



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/065/20 YMAGIS

## CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

### Presidenta

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

---

### Consejeros

D<sup>a</sup> 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, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el recurso interpuesto por YMAGIS SPAIN, S.L.U. (en adelante, **YMAGIS**) contra el acuerdo de 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la confidencialidad de determinada información en el expediente S/0001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 9 de junio de 2020, se dictó el acuerdo de la Dirección de Competencia por el que se denegaba la confidencialidad de parte de la información proporcionada por YMAGIS con carácter previo a la incoación del expediente sancionador S/001/19 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA.
2. Con fecha 25 de junio de 2020, ha tenido entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**), el recurso interpuesto por YMAGIS, de acuerdo 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 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia (en adelante, el “acuerdo recurrido”).
3. Con fecha 29 de junio de 2020, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (**RDC**), el Secretario del Consejo de la

CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por YMAGIS.

4. Con fecha 6 de julio de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la Dirección de Competencia consideró que procedía estimar parcialmente el recurso presentado, adjuntando versiones censuradas elaboradas de oficio.
5. Con fecha 14 de julio de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a la recurrente un plazo de 15 días para formular alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2020.
6. Con fecha 24 de julio de 2020, la recurrente remitió escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia de 3 de julio de 2020.
7. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 22 de septiembre de 2020.
8. Es interesado en este expediente de recurso: YMAGIS SPAIN, S.L.U.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente**

YMAGIS interpone recurso contra el acuerdo de 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se resuelve la confidencialidad solicitada por YMAGIS respecto de determinada información proporcionada por dicha empresa el 21 de marzo de 2019 en respuesta al requerimiento de información realizado el 22 de febrero de 2019.

En particular, la recurrente solicita al Consejo de la CNMC que admita el recurso y, en su virtud, declare la confidencialidad de la información contenida en los siguientes documentos:

- (i) Respecto a la contestación de YMAGIS de 21 de marzo de 2019 al requerimiento de información de la Dirección de Competencia (folios 5720 a 5745), solicita la confidencialidad de los folios 5736 a 5741. YMAGIS acepta la denegación de confidencialidad de los demás folios que no reproducen el contenido de los modelos de contrato *Virtual Private Fee (VPF)* entre YMAGIS y las seis Majors y contratos entre YMAGIS y los distribuidores nacionales.
- (ii) Respecto a los Modelos de Contrato VPF entre YMAGIS y los distribuidores nacionales (folios 5873 a 5936), YMAGIS solicita la confidencialidad de la totalidad del documento.

- (iii) Respecto a los contratos VPF de YMAGIS con cada una de las seis Majors (folios 5937 a 6280), YMAGIS solicita la confidencialidad de la totalidad del documento.

YMAGIS, por el contrario, acepta la denegación de confidencialidad relativa al modelo de contrato de YMAGIS con los exhibidores, aportado como anexo 3 a la contestación al requerimiento de información (folios 5794 a 5868).

Con relación a la documentación cuya denegación se recurre, YMAGIS fundamenta la necesidad de que los citados documentos sean declarados confidenciales porque siguen en vigor y se prevé que permanezcan operativos hasta finales de 2022, porque la concreta prestación de servicios de digitalización de salas de cine con los distribuidores son secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros y porque los contratos referidos no evidencian ningún tipo de uniformización de las políticas comerciales e incluyen información que abarca jurisdicciones que no son objeto de la investigación.

Según YMAGIS, la no declaración de confidencialidad de los citados documentos le causaría un perjuicio irreparable en términos económicos y empresariales derivado del acceso por cada Major a los contratos VPF de YMAGIS con el resto de Majors. En particular, debido a la existencia en los contratos de cláusulas de nación más favorecida (**MFN**), se debilitaría su posición negociadora con cada una de las Majors. Sobre esta base, YMAGIS entiende que debe declararse y mantenerse igualmente la confidencialidad respecto de las copias de estos mismos contratos proporcionados por las propias Majors.

La Dirección de Competencia en su informe de 3 de julio de 2020 propone estimar parcialmente el recurso interpuesto por YMAGIS contra su acuerdo de 9 de junio de 2020, manteniendo la no confidencialidad de ciertos folios controvertidos por contener información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas y para garantizar el derecho de defensa de los imputados. La Dirección de Competencia aporta versiones censuradas elaboradas de oficio.

- (i) Con relación al escrito de contestación al requerimiento de información de 21 de marzo de 2019 (folios 5720 a 5745), considera que procede mantener la no confidencialidad respecto de los folios 5727, 5732, 5733, 5734, 5735, 5737, 5740, 5741, y 5742.
- (ii) Con relación al modelo de contrato entre YMAGIS y los distribuidores nacionales (folios 5873 a 5936), considera que corresponde mantener la no confidencialidad respecto de los folios 5881, 5882 y 5884.
- (iii) Con relación a los contratos de YMAGIS con las seis Majors (folios 5937 a 6280), considera que procede mantener la no confidencialidad respecto de los folios 5943, 5948, 5951 (apartado 7 b), 5964 (cláusula 17), 5981 (apartado c), 5982 (incluyendo en el cuadro de países solo a España), 6008, 6010, 6012 a

6013 (cláusula *Condition precedent*), 6015 (cláusula f i, ii, iii, y iv), 6016 (cláusula f viii), 6036 (apartado 10 a) (i) a (iv) incl.), 6047 (en lo relativo a España), 6048, 6103 (apartado b), 6140 (apartado b vii), 6123 (apartado a), 6146 (en lo relativo a España), 6165, 6203, 6230, 6236, 6244, 6262, 6265, 6276 y 6277.

YMAGIS, en su escrito de alegaciones de 24 de julio de 2020, acepta la propuesta del informe de la Dirección de Competencia de 6 de julio de 2020 excepto:

- (i) La denegación de confidencialidad de los folios 5964, 6036 y 6244, pues contienen condiciones contractuales análogas a la cláusula MFN por lo que constituirían secreto de negocio. Reitera la posición plasmada en su recurso e insiste en que el conocimiento por parte de las Majors del contenido de estos contratos debilitaría la posición negociadora de YMAGIS con ellas.
- (ii) La denegación de confidencialidad de los folios 6276 y 6277 que contienen importes de precios y márgenes de VPF acordados ente YMAGIS y PARAMOUNT. Resulta contradictorio que la Dirección de Competencia únicamente considere no confidenciales los importes de los precios y márgenes de los VPF acordados por YMAGIS con PARAMOUNT, pero no con el resto de Majors. Añade que gran parte de la información contenida en la tabla de precios VPF va más allá del territorio español.

## **SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto**

Antes de analizar las concretas pretensiones de las recurrentes, conviene 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, 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.

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.

### **TERCERO.- Estimación parcial del recurso**

En primer lugar, el artículo 42 de la LDC posibilita que las partes puedan instar la confidencialidad de los documentos obrantes en el expediente, sin que ello constituya un principio absoluto<sup>1</sup>. Asimismo, 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 que la valoración de la confidencialidad pondere otros principios adicionales como el derecho de defensa de quienes son incoados en el procedimiento sancionador.

Cabe señalar también que el artículo 47 de la LDC dispone 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"*.

YMAGIS fundamenta su recurso en que la no declaración de confidencialidad de la citada información podría causarle un perjuicio irreparable, por tratarse de información comercial sensible, que sigue constituyendo secreto de sus negocios.

---

<sup>1</sup> Por todas, resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2018 ([R/AJ/069/18](#) BEI) y 18 de julio de 2019 ([R/AJ/055/19](#) NOKIA 2).

Sobre la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Como señala la jurisprudencia, "*la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente*"<sup>2</sup>. Como establece la SAN de 2 de diciembre de 2011, "*para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave*"<sup>3</sup>.

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, siguiendo los precedentes en esta materia, para analizar el carácter de la información se requiere de un análisis en tres etapas<sup>4</sup>. En primer lugar, se debe determinar si se trata efectivamente de un secreto comercial; en segundo lugar, si siendo tal originalmente se ha difundido entre terceros, perdiendo esta naturaleza y, por último, si siendo secretos comerciales, son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y garantizar el derecho de defensa de los interesados.

YMAGIS, en su escrito de alegaciones de 24 de julio de 2020, acepta la propuesta del informe de la Dirección de Competencia de 6 de julio de 2020, excepto en lo relativo a los folios 5964, 6036, 6244, 6276 y 6277. Respecto al resto de folios sobre los que planteó inicialmente el recurso se allana en la propuesta formulada por la Dirección de Competencia en su informe de 6 de julio de 2020.

### **1. Sobre la confidencialidad de los folios 5964, 6036 y 6244 del expediente principal**

Los folios referidos contienen, de acuerdo con la recurrente, cláusulas MFN a favor de las distintas Majors en sus contratos VPF con YMAGIS.

En su informe de 6 de julio de 2020, la Dirección de Competencia, considera que los tres folios contienen información necesaria para fijar los hechos del procedimiento, para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas y garantizar el derecho de defensa de los interesados. Por tanto, la información no cumpliría con la tercera parte del análisis en tres etapas.

---

<sup>2</sup> SAN, de 10 de mayo de 2017, en el expte. S/DC/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS

<sup>3</sup> SAN, de 2 de diciembre de 2011 (rec. 756/10) en el expediente R/0054/10 BBR.

<sup>4</sup> 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)



Asimismo, la Dirección de Competencia añade que ha formulado una versión censurada de oficio para mantener la no confidencialidad exclusivamente del contenido que tiene conexión directa con los hechos objeto de investigación en el expediente principal. El resto de posibles consecuencias a las que hace referencia YMAGIS no derivan de la valoración de la Dirección de Competencia sobre la confidencialidad de los documentos, sino que dependerán de las pretensiones de las Majors en virtud de sus propios contratos con YMAGIS.

YMAGIS responde que no resulta verosímil que las cláusulas MFN tengan conexión directa con el objeto de la investigación. La falta de verosimilitud se fundamenta en que del contenido de estas cláusulas no se deriva la más mínima evidencia de un acuerdo anticompetitivo y en que estas cláusulas han recibido el visto bueno de la Comisión Europea. Su divulgación, por tanto, generaría a la empresa un perjuicio irreparable.

Como establece la recientemente publicada Guía de Confidencialidad, en el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos debe ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en un procedimiento sancionador.

Tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, la declaración de confidencialidad está reservada a unos organismos *“configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica.”*<sup>5</sup>

El procedimiento sancionador principal se encuentra en instrucción, sin que se haya emitido por la Dirección de Competencia en esta fecha el Pliego de Concreción de Hechos que delimite los hechos objeto de investigación.

Teniendo en cuenta la necesaria separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores conforme a la LDC y a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, si, como es el caso, el órgano instructor afirma que la información o datos son necesarios al objeto de fijar los hechos del procedimiento y salvaguardar los derechos de defensa de los interesados, esta Sala debe ser prudente en su valoración, pues, a diferencia del órgano instructor, no se encuentra en la mejor posición para determinar si la información cumple con la tercera parte del análisis trifásico.

En consecuencia, el análisis de esta Sala debe limitarse a apreciar la plausibilidad de que la información tenga la capacidad de ser necesaria para fijar los hechos del procedimiento y revertir la decisión del órgano instructor solo en el caso de que existan errores manifiestos en su valoración.

---

<sup>5</sup> Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007).

A este respecto, las cláusulas MFN son recurrentes en los acuerdos verticales entre proveedores y distribuidores. En términos generales, mediante este tipo de cláusulas el proveedor se compromete a otorgar al distribuidor un precio no menos favorable al otorgado a sus otros clientes. A nivel europeo, estas cláusulas han estado bajo el escrutinio de las autoridades de competencia por sus efectos ambivalentes sobre la competencia<sup>6</sup>.

YMAGIS reconoce que el informe de la Dirección de Competencia de 6 de julio de 2020 y el acuerdo de incoación señalan que las prácticas objeto de investigación consistirían en una concertación entre las grandes distribuidoras y la empresa integradora YMAGIS para uniformizar sus políticas comerciales.

Esta Sala considera que, a diferencia de lo que señala la empresa, resulta verosímil que las cláusulas MFN sobre las que se solicita confidencialidad en el presente recurso sean necesarias para fijar los hechos que prueben o permitan la defensa de los interesados de una conducta relacionada con uniformizar las políticas comerciales. YMAGIS precisamente recurre a argumentos sustantivos sobre la alegada validez dada a estas cláusulas MFN por la Comisión Europea que no guardan relación con el objeto del presente recurso, la confidencialidad de la cláusula, sin perjuicio de que dichos argumentos sean defendidos en el procedimiento principal.

Por tanto, esta Sala considera que procede desestimar el recurso en relación con la declaración de no confidencialidad de los folios 5964, 6036 y 6244 y mantener el criterio propuesto por la Dirección de Competencia respecto a la necesidad de los citados folios para fijar los hechos objeto del procedimiento, para delimitar la responsabilidad de las conductas investigadas y para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

## **2. Sobre la confidencialidad de los folios 6276 y 6277**

Los folios 6276 y 6277 contienen importes de precios y márgenes de VPF acordados ente YMAGIS y PARAMOUNT.

La Dirección de Competencia, al no excluirlos en la versión censurada elaborada de oficio, incluye estos folios entre la información directamente relacionada con los hechos objeto de investigación en el expediente principal y que puede sustentar la imputación de prácticas restrictivas de la competencia a otras empresas que, para el correcto

---

<sup>6</sup> Ver Report on the monitoring exercise carried out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016, disponible en [este enlace](#). En España, véase resolución de 13 de julio de 2017 en el expte [S/DC/0567/15](#) ESTUDIOS DE MERCADO INDUSTRIA FARMACÉUTICA. Véase también Decisión del Bundeskartellamt, de 20 de diciembre de 2013 sobre el uso de las cláusulas MFN por parte de Hotel Reservation Service. Décision n.º 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne. Decision of the Swedish Competition Authority, n.º 596/2013, 15 April 2015. Decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 21 April 2015.



ejercicio de su derecho de defensa, deben tener acceso a la información contenida en ellos.

YMAGIS expone que la Dirección de Competencia ha admitido la confidencialidad de las tablas equivalentes para el resto de Majors y excluido la de PARAMOUNT. Asimismo, la tabla contiene información relativa a otras jurisdicciones además de la española.

Esta Sala considera que procede estimar la alegación de YMAGIS y declarar la confidencialidad de la tabla que incluye los márgenes VPF a PARAMOUNT. Como pone de manifiesto la empresa, las tablas que contenían la misma información para el resto de Majors han sido declaradas confidenciales por la Dirección de Competencia en la versión censurada elaborada de oficio que acompaña a su informe de 6 de julio de 2020. La justificación realizada por la Dirección de Competencia en su informe no explica esta distinción para el contrato con PARAMOUNT. Esta distinción podría justificarse en ser información necesaria para el correcto ejercicio de los derechos de defensa de PARAMOUNT o YMAGIS, quienes, sin embargo, tienen ya conocimiento de esos datos al ser firmantes del contrato. En consecuencia, esta Sala considera que la divulgación de la citada tabla al resto de interesados en el expediente podría generar un perjuicio irreparable a YMAGIS.

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

## HA RESUELTO

**PRIMERO.-** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por YMAGIS contra el acuerdo de 9 de junio de 2020 de la Dirección de Competencia por el que se resuelve la confidencialidad solicitada por YMAGIS respecto de determinada información proporcionada por dicha empresa el 21 de marzo de 2019 en respuesta al requerimiento de información realizado el 22 de febrero de 2019.

**SEGUNDO.-** Incorporar al expediente principal S/0001/20 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA las versiones censuradas, elaboradas de oficio por la Dirección de Competencia del escrito de 21 de marzo de 2019 (folios 34 a 59) y del modelo de contrato entre YMAGIS y distribuidores (folios 60 a 123).

**TERCERO.-** Incorporar al expediente principal S/0001/20 DISTRIBUCIÓN CINEMATOGRAFICA la versión censurada, elaborada de oficio por la Dirección de Competencia de los contratos VPF de YMAGIS con cada una de las seis Majors (folios 532 a 875), después de estimar la alegación de YMAGIS en relación con la tabla que incluye los márgenes VPF a PARAMOUNT, contenida en los folios 6276 y 6277 del expediente principal, de acuerdo con el fundamento de derecho 3.2 de la presente resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles 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.