



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/057/20 MENDIVIL

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

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 22 de septiembre de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) ha dictado la siguiente resolución en el expediente R/AJ/057/20 MENDIVIL por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la mercantil MENDIVIL, S.A (“MENDIVIL”) al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de junio de 2020, de denegación parcial de la confidencialidad solicitada por la empresa en el marco del expediente sancionador S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de octubre de 2015, la Dirección de Competencia formuló requerimiento de información a UNIÓN CINE CIUDAD S.L (en la actualidad MENDIVIL, S.A) en el marco de las diligencias previas DP/0069/15 (posteriormente, expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA), al que dio respuesta la empresa en fecha 15 de octubre de 2015, solicitando la confidencialidad de la información remitida (escritos de respuesta y anexos) y aportando versión censurada exclusivamente del escrito de respuesta.
2. Mediante acuerdo de 2 de junio de 2020, la Dirección de Competencia aceptó parcialmente la solicitud de confidencialidad presentada por UNIÓN CINE CIUDAD S.L. (UCC)

3. Con fecha 19 de junio de 2020, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC y dentro del plazo de 10 días hábiles que establece el precepto, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de recurso de MENDIVIL contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de junio de 2020.
4. Con fecha 22 de junio de 2020, 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 Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
5. Con fecha 29 de junio de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe en el que considera que procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por MENDIVIL, adjuntando versión censurada elaborada de oficio.
6. Con fecha 14 de julio de 2020, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de MENDIVIL, concediendo un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 15 de julio de 2020, la representación de MENDIVIL tuvo acceso al expediente.
8. MENDIVIL no ha presentado escrito de alegaciones complementarias.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de septiembre de 2020.
10. Es interesado en este expediente MENDIVIL S.A. (MENDIVIL)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Se interpone el recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de junio de 2020, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad de determinada información proporcionada por UCC en contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Competencia el 5 de octubre de 2015, en el ámbito de las diligencias previas DP/0069/15 (actualmente expte S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA)

El artículo 47 de la LDC dispone que *“las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”*.

En su escrito de interposición MENDIVIL solicita al Consejo que reconozca el carácter confidencial de la documentación controvertida y no se incorpore la misma al expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

Los documentos objeto de controversia en el presente recurso son los siguientes:

- Condiciones de contratación con Paramount (folio 1010 del expediente principal).
- Contrato celebrado con YMAGIS SPAIN S.L.U. (YMAGIS) (folios 1020 a 1085 del expediente principal).

La recurrente basa su pretensión en las siguientes consideraciones:

- MENDIVIL argumenta que la Dirección de Competencia basa la negativa a reconocer el carácter confidencial únicamente en un elemento temporal, la antigüedad superior a cinco años de la documentación, lo cual no se considera acertado, pues los contratos están todavía en cumplimiento. En este sentido, invoca la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016, indicando que dicho plazo de cinco años para calificar o no un documento o información como confidencial no opera de forma automática, sino que, a pesar del tiempo transcurrido, si los documentos conservan valor comercial, deben mantener su condición de confidenciales.

Asimismo, señala que se trata de “*contratos marco*” o reguladores de una situación general que se concreta posteriormente por cada año/campaña/evento u otras cuestiones puntuales o recurrentes en el tiempo y que en consecuencia están en vigor.

- Respecto de las condiciones de contratación con Paramount, alega que tienen una importante incidencia en el desarrollo de la actividad de la empresa, por cuanto se trata de una de las distribuidoras de películas más importante a nivel nacional e internacional y cuyas películas suponen un importante volumen de ingresos en la actividad de MENDIVIL.

Subraya MENDIVIL que las condiciones de contratación que las salas cinematográficas tienen con las distribuidoras son uno de los aspectos sobre los que se guarda una estricta confidencialidad en el seno de dichas empresas, por lo que es práctica habitual y consolidada el sometimiento a dicho carácter reservado.

Por ello, las condiciones en las que las empresas que explotan las salas de exhibición contratan con las distribuidoras gozan de una gran importancia en el desarrollo de la actividad, ya que a su vez, estos acuerdos van a influir en cuestiones tales como las estrategias comerciales que pueden ser adoptadas (por ejemplo, promociones comerciales) o sobre las previsiones de la evolución

de la actividad y de la cifra de negocio o sobre las estructuras de costes, informaciones todas ellas que no son públicas.

La posibilidad de acceso público a dichas condiciones permitiría a otras compañías dedicadas a la explotación de salas de exhibición cinematográfica conocer las condiciones con las que MENDIVIL contrata con una de las distribuidoras de mayor relevancia en el mercado cinematográfico español, causando un importante perjuicio para la empresa, de manera que cumple con los requisitos de su consideración como secreto comercial.

- Respecto al contrato con YMAGIS, sobre servicios relacionados con los sistemas de proyección, manifiesta que concurren similares consideraciones, por cuanto se trata de un contrato en vigor y que marca una diferencia sustancial de MENDIVIL respecto a sus competidores.

Dadas las exigencias actuales en materia de calidad de imagen y sonido que los usuarios requieren a las salas de exhibición cinematográfica y la cada vez mayor competencia entre las salas en esta materia, la importancia de contar con sistemas de proyección de calidad cada vez es mayor para un buen posicionamiento en el mercado, utilizándose cada vez más como un elemento diferenciador de la calidad de las salas.

El acceso a esta información contractual permite conocer las condiciones técnicas de los sistemas de proyección con los que cuentan las salas explotadas por MENDIVIL.

Esta información técnica es de vital importancia para las salas de exhibición al tratarse de uno de los elementos diferenciadores sobre los que basar las estrategias comerciales para la promoción de los servicios y la captación de nuevos clientes.

Frente a lo alegado por la recurrente, la Dirección de Competencia propone en su informe de 29 de junio de 2020 que se estime parcialmente el recurso de MENDIVIL, al considerar que procede aceptar la confidencialidad solicitada respecto de ciertas diapositivas del documento "*condiciones de contratación con PARAMOUNT*" (folio 1010), adjuntando la correspondiente versión censurada elaborada de oficio, y reiterando la valoración realizada sobre la no confidencialidad del contrato con YMAGIS.

SEGUNDO. - Naturaleza del recurso interpuesto

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

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de

30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la Dirección de Competencia deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo:

“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra 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".

La Audiencia Nacional, en sentencia de 18 de mayo de 2011, en equivalente sentido, señala:

"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005 y 11-X1-2005 y 24-15-2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC".

Asimismo, la resolución de 16 de julio de 2009 (expte R/0022/09, PELUQUERÍA PROFESIONAL) ya especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*. Deben estas referencias entenderse ahora hechas a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

No estamos, pues, ante los recursos regulados en la LPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la resolución del recurso interpuesto por MENDIVIL supone verificar si el acuerdo de 2 de junio de 2020, de denegación parcial de confidencialidad, ocasiona indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

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”*.

Por lo tanto, la LDC permite que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en el mismo. Sin embargo, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las circunstancias de cada caso. Así lo recoge la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 cuando hace alusión a que *“el concepto “confidencial” es un concepto jurídico indeterminado por lo que hay que atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter”*.

Así ha sido señalado reiteradamente por la CNMC¹, afirmando que *“se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*; y añade *“ello debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados”*.

Por ello, no basta la simple cita al *“secreto comercial”* para obtener una declaración de confidencialidad. La declaración de confidencialidad no constituye tampoco un derecho para la recurrente, sino que se trata de una decisión del organismo resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso y que debe acordarse de forma motivada².

La recurrente considera que la difusión de la información controvertida podría causarle un importante perjuicio. De acuerdo con la definición de perjuicio irreparable dada por el Tribunal Constitucional, se 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 muchos, autos del TC 79/2009, de 9 de marzo, y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

Con fecha 4 de junio de 2020, la CNMC publicó la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007 (en adelante, Guía de Confidencialidad).

Como señala la Guía de Confidencialidad, recogiendo los precedentes en la materia, para realizar una evaluación sobre la confidencialidad de unos concretos documentos

¹ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 13 de diciembre de 2018 (Expte [R/AJ/068/18](#) CAF SIGNALLING); de 4 de diciembre de 2018 (Expte [R/AJ/067/18](#) THALES ESPAÑA).

² Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2017, en el ámbito del Expte. S/DC/0584/16 Agencias de Medios.

en el marco de un procedimiento sancionador es preciso llevar a cabo un triple examen³. En primer lugar corresponde determinar si se trata de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales, estos han tenido difusión entre terceros y, en tercer lugar, si son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los sujetos incoados.

Por lo tanto, procede evaluar el examen de confidencialidad realizado en el acuerdo de 2 de junio de 2020 sobre la documentación cuyo carácter confidencial MENDIVIL sostiene, con el fin de determinar o no su carácter secreto, de acuerdo con el triple examen descrito.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por MENDIVIL, entiende que la Dirección de Competencia realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en el acuerdo recurrido, tratándose de información relevante para la investigación en curso, sin que el conocimiento por parte de las empresas incoadas ocasione un grave perjuicio a MENDIVIL.

Por otro lado, procede señalar que MENDIVIL no habría identificado ni en su solicitud ni en el presente recurso en qué medida el conocimiento de la información por los interesados en el expediente afectaría a su capacidad para competir en el mercado. Esta Sala ha establecido la necesidad de especificar el perjuicio grave que se generaría a la empresa por la eventual revelación de un secreto comercial, remitiéndose a lo dispuesto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011, que expresamente ha señalado que corresponde al recurrente acreditar que la divulgación de la información controvertida pueda causarle dicho grave perjuicio. Adicionalmente, corresponde subrayar que los competidores de MENDIVIL (otros exhibidores cinematográficos) no son incoados ni interesados en el expediente principal, por lo que no tienen en ningún caso acceso a la información controvertida.

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

1. Documento condiciones de contratación Paramount (folio 1010).

En cuanto a la alegación de MENDIVIL relativa a la confidencialidad del documento “Condiciones de contratación Paramount”, en su informe la Dirección de Competencia considera que, a la vista de las consideraciones indicadas en el recurso, que no habían sido señaladas en la fecha de la aportación de información por MENDIVIL

³ Por todas, la resolución de la CNMC de 24 de enero de 2014 (expte. [R/0158/13](#) TRANSPORTES CARLOS) y la resolución de 18 de julio de 2019 (expte. [R/AJ/055/19](#) NOKIA 2)

(antes UCC), y siguiendo un criterio de proporcionalidad, procede modificar la valoración inicialmente realizada. Por ello, declara la confidencialidad de las diapositivas uno, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve, al no resultar necesarias para fijar los hechos objeto del expediente sancionador y delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas, y parcialmente de la diapositiva segunda, según la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia que acompaña a su informe de 29 de junio de 2020 (folio 100). En ella se censura la información relativa al número de espectadores y recaudación bruta, así como las películas que quedan asociadas a la categoría A, manteniéndose el resto del documento como no confidencial, por contener información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

A la vista de la antigüedad del documento, fechado en agosto de 2008, y de que no se trata de un contrato marco, sino de una presentación en formato *Power Point* de carácter informativo que se remite a un contrato marco, esta Sala entiende que la valoración realizada por la Dirección de Competencia supone una proporcionada aplicación del test de los tres criterios más arriba expuesto.

Examinada en su conjunto la versión censurada, esta Sala confirma el criterio adoptado por la Dirección de Competencia en el informe de 29 de junio de 2020 y mantiene la confidencialidad solicitada, salvo aquella información obrante en la diapositiva segunda necesaria para delimitar la responsabilidad en relación con las conductas investigadas en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA, según la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia que acompaña a su informe de 29 de junio de 2020 (folio 100).

2. Contrato Ymagis (folios 1030 a 1085)

Con respecto a la confidencialidad del Contrato Ymagis, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en que el documento controvertido es una adaptación del contrato modelo aportado por YMAGIS al expediente. Contratos similares entre YMAGIS y otras distribuidoras requeridas son de acceso público en el expediente al haberse acordado la no confidencialidad de los mismos y no haberse recibido alegación alguna ni haberse interpuesto recurso al acuerdo de confidencialidad por parte de los exhibidores afectados.

Asimismo, tal y como indica la Dirección de Competencia, la propia YMAGIS en el recurso interpuesto también contra el acuerdo de desestimación parcial de la confidencialidad de determinada información aportada al expediente (R/AJ/065/20 YMAGIS), ha aceptado la no confidencialidad del modelo de contrato YMAGIS con los exhibidores.

Por otro lado, cabe reiterar que los exhibidores competidores de MENDIVIL no son parte interesada en el expediente por lo que carecen de acceso a tal información.

De acuerdo con lo anterior, tratándose además de información que la Dirección de Competencia entiende relevante para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas en el expediente, el motivo debe ser rechazado, manteniendo esta Sala el criterio adoptado por el órgano instructor sobre el carácter no confidencial del documento.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala entiende que el recurso debe ser estimado parcialmente. Procede declarar confidenciales las diapositivas uno, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve del documento Condiciones de Contratación Paramount (folio 1010 del expediente principal) y parcialmente la diapositiva segunda, según la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia que acompaña a su informe de 29 de junio de 2020 (folio 100). Asimismo, procede desestimar el recurso en relación con el contrato Ymagis.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por MENDIVIL S.A contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de junio de 2020, declarando la confidencialidad solicitada y declarar confidencial las diapositivas uno, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve del documento Condiciones de Contratación Paramount (folio 1010 del expediente principal) y parcialmente la diapositiva segunda, según la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia que acompaña a su informe de 29 de junio de 2020 (folio 100).

SEGUNDO.- Incorporar al expediente principal S/0001/20 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA la versión censurada elaborada de oficio por la Dirección de Competencia del folio 1010 del expediente principal, adjunta al informe de 29 de junio de 2020 (folio 100).

TERCERO.- Desestimar el recurso en relación con el documento contrato Ymagis (folios 1020 a 1085 del expediente principal).

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