



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/010/19 EUGENIO DIAZ, S.A. 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 16 de abril de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/010/19 EUGENIO DIAZ, S.A. 2 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la mercantil EUGENIO DIAZ, S.A contra el acuerdo de la Dirección de Competencia (en adelante DC) de Navarra, de 22 de enero de 2019, de denegación parcial de confidencialidad, en el ámbito del expediente NC 1/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de noviembre de 2018, la Dirección de Competencia acordó incoar expediente sancionador NC 1/2017 a diversas empresas de transporte de viajeros, así como a la Asociación Navarra de Empresarios del Transporte por Carretera y Logística (ANET), con el fin de constatar la existencia de posibles prácticas anticompetitivas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).
2. Mediante providencia de 11 de diciembre de 2018, la DC de Navarra acordó incorporar al expediente diversa documentación procedente de la información reservada iniciada en enero de 2017.

3. Con fecha 11 de diciembre de 2012, la mercantil EUGENIO DIAZ, S.A presentó solicitud de declaración de confidencialidad en relación con la totalidad del documento “Conversaciones con XYZ el 14 de marzo de 2012”, y subsidiariamente con respecto a ciertas informaciones contenidas en el documento, aportando a tal efecto versión no confidencial.
4. Mediante providencia de 14 de diciembre de 2018, la DC acordó provisionalmente declarar la confidencialidad de todo el documento “Conversaciones con XYZ el 14 de marzo de 2012”, para todos los interesados en el expediente a excepción de las mercantiles Eugenio Díaz S.A y Ativar S.L.
5. Posteriormente, con fecha 27 de diciembre de 2018, la empresa Ativar S.L solicitó que se declaren confidenciales y secretas determinadas informaciones que constan en el referido documento.
6. Mediante providencia de 22 de enero de 2019, la Dirección de Competencia de Navarra acordó revocar la declaración provisional de confidencialidad acordada mediante providencia de 14 de diciembre de 2018, y declarar la confidencialidad de determinación información obrante en el documento que será accesible a todos los interesados a través de la correspondiente versión no confidencial.
7. Con fecha 12 de febrero de 2019 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de recurso de D. ABC, en nombre y representación de EUGENIO DIAZ, S.A contra la providencia de 22 de enero de 2019 de la DC, solicitando su anulación.
8. Con fecha 20 de febrero de 2019, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC de Navarra antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
9. Con fecha 22 de febrero de 2019 la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por EUGENIO DIAZ S.A, en la medida en que el citado acuerdo no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses del recurrente.
10. Con fecha 28 de febrero de 2019, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de EUGENIO DIAZ S.A, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
No se han recibido alegaciones.
11. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 16 de abril de 2019.
12. Es interesado en este expediente EUGENIO DIAZ S.A. (EDSA)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia, objeto de la resolución y pretensiones del recurrente.

El Servicio de Consumo y Arbitraje del Gobierno de Navarra, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Decreto Foral 1/2017, de 11 de enero, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Desarrollo Económico, tiene asumida la Dirección de Competencia en Navarra y la investigación de la existencia de posibles conductas contrarias a la libre competencia en dicho territorio. En el marco de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, la resolución de los expedientes sancionadores instruidos por la Dirección de Competencia en Navarra corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la LDC, las resoluciones y actos del órgano de instrucción (en este caso la Dirección de Competencia de Navarra conforme a la disposición adicional octava de la LDC) que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos *“serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

Por tanto, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC es el órgano competente para resolver este recurso interpuesto por EDSA contra la providencia de 22 de enero de 2019 de la Dirección de Competencia de Navarra por la que se acuerda revocar la declaración provisional de confidencialidad del documento denominado “Reunión con XYZ el 14 de marzo de 2012” acordada mediante providencia de 14 de diciembre de 2018, y declarar la confidencialidad de determinada información que figura en el documento que será accesible a todos los interesados a través de la correspondiente versión no confidencial.

EDSA solicita que se anule la providencia recurrida, al considerar que el documento de 14 de marzo de 2012, contiene información exclusivamente privada y personal (datos de lugares y opiniones o apreciaciones meramente personales o individuales) y/o de estrategia empresarial de la empresa totalmente ajena al objeto del expediente.

Asimismo, señala que el documento debe ser confidencial y secreto en su totalidad e incluso excluido del procedimiento por ser ajeno al mismo, al hacer referencia al mes de marzo de 2012, fecha totalmente ajena a los hechos objeto del expediente.

Subsidiariamente, la empresa aporta versión confidencial del documento señalando que partes del mismo deben, en todo caso declararse confidenciales y secretas (consideraciones personales; referencias a terceros y cuestiones de estrategia empresarial).

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC del Gobierno de Navarra, considera en su informe de 22 de febrero de 2019, que el recurso debe ser desestimado al considerar que la providencia recurrida en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

En su informe de 7 de mayo de 2018, la DC propone desestimar el recurso interpuesto al considerar que el acuerdo recurrido en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente.

La DC argumenta en su informe que el documento discutido contiene informaciones relevantes para la instrucción del procedimiento, que se refieren a posibles acuerdos en el mercado de transporte escolar con carácter previo a la licitación correspondiente al curso escolar 2013/2014, por lo que no pueden ser declaradas confidenciales dada su relación directa con el objeto del expediente y su carácter incriminatorio debiendo de garantizarse el derecho de defensa de los afectados. El documento transcribe un resumen de la conversación mantenida entre dos empresas incoadas en el expediente (EDSA y Ativar, S.L) y trata reiteradamente de la posibilidad de entablar acuerdos en el mercado del transporte escolar en Navarra. En el curso de la conversación se habla de implicar en un hipotético acuerdo al grupo ALSA al que pertenece CONDA también incoada en el expediente.

Asimismo, la DC señala que la mayor parte de las informaciones contenidas en el documento no constituyen en sí mismas secretos comerciales, y las que pudieran serlo, en concepto de estrategias comerciales, o por tratarse de referencias a personas físicas o jurídicas, algunas de las cuales son o han sido clientes de los implicados en la conversación, han sido declaradas confidenciales en la medida en que no afectan al objeto del expediente por ser ajenas al mismo.

La referencia al “tema Panasa”, empresa de la que fue consejero el Sr. ABC, es inconcreta y por tanto no confidencial pues no revela ningún secreto o estrategia comercial ni ningún otro dato confidencial. El dato de la pertenencia del Sr. ABC, en aquel momento, al Consejo de Administración de la empresa, es público a través del Registro Mercantil.

Por otra parte, dado el contexto de la conversación (acuerdos de colaboración en el mercado del transporte escolar) las referencias que recoge el texto, a reglón seguido, a la “confidencialidad por razones obvias”, la mención al “tema Panasa” parece hacer referencia al expediente incoado por la Dirección de Investigación de la CNC, el 23 de enero de 2012 a varias empresas panificadoras navarras y entre otras a Panasa por pactar precios. El Sr. ABC tenía conocimiento de primera mano por su condición de Consejero de la mercantil, del citado expediente, lo que pone de manifiesto que conoce las prohibiciones incluidas en la Ley de Defensa de la Competencia y por ello ruega a su interlocutor confidencialidad.

En cuanto a la publicidad respecto de otras empresas se trata de un asunto directamente relacionado con el objeto del expediente pues el destinatario de la misma es la propia

Administración licitadora y hace referencia al grupo ALSA al que pertenece una de las empresas competidoras inculpadas en el expediente.

En todo caso, afirma la DC ha de tenerse en cuenta que la conversación a que se refiere el documento tuvo lugar hace más de cinco años por lo que difícilmente puede la recurrente justificar su carácter de secreto comercial y los perjuicios que la revelación de su contenido pudiera producirle, teniendo en cuenta lo previsto en el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE.

El recurrente no ha formulado alegaciones al informe de la DC.

SEGUNDO.- 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 EDSA supone verificar si la Providencia de la DC de Navarra de 22 de enero de 2019, de revocación de la declaración provisional de confidencialidad y de declaración parcial de confidencialidad, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por el recurrente en su escrito de recurso. Analizando las circunstancias del caso, considera esta Sala que la providencia de la DC de 22 de enero de 2019, no ha supuesto, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNMC, [entre otras muchas, en su Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) y de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral)] indefensión, entendida como "*una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*"; de lo anterior, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*" como sucede en el caso que nos ocupa.

En el presente caso, la providencia de 22 de enero de 2019 no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que no tiene aptitud para tal indefensión, dado que la recurrente podrá ejercer su derecho de defensa sin menoscabo en futuros trámites del expediente sancionador en curso.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

En su escrito de recurso, el recurrente no alega ni justifica el posible perjuicio irreparable que pudiera causarle el hecho de que no se declare la confidencialidad requerida en la providencia de la DC de Navarra de 22 de enero de 2019, por lo que no resultaría necesario analizar su posible concurrencia. Solo señala que el documento contiene información exclusivamente privada y personal (datos de lugares y opiniones o apreciaciones meramente personales o individuales) y/o de estrategia empresarial de la empresa totalmente ajena al objeto del expediente, sin mayor tipo de justificación al respecto.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que los acuerdos de la DC hayan podido causar un perjuicio irreparable a EDSA o puedan causarlos en el futuro. La Sala coincide con la apreciación expuesta por la DC del Gobierno de Navarra en el informe sobre el recurso remitido y considera que la documentación discutida no tiene carácter confidencial. Como afirma el órgano de instrucción, las informaciones contenidas en el documento no constituyen en sí mismas secretos comerciales y las que pudieran serlo (ciertas estrategias comerciales, referencias a personas físicas o jurídicas clientes de los implicados en la conversación, etc.) han sido declaradas confidenciales en la medida en que no afectan al objeto del expediente por ser ajenas al mismo. Igualmente debe tomarse en consideración que la conversación referenciada en documento tuvo lugar hace más de cinco años por lo que cabe presumir que cualquier secreto comercial incluido en la misma no tendría ya tal carácter, de acuerdo con lo previsto en el apartado 23 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión.

Por todo lo expuesto, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse 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 EUGENIO DIAZ, S.A

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por EUGENIO DIAZ, S.A contra la providencia de 22 de enero de 2019, en la medida en que la Providencia recurrida no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos del recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de Navarra 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.