

RESOLUCIÓN **(Expte. R/0117/12, MEDIASET)**

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente D^a. M^a. Jesús González López, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0117/12 MEDIASET, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por parte de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante MEDIASET), contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (en adelante DI), de 2 de octubre de 2012, que resuelve la solicitud de levantamiento parcial de confidencialidad de determinada información obrante en el expediente Sancionador SNC/024/12.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 7 de junio de 2012, se notificó a MEDIASET la incoación del expediente sancionador SNC/0024/12 por supuesto incumplimiento del compromiso (ii) de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en la operación C/0230/10 TELE CINCO/ CUATRO, relativo a la comercialización de la publicidad televisiva.
2. En el marco de dicho expediente sancionador, el 12 de julio de 2012 la DI realizó un requerimiento de información a quince anunciantes, (Grupo Leche Pascual, Repsol, Unilever, BBVA, Danone, Vodafone, Pepsico Foods, Procter and Gamble, Gas Natural, Telepizza, Ing Direct, Arbora Ausonia, Gallina Blanca, Nutrexa y Grupo Santander), solicitándoles, entre otros asuntos, detalles sobre el proceso de negociación de la publicidad televisiva con MEDIASET. La DI de la CNC fue acordando cautelarmente la aceptación de las solicitudes de confidencialidad que algunos de los anunciantes habían venido realizando en relación a sus respuestas al requerimiento de información.

3. Con fecha 21 de septiembre de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de MEDIASET solicitando el levantamiento total o parcial de la confidencialidad de las respuestas al requerimiento de información de la DI de 12 de julio de 2012, de siete de estos anunciantes (Grupo Leche Pascual, Repsol, BBVA, Danone, Pepsico Foods, Procter and Gamble, y Grupo Santander), en la medida en que no aportaron versión censurada o no habían justificado debidamente los motivos de la solicitud de confidencialidad.
4. Con fecha 24 de septiembre de 2012 la DI envió nuevo requerimiento a Procter and Gamble con el objeto de que revisase su solicitud de confidencialidad inicial respecto a su escrito de 31 de julio de 2012, y para que, en su caso, aportase una nueva versión no confidencial con respecto a los apartados mencionados por MEDIASET en su escrito de 21 de septiembre de 2012. El 1 de octubre de 2012 tuvo entrada nueva solicitud de confidencialidad y versión censurada de Procter and Gamble, y al día siguiente, la DI resolvió aceptar cautelarmente la nueva versión censurada de su escrito de 31 de julio de 2012.
5. Con fecha 2 de octubre de 2012, en relación con el resto de anunciantes (Grupo Leche Pascual, Repsol, BBVA, Danone, Pepsico Foods y Grupo Santander), y teniendo en cuenta que efectivamente no habían aportado versión censurada, tal y como se solicitaba en el requerimiento de información del 12 de julio de 2012, la DI declaró de oficio el levantamiento de determinados aspectos de las respuestas, manteniendo confidencial la identidad de los anunciantes, así como cualquier aspecto de las respuestas que pudiera facilitar su identificación o que contuviese información comercial sensible, en la medida en que consideraba que su revelación a MEDIASET era susceptible de causar un perjuicio a los anunciantes.
6. El 8 de octubre de 2012, la DI remitió a MEDIASET Propuesta de Resolución en el marco del expediente SNC/0024/12, en la cual se acreditaba un incumplimiento del compromiso (ii) de la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, en el expediente C/0230/10 TELE CINCO/ CUATRO relativa a la comercialización de la publicidad televisiva.

Con fecha 15 de octubre de 2012 tuvo entrada en la CNC escrito de MEDIASET por el que se interponía recurso administrativo, en virtud del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DI de levantamiento parcial de confidencialidad de 2 de octubre de 2012.

7. Con fecha 17 de octubre de 2012, conforme a lo indicado en el artículo 24 RDC, el Consejo de la CNC remitió copia del recurso a la DI a efectos de que, por el órgano instructor, se emitiese el preceptivo informe.
8. El 18 de octubre de 2012, la DI acordó, en virtud del artículo 37.1.d) de la LDC, la suspensión del cómputo del plazo máximo de resolución del procedimiento en el expediente SNC/0024/12, desde la fecha de presentación del recurso, el 15 de octubre de 2012, hasta que el Consejo de la CNC resolviese el mismo,

según lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. En el mismo acuerdo, la DI, conforme a lo previsto en el artículo 37.3 de la LCD, denegó a MEDIASET la suspensión del plazo para presentar alegaciones a la Propuesta de Resolución de la DI de 8 de octubre de 2012.

9. Con fecha 23 de octubre de 2012 la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7. En dicho informe, la DI propone que se desestime en todos sus términos el recurso interpuesto por MEDIASET, por cuanto considera que su acuerdo de levantamiento parcial de la confidencialidad de 2 de octubre de 2012 es ajustado a derecho.
10. Por Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 8 de noviembre de 2012, se admitió a trámite el recurso, concediendo a MEDIASET un plazo de 15 días para formular alegaciones.
11. Con fecha 27 de noviembre de 2012, MEDIASET presentó escrito de alegaciones al informe de la DI de 23 de octubre de 2012.
12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 12 de diciembre de 2012.
13. Es interesada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente. Se promueve el presente recurso por parte de la representación procesal de MEDIASET al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el Acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012, por el que se levantó parcialmente la confidencialidad de las respuestas de seis anunciantes a los requerimientos de información realizados por la DI a quince anunciantes.

El Acuerdo de 2 de octubre de 2012 objeto del recurso se dirige, por tanto, exclusivamente a levantar parcialmente la confidencialidad de las respuestas de seis de los quince anunciantes consultados el 12 de julio de 2012; en concreto, los seis anunciantes que no habían aportado versión censurada de su respuesta a la solicitud de información emitida por la DI.

En su recurso de 15 de octubre de 2012, MEDIASET solicita del Consejo de la CNC los siguientes pronunciamientos:

- La anulación del citado Acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012 objeto de impugnación, con instancia expresa a la DI para que adopte un nuevo acuerdo de levantamiento de confidencialidad que permita el acceso de MEDIASET a toda la información aportada por los anunciantes en respuesta a la solicitud de información, incluyendo la identidad de cada uno de los anunciantes.

- Subsidiariamente, que el nuevo acuerdo de levantamiento de confidencialidad permita el acceso de MEDIASET a la información aportada por los anunciantes en respuesta a solicitud de información que ha sido considerada en la Propuesta de Resolución,
- o, subsidiariamente que se permita el acceso de Mediaset España al menos a la identidad de los anunciantes destinatarios de las seis propuestas comerciales que se mencionan en la Propuesta de Resolución, ya que siendo aquéllas propuestas enviadas por Mediaset España a los anunciantes no se trata de información sensible que Mediaset España no debería conocer, ni de información que podría ocasionar represalias por parte de éste último, dado que se trata de hechos objetivos y no de valoraciones subjetivas.

La recurrente considera que no concurren las razones aducidas por la DI en su Acuerdo de 2 de octubre de 2012 para el tratamiento confidencial de la información controvertida y, específicamente, en lo que respecta a la identidad de los anunciantes. Asimismo, estima MEDIASET, que este acceso limitado a las respuestas de los anunciantes le provoca la vulneración de los derechos de defensa consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española, dada la importancia que la DI ha atribuido a las mismas en su Propuesta de Resolución de 8 de octubre de 2012.

Por el contrario, la DI entiende que no procede declarar contrario a derecho su Acuerdo de levantamiento parcial de confidencialidad de 2 de octubre de 2012, y ello por los diversos motivos que expone a lo largo de su informe de 23 de octubre de 2012, elaborado al hilo del recurso que aquí se resuelve, y que le llevan a considerar que la solución que había adoptado estaba justificada objetivamente.

La recurrente, en las alegaciones de fecha 27 de noviembre de 2012 realizadas al informe de la DI de 23 de octubre de 2012, se reafirma en las solicitudes realizadas en su recurso de 15 de octubre de 2012, e insiste en la inexistencia del equilibrio, teóricamente preservado por la DI, entre su derecho de defensa y la confidencialidad de la información aportada por los anunciantes.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC. El artículo 47 de la LDC de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI, estableciendo que *“las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

Conforme al citado precepto legal, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por MEDIASET supone verificar si el Acuerdo recurrido ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría a la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, a su desestimación.

Dado que la empresa recurrente no argumenta perjuicio irreparable como motivo para interponer el presente recurso, a continuación se analiza si el Acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012, produce efectivamente indefensión a MEDIASET.

Tal y como ha establecido reiterada doctrina de la CNC a propósito de la noción de “indefensión” contenida en el artículo 47 de la LDC, para que la indefensión generada por el acto de tramite permita la impugnación de éste, ha de tratarse de una indefensión de carácter sustancial, que entrañe “efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.

La representación de MEDIASET sostiene que, en la medida en que ha tenido un acceso limitado a las respuestas de los anunciantes al Requerimiento de Información de la DI de 12 de julio de 2012, y que las mismas han servido de base a las imputaciones de la DI, dicha confidencialidad constituye una vulneración del derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

Sobre el tratamiento de la confidencialidad, la jurisprudencia ha señalado que ante un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comerciales o industriales, se impone una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo (Autos del TS de 31 de enero, 13 de julio y 5 de octubre de 2007; asimismo, recogiendo tal doctrina, vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, Fº Jº Cuarto).

Como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007 (rec.12/06) *“Esta doctrina no se opone sino que resulta complementaria de la que se expone en la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991, recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, ‘Se deduce de lo anterior que la Comisión está obligada a poner de manifiesto a las empresas implicadas en un procedimiento de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE el conjunto de documentos de cargo y de descargo que recogió durante su investigación, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales. Este Tribunal considera que en el caso de autos ninguna circunstancia permite demostrar que los servicios de la Comisión seleccionaran los documentos que se pusieron de manifiesto a la demandante con el fin de impedirle demostrar que, dada la posición de su empleado en las reuniones de productores de polipropileno, ella no había participado en la infracción. En efecto, es preciso reconocer que, frente a las negativas de la Comisión, la demandante no ha aportado indicio alguno que pueda demostrar la mala fe de los servicios de la Comisión, cosa que habría podido hacer concretando ante ese Tribunal las sospechas que expresó en su escrito de 30 de agosto de 1984, según las cuales*

ciertos documentos descubiertos por la Comisión en sus locales no habían sido recogidos en el expediente que se le puso de manifiesto.'

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor de la cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso en concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados".

Como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, ningún derecho, ni aún los fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

Situados en esta perspectiva, es en efecto carga de la parte recurrente argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el sólo examen de la documentación no confidencial, sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Asimismo, no resulta suficiente una mención inconcreta o genérica a la documentación declarada confidencial.

Si las razones suministradas al afecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial, habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad.

TERCERO.- Improcedente alegación de indefensión. De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el Fundamento de Derecho anterior, este Consejo entiende que los argumentos alegados por la recurrente, tanto en su recurso de 15 de octubre de 2012, como en las alegaciones de 27 de noviembre de 2012, no pueden considerarse motivación suficiente a efectos del levantamiento de la confidencialidad. Y ello por las distintas razones que a continuación se irán exponiendo.

No obstante, antes de cualquier otra consideración, se hace necesario que este Consejo se pronuncie sobre las peticiones del recurrente anejas a su solicitud de nulidad del Acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012 y que se refieren a actuaciones posteriores al citado acuerdo puesto que, como se razonará a continuación, el presente recurso no es el cauce procedimental adecuado para plantearlas. En concreto, nos referimos al acceso a las respuestas e identidad de todos los anunciantes que respondieron a la solicitud de información de la DI de 12

de julio de 2012 o, al menos, a la identidad de los anunciantes destinatarios de las seis propuestas comerciales que se mencionan en la Propuesta de Resolución.

La recurrente alega que el acceso limitado a las respuestas de los anunciantes le provoca la vulneración de los derechos de defensa consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española, a la vista del contenido de la Propuesta de Resolución emitida por el órgano instructor. Sin embargo este Consejo considera que, como razona la DI, el presente recurso no puede prosperar en lo que se refiere a los aspectos directamente relacionados con la Propuesta de Resolución de 8 de octubre de 2012, en la medida en que el citado acto ni es objeto del presente recurso ni, por lo tanto, puede ser utilizado por este Consejo como término de comparación para valorar la legalidad del acuerdo recurrido. En efecto, el acto que MEDIASET recurre en su escrito de 15 de octubre es el acuerdo de la DI de 2 de octubre de 2012, que levantó parcialmente la confidencialidad de las respuestas de seis anunciantes a la solicitud de información previa de 12 de julio de 2012, pero que no se refiere al acceso a las respuestas del resto de anunciantes no considerados en el mismo, o en su defecto, a la identidad de los anunciantes citados en dicha propuesta. Cualquier pronunciamiento que se pretendiese al respecto por parte de este Consejo constituiría una extralimitación de las facultades de revisión de actos realizados en fase de instrucción que le reconoce el artículo 47, y que, como resulta evidente, no constituye un título general de examen de todas las actuaciones del procedimiento sino única y exclusivamente de aquélla frente a la que se dirige la impugnación.

Tampoco puede prosperar la pretensión que se refiere exclusivamente al acuerdo impugnado, es decir, el levantamiento parcial de la confidencialidad de las respuestas de seis de los quince anunciantes consultados el 12 de julio de 2012, ya que este Consejo entiende que también ha sido incorrectamente formulada por MEDIASET.

Si se parte de la consideración de que, a la vista del artículo 47 de la LDC, el único motivo en el que se puede fundar, como de hecho se hace, el presente recurso, es la indefensión, es evidente que el acto recurrido carece, per se, de potencial para ocasionarla, puesto que, como bien evidencian las constantes referencias que la recurrente hace en su escrito, ha de estarse a una actuación posterior, la imputación formulada en la Propuesta de Resolución, para que el Consejo pueda valorar la incidencia que aquélla tiene en su derecho de defensa. Y como acabamos de exponer, tal es una actuación que excede los límites revisores a que está facultado este Consejo en este momento y a través del presente cauce procedimental.

Lo anterior no implica que MEDIASET, a la vista de la Propuesta de Resolución, no pueda solicitar el levantamiento de la confidencialidad de los datos en cuestión si considera que pueden afectar a su derecho de defensa, sino que donde debiera hacerlo es en el procedimiento principal, el SNC/0024/12, y ante el órgano que, en la actualidad, ostenta la competencia sobre el mismo, es decir, la Dirección de Investigación.

En todo caso, y como ya ha afirmado este Consejo en la reciente Resolución de 17 de octubre de 2012, (Expte. R/0111/12, ORACLE) respecto a un recurso similar, en la medida en que la tramitación del procedimiento sancionador debe continuar según lo previsto en la LDC, si una vez que el expediente se eleve al Consejo y éste analice en detalle la totalidad de la documentación que lo conforma, considerase que parte de la documentación a la que no ha tenido acceso MEDIASET es necesaria para poder ejercitar con plenitud su derecho de defensa, podría levantar la confidencialidad de la misma.

Por ello, en ausencia de los presupuestos previstos por el artículo 47 de la LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser íntegramente desestimado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, EL CONSEJO,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de MEDIASET contra el Acuerdo de la DI de fecha 2 de octubre de 2012.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al recurrente, 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 su notificación.