



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/013/20 AUDECA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

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 por la que se resuelve el recurso interpuesto por AUDECA S.L.U. contra el acuerdo de denegación de confidencialidad de 10 de febrero de 2020 en el marco del Expte. S/DC/0013/19 CONSERVACION CARRETERAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 15 de julio de 2019 la Dirección de Competencia (“DC”) acordó incoar el Expte. S/DC/0013/19 CONSERVACION CARRETERAS a 23 empresas, entre ellas AUDECA S.L.U. (en adelante AUDECA), por posibles prácticas anticompetitivas consistente en el reparto de licitaciones para la prestación de los servicios de conservación y explotación de la Red de Carreteras del Estado convocadas por el Ministerio de Fomento.
2. Coincidiendo con la incoación de dicho expediente, la DC acordó la incorporación al mismo de la documentación recabada en la inspección de la sede de AUDECA, llevada a cabo entre el 17 y el 20 de diciembre de 2018, otorgando diez días a la citada empresa para que justificara de forma motivada e individualizada el carácter confidencial que considerara oportuno.
3. El 6 de agosto de 2019 AUDECA solicitó confidencialidad de determinada información.

4. El 10 de febrero de 2020 la DC resolvió denegando parcialmente la confidencialidad solicitada.
5. El 25 de febrero de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) recurso interpuesto por AUDECA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el acuerdo de la DC de 10 de febrero de 2020.
6. El mismo día, una copia del citado recurso fue remitida por el Secretario del Consejo de la CNMC a la DC el 25 de febrero de 2020, para su informe, de conformidad con el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).

La recurrente señala que presenta este recurso de conformidad con el artículo 47 de la LDC y solicita que se proceda a declarar la confidencialidad de determinada información declarada no confidencial por la Dirección de Competencia.

7. El 3 de marzo de 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso proponiendo su desestimación en la medida en que el acuerdo impugnado no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente y no reuniendo, por tanto, los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
8. El 12 de marzo de 2020, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.3 de la LDC, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a AUDECA un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la DC de 3 de marzo de 2020. Dicho acuerdo le fue notificado a AUDECA el día 16 de marzo de 2020.
9. El 14 de marzo de 2020, mediante Real Decreto 463/2020, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su Disposición Adicional Tercera suspendió todos los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos de las entidades del sector público.

El 23 de mayo entró en vigor el Real Decreto 537/2020, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su artículo 9 estableció la reanudación de los plazos administrativos que hubieran quedado suspendidos, con efectos desde el 1 de junio de 2020.

De esta forma, el plazo para que AUDECA formulara las pertinentes alegaciones se reanudó el 1 de junio de 2020.

10. Con fecha 19 de junio de 2020, AUDECA remitió escrito de alegaciones al informe de la DC de 3 de marzo de 2020.
11. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 23 de julio de 2020.
12. Es interesada en este expediente de recurso: AUDECA S.L.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

AUDECA promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, de conformidad con el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 10 de febrero de 2020 por el que se deniega la confidencialidad de determinada información recabada en la inspección de dicha empresa e incorporada al Expte. S/DC/0013/19 CONSERVACION CARRETERAS.

1.1 Motivos del recurso

AUDECA solicita al Consejo de la CNMC que estime el recurso y, en su virtud, declare la confidencialidad de la siguiente documentación incorporada al Expte. S/DC/0013/19 después de haber sido denegada su solicitud mediante acuerdo de la DC de 10 de febrero 2020:

- (i) **Correos electrónicos entre AUDECA y otras empresas y documentos Excel adjuntos en relación con diferentes licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento [Documentos 20 a 27, 70, 104, 109 a 114, 118, 119, 137, F0023 y F0026 (folios 4864 a 4884, 5010, 5169 a 5171, 5178 a 5191, 5198 a 5200, 5252, 5305, 5306 y 5309)]**

AUDECA señala que se trata de información detallada de su organización y estrategia con distintos socios en el marco de diversas licitaciones, así como de relaciones con eventuales subcontratistas e información estratégica relativa a los criterios de análisis y parámetros utilizados por AUDECA para decidir sus bajas de licitación, incluyendo cálculos internos e hipótesis realizadas sobre la base de aperturas públicas. Afirma que la información identificada es fruto de su trabajo por lo que revelar esa información a sus competidores permitiría a éstos beneficiarse de su conocimiento del mercado.

- (ii) **Conversaciones de mensajería instantánea (WhatsApp) tanto entre empleados de AUDECA como entre AUDECA y otras empresas [Documentos F0044, F0046, F0047, F0049, F0051, F0053 a F0056, F0058 y F0059 (folios 5327, 5331, 5332 a 5370, 5372 a 5380, 5383 a 5385, 5387 a 5394, 5395, 5396 y 5399 a 5402)]**

AUDECA indica que las conversaciones de Whatsapp enumeradas en este punto han de ser confidenciales en cuanto que contienen información perteneciente al ámbito estrictamente personal de personas físicas (números de teléfono) e incluso una imagen personal, que no guardan relación con la investigación y únicamente conciernen a la esfera privada de dichas personas.

La recurrente afirma que estas conversaciones de Whatsapp se desarrollan entre empleados de la empresa y analizan las aperturas y la estrategia a adoptar a la hora de la elaboración de ofertas para presentarse a licitaciones públicas, estrategia que supone

información confidencial de la empresa que no debe ser revelada a terceros competidores, a riesgo de ocasionarle un perjuicio grave e irreparable

- (iii) **Notas manuscritas, documento pdf y correos electrónicos y whatsapp entre directivos de AUDECA y otra empresa del sector [folios 46, 52 a 76 y 77 a 88, numeración de la inspección (folios 5429, 5435 a 5459 y 5460 a 5471 del expediente, respectivamente)]**

En relación a las conversaciones de Whatsapp incluidas en los citados folios AUDECA indica que exponen su estrategia interna en relación con distintas licitaciones a la hora de presentarse y de elaborar las ofertas además de incluir también conversaciones con eventuales socios o sobre eventuales UTE's que también presentan carácter sensible.

En cuanto al listado de licitaciones, señala que reflejan anotaciones internas de AUDECA en relación con distintas licitaciones, de la que se desprende su estrategia competitiva. Por tanto, solicita su confidencialidad dado que entiende que se trata de información estratégica y sensible que no debería ser accesible a terceros competidores.

1.2. Informe de la DC

La DC propone que se desestime el recurso presentado por AUDECA en su totalidad por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC. Recuerda que se trata de información recabada en la inspección de la sede de AUDECA que se considera relevante en relación al objeto de la investigación que se desarrolla en el Expte. S/0013/19 y, por tanto, también puede resultar determinante para los demás incoados en dicho expediente, por lo que debe, igualmente, tutelar el derecho de defensa de otras partes incoadas en el expediente sancionador y que pueden resultar imputadas.

No obstante, acepta la confidencialidad de la imagen contenida en el folio F044, referida a uno de los participantes en las conversaciones de Whatsapp incluidas en dicho documento, y propone a AUDECA que presente una versión confidencial censurando únicamente dicha fotografía.

1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la Dirección de Competencia

AUDECA reitera las alegaciones a las que se refiere en su recurso resaltando tres cuestiones:

- (i) la vulneración de su derecho de defensa y a la presunción de inocencia al anticipar la DC en su informe sobre el recurso la valoración de la documentación controvertida como prueba de la participación de AUDECA en una infracción de competencia cuando aún no ha dictado pliego de concreción de hechos.
- (ii) el carácter de secreto comercial de la documentación controvertida, razón por la que no es necesario justificar el perjuicio irreparable pues dicho perjuicio se presume al tratarse de secretos comerciales, como ha indicado el Tribunal Supremo.

- (iii) el carácter meramente interno de buena parte de la documentación cuya confidencialidad se discute, sin mención a ninguna otra empresa incoada, por lo que en la ponderación de intereses en conflicto debería prevalecer la declaración de su confidencialidad, toda vez que se trata de secretos comerciales que no han tenido difusión entre terceros ajenos.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Por ello, para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*"

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por AUDECA, esto es, el acuerdo de la DC de 10 de febrero de 2020 por el que se deniega la confidencialidad de determinada información recabada en la inspección realizada en la sede de AUDECA e incorporada al Expte. S/0013/19 CONSERVACIÓN CARRETERAS, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente.

TERCERO.- 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*". De este modo, la LDC contempla la posibilidad de que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en un expediente. No obstante, ello no constituye un principio absoluto ni un derecho de la recurrente. Habrá que atender a las circunstancias de cada caso para concretar el carácter confidencial o no de determinada información.

Así lo estableció la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 al hacer 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 tanto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)¹ y la 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 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 alusión al “secreto comercial” para acceder a una petición de confidencialidad.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad constituye una decisión de la CNMC adoptada tras la valoración de las circunstancias de cada caso y formulada motivadamente, tal y como ha venido señalando esta Sala³ reiterando la doctrina expresada por el Consejo de la CNC⁴. De este modo, en primer lugar, habrá que 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, pero resultan necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

Corresponde, pues, analizar la documentación cuyo carácter confidencial AUDECA alega con el fin de determinar o no su carácter confidencial, de acuerdo con el triple examen descrito:

- (i) **Correos electrónicos entre AUDECA y otras empresas del sector y documentos excel adjuntos en relación con diferentes licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento [Documentos 20 a 27, 70, 104, 109 a 114, 118, 119, 137, F0023 y F0026 (folios 4864 a 4884, 5010, 5169 a 5171, 5178 a 5191, 5198 a 5200, 5252, 5305, 5306 y 5309 del expediente S/0013/19, respectivamente)]**
 - o **Correos electrónicos**

¹ Entre otras, resolución del TDC de 4 de septiembre de 2003, Expte. 552/02 Empresas eléctricas y resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, Expte. R/0135/13 SERRADORA BOIX.

² Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC 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 ELEC NOR

³ Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, 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 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.

Se trata de una serie de correos electrónicos entre personal directivo de AUDECA y directivos de otras empresas del sector: VISEVER, SECONCA, ELECNOR, IMESAPI y SEANTO, comprendidos entre el 8 de octubre de 2015 y el 3 de agosto de 2018, sobre licitaciones públicas convocadas por el Ministerio de Fomento.

AUDECA indica que se trata de correos electrónicos tanto intercambiados en el seno de la propia empresa como con posibles socios y/o subcontratistas, con información sobre acuerdos privados entre sociedades, en los que se detallan porcentajes de participación de cada empresa en diferentes UTE's o en relación con eventuales subcontrataciones, así como el reparto de funciones y el régimen interno de funcionamiento de las mismas. Añade que se incluyen también conversaciones internas sobre la estrategia comercial de AUDECA en relación con la preparación de ofertas para presentarse a licitaciones públicas. Alega que, dado el contenido estratégico de los mismos, no deben ser conocidos por otros competidores y que lo contrario le produciría un perjuicio irreparable.

Del análisis de la información citada se desprende que la misma se refiere a conversaciones entre AUDECA y otras empresas del sector en determinadas licitaciones. Así, los documentos 20 a 27 por un lado y los documentos 104 a 137 por otro constituyen dos sucesiones de correos electrónicos que evidencian conversaciones entre AUDECA y otras empresas del sector, en concreto, VISEVER, ELECNOR, IMESAPI, SEANTO y SECONCA. Por su parte, el documento 70 menciona a terceras empresas también, como PAVASAL o COPROSA. De esta forma, no puede afirmarse que se trate de información ajena al objeto del expediente o que únicamente sea perteneciente a AUDECA, si no que puede afectar a terceras empresas, pudiendo servir como prueba de cargo o de descargo de las mismas.

Por tanto, por sus propias características, los documentos controvertidos constituyen elementos fundamentales para valorar las prácticas objeto de análisis en el expediente sancionador de referencia.

Precisamente, las conductas investigadas en el Expte. S/0013/19 CONSERVACIÓN CARRETERAS se refieren a la posible concertación entre empresas competidoras, entre ellas AUDECA, consistente en el reparto de licitaciones para la prestación de los servicios de conservación y explotación de la Red de Carreteras del Estado convocadas por el Ministerio de Fomento para la contratación de dichos servicios. Como indica la DC, uno de los posibles instrumentos utilizados para la ejecución de prácticas de esta índole es la constitución de UTE's, presentando ofertas de cobertura o acordándose una rotación de ofertas o la presentación de ofertas con determinadas bajas que conllevaría directamente la asignación de dichas licitaciones. Así se ha evidenciado en diferentes pronunciamientos tanto de la CNMC⁵ como de la extinta CNC⁶ y se ha indicado en la

⁵ Por todas, Resoluciones de la CNMC de 9 de marzo de 2017, Expte. S/DC/0512/14 Transporte Balear de Viajeros y de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS.

⁶ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos Cantabria y de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/10 Sobres de Papel.

Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC y en las directrices de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en las licitaciones públicas.

En contra de lo que alega la recurrente esta Sala no considera que la información sobre la que se discute la confidencialidad refleje las prácticas que se están investigando si no que dicha documentación se encuentra dentro del objeto investigado en el expediente sancionador como que la propia recurrente reconoce al afirmar que estos folios contienen *“información sobre acuerdos privados entre sociedades”* del sector investigado. Por ello, teniendo en cuenta los precedentes de la CNC y la CNMC previamente señalados, resulta necesario analizar los documentos controvertidos con la finalidad de poder discernir sobre la realidad de los hechos investigados y resolver sobre la exculpación o imputación de las empresas incoadas.

Por tanto, en la medida en que la documentación discutida se encuentra dentro del objeto investigado en el expediente sancionador que se instruye y puede resultar necesaria para determinar la realidad de las prácticas anticompetitivas que se investigan o la exoneración de las empresas imputadas no puede acordarse la confidencialidad solicitada por AUDECA.

o **Ficheros Excel (folios F0023 y F0026)**

▪ **Fichero Excel titulado “Tanteos_NOV_2016_Y_APERTURAS_año_2016” (Folio F0023)**

Se trata de una hoja de cálculo sobre aperturas públicas de diferentes licitaciones referidas al año 2016. Incluye diversas pestañas, entre ellas, las denominadas “bajas”, “bajas definitivas”, “muchas empresas Granada”, “menos empresas Teruel”, “resumen de hipótesis”, entre otras.

AUDECA solicita la confidencialidad de las pestañas tituladas “muchas empresas Granada”, “menos empresas Teruel” y “resumen de hipótesis” ya que afirma que contienen cálculos internos e hipótesis realizadas sobre la base de las aperturas públicas en relación con las bajas a presentar por AUDECA. Por ello, considera que se trata de información estratégica relativa a los criterios de análisis de AUDECA, los parámetros utilizados por la empresa y sus estimaciones internas para decidir bajas de licitación sobre la base de la asunción de riesgos según sus estudios de costes. Razón por la que entiende que el levantamiento de su confidencialidad le acarrearía un perjuicio, por cuanto permitiría a sus competidores conocer su estrategia y metodología interna en la preparación de sus ofertas para presentarse a licitaciones públicas.

▪ **Excel denominado “Estudio de bajas para contrato Sevilla 0103 FEB 2018 (Folio F0026):**

Se trata de una hoja de cálculo con diferentes pestañas que contiene datos relativos a aperturas de licitaciones públicas. Aunque el documento se hace referencia al año 2018 en una de las pestañas se indica una fecha referida a 2017.

AUDECA acepta que las pestañas que contienen datos públicos de aperturas no sean declaradas confidenciales, pero solicita la confidencialidad del resto de pestañas del fichero que contienen cálculos internos e hipótesis realizadas sobre la base de las aperturas públicas en relación con las ofertas y bajas de distintas licitaciones. Por tanto, en la medida en que reflejan información estratégica relativa a los criterios de análisis de AUDECA, los parámetros utilizados y sus estimaciones internas, constituyen información confidencial relativa a la inteligencia de mercado de AUDECA en el procesamiento y análisis de datos y su revelación al resto de imputadas perjudicaría a la empresa.

En estos documentos Excel constan cálculos realizados por AUDECA a partir de datos obtenidos en actos de apertura pública de las ofertas presentadas, por lo que, como la propia recurrente ha reconocido, se trata de datos procedentes de fuentes públicas y, por tanto, al alcance del resto de competidoras.

De conformidad con 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 CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo* (en adelante, *la Comunicación*), no se considerará confidencial la información relativa a una empresa que se conozca fuera de la empresa. En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto por el órgano instructor, en la medida en que se trata de información de carácter público no procede declarar su confidencialidad, al no constituir secreto comercial.

De igual forma esta Sala coincide con la apreciación de la DC respecto de los cálculos realizados por AUDECA a partir de datos obtenidos en actos de apertura pública de las ofertas presentadas. Como ha expuesto esta misma Sala en supuestos similares⁷ dicha información no puede ser declarada confidencial pues su divulgación no causaría perjuicio de ningún tipo, al no tratarse de secreto comercial.

La citada información no es susceptible de revelar ninguna estrategia comercial, reflejando simples estimaciones de AUDECA que, como reconoce la propia recurrente, se pueden deducir sin dificultad de fuentes públicas, estando al alcance del resto de empresas competidoras, al tratarse en todos los casos de licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento, sometidas a un régimen de publicidad, de acuerdo con la normativa de contratación pública. Se trata de información plenamente conocida en el mercado, por lo que las simples estimaciones derivadas de ella no pueden considerarse protegidas, especialmente al no aportar AUDECA ninguna explicación ni indicio de respecto a la supuesta labor de inteligencia de mercado desarrollada sobre la misma ni de los graves perjuicios irreparables que se derivarían de la divulgación de la citada información. De este modo, y siguiendo a la AN, se trata de información que no puede

⁷ Por ejemplo, resoluciones de la CNMC de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/PRAXAIR; de 20 de julio de 2017, Expte. R/AJ/037/17 HYTERA-SEPURA y de 19 de diciembre de 2018 Expte. R/AJ/069/18 BEI.

calificarse de secreto comercial ya que solo puede calificarse de este modo aquella información cuya divulgación pueda causar un perjuicio grave⁸.

(ii) Conversaciones de mensajería instantánea (WhatsApp) tanto entre empleados de AUDECA como entre AUDECA y otras empresas del sector e imagen personal [Documentos F0044, F0046, F0047, F0049, F0051, F0053 a F0056, F0058 y F0059 (folios 5327, 5331, 5332 a 5370, 5372 a 5380, 5383 a 5385, 5387 a 5394, 5395, 5396 y 5399 a 5402 del expediente S/0013/19)]

Se trata de conversaciones realizadas a través de la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp, diferenciándose, por un lado, conversaciones de carácter interno entre empleados de AUDECA y, por otro, conversaciones entre representantes de AUDECA y de otras empresas del sector también incoadas en el Expte. S/0013/19 CONSERVACIÓN CARRETERAS, comprendidas entre el 13 de mayo de 2014 y el 1 de noviembre de 2018, en relación con aperturas de licitaciones públicas y la presentación de ofertas.

Entre dichas conversaciones se puede observar la imagen de uno de los participantes en las mismas.

- o **Conversaciones de whatsapp [Documentos F0046, F0047, F0049, F0051, F0053 a F0056, F0058 y F0059 (folios 5331, 5332 a 5370, 5372 a 5380, 5383 a 5385, 5387 a 5394, 5395, 5396 y 5399 a 5402 del expediente S/0013/19)]**

AUDECA entiende que constituyen conversaciones de whatsapp de carácter personal entre sus empleados, que no guardan relación con la investigación. Señala que se refieren al análisis de aperturas de ofertas y a la estrategia a adoptar en relación a diversas licitaciones públicas convocadas por el Ministerio de Fomento, constituyendo información de carácter estratégico, al contener datos referidos a estructura de costes, organización interna, procesos de negociación y precios (bajas), que no debe ser revelada a terceros competidores, dado que le produciría un perjuicio grave e irreparable. Se remite a los párrafos 18 y 19 de la *Comunicación*

En sus alegaciones insiste en que: (i) se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos “entre terceros ajenos a dichas conversaciones”; y (ii) la DC denegó la censura de todos los números de teléfono que aparecen en todos los documentos sin perjuicio de que junto a ellos se indicaran también los nombres propios de sus propietarios, lo que hace innecesario que aparezcan sus números para identificar a los interlocutores.

En primer lugar, cabe señalar que cuatro de los documentos controvertidos contienen conversaciones que datan de más de cinco años:

- F0046: una conversación de 18 de agosto de 2014.

⁸ Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2011, en el ámbito del Expte. R/0054/10 BBR.

- F0047: varias conversaciones entre septiembre de 2014 y marzo de 2015 (hasta página 8)
- F0051: se incluyen tres conversaciones de octubre de 2014 (folio 5384 del expediente)
- F0055: se trata de conversaciones mantenidas entre el mes de mayo y el de septiembre de 2014

La doctrina nacional y de la Unión Europea establece que el transcurso del tiempo conlleva que información que pudiera tener carácter de secreto comercial en un momento determinado deje de serlo por no corresponderse con la situación estratégica actual de una empresa o sector económico, que se ajusta a las diferentes y variables dinámicas del mercado⁹. El considerando 23 de la *Comunicación* señala que *“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”*. No obstante, este criterio se debe interpretar como una referencia y no como una regla estricta, no debiendo constituirse un automatismo que implique que cualquier información de más de cinco años de antigüedad no sea secreto de negocio, ni que información de menos de cinco años lo sea¹⁰.

Sin embargo, los documentos anteriormente mencionados contienen conversaciones producidas entre mayo de 2014 y marzo de 2015 y referidas a licitaciones públicas en tramitación en esas fechas. Se incluye, por tanto, información sobre licitaciones con más de cinco años de antigüedad. No obstante, esta Sala considera que no puede ser información de carácter estratégico, como se alega por parte de la recurrente, ni tener relevancia comercial la negociación de las condiciones para la presentación de ofertas correspondientes a licitaciones que ya han finalizado. Por tanto, la información relativa a estas licitaciones que han finalizado tampoco pueden tener carácter confidencial por haber perdido su relevancia comercial por el transcurso del tiempo.

En cuanto al resto de documentos, de conformidad con lo señalado por la DC, se encuentran dentro del objeto del expediente sancionador de referencia. En cuanto a las conversaciones de carácter interno entre empleados de AUDECA, se dan entre directivos, a veces del máximo nivel como el Director General, y versan sobre la presentación de ofertas y la estrategia a adoptar en relación con las licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento. Por su parte, las conversaciones de WhatsApp entre representantes de AUDECA y de otras empresas del sector que han sido incoadas también en el expediente sancionador de referencia hacen referencia a la celebración de reuniones entre representantes de AUDECA y dichas empresas.

De esta forma, la información controvertida deviene en necesaria para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas o la exoneración de las

⁹ Resolución de la CNMC, de 22 de noviembre de 2013 (expte. R/0152/13 transportes Antonio Belzunes)

¹⁰ Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 en el asunto T-344/08, apartado 142.

empresas incoadas respecto a las mismas. Por ello, resulta necesaria para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por el resto de las empresas también incoadas en el expediente sancionador S/0013/19, dado que pueden sustentar bien la imputación de prácticas restrictivas de la competencia o bien su exoneración.

En relación con los números de teléfono como datos de carácter personal protegidos por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), debe tenerse en cuenta que las cuestiones relativas al tratamiento de datos personales en el ámbito de instrucción de expedientes basados en la LDC fueron objeto de una consulta a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por parte de la CNMC. La AEPD dio respuesta a la misma en su informe AEPD 022147/19 de 31 de enero de 2020¹¹.

Si bien el tratamiento de los datos personales no se encuentra incluido dentro del ámbito de la confidencialidad y, por ello, los datos personales no son susceptibles de ser declarados confidenciales, el artículo 5.1.c del Reglamento (UE) 2016/679¹² (o Reglamento General de Protección de Datos, RGPD) establece un principio general de minimización de datos. De este modo quedan amparados los tratamientos de datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que dichos datos son tratados,

En consecuencia, los datos personales recabados en el marco de un procedimiento de defensa de la competencia deben ser objeto de una valoración para determinar si son necesarios para la tramitación y resolución del expediente, debiendo ser suprimidos y no tratados aquellos datos personales que no sean necesarios.

El tratamiento de datos de carácter personal como consecuencia de la instrucción de procedimientos sancionadores, tiene por finalidad permitir a la CNMC cumplir con la misión de interés público que tiene asignada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.e) del RGPD: *“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”*, habiendo sido atribuida dicha competencia por una norma con rango de ley conforme a lo exigido por el artículo 8.2 de la LOPD.

Por tanto, el tratamiento y la cesión de datos en el marco de los expedientes en materia de defensa de la competencia (por ejemplo, en el acceso al expediente por los interesados) quedan amparados por lo establecido en la LOPD y el RGPD, puesto que se realizan en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC, así como por el respeto de las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa.

¹¹ <https://www.aepd.es/es/documento/2019-0074.pdf>

¹² Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (RGPD)

Esta Sala coincide con el órgano instructor en que el tratamiento de los números de teléfono identificados es adecuado y limitado a lo indispensable, dado que los mismos permiten identificar a los interlocutores en cada conversación de Whatsapp en la medida en que, si bien en algún mensaje puede aparecer el nombre del emisor y/o receptor, en otros no es así. Por lo tanto, se trata de datos que resultan necesarios para la adecuada instrucción del expediente que no pueden ser minimizados durante la tramitación del expediente.

Debe subrayarse 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. El hecho de no declarar su confidencialidad no significa, por tanto, 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.

En todo caso, el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición al tratamiento a que se refieren los artículos 15, 16, 17 y 20 del RGPD corresponderían cada individuo al que se refieren los datos y no a AUDECA, por lo que cualquier solicitud del ejercicio de dichos derechos debería ser realizada por el titular de los datos de carácter personal.

o **Imagen de uno de los participantes en las conversaciones indicadas (folio F0044)**

La recurrente sostiene que contiene una imagen de uno de los participantes en una de las conversaciones y que concierne únicamente a la esfera privada de su propietario. Sin embargo, en la versión confidencial que aporta censura también los datos relacionados con los números de teléfono correspondientes a los mensajes de WhatsApp y el contenido de algunas conversaciones además de la fotografía.

De acuerdo con la DC, estas conversaciones están directamente relacionadas con el objeto de la investigación y se consideran acreditativas de los hechos objeto de investigación según el órgano instructor. Por otro lado, los números de teléfono devienen necesarios para identificar a los directivos participantes en dichas conversaciones dado que resultan determinantes al confirmar la identidad de cada uno de ellos.

En cuanto a la fotografía controvertida, por tratarse de datos calificados personales habría de ser el/la titular de ese derecho quien solicitara su confidencialidad, dado que la recurrente no ostenta su representación legal. Sin embargo, dicho titular no ha cuestionado la legalidad de la decisión de la DC recurrida en el presente expediente. No obstante, de acuerdo con lo indicado por la DC, esta Sala accede a declarar confidencial la fotografía controvertida, pues, aunque se supone que es la imagen de una de las personas participantes en las conversaciones y estaría relacionada con la investigación, esta Sala no se opone a su censura. Dado que AUDECA ha presentado una versión confidencial junto a sus alegaciones en la que ha eliminado la fotografía controvertida corresponde a la DC aceptar la confidencialidad de dicho documento e incluirlo en el expediente S/DC/0013/19.

(iii) Notas manuscritas, documento pdf y correos electrónicos y whatsapp entre directivos de AUDECA y otra empresa del sector [folios 46, 52 a 76 y 77 a 88, numeración de la inspección (folios 5429, 5435 a 5459 y 5460 a 5471 del expediente, respectivamente)]

o **Notas manuscritas (folio 46 numeración de la inspección)**

Estas notas manuscritas vienen referidas la estrategia de AUDECA en diversas UTE's y/o eventuales subcontrataciones, incluyendo porcentajes de reparto o subcontratación.

AUDECA indica que solicitó la confidencialidad de este documento por contener anotaciones internas que reflejan su estrategia competitiva tanto en el marco de distintas UTE's como de eventuales subcontrataciones pero que la DC denegó parcialmente su solicitud. Alega que tanto la configuración de las UTE's como las decisiones de subcontratación dentro de las propias UTE's son parte de la estrategia competitiva de las empresas ya que tienen un impacto en la estructura de los costes y en la eficiencia de las ofertas y, por tanto, la estructura precisa y la configuración de estos acuerdos constituyen un secreto comercial que debe ser protegido.

Por su parte, la DC afirma que parte de las anotaciones manuscritas contenidas en el citado folio ya las declaró confidenciales elaborando una versión censurada de oficio que adjuntó al acuerdo de 10 de febrero de 2020. Añade que el resto no pueden ser declaradas confidenciales dado que hacen referencia a la estrategia de AUDECA en diversas UTE's y eventuales subcontrataciones e incluyen datos referidos a porcentajes de reparto o de subcontratación que deben ser esclarecidos en el expediente.

Esta Sala, de conformidad con la DC, considera que el documento citado deviene en necesario para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas al contener información relevante en relación con la conducta investigada.

o **Documento en formato pdf denominado “Obras pendientes de adjudicar” (folios 52 a 76)**

Este documento incluye un listado de licitaciones de obras pendientes de adjudicar referidas a diferentes administraciones y organismos públicos, fechadas entre 2016 y 2018, cuya información se distribuye en trece columnas que se refieren: al título o denominación de dicha obra o licitación, su presupuesto, plazo de ejecución, provincia o país en el que se ejecutará, el cliente que oferta dicha obra o licitación, su clasificación, el tipo de procedimiento que se seguirá para contratar y la fecha de apertura, así como las empresas que han presentado oferta, el importe de ésta y el % de baja, en la última de las cuales se señala como “Observaciones” la posición de AUDECA respecto de dichas licitaciones.

AUDECA solicitó la confidencialidad de la totalidad del contenido de la columna “Observaciones” de dicho listado. La recurrente señala que prueba de que el contenido de dicha columna se refiere a información estratégica y sensible de AUDECA está en

que la propia DC aceptó parte de la confidencialidad de la misma y solo denegó parcialmente algunas referencias, objeto del presente recurso. Por ello, reitera que toda la columna de “Observaciones” debe ser censurada y no accesible a terceros competidores parte del Expediente, ya que refleja anotaciones internas de AUDECA en relación con distintas licitaciones, de las que se desprende su estrategia competitiva.

De conformidad con la DC, esta Sala considera que esta información se encuentra dentro del objeto de investigación en el expediente sancionador de referencia, sin que pueda acreditarse actualmente que se limite a definir una estrategia diseñada autónomamente por AUDECA, como alega ésta.

Por tanto, esta Sala considera que la información contenida en la columna de “Observaciones” que no ha sido declarada confidencial resulta necesaria para delimitar la existencia, alcance y efectos de las conductas investigadas en el expediente, y su publicidad se considera también imprescindible para el adecuado ejercicio del derecho de defensa por otras empresas también incoadas, en tanto que dicha información puede o bien sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia o bien constituir prueba de descargo.

o **Conversaciones vía e-mail y whatsapp entre directivos de AUDECA y otra empresa del sector (folios 77 a 88).**

Estos folios contienen conversaciones, algunas vía e-mail y la mayoría vía Whatsapp, entre el Director General y el Director Técnico de AUDECA y otra empresa del sector, mantenidas entre el 10 de mayo de 2016 y el 18 de diciembre de 2018, que hacen referencia explícita al objeto de la investigación en relación con la estrategia a seguir en diferentes licitaciones públicas y la participación o no en las mismas, bien de AUDECA de forma individual o bien acompañada.

AUDECA alega que la DC acordó la confidencialidad de parte de la información contenida en las conversaciones de Whatsapp incluidas en esos folios y, sin embargo, no sobre la mayor parte de datos restantes, que incluyen información estratégica y sensible de AUDECA que no debería ser accesible a terceros competidores. Señala que se trata de la estrategia de AUDECA en relación con distintas licitaciones a la hora de presentarse y elaborar ofertas, incluyéndose conversaciones con eventuales socios o eventuales UTE's, que no pueden ser revelados a terceros. Añade que también incluyen opiniones personales de los empleados de AUDECA fruto de su observación del mercado que no resultan relevantes para el expediente al no ser objetivas, pero sí para AUDECA al reflejar su visión del mercado y que revelarlas a todas las incoadas causaría un daño serio a AUDECA al permitir a sus competidores conocer su estrategia y metodología interna.

Esta Sala, de acuerdo con lo señalado por la DC en su Informe de 3 de marzo de 2020, considera que la información controvertida se encuentra directamente relacionada con el objeto de la investigación en el expediente S/0013/19 CONSERVACIÓN CARRETERAS y que puede sustentar bien la imputación bien la exoneración de las

empresas incoadas implicadas, por lo que también resulta necesario que todas ellas tengan acceso a dicha información con la finalidad de que puedan ejercer su derecho de defensa y contradicción. En cualquier caso, las alegaciones de AUDECA al respecto del carácter confidencial de dicha información no pueden asumirse pues entran en directa contradicción en sí mismas al afirmar, por un lado, que se tratan de meras opiniones subjetivas de algunos de sus empleados y al mismo tiempo, que reflejan la visión del mercado de AUDECA.

Como se ha resaltado anteriormente, 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. El hecho de no declarar su confidencialidad no significa, por tanto, 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.

CUARTO.- SOBRE LA AUSENCIA DE INDEFENSIÓN Y PERJUICIO IRREPARABLE

3.1. Sobre la ausencia de indefensión

En primer lugar, por lo que se refiere a la ausencia de indefensión de la recurrente, conviene recordar que es doctrina del Tribunal Constitucional que, para apreciar la existencia de indefensión, no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa¹³.

Por lo tanto, debe comprobarse si la indefensión se ha producido y, de haberse producido, habría que comprobar si ha dado lugar a una indefensión material, en el sentido que acabamos de exponer.

Cabe destacar que, si bien inicialmente la recurrente no alega indefensión, sí lo hace después en su escrito de alegaciones de 19 de junio de 2020 en respuesta al informe de la DC. En el mismo reprocha al órgano instructor que haya dictado un informe que contiene un juicio anticipado de su participación en una infracción de la normativa de competencia, así como una valoración e interpretación de la documentación recabada en su sede.

Añade que no ha sido notificado aún el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) y no se ha dado a las partes incoadas la oportunidad de alegar en cuanto a las imputaciones en él eventualmente incluidas, por lo que al plantear la DC una discusión sobre la atribución de responsabilidad, la misma es contraria a la normativa de competencia. Por todo ello, estima que la DC ha utilizado el trámite del artículo 24 del RDC para adelantar una valoración cuando no procedía, ocasionando además con ello una vulneración en los derechos de defensa de las demás empresas incoadas que pudieran llegar a aparecer en la documentación y para las que ni siquiera se les ha puesto de manifiesto el informe.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero

Cabe destacar que la Sala no aprecia juicio de valoración alguno en el informe de la DC de 3 de marzo de 2020 en el sentido que manifiesta AUDECA. No tiene lugar en el mismo la atribución de una conducta concreta a AUDECA ni su calificación jurídica ni tampoco se emite ningún tipo de acusación contra la recurrente.

La DC únicamente se limitó a analizar si procedía o no declarar confidenciales los documentos controvertidos y a describirlos. De hecho, en su acuerdo de 10 de febrero de 2020 la DC declaró confidencial gran parte de la información recabada en la inspección de la sede de AUDECA: (i) en formato papel (folios 5429 y 5434 a 5459 del expediente); (ii) conversaciones de whatsapp (folios 5460 a 5471 del expediente); y, (iii) en formato electrónico (folios 5332 a 5371 y 5387 a 5394), incorporando al expediente versiones censuradas elaboradas de oficio. Asimismo, aceptó la versión confidencial aportada por AUDECA en relación con más de 140 folios que se listaban en el ANEXO adjunto al citado acuerdo de 10 de febrero de 2020. Por tanto, declaró confidencial la documentación referida a la estrategia comercial de AUDECA que constituía secreto comercial y cuya difusión podía causar un perjuicio irreparable a la recurrente.

Sin embargo, declaró no confidenciales el resto de documentos por dos motivos: (i) no ser información de carácter comercial constitutiva de secreto de negocio cuya divulgación pudiera ocasionar un perjuicio a la empresa; (ii) contener información necesaria para delimitar la existencia, el alcance y los efectos de las conductas investigadas en el citado expediente sancionador; y (iii) garantizar el derecho de defensa del resto de incoadas. No únicamente para tutelar los derechos de defensa de las demás partes en el expediente, como alega la recurrente.

La DC actuó, pues, se ha limitado a aplicar el triple análisis necesario para determinar la confidencialidad o no de unos determinados documentos en el marco de un expediente sancionador, siguiendo la doctrina de la CNMC¹⁴ que, a su vez, ha venido confirmando la de la extinta CNC¹⁵, esto es: (i) determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; (ii) si tratándose de secretos comerciales originalmente, éstos han tenido difusión entre terceros, de forma que han perdido la calificación de secreto comercial; y, (iii) si se trata de secretos comerciales, que no han tenido difusión entre terceros, si éstos son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y también para garantizar el derecho de defensa de las imputadas.

Ello demuestra que la decisión de la DC sobre la confidencialidad de los documentos recabados fue fruto de un análisis en el que se tuvieron en cuenta los diferentes principios en juego y se atendieron a las circunstancias concretas de este caso, de conformidad con lo que viene siendo reiterado por los tribunales¹⁶.

De este modo, la DC llegó a la conclusión de que los documentos no constituían secreto comercial o, en caso de que pudieran llegar a serlo, comprobó que estaban directamente

¹⁴ Resoluciones de la CNMC de 13 de diciembre de 2018, Expte. R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING y de 30 de abril de 2019, Expte. R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2, entre otras.

¹⁵ Resoluciones del Consejo de la CNC 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, entre otras.

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

relacionados con el objeto del expediente sancionador S/0013/19 y resultaban necesarios para fijar los hechos y garantizar el derecho de defensa de todos los imputados. Cabe destacar que en los documentos controvertidos o bien intervienen o bien se hace referencia a terceras empresas, razón por la que debe contemplarse el derecho de defensa de estas partes en la medida en que se trata de empresas también incoadas en el expediente tal y como se ha podido comprobar en el fundamento jurídico tercero, aunque AUDECA niegue ambas cosas en su escrito de alegaciones.

Sobre el momento procedimental en el que se ha adoptado el acuerdo de confidencialidad, cabe señalar que no es posible, como pretende la recurrente, acordar confidencial toda la información recabada en una inspección hasta el dictado del pliego de cargos (PCH). Ello contravendría la normativa vigente en materia de defensa de la competencia nacional y de la UE. Así, la *Comunicación* define qué documentos pueden considerarse confidenciales en sus considerandos 18 y 19, razón por la que no es posible adoptar la confidencialidad de aquéllos documentos que no reúnan los requisitos mencionados en los mismos. Razón también por la que la DC debe proceder a realizar el triple análisis ya descrito previamente a la declaración de confidencialidad de determinados documentos.

Y ello de manera independiente al dictado del PCH, principalmente por tres motivos: (i) el primero de ellos, porque ni el artículo 42 de la LDC ni el 20 del RDC prevén un momento procedimental concreto en el que haya de solicitarse o resolverse sobre cuestiones de confidencialidad sino que, al contrario, se establece como un principio general permitiéndose *“en cualquier momento del procedimiento”*; (ii) el segundo de ellos, porque el artículo 31 del RDC permite el acceso de los interesados al expediente en cualquier momento *“una vez incoado el expediente”*; y, (iii) el tercero, porque el artículo 32.2 del RDC permite a los interesados en el expediente tanto aducir alegaciones como proponer la práctica de las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses *“en cualquier momento de la instrucción”*.

La DC, pues, ha actuado de conformidad con la legalidad vigente y teniendo en cuenta los derechos de defensa de las demás empresas incoadas, como ha podido comprobarse y en contra de lo alegado por la recurrente. En este sentido, ha de destacarse que la información controvertida puede ser tanto prueba de cargo como de descargo, razón por la que la CNMC ha venido manifestando que: *“(…) las empresas incoadas deben tener acceso a aquella documentación que va a ser utilizada de cara a la determinación de los hechos (paralelismo y finalidad común) y a la verificación de la participación y responsabilidad de cada una en la conducta investigada y en la posible infracción de la normativa de competencia. Si únicamente algunas empresas incoadas tuvieran acceso a tal documentación se podrían vulnerar gravemente los derechos de defensa del resto de las empresas incoadas”*¹⁷. Por todo ello, no es posible aceptar la alegación de AUDECA referida a que *“la DC ha utilizado el trámite del artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia para adelantar una valoración cuando no procedía, ocasionando además con ello una vulneración en los derechos de defensa de*

¹⁷ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 3 de noviembre de 2016, Expte R/AJ/62416 INDRA y de 19 de diciembre de 2018, Expte. R/AJ/069/18 BEI.

las demás empresas incoadas que pudieran llegar a aparecer en la documentación y para las que ni siquiera se les ha puesto de manifiesto el informe”.

A todo lo expuesto ha de añadirse que, en la medida en que la recurrente ha podido presentar este recurso contra el acuerdo de la DC de 10 de febrero de 2020 e interponer las alegaciones que ha estimado oportunas al informe de la DC de 3 de marzo de 2020, la Sala considera que no se ha producido ningún tipo de indefensión a la recurrente. Asimismo, continúa pudiendo ejercitar plenamente sus derechos de defensa en el marco del expediente S/DC/0013/19.

3.2. Sobre la ausencia de perjuicio irreparable

AUDECA señala que los documentos controvertidos deben declararse confidenciales ya que lo contrario le causaría un perjuicio irreparable por tratarse de información que ostenta el carácter de secreto comercial que sería accesible a otros competidores.

No obstante, AUDECA no especifica qué tipo de perjuicio irreparable le causaría que los documentos controvertidos no se declararan confidenciales. AUDECA no ha razonado qué perjuicio grave le produciría la divulgación de dicha información y que justificaría el nivel reforzado de protección que confiere la confidencialidad requerida. Se recuerda, al respecto, que la AN¹⁸ ha matizado que para que una información pueda considerarse secreto comercial su divulgación ha de poder causar un perjuicio *grave* y que el TS¹⁹ ha manifestado que los secretos comerciales afectan decisivamente a la subsistencia de las empresas en un entorno competitivo por lo que requieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad cuya divulgación pueda causarles un perjuicio grave.

AUDECA no ha señalado en qué medida el conocimiento de la información cuya confidencialidad se ha denegado afectaría a su capacidad para competir en el mercado ni cómo se distorsionarían las condiciones de competencia en dichos mercados, incluidas licitaciones que vayan a ser convocadas en un futuro, habiendo reiterado esta Sala la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría por la eventual revelación de un secreto comercial.

De conformidad con lo expuesto, la CNMC ha venido reiterando la necesidad de una justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de documentos incorporados al expediente administrativo, sin que ésta se pueda limitar a la aportación de una versión censurada del documento cuya confidencialidad se solicita: *“(...) se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentren sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”.*

Sin embargo, en sus alegaciones al Informe de la DC de 3 de marzo de 2020, AUDECA señala que la DC no puede argumentar que no motivó el grave perjuicio que le ocasionaría el levantamiento de la confidencialidad sobre los datos que había identificado como secretos de negocio dado que dicho perjuicio se presume al tratarse

¹⁸ Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2011, en el ámbito del Expte. R/0054/10 BBR

¹⁹ Auto del TS de 5 de octubre de 2006

de secretos comerciales, como ha indicado el Tribunal Supremo. De este modo, AUDECA reconoce de forma explícita que, efectivamente, nunca ha justificado el perjuicio irreparable que le produciría el hecho de que no se declararan confidenciales los documentos controvertidos. Y como ya afirmó la extinta CNC²⁰ *“una manifiesta falta de fundamentación de la confidencialidad solicitada, y en este caso recurrida, debe conducir a la desestimación del recurso sin entrar a analizar la controversia de fondo”*.

Sin embargo, la cuestión es que dichos documentos, tal y como se ha concluido en el fundamento jurídico tercero de la presente resolución, no constituyen información confidencial. Como ya se ha indicado en dicho fundamento jurídico, esta Sala considera que la información controvertida no es susceptible de ser incluida dentro de la categoría de información confidencial dado que bien ha perdido su carácter confidencial por el transcurso del tiempo, bien no reúne los requisitos de secreto comercial o bien está directamente relacionada con el objeto de investigación del expediente sancionador S/0013/19 CONSERVACIÓN CARRETERAS y puede sustentarla imputación o, en su caso, la exoneración de responsabilidad de las empresas implicadas, por lo que también resulta necesario que todas ellas tengan acceso a dicha información.

Así, de conformidad con anteriores resoluciones de la CNMC²¹:

“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”.

En el mismo sentido se ha venido pronunciando la Audiencia Nacional²²:

“la tensión entre la salvaguarda de la confidencialidad y la posibilidad de reprimir conductas, eventualmente ilícitas, debe resolverse, en última instancia, a favor de esta última opción”.

Asimismo, como ya ha indicado la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en resoluciones anteriores²³ y reconoce la propia recurrente en sus alegaciones

“(…) las empresas incoadas deben tener acceso a aquella documentación que va a ser utilizada de cara a la determinación de los hechos (paralelismo y finalidad común) y a la verificación de la participación y responsabilidad de cada una en la conducta investigada y en la posible infracción de la normativa de competencia. Si únicamente algunas empresas incoadas tuvieran acceso a tal documentación

²⁰ Resolución de la CNC de 3 de febrero de 2012

²¹ Entre otras, las resoluciones del Consejo de 3 de noviembre de 2016 del expte. R/AJ/623/16, SOFTWARE AG; de 29 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/632/16 TOP CABLE; de 21 de diciembre de 2017, Expte. R/AJ/060/17, ALTADIS 2; de 19 de diciembre de 2018, Expte. R/AJ/069/18, BEI; de 30 de abril de 2019, Expte. R/AJ/007/19 CAF SIGNALLING 2; de 11 de julio de 2019, Expte. R/AJ/033/19 ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS IBÉRICA, S.L.0 y de 18 de julio de 2019, Expte. R/AJ/055/19 NOKIA 2

²² Sentencia de la AN 1654/2016 de 13 de mayo de 2016, confirmando la resolución de 19 de septiembre de 2013, Expte. R/0146/13 LANTERO CARTON.

²³ Resolución de la CNMC de 3 de noviembre de 2016, Expte. R/AJ/624/16, INDRA; resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2018 Expte. R/AJ/069/18 BEI

se podrían vulnerar gravemente los derechos de defensa del resto de las empresas incoadas."

HA RESUELTO

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por AUDECA S.L.U. contra el acuerdo de la DC de 10 de febrero de 2020 en el particular relativo a la imagen personal contenida en el folio F044 (folio 5327 del expediente) y desestimar el recurso en todo lo demás.

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