CNMC la obligación de investigar las conductas prohibidas en sus artículos 1, 2 y 3 a través del procedimiento sancionador regulado en el Capítulo II de su Título IV (art. 49-54) y de sancionar su comisión de la forma prevista en su Título V (art. 61-70). Durante la investigación de los citados ilícitos administrativos la CNMC puede efectuar el tratamiento de determinados datos referidos a personas físicas que aparezcan durante la instrucción del expediente sancionador, tanto para la acreditación de los hechos que constituyen la presunta infracción como para la posible sanción a personas físicas prevista en el artículo 63.2 de la LDC. Por ello, el tratamiento y cesión de los datos propuesto por la DC se realiza en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC.

Como expone la DC en su informe los datos discutidos se refieren exclusivamente a las direcciones de correo electrónico profesional de las personas afectadas por lo que no se encuentran entre los especialmente protegidos por el artículo 9 de la actual LO 3/2018, por tener como finalidad identificar la ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico del afectado. Dado que los nombres y direcciones de correos electrónicos afectados son datos necesarios para determinar si los directivos o representantes de CAF participaban en las actuaciones objeto de análisis en el expediente S/DC/0614/17, esta acreditación puede afectar no sólo al personal de CAF participante en dichos correos sino a otras personas físicas o jurídicas presentes en el expediente, cuyo derecho de defensa podría verse afectado si se censurase dicha información del expediente.

Debe subrayarse una vez más que la información que se declara no confidencial resulta accesible únicamente a las partes interesadas en el expediente sancionador, en este caso el resto de empresas y directivos incoados. Por ello, no existe peligro de divulgación

de dicha información, pues el hecho de no declarar su confidencialidad no significa que ésta adquiera carácter público, pues no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y, además, sobre los interesados pesa el deber de secreto establecido en el artículo 43 de la LDC, como reiteradamente han señalado tanto el Consejo de la CNC como la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC⁶. De esta manera, a diferencia de lo alegado por la recurrente, no habría peligro de divulgación ni utilización de la información por terceros presentes en el expediente.

Como también advierte la DC, según el artículo 12 de la LO 3/2018, los derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 (derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento, oposición, etc.), podrán ejercerse directamente o por medio de representante legal o voluntario, sin que conste en el presente recurso ni en el expediente S/DC/0614/17 que CAF sea titular de dichos datos ni tenga la representación de las personas afectadas. Por tanto, la presente solicitud debería haber sido realizada por las personas a las que tales datos se refieran y no de la empresa a la que pueda pertenecer la documentación afectada, tal como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de mayo de 2011 (recurso 133/2010): *"Por otra parte, de entenderse que han sido violados derechos personales, los interesados habrán de hacerlo valer por las vías legales"*.

Por último, respecto a la resolución de 3 de noviembre de 2016 del expte. R/AJ/623/16, SOFTWARE AG, citado como antecedente por CAF en su recurso para defender la confidencialidad de las direcciones de correo discutidas, esta Sala no observa que dicha resolución aceptase la confidencialidad en un supuesto análogo al actual. En dicha resolución se aceptó la confidencialidad de otro tipo de datos referidos al DNI y nombre de empleados de una oferta técnica respecto de un determinado concurso, información que, además de ser diferente a la discutida en el presente expediente (correos electrónicos profesionales) no era relevante para determinar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente.

B. Documentación con antigüedad superior a cinco años

Entre los nueve correos electrónicos discutidos, la Sala comprueba que, en siete casos, se trata de documentos cuya antigüedad es superior a 5 años o que alcanzarán dicha antigüedad en los tres próximos meses. Asimismo, respecto de los dos correos electrónicos fechados más allá del 4 de febrero de 2014 (correos nº 10 y 16), CAF sólo ha requerido confidencialidad de los datos personales de sus empleados, cuyo carácter no confidencial en el seno del expediente se ha resuelto en el apartado anterior.

⁶ Resoluciones del Consejo de la CNC de 29 de noviembre de 2011, Expte R/0080/11 MANIPULADO DE PAPEL; de 13 de abril de 2012, Expte. R/0098/12 EUROESPUMA; de 7 de febrero de 2013, Expte. R/0120/12 AGLOLAK y Expte. R/0121/12 MADERAS JOSÉ SAIZ y de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX. Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, Expte R/0152/13 TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES; de 24 de enero de 2014, Expte. R/015/13 TRANSPORTES CARLOS; de 7 de febrero de 2014, Expte. R/0161/13 SBS; de 2 de abril de 2014, Expte. R/DC/0009/14 EUROPAC y de 21 de julio de 2016, Expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT.

Por tanto, los correos electrónicos cuya antigüedad supera los cinco años o la alcanzará en los próximos dos meses son cinco (correos nº1, 2, 6, 8 y 9), fechados entre el 8 de abril de 2013 y el 4 de febrero de 2014.

Hay que señalar a este respecto que la presunción del carácter no confidencial de los documentos con antigüedad mayor a cinco años ha sido establecida en numerosas ocasiones por esta Sala, siguiendo la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, en la que se establece en su apartado 23 que, por regla general, se presume que pierde el carácter confidencial toda información con una antigüedad superior a cinco años:

"La información que haya perdido su importancia comercial por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales".

Este criterio ya fue expresado en numerosas resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (entre otras, resolución de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, ENVEL; resolución de 7 de febrero de 2013, expte. R/120/12, AGLOLAK).

Como ya señaló la DC en su informe, CAF no sólo no ha justificado adecuadamente la naturaleza de secreto de negocio de la información solicitada como confidencial, sino que tampoco ha presentado elementos probatorios en su recurso que desvirtúen la citada presunción y que permitan afirmar que dicha información siga teniendo un valor comercial estratégico para CAF. Como reiteró la Sala de Competencia de la CNMC en su resolución de 21 de julio de 2016 (expte. R/AJ/065/16 CABLES RCT):

"(...) se necesita un umbral de prueba superior al alegado por la recurrente para que una documentación con antigüedad superior a cinco años logre destruir los efectos generados por el paso del tiempo. En este sentido, entiende esta Sala que la amplitud del período transcurrido, unido a las características propias del mercado de distribución de cables de baja/media tensión, como son su transparencia o su alta atomización, llevan a considerar las explicaciones de la recurrente claramente insuficientes.

Esta valoración ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en diversas sentencias, como la referida al recurso nº 536/13 y fechada el 13 de mayo de 2016: "la aplicación de dicho plazo no opera de forma automática, pues la jurisprudencia citada 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."

Como se expresa en la reciente resolución de esta Sala de 4 de diciembre de 2018 (expte. R/AJ/067/18, THALES ESPAÑA) en relación a un recurso similar al presente "según el criterio de esta Sala, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada

información que, en un primer momento, pudiera considerarse confidencial, deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de la empresa, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado”.

Por consiguiente, en el presente expediente no ha quedado rebatida la presunción de carácter no confidencial e histórico de la información con antigüedad superior a cinco años, ya que CAF se limita a afirmar la plena vigencia de la confidencialidad de la información contenida en los folios controvertidos. Siguiendo el criterio expuesto por la DC, esta Sala opina que CAF no ha aportado pruebas que fundamenten el carácter de secreto de negocio respecto de dicha información, aun siendo ésta la que tiene la carga de la prueba, como ha reiterado la jurisprudencia, sino que tampoco ha señalado por qué dicha información, con una antigüedad superior a 5 años, debe ser ese supuesto excepcional en el que no sea aplicable la presunción señalada en la citada Comunicación de la Comisión Europea, confirmada tanto por la práctica de las autoridades de competencia, como por la jurisprudencia⁷.

Así, el Consejo de la CNC reiteró en distintas resoluciones⁸ que *“el transcurso de más de cinco años en los datos de clientes y precios de los años 2005 a 2007 el criterio que justifica que no se considere información confidencial, careciendo, por tanto, actualmente, de su posible consideración de secreto comercial, requisito imprescindible para justificar la declaración de confidencialidad. Contra esta presunción el recurrente solo aporta alegaciones de carácter genérico sobre el carácter confidencial que mantiene la información en disputa, sin aportar ninguna clase de prueba, indicio o razonamiento que apoye sus afirmaciones”.*

En definitiva, analizada la información controvertida, la DC llegó a la conclusión, de que parte de la información cuya confidencialidad solicitaba CAF debía declararse confidencial de acuerdo con la motivación señalada por dicha empresa y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, pero que otros documentos, objeto del presente recurso, no eran confidenciales. Esta Sala comprueba que los 5 documentos ahora examinados habrían perdido (o perderán en breve plazo) su carácter confidencial por su antigüedad superior a cinco años, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo. Por ello, considera esta Sala en línea con la postura de la DC, que CAF no ha razonado que en este caso se den elementos que justifiquen la confidencialidad de dicha información, a pesar de su antigüedad.

A continuación, se desarrolla un análisis más detallado de cada uno de los documentos en discusión:

⁷ Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, T462/12 asunto PILKINTON GROUP LTD.

⁸ Resoluciones del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12, AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSÉ SAIZ y de 22 de abril de 2013, Expte. R/0130/13 PALETS JOAN MARTORELL.

- a) *Correo electrónico interno nº 1 de 8 de abril de 2013, en relación con la adjudicación de un proyecto de ADIF (folio 13817).*

Según CAF dicho correo incluye información confidencial, constitutiva de secreto de negocio, que no ha sido compartida con terceros, relativa a su estrategia comercial, que revela las debilidades existentes en la misma a la hora de competir en una licitación. Esta simple argumentación no resulta suficiente para rebatir la presunción de carácter no confidencial e histórico de la información con antigüedad superior a cinco años. Las presuntas debilidades puestas de manifiesto en dicho correo no tienen por qué persistir pasados cinco años durante los cuales la empresa ha podido experimentar cambios que quedan fuera del conocimiento de otras empresas del sector.

- b) *Correo electrónico interno nº 2 de 24 de junio de 2013, en relación con la tecnología CBTC (folio 13818).*

Según CAF dicho correo incluye información confidencial, constitutiva de secreto de negocio relativa a su estrategia comercial en licitaciones ajenas al objeto del expediente S/DC/0614/17 y que, por tanto, es irrelevante para fijar los hechos del mismo. En relación a su antigüedad superior a cinco años, CAF manifiesta que dicha información refleja un análisis interno de una posible adquisición de la tecnología CBTC en 2013. Si bien dicha adquisición no se llevó a cabo, CAF entiende que la consideración de la posible adquisición continúa siendo información confidencial pese al tiempo transcurrido, en la medida en que los criterios empleados podrán tener todavía virtualidad, al no haberse realizado la adquisición.

Como en el caso anterior, la argumentación no resulta suficiente para rebatir la presunción de carácter no confidencial de la información con antigüedad superior a cinco años. De nuevo, la empresa se limita a extender la confidencialidad de la información pasados cinco años basándose en meras afirmaciones respecto a la hipotética virtualidad en el momento presente de los análisis realizados cinco años atrás para valorar una adquisición. CAF no aporta ningún dato concreto que permita discernir si las condiciones de mercado respecto a la tecnología referida o los operadores presentes en el mercado han variado o permanecen en condiciones semejantes a 2013.

- c) *Correo electrónico interno nº 6 de 11 de diciembre de 2013, relativo a futuras licitaciones (folio 13828).*

Según CAF dicho correo también incluye información confidencial, constitutiva de secreto de negocio, relativa a su estrategia comercial, al revelar los criterios con los que CAF selecciona posibles socios para concurrir a las ofertas. Para la recurrente es indudable que la difusión de estos correos entre sus competidores perjudicará su poder de negociación en futuras licitaciones, pues los citados elementos trascenderían la licitación en cuestión y tendrían un impacto a futuro. Una vez más la argumentación presentada en el recurso no permite rebatir la presunción de carácter no confidencial de la información con antigüedad superior a cinco años. Si CAF sigue utilizando los mismos criterios de selección de socios para concurrir a licitaciones pasados que los que utilizó en una licitación de 2013 es una información que no puede ser verificada en dicho correo.

d) *Correo electrónico interno nº 8 de 14 de enero de 2014, por el que se hace referencia a varias licitaciones convocadas por ADIF (folios 13831 y 13832).*

Según CAF dicho correo contiene tres referencias concretas que revelan sus estrategias comerciales. Por ejemplo, se indica al inicio del correo "estrategia concursos ADIF" y, posteriormente se añade "mantener estrategia en La Robla" y "quisiera poder tener el OK de Andrés para la estrategia". Estas citas textuales no dejan lugar a dudas sobre el contenido de la información estratégica discutida en dicho correo electrónico. Por tanto, CAF considera que este correo formaría parte de la categoría de estrategia comercial que la Comunicación sobre acceso al expediente considera secreto comercial.

Como se ha afirmado en los supuestos anteriores, aunque la información contenida en el correo discutido desvelara una estrategia comercial de CAF que pudiera considerarse un secreto comercial, dicho secreto comercial correspondería a una estrategia de CAF en enero de 2014 y no a la que pueda desarrollar la empresa a partir de enero de 2019. Por ello, la presunción de no confidencialidad no se ve rebatida y no puede otorgarse a la información el carácter de confidencial.

e) *Correo electrónico interno nº 9 de 4 de febrero de 2014, relativo al concurso ERTMS nivel 2 de la línea de alta velocidad La Robla-Pobla de Lena (túnel de Pajares) (folios 13833y 13834).*

Según CAF dicho correo también incluye información confidencial, constitutiva de secreto de negocio, relativa a su estrategia comercial. Además, CAF sostiene que ni el acuerdo recurrido ni el Informe de la DC acreditan que el acceso por parte del resto de las empresas investigadas a esta información sea imprescindible para el ejercicio real y efectivo de su derecho de defensa, ni tampoco que el levantamiento de la confidencialidad de dicha información sea necesario para continuar con la tramitación del expediente. Por ello, en ausencia de toda imputación formal por parte de la DC en este momento procesal contra las empresas investigadas, resulta imposible acreditar, con el rigor exigido por la jurisprudencia, que el respeto del derecho de defensa de las empresas investigadas exige que las mismas accedan a los documentos confidenciales de CAF.

Al igual que en el correo anterior, la estrategia comercial que pudiera desvelar este correo sería la desarrollada por CAF hace casi 5 años y no la actual, de nuevo, sin que la empresa recurrente haya expuesto ningún razonamiento que justifique las razones de una presunta igualdad de estrategias comerciales en circunstancias de mercado separadas por cinco años. Dada la antigüedad de la documentación discutida (febrero de 2014), en línea con la argumentación hasta aquí seguida, se puede concluir que las circunstancias económicas y comerciales del mercado han variado en los últimos años. Por ello no procede considerar dicha información como secreto de negocio por la cual la recurrente adopte actualmente sus decisiones comerciales.

C. Documentación con antigüedad inferior a cinco años

Entre los nueve correos electrónicos discutidos, la Sala comprueba que, solo en dos casos, se trata de documentos cuya antigüedad es inferior a 5 años. Se trata de los documentos nº 70 y 85 referidos a correos electrónicos internos de CAF fechados el 22 de junio de 2017 y 10 de noviembre de 2017.

- a) *Relación de correos electrónicos internos (documento nº 70) de 22 de junio de 2017, en los que se trata la posible estrategia de las empresas del sector ante futuras licitaciones (folios 14376 a 14378).*

Según la recurrente esta relación de correos incluye información confidencial, constitutiva de secreto de negocio, relativa a su estrategia comercial en a una licitación de 2017 ajena al objeto del expediente S/DC/0614/17 y, por tanto, irrelevante para fijar los hechos del mismo. Según CAF, dicha información no debería ser revelada al resto de empresas investigadas, ya que contienen observaciones estratégicas sobre los competidores y datos de su estrategia comercial sobre los que se evalúa la situación de mercado con objeto de tomar decisiones sobre su estrategia futura.

Adicionalmente, añade CAF, aunque el título de la cadena de correos mencione el sistema ERTMS, la lectura de los correos incluidos en la misma demuestra que se trata de discusiones estratégicas internas referidas a una licitación convocada por RENFE, y no por ADIF. Como ha razonado también respecto al documento nº 2, CAF considera que la DC yerra al incluir tecnologías ajenas a licitaciones de ADIF dentro del objeto del expediente S/DC/0614/17 cuando el acuerdo de incoación de dicho expediente acota las supuestas prácticas anticompetitivas a las licitaciones convocadas por ADIF.

Por el contrario, la DC expone que el título que engloba la cadena de correos ("Prioridades.Lotes ERTMS") pone de manifiesto que la información contenida en dichos correos no resulta ajena al objeto del expediente S/DC/0614/17. Según expone la DC el sistema ERTMS es un sistema de gestión del tráfico ferroviario cuyo objetivo principal es que todas las líneas europeas formen una única red y que un tren pueda circular libremente a lo largo de los diferentes países de la Unión Europea. Por ello, se englobaría dentro del objeto del expediente S/DC/0614/17, que se centra en la fabricación, suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, incluyendo los sistemas de señalización, seguridad y comunicaciones ferroviarias, tanto para la red de alta velocidad como para la red de ferrocarril convencional. La DC señala que los párrafos que CAF solicita que sean declarados confidenciales son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento. Se trata de información vinculada a licitaciones de ADIF en el mercado de sistemas de señalización objeto del expediente S/DC/0614/17, con referencias, que trascienden a una concreta licitación, a empresas también incoadas en dicho expediente, así como a otros competidores.

Esta Sala coincide con la valoración de la DC y considera que, dado que la información cuya confidencialidad se solicita resulta necesaria para determinar los hechos acreditados en el expediente S/DC/0614/17, no puede accederse a la confidencialidad

pretendida. Tal y como se expresó en la resolución de 3 de noviembre de 2016 del expte. R/AJ/623/16, SOFTWARE AG, citado como antecedente en su recurso por CAF, *“aquellos datos que sean necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento (del mismo modo los porcentajes, desviaciones, acuerdos, compromisos a largo plazo entre empresas...), no pueden ser declarados confidenciales y ello aunque dichos datos constituyeran secretos comerciales que no hubieran sido difundidos”*.

b) *Correo electrónico interno nº 85 de 10 de noviembre de 2017, en el que se informa que se adjunta la hoja de costes en relación con la oferta de Torrelavega Santander (folios 14407 a 14409).*

Según CAF, este correo electrónico incluye información relativa a costes y cálculos económicos de CAF, con fórmulas y metodología de costes que CAF sigue empleando actualmente, lo que la convierte en secreto de negocio. CAF señala que el propio acuerdo impugnado acepta la confidencialidad de los correos electrónicos internos números 56 y 57 (folios 14.286 y 14.294) relativos a otras hojas de costes, por lo que debería extender este mismo carácter a este documento nº 85 cuyo contenido es de índole similar.

CAF señala que el archivo Excel adjunto al documento incluye información sensible relativa a la metodología de determinación de costes utilizada para la gestión de proyectos en general, no solamente para la licitación concreta identificada por la DC. De hecho, 11 de las 13 pestañas del Excel incluyen fórmulas estándar que no arrojan número alguno por la sencilla razón de que han de completarse con los datos concretos de cada proyecto lo que demuestra que se trata de una plantilla de costes utilizada por CAF para distintos proyectos. Todo ello conduce a incluir el documento dentro de la categoría de secretos comerciales establecida por la Comunicación sobre acceso al expediente en cuanto a metodología de cálculo de costes, cuya revelación ocasionaría a CAF un grave perjuicio, pues se estaría desentrañando a la vista de sus competidores un documento esencial en la definición de la estrategia de la compañía que podría ser plagiado por todos aquellos competidores con acceso al expediente para preparar sus futuras estrategias comerciales, o para tratar de replicar las estrategias que pudiera desarrollar a este respecto nuestra representada.

Por ello, subsidiariamente a la petición de anulación del acuerdo recurrido y a la aceptación del carácter confidencial de la información identificada y la incorporación de las versiones no confidenciales remitidas por la empresa, CAF solicita para el caso, de que esta Sala denegase la confidencialidad del adjunto al documento número 85 (Anexo 9-adjunto), que se evite en todo casos incorporar dicho documento al expediente en su versión original y se incorpore, en su caso, en formato PDF, a efectos de que no sean accesibles a terceros distintos de CAF las fórmulas y los cálculos incluidos en el mismo.

En el informe elevado a esta Sala, la DC señala que el documento discutido es un correo electrónico interno de CAF que adjunta la hoja de costes de una UTE constituida por CAF para la oferta Torrelavega-Santander incluyendo los costes correspondientes a CAF en dicha oferta. La DC señala que considera dicha información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, pues se trata de estimaciones internas sobre la

actividad económica realizada por la empresa y uno de sus competidores, también incoado en el citado expediente S/DC/0614/17.

Como se ha advertido respecto al documento anterior, la confidencialidad pretendida por CAF no puede ser aceptada, dado que los datos que sean necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento no pueden ser declarados confidenciales, incluso aunque dichos datos constituyeran secretos comerciales que no hubieran sido difundidos.

Por todo ello y teniendo en cuenta que se trata de información directamente relacionada con las conductas investigadas en el expediente sancionador y su privación a las restantes partes del procedimiento les impediría el pleno ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, la Sala confirma el criterio adoptado por la DC en el acuerdo de 5 de septiembre de 2018 sobre el carácter no confidencial de la información discutida.

No obstante, puede estimarse parcialmente la petición subsidiaria de CAF respecto al presente documento, declarando confidencial la condición Excel del archivo adjunto con objeto de proteger la metodología de determinación de costes utilizada por la recurrente para la gestión de proyectos en general y las fórmulas estándar incluidas en la misma y aceptando como versión no confidencial del mismo una copia en PDF de todas sus pestañas.

TERCERO.- 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 del recurso interpuesto por CAF supone verificar si el acuerdo de confidencialidad de 5 de septiembre de 2018 por los que la DC aceptaba de manera parcial la solicitud de confidencialidad de CAF, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

El mencionado artículo 47 LDC sólo permite interponer el recurso administrativo en él regulado contra aquellos actos de la DC que *“produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*, de forma que la ausencia de ambos requisitos debe determinar la desestimación del recurso.

A. Ausencia de indefensión.

Según manifiesta CAF en sus escritos de recurso y alegaciones, la presunta indefensión causada por el acuerdo de 5 de septiembre recurrido vendría motivada por la supuesta falta de motivación de la que adolece dicho acuerdo. Según CAF la exigencia de motivación respecto de la denegación de la confidencialidad de los nueve documentos no puede, en ningún caso, entenderse cumplida con los argumentos genéricos esgrimidos por la DC que, además, la recurrente considera no aplicables a la mayoría de los correos identificados.

La recurrente considera que estaría imposibilitada para ejercer de forma adecuada su derecho de defensa, constitucionalmente reconocido, cuando la DC no ha justificado

debidamente los motivos para denegar un derecho legítimo de CAF. Según CAF este deber de motivación que concierne a la CNMC de conformidad con el artículo 35 de la Ley 39/2015, es una exigencia que deriva del derecho de los administrados de recibir una tutela efectiva de los tribunales, contemplado en el artículo 24 de la Constitución española, puesto que el desconocimiento de los motivos que llevan a adoptar una determinada decisión a la Administración, por un lado, determina la imposibilidad de que el administrado pueda defenderse adecuadamente y, por otro, impide a los órganos jurisdiccionales que realicen su labor revisora.

Con respecto a estas alegaciones, esta Sala debe hacer remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC (y posteriormente también por esta Sala), entre otras muchas, en su resolución de 24 de abril de 2013 (expte. R/0133/13, T.M.E. LLAMADAS MÓVILES) en la que se declara que *"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses"* señalando que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*. Es decir, 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. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984 y 64/1986).

Esta Sala considera oportuno señalar, que la DC sí motivó de forma adecuada, en su acuerdo de 5 de septiembre de 2018, la denegación de confidencialidad de la documentación identificada por CAF. Fue en dicho acuerdo donde la DC cumplió con las exigencias de motivación y no posteriormente en su posterior informe sobre el recurso, como afirma CAF. De esta forma, el hecho de que CAF haya podido presentar el presente recurso y presentar alegaciones detalladas en el seno del mismo, ponen de manifiesto que la motivación del acuerdo impugnado ha podido no tener la extensión deseada por CAF pero no puede reputarse insuficiente, por lo que la recurrente puede manifestar su desacuerdo con la misma pero no alegar su inexistencia. Los argumentos de CAF han sido detallados y dirigidos específicamente contra las razones esgrimidas por la DC para desestimar su solicitud por lo que no ha habido, en ningún momento, limitación de su derecho de defensa. La recurrente ha podido defenderse en términos reales y efectivos tanto en el presente recurso como puede continuar haciéndolo en el expediente S/DC/0614/17, donde mantiene intacto su derecho de defensa, a través de varios trámites de alegaciones y propuesta de prueba y vista.

Por ello no resulta posible apreciar que el acuerdo de 5 de septiembre de 2018 haya ocasionado indefensión a CAF.

B. Ausencia de perjuicio irreparable.

Una vez descartado que el acuerdo de confidencialidad recurrido haya producido indefensión a CAF, procede analizar si dicho acuerdo puede causarle un perjuicio irreparable, de acuerdo con la definición del mismo dada por el Tribunal Constitucional, que entiende por perjuicio irreparable "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros muchos, autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

En cuanto a la existencia de este perjuicio irreparable, la recurrente considera que el acuerdo impugnado lesiona grave e irreparablemente el interés de CAF ya que la ejecución del mismo supondría poner a disposición de sus competidores, información de carácter sensible y que determina su estrategia comercial presente y futura, así como su estructura de costes, obstaculizando -o como mínimo limitando considerablemente- así su capacidad de competir efectivamente en el mercado. Según CAF la incorporación al expediente administrativo de dicha documentación – y no de las versiones censuradas aportadas por la recurrente – ocasionaría igualmente un grave perjuicio al interés público, distorsionando injustificadamente las condiciones de competencia en el mercado al disponer los competidores de CAF de información comercialmente estratégica de esta empresa.

Según CAF es la denegación de la solicitud de confidencialidad lo que genera el perjuicio, por lo que resulta extemporáneo que el informe de la DC justifique dicha denegación concluyendo que "*la solicitud inicial de confidencialidad de CAF no razonó de forma alguna cuál era el perjuicio grave que la información controvertida podría ocasionarle*". Para CAF, es precisamente el presente recurso la instancia oportuna para alegar y motivar el perjuicio irreparable, de acuerdo con el artículo 47 de la LDC, por lo que incluyó una completa Sección sobre el perjuicio irreparable que supondría el levantamiento de la confidencialidad de los documentos seleccionados por CAF como confidenciales en el escrito de interposición del presente recurso.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por CAF, entiende que la DC realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en el acuerdo recurrido.

En cuanto a la información cuya confidencialidad no ha sido aceptada, en el fundamento de derecho anterior se ha analizado detalladamente por qué esta Sala, en coincidencia con el criterio de la DC, no considera que dicha documentación incluya secretos comerciales o información confidencial que impida su conocimiento en el marco del procedimiento sancionador que se instruye por la Dirección de Competencia. En ausencia de información confidencial el levantamiento de la confidencialidad recurrido no puede causar ningún perjuicio a CAF.

Como ha afirmado la DC, procede señalar que CAF no habría identificado ni en su solicitud ni en el presente recurso en qué medida el conocimiento de la información afectaría a su capacidad para competir en el mercado ni en las licitaciones que vayan a

ser convocadas en un futuro. Y esta Sala ha establecido la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría a la empresa por la eventual revelación de un secreto comercial, remitiéndose a lo dispuesto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, que expresamente ha señalado que corresponde al recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida pueda causarle dicho grave perjuicio⁹. 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.

Por ello, reuniendo parcialmente los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser estimado parcialmente.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por CAF contra el Acuerdo de 5 de septiembre de 2018 y, de una parte, declarar confidencial exclusivamente la condición Excel del archivo adjunto al correo electrónico interno nº 85 de 10 de noviembre de 2017 (folios 14407 a 14409), incorporando al expediente, como versión censurada de dicho archivo, un documento en formato PDF y, de otra parte, declarar no confidencial el resto de la información cuya confidencialidad solicita CAF (folios 13817, 13818, 13828, 13831, 13832, 13833, 13834, 13835, 13836, 13853, 14376-14378 y 14407 a 14409) y desestimar el recurso en este punto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, 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 a su notificación.

⁹ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 24 de enero de 2014, Expte. R/AJ7158/14 TRANSPORTES CARLOS y de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO.