



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2

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 30 de abril de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la mercantil CAF SIGNALLING, S.L (CAF), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 21 de enero de 2019, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada por la empresa en el marco del expediente sancionador S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco de la información reservada anterior a la incoación del expediente sancionador S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, se llevó a cabo por la Dirección de Competencia (en lo sucesivo DC) una inspección domiciliaria en la sede de CAF los días 18 y 19 de diciembre de 2017, donde se recabó determinada documentación tanto en formato papel como electrónico.
2. Con fecha 5 de febrero de 2018, la DC acordó incorporar al expediente determinada documentación recabada en la inspección, requiriendo a CAF para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, en el plazo de diez días solicitara de forma motivada la confidencialidad de aquellos documentos que considerase

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 261/2018, de 22 de febrero (en adelante RDC).

3. Con fecha 1 de marzo de 2018, tras una ampliación de plazo, CAF presentó solicitud de confidencialidad respecto de determinados documentos recabados en la inspección, aportando la correspondiente versión censurada. Sobre dicha solicitud la DC, mediante acuerdo de 5 de septiembre, resolvió denegar parcialmente la misma. Este acuerdo fue objeto de recurso interpuesto por CAF y resuelto por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC el 13 de noviembre de 2018 (expediente R/AJ/068/18).
4. Posteriormente, con fecha 24 de septiembre de 2018 CAF presentó escrito de subsanación solicitando la confidencialidad de determinada información incorporada tras la inspección realizada en su sede, respecto de la cual, no había solicitado la confidencialidad en su escrito de 1 de marzo.
5. Mediante acuerdo de 21 de enero de 2019, la DC aceptó parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por CAF.
6. Con fecha 4 de febrero de 2019, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de al LDC y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el precepto, tuvo entrada en sede electrónica de la CNMC, escrito de recurso de la representación procesal de CAF contra el acuerdo de la DC de 21 de enero de 2019.
7. Con fecha 8 de febrero de 2019, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
8. Con fecha 14 de febrero de 2019, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7. En dicho informe el órgano de instrucción considera que procede desestimar el recurso interpuesto por CAF, en la medida en que el citado acuerdo no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses del recurrente.
9. Con fecha 14 de febrero de 2019, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de CAF, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
10. El día 18 de febrero de 2019, la representación de CAF tuvo acceso al expediente.
11. Con fecha 11 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de CAF.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC resolvió este recurso en su reunión de 30 de abril de 2019.

13. Es interesado en este expediente CAF SIGNALLING, S.L. (CAF)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-, 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 la DC de 21 de enero de 2019, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por CAF sobre determinada información recabada durante la inspección realizada en su sede los días 18 y 19 de diciembre de 2017, en el ámbito del expediente S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

El artículo 47 de la LDC, regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo que *"Las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

En su recurso CAF solicita a la Sala de Competencia que dicte resolución en la que se anule el acuerdo de la DC de 21 de enero de 2019 e incorpore al expediente las versiones censuradas de los documentos número 1, 2, y 3 adjuntas a su escrito de recurso.

La recurrente basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

- (i) El acuerdo impugnado es contrario a Derecho ya que vulnera los artículos 42 de al LDC, 13- h) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 14. K) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como la doctrina jurisprudencial nacional y europea en materia de confidencialidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia.

En su recurso CAF señala que los tres documentos no declarados confidenciales por la DC contenidos en los folios 5720, 5841 y 14494 a 14555, respectivamente, incluyen secretos comerciales que no son conocidos por terceras empresas, y no pueden ser utilizados por la DC para imputar una potencial infracción a empresas ajenas a CAF SIGNALLING, no habiendo aportado la DC motivación suficiente para rechazar la solicitud de confidencialidad presentada por CAF.

Asimismo, CAF sostiene que no basta apuntar de manera genérica como realiza el acuerdo impugnado que se trata de *" información no constitutiva de secreto de negocio, de acceso público, cuyos datos son necesarios para delimitar la*

existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas en el expediente”, sino que la decisión mediante la que se otorga el acceso a terceras empresas a datos cuya confidencialidad se solicita debe ser una decisión motivada caso por caso, debiendo justificarse cumplidamente las razones por las cuales el acceso por las empresas investigadas a cada uno de los datos confidenciales de que se trate es imprescindible para el adecuado ejercicio de su derechos de defensa, remitiéndose al auto del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 2014 (recurso 359/2013), y a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011 y de la Audiencia Nacional de 31 de julio de 2013.

Por otro lado, alega que de los pronunciamientos del TS se desprende la conclusión de que el acceso a información confidencial por parte de una empresa investigada únicamente se justifica cuando el estudio de dicha información es esencial para que dicha empresa pueda fiscalizar el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la Administración a considerar acreditada una práctica prohibida, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007.

Igualmente, CAF invoca la Comunicación de la Comisión Europea 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 para subrayar que únicamente cabe revelar información confidencial cuando dicha revelación sea imprescindible para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatorio). Adicionalmente, CAF cita la doctrina de la CNMC (resolución de 9 de julio de 2012, dictada en el expte. R/0103/12 ORACLE) sobre el carácter restrictivo que ha de darse al acceso por las empresas investigadas a la información confidencial, debiendo prevalecer el tratamiento confidencial de dicha información, salvo que se acredite que las partes imputadas no pueden ejercer adecuadamente sus derechos de defensa.

CAF entiende que en el estado actual del procedimiento resulta imposible valorar en qué medida el acceso a los datos confidenciales de CAF podría resultar justificado para garantizar el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa de las empresas investigadas, y que hasta que la DC no adopte el correspondiente pliego de concreción de hechos (PCH), no estaría justificado otorgar acceso a tales datos confidenciales, si se acredita, mediante una valoración circunstanciada de cada dato, que las empresas imputadas no podrían rebatir las conclusiones que se alcancen en el PCH con base en el resto de la información, no confidencial, que obre en el expediente y, en tal caso, dicho acceso debería limitarse a lo estrictamente necesario.

- (ii) El Acuerdo impugnado ocasiona indefensión y un perjuicio irreparable al interés de CAF, así como al interés público consistente en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

La recurrente alega que la falta de motivación del acuerdo de 21 de enero de 2019 le ocasiona una grave indefensión.

Asimismo, sostiene que el acuerdo impugnado le ocasiona un perjuicio irreparable a su interés, pues 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- su capacidad de competir efectivamente en el mercado.

Por otro lado, considera que el acuerdo ocasiona 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 la empresa.

Asimismo, argumenta que los documentos cuya confidencialidad solicita contienen información sobre impresiones personales y que su incorporación al expediente generaría un perjuicio irreparable al dañar la imagen tanto de la persona que formuló dichos comentarios -asumiendo que únicamente serían accesibles al destinatario de los mismos- como para la propia imagen de la empresa.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 14 de febrero de 2019, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto el acuerdo de la DC de 21 de enero de 2019 de denegación parcial de confidencialidad, en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de CAF.

La DC defiende la no confidencialidad de la información en los motivos que a continuación se sintetizan:

- En relación con el correo electrónico interno de CAF de 10 de noviembre de 2017 (folio 5720) en el que se adjunta la hoja de costes de una UTE constituida por CAF en relación con la oferta a presentar a ADIF para el tramo Torrelavega-Santander y los costes correspondiente a CAF en dicha oferta, la DC sostiene que la información contenida en el citado correo electrónico es necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, pues se trata de estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por CAF y uno de sus competidores.
- Con respecto a las anotaciones manuscritas fechadas el 27 de octubre de 2011 (folio 5481) recabadas en papel en la inspección de CAF, apunta la DC que en éstas figuran menciones a otras tres empresas competidoras, también incoadas en el expte. S/DC/O614117, y que la licitación mencionada es relativa al mercado afectado y convocada por ADIF. A ello, hay que añadir la antigüedad de los datos contenidos en el citado folio determina el carácter no confidencialidad del mismo, dada la presunción, como regla general, de la pérdida del carácter confidencial por su antigüedad mayor a cinco años, que tiene su fundamento en el apartado

23 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente.

- En cuanto a las conversaciones de WhatsApp realizadas desde enero de 2015 hasta diciembre de 2017 y recogidas en los folios 14494 a 14555, señala la DC que dicha información es necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento y precisa ser conocida para la adecuada defensa de otras partes interesadas en el procedimiento, pues se trata de información directamente relacionada con las conductas investigadas en el expte S/DC/0614/17 y su privación a las restantes partes les impediría el pleno ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción.

En su escrito de alegaciones complementarias al referido informe de la DC de 14 de febrero de 2019, formulado tras el correspondiente acceso al expediente, CAF reitera 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 la 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 la CNMC¹, afirmando 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 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”*.

¹ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 13 de diciembre de 2018 (expte R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING); de 4 de diciembre de 2018 (expte R/AJ/067/18 Thales España) y de 16 de febrero de 2017 (expte R/AJ/683/2016 PERSUADE COMUNICACION).

Por ello, no basta la simple cita al “*secreto comercial*” para acceder a una petición de confidencialidad. La declaración de confidencialidad no constituye tampoco un derecho para la recurrente, sino que se trata de una decisión de este organismo resultado de ponderar intereses en conflicto, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.

De esta manera, como acertadamente recuerda la DC en su informe, la Audiencia Nacional ha afirmado que “*la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.*”²

Por consiguiente, tal y como señala 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 Competencia³, reiterando la doctrina expresada por el Consejo de la CNC⁴, 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 21 de enero de 2019 de 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 24 de septiembre de 2018, de subsanación de la confidencialidad solicitada respecto de la documentación incorporada tras la inspección realizada en la sede de la empresa, respecto de la cual CAF no había solicitado su confidencialidad en su escrito de 1 de marzo de 2018, la recurrente identifica 23 documentos, de entre los 119 seleccionados por la DC en su acuerdo de 5 de febrero, al considerar que incluían información confidencial, por tratarse de secretos de negocio de CAF, no conocidos por

² Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, en relación al expte. S/DC/0584/16 Agencias de Medios.

³ 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 5 de marzo de 2016, (expte. R/AJ/0409/14 LABORATORIOS INDAS); 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).

⁴ 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).

terceros y no relevantes para fijar los hechos o la responsabilidad de las partes en el expediente.

Mediante acuerdo de 21 de enero de 2019, la DC aceptó parcialmente la solicitud de confidencialidad realizada por la empresa, pero negó la confidencialidad de los siguientes documentos sobre lo que se centra la discusión en el presente recurso:

- Correo electrónico interno recabado en papel de 10 de noviembre de 2017, en relación con la oferta determinado proyecto ADIF (folio 5720).
- Notas manuscritas de 7 de octubre de 2011, en relación con la estructura de cierto consorcio (Folio 5841).
- Conversaciones de WhatsApp desde enero de 2015 hasta diciembre de 2017 (folios 14494 a 14555) La DC incorpora versiones censuradas elaboradas de oficio. Dentro de este rango de folios CAF identifica un número más restringido de folios, concretamente once de ellos: folios 14494, 14495, 14500, 14502, 14503, 14506, 14507, 14516, 14544, 14551 y 14552.

A continuación, se examina la confidencialidad solicitada por CAF respecto a dichos documentos:

a) Correo electrónico interno de 10 de noviembre de 2017 (folio 5720)

CAF solicita la confidencialidad de este correo electrónico interno de CAF de 10 de noviembre de 2017 en el que se adjunta la hoja de costes de una UTE constituida por CAF en relación con la oferta a presentar a ADIF para el tramo Torrelavega-Santander y los costes correspondientes a CAFS en dicha oferta. En su solicitud confidencialidad CAF señala como motivo de su pretendido carácter confidencial la inclusión de información relativa a costes y cálculos económicos de CAF que se sigue empleando actualmente y no es conocida por terceros, por lo que constituye secreto de negocio. Este documento, añade, es además igual al documento número 85, que fue objeto de la solicitud de confidencialidad previa el 1 de marzo de 2018.

Señala la DC que efectivamente el mismo documento consta en el expediente con dos numeraciones de folio distintas: por un lado, como folio 5720 correspondiente a la documentación recabada en papel, como correo electrónico impreso y localizado en una de las zonas inspeccionadas en la inspección de CAF y, por otro lado, como folio 14407, correspondiente a la documentación recabada en formato electrónico.

Pues bien, con respecto a dicho documento, esta Sala de Competencia comparte el parecer de la DC y reitera lo ya expuesto en su resolución de 13 de diciembre de 2018, indicando expresamente respecto del mismo documento que:

"[...] 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".

En su escrito de alegaciones de 11 de marzo de 2019 CAF rechaza esta conclusión, reiterando que el citado correo incluye cálculos y métodos de evaluación de costes internos que CAF utiliza para la gestión de proyectos no limitados a la concreta licitación identificada por la DC, por lo que su carácter general los convierte en secretos comerciales de acuerdo con lo establecido en la Comunicación sobre acceso al expediente. Señala igualmente que la anterior resolución de 13 de diciembre de 2018 ha sido objeto de recurso por parte de CAF y, por tanto, podría ser anulada por la Audiencia Nacional.

Dado que CAF se limita a reiterar el carácter de secreto comercial de los datos controvertidos, cuya valoración no fue el fundamento de la decisión anterior de esta Sala, y que la mera interposición de recurso ante la Audiencia Nacional no limita la eficacia de la citada resolución de 13 de diciembre de 2018, el motivo debe ser rechazado, manteniendo esta Sala el criterio adoptado sobre el carácter no confidencial del citado correo de 10 de noviembre de 2017 (folio 5720).

b) Anotaciones manuscritas fechadas el 27 de octubre de 2011 (folio 5841)

Se trata de unas anotaciones manuscritas, fechadas el 27 de octubre de 2011 y recabadas en papel en la inspección de CAF, en donde figuran menciones a otras tres empresas competidoras, también incoadas en el expte. S/DC/O614/17, ya que la licitación mencionada es relativa al mercado afectado y convocada por ADIF

CAF solicita su confidencialidad por contener información preliminar relativa a precios y costes de una licitación y estimaciones sobre la participación en un posible consorcio, que no ha sido compartida con terceros. Sin embargo, esta Sala considera que dicha argumentación no resulta suficiente para rebatir la presunción de carácter no confidencial de la información con antigüedad superior a cinco años.

Hay que señalar a este respecto que la presunción del carácter no confidencial de los documentos con antigüedad mayor a cinco años ha sido defendida en numerosas ocasiones por esta Sala, siguiendo la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente. En dicha Comunicación, 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 CNC: entre otras, la resolución de 16 de septiembre de 2011 (expte. R/0077/11, ENVEL) y la resolución de 7 de febrero de 2013 (expte. R/120/12, AGLOLAK).

Esta Sala de Competencia coincide con la DC, en que 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.

Tal y como ha señalado esta Sala de Competencia de la CNMC en su resolución de 13 de diciembre de 2018 (expte R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING)

"(...) 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 n° 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."

En sus alegaciones de 11 de marzo de 2019, la recurrente señala que las anotaciones manuscritas reflejan el análisis por parte de CAF sobre precios, márgenes y estructuras de costes estimados con respecto a posibles socios que nuestra representada realiza en relación con ciertas licitaciones a las que considera concurrir en UTE. En consecuencia, por esta razón la divulgación de estos datos permitiría a sus competidores extraer información relevante sobre la valoración del mercado de CAF o de sus planes de actuación frente a las licitaciones de ADIF.

Nuevamente, la recurrente se limita a reiterar el carácter de secreto comercial de los datos sin justificar de modo razonable el mantenimiento del mismo pasados más de ocho años de su consignación manuscrita. No aporta ningún análisis de las circunstancias que justifiquen la estabilidad del mercado afectado en el tiempo ni señala porque la amplitud del plazo transcurrido (que rebasa ampliamente el periodo de cinco años señalado en la

Comunicación de la Comisión europea) no afecta al carácter de secreto de negocio de las anotaciones manuscritas.

En consecuencia, no habiendo quedado rebatida por la recurrente la presunción de carácter no confidencial de la información, ni habiendo 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, tal y como ha señalado la jurisprudencia⁵, el motivo debe ser desestimado: CAF no ha justificado por qué dicha información, con una antigüedad superior a cinco años, debe ser el supuesto excepcional en el que no es aplicable la presunción referida.

c) Conversaciones de WhatsApp enero de 2015-diciembre de 2017 (folios 14494-14555)

Respecto de las conversaciones de WhatsApp fechadas desde enero de 2015 hasta diciembre de 2017, argumenta CAF que incluye información personal ajena al objeto del expediente que no tiene carácter público ni ha sido compartida con terceros, señalando en su recurso dentro de ese rango de folios un número más restringido de folios, concretamente once de ellos (folios 14494, 14495, 14500, 14502,14503, 14506, 14507,14516,14544,14551y 14552), respecto de los que solicita su confidencialidad.

En concreto, respecto de diez de dichos folios (todos excepto el folio 14500) CAF justifica su carácter confidencial señalando que incluyen información relativa a las impresiones personales realizadas por empleados de CAF respecto de posibles socios o la baja realizada por otra empresa e información relativa a la estrategia de licitación de CAF, que no han sido compartidas por terceros y que no son necesarias para la instrucción del expte. S/DC/061 4117.

Adicionalmente, el folio 14500 y también los folios 14551 y 14552 incluirían información sobre una licitación ajena al objeto del citado expte. S/DC/061 4117.

Tal y como advierte la DC en su informe, en relación a la indicación de CAF sobre las "impresiones personales realizadas por un empleado de CAF" hay que precisar que se corresponden con mensajes de WhatsApp intercambiados entre el Director General y el Director General Comercial de CAFS, por lo que no se trata de simples empleados, sino de máximos directivos de la empresa, por lo que la naturaleza tanto "personal" de dichos mensajes como el nivel directivo de éstos contradicen el valor de simples impresiones personales, conteniendo dichas conversaciones información relevante directamente relacionada con los hechos objeto de investigación en el expte. S/DC/0614/17, necesaria para determinar la ilicitud de dichos hechos, con referencias que trascienden a una concreta licitación, pues se alude a la metodología de presentación de ofertas, no solamente por CAF, sino también por otras empresas también incoadas en el expte. S/DC/0614/17.

⁵ Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, T-462/12 asunto PILKINTON GROUP LTD.

En relación al posible perjuicio en la imagen de los citados directivos, así como de CAF, por lo indicado en dichas conversaciones invocado por CAF cabe señalar que la titularidad del derecho al honor, intimidad y personal y propia imagen es de las personas físicas, por lo que dicha solicitud, en su caso, debería haber sido realizada por las personas a las que tales datos se refieran, como ha señalado la Audiencia Nacional en su sentencia de 20 de mayo de 2011 (recurso 133/2010).

En sus alegaciones de 11 de marzo de 2019 CAF sostiene que el mero hecho de que las conversaciones de whatsapp fueran mantenidas por directivos de CAF no es óbice para considerar que algunos de sus comentarios eran meras valoraciones personales (como, por ejemplo, "es mala compañía" en el folio 14544). Defiende igualmente que los referidos comentarios no son necesarios a efectos de determinar los hechos objeto de la investigación, ni precisan ser conocidos para la adecuada defensa de otras partes interesadas en el procedimiento. Reitera igualmente que la difusión de los citados comentarios generaría un perjuicio irreparable al dañar la imagen tanto de la persona que formuló dichos comentarios, como para la imagen de CAF como empresa, recordando que el Tribunal Constitucional ya admitió la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas en sentencia núm. 139/1995, de 26 de septiembre.

Como señala el órgano de instrucción respecto del posible daño a la imagen de la empresa, el interés público derivado del ejercicio eficaz de las facultades de investigación de la DC y la garantía de defensa de los derechos de los interesados en el expediente es prevalente respecto al posible daño que en su caso pudiera ocasionar a CAF el conocimiento por el resto de interesados en el expte. S/DC/0614117 del contenido de dichas conversaciones respecto de cuestiones directamente vinculadas al objeto del citado expediente sancionador.

En todo caso, cabe señalar que la alegación de CAF resulta contradictoria en sus argumentos. En primer lugar, porque a pesar de reconocer que a CAF sólo le corresponde la defensa de su derecho al honor como persona jurídica y no del mismo derecho del que son titulares sus empleados, la recurrente reitera nuevamente el posible daño a la imagen de la persona que formuló dichos comentarios como parte de su argumentario. Por otra parte, resulta también contradictorio que la recurrente base su alegación en el carácter de "meras valoraciones personales" de los citados comentarios para excluirlos del expediente, señalando que no puede ni debe tenerse en cuenta que sus emisores eran directivos de CAF, para considerar luego que dichas afirmaciones afectan directamente al derecho al honor de la compañía, careciendo entonces de toda importancia el carácter meramente personal de las mismas defendido hasta el momento.

De acuerdo con lo expuesto, en el caso de los folios 14449, 14495, 14502, 14503, '14506, 14507 , 14516, 14544,14551 y 14552 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, y precisa ser conocida para la adecuada defensa de otras partes interesadas en el procedimiento, pues se trata de información directamente relacionada con las conductas investigadas, no puede accederse a la confidencialidad pretendida.

Respecto de los folios 14500 y también los folios 14551 y 14552 para los cuales CAF solicita la confidencialidad por incluir información sobre una licitación ajena al objeto del expte. S/DC/061 4117, tal y como señala la DC dicha licitación hace referencia a una tecnología vinculada al llamado nivel 2 de ERTMS, en la que el bloqueo de trenes se realiza desde un Centro de Bloqueo por radio (RBC, siglas de Radio Block Center), que recibe la información, por una parte, de los enclavamientos, mientras que por otra transmite la información a los trenes a través del sistema GSM-R.

El objeto del expte. S/DC/061 4117 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS se centra en licitaciones convocadas para 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, por lo que el citado sistema RBC forma parte del objeto del expte. S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, al tratarse de un sistema de control y señalización de los trenes que revierte en una mayor seguridad del tráfico ferroviario, a pesar de que CAF argumente que dicha licitación es ajena al objeto del expediente.

Por todo lo expuesto, esta Sala desestima la confidencialidad solicitada respecto de la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia respecto del rango de los folios 14494 a 14555.

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 21 de enero de 2019, por el 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 21 de enero de 2019 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 solicitada por la empresa, en ningún caso, puede entenderse cumplida con los argumentos genéricos esgrimidos por la DC que, además, la recurrente considera no aplicables. 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, debe hacerse remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por esta Sala. Véase resolución de 4 de diciembre de 2018, expte R/AJ/067/18 THALES ESPAÑA, entre otras muchas, 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 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 71/1984y64/1986).

Esta Sala considera oportuno señalar, que la DC sí motivó de forma adecuada, en su acuerdo de 21 de enero de 2019, 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 21 de enero de 2019 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

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 perjuicio.

Asimismo, cabe añadir también que no existe peligro de divulgación a terceros ajenos al expediente de la información cuya confidencialidad se solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por dichos terceros, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

Por ello, 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 CAF.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por CAF SIGNALLING, SL contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 21 de enero de 2019.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.