

RESOLUCIÓN
(Expte. R/0134/13, T.M.E. CONTRATOS PERMANENCIA)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
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 10 de mayo de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero D. Luis Díez Martín, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0134/13, T.M.E. CONTRATOS PERMANENCIA, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación (DI) de 8 de febrero de 2013, por el que se levanta la confidencialidad de parte de la información aportada por TME el 25 de abril de 2012 y se incorpora al expediente público parte de la documentación aportada por TME el 21 de junio de 2012 y el 21 de noviembre de 2012, en el marco del expediente S/0422/12.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 18 de diciembre de 2012, la Dirección de Investigación (DI) acordó la incoación del expediente sancionador S/0422/12, contra TME por una presunta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistente en la aplicación de condiciones de permanencia restrictivas de la competencia en determinados contratos de prestación de servicios móviles pospago con clientes empresariales, especialmente PYME y autónomos.
2. El 15 de enero de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de VODAFONE de solicitud de condición de interesado en dicho expediente.
3. El 21 de enero de 2013, la DI adoptó en un mismo documento dos acuerdos sobre la confidencialidad de determinados documentos aportados por TME a dicho expediente: (i) un acuerdo de aceptación parcial de la solicitud de confidencialidad de TME en relación con la documentación aportada por ésta con fechas 21 y 27 de junio de 2012 en respuesta a un requerimiento

de información de 4 de junio de 2012 y la documentación aportada con fechas 21 y 27 de noviembre y 7 de diciembre de 2012 en respuesta a un requerimiento de información de 8 de noviembre de 2012; y (ii) un acuerdo proponiendo el levantamiento de la confidencialidad de la información aportada por TME con fecha de 25 de abril de 2012 en respuesta a un requerimiento de información de 12 de abril de 2012, incluida en la información reservada incorporada al expediente S/0422/12 (la DI acordó cautelarmente su confidencialidad el 14 de mayo de 2012, a solicitud de TME).

4. El 28 de enero de 2013, TME presentó alegaciones a los acuerdos de 21 de enero de 2013, solicitando la anulación de los mismos aduciendo que la información cuya confidencialidad había sido levantada contenía secretos comerciales cuya divulgación podría causarle un perjuicio irreparable.
5. El 29 de enero de 2013, la DI acordó admitir como interesados en el expediente S/0422/12 a VODAFONE y ORANGE.
6. Con fecha 8 de febrero de 2013, la DI dictó acuerdo respondiendo a las alegaciones de TME de 28 de enero de 2013 y resolviendo levantar la confidencialidad de la documentación aportada el 25 de abril de 2012. En el mismo, se acuerda, además: (i) incorporar al expediente público la información aportada por TME en respuesta a los requerimientos de información de 4 de junio y 8 de noviembre de 2012, en función de lo señalado en el Acuerdo de la DI de 21 de enero de 2013, en tanto que dicho acuerdo de aceptación parcial de la confidencialidad no fue recurrido ante el Consejo de la CNC, y (ii) elaborar de oficio las correspondientes versiones censuradas de los escritos de TME de 21 de junio de 2012 y del Anexo I de su escrito de 21 de noviembre de 2012, dado que TME no aportó la versión censurada en el plazo concedido por la DI para ello. Esta última información incluye los modelos y condiciones del Contrato Premium Especial Pymes y referencias a los descuentos sobre planes de precios.
7. El 20 de febrero de 2013, por correo postal (entrada en la CNC el 22 de febrero de 2013), TME interpuso el recurso previsto en el artículo 47 LDC contra el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013.
8. Con fecha 25 de febrero de 2013, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNC solicitó a la DI antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
9. Con fecha 1 de marzo de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso de TME de 20 de febrero de 2013. En dicho informe, la DI considera que procede mantener el contenido de su Acuerdo de 8 de febrero de 2013 por el que se acuerda el levantamiento de confidencialidad de la documentación aportada por TME el 25 de abril de 2012 así como el de su Acuerdo de 21 de enero de 2013 de aceptación parcial de confidencialidad de la documentación aportada por TME en respuesta a los requerimientos

de 4 de junio y 8 de noviembre de 2012 y, por tanto, desestimar el recurso interpuesto por TME.

10. Con fecha 6 de marzo de 2013 se admitió a trámite el recurso de TME concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
11. Con fecha 21 de marzo de 2013 un representante de TME tuvo acceso al expediente.
12. TME presentó su escrito de alegaciones por correo postal el 26 de marzo de 2013 (con entrada en la CNC el 1 de abril de 2013).
13. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de mayo de 2013.
14. Es interesada la TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones de la recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013, por el que se responde a las alegaciones de TME de 28 de enero de 2013, se resuelve levantar la confidencialidad de la documentación aportada por TME el 25 de abril de 2012 así como hacer efectivo el Acuerdo de la DI de 21 de enero de 2013 y elaborar de oficio las versiones censuradas de los escritos de TME de 21 de junio de 2012 y del Anexo I de su escrito de 21 de noviembre de 2012, en el marco del expediente S/0422/12.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI disponiendo 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"*.

En su recurso, TME solicita al Consejo de la CNC que anule el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013 y se mantenga el carácter confidencial de la documentación aportada, ya que le ocasiona a TME un perjuicio de imposible reparación y vulnera el principio de proporcionalidad.

En su recurso TME alega: (i) que la información respecto a la que se solicita la confidencialidad es secreto comercial y, por tanto, debe de ser protegida mediante su tratamiento confidencial (ii) que el acceso de Vodafone u otros operadores al expediente podría constituir un intercambio de información estratégica entre competidores prohibida por las normas de competencia y (iii) que la renuncia a la confidencialidad ocasiona un grave perjuicio a TME de imposible reparación, siendo innecesaria y vulnerando el principio de proporcionalidad.

Según la recurrente, la DI ha acordado cautelarmente el levantamiento de la confidencialidad de datos que aluden a la duración de los períodos de permanencia, al método de cálculo de la penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia, a las condiciones de aplicación de los descuentos y de renovación de los compromisos de permanencia.

En relación con la ausencia de solicitud, en su escrito de 21 de noviembre de 2012, del carácter confidencial de las condiciones del contrato “Permanencia Premium Especial Pymes”, alegado por la DI en su informe, TME entiende que ello no le impide rectificar ahora, principalmente, dado que, aunque la CNC ha declarado interesado a Vodafone, todavía no le ha concedido acceso a los documentos incorporados al expediente.

Aludiendo a determinada jurisprudencia y a normativa comunitaria se refiere al concepto de secreto comercial, concluyendo que el tipo de información cuyo levantamiento ha acordado la DI constituye secreto comercial.

Asimismo, indica que la postura mantenida por la DI en relación con la información objeto de controversia no parece coherente con la política en materia de conductas restrictivas de la competencia, al incentivar un intercambio ilícito de información estratégica entre competidores. Entiende que, si la información controvertida fuera accesible a Vodafone y otros operadores, se le generaría un perjuicio a TME de imposible reparación, en la medida en que podría desmotivar al resto de operadores a competir y ocasionar efectos distorsionadores de las condiciones de competencia en el mercado, no siendo posible conseguir que esa información fuese no tenida en cuenta por los mismos a la hora de tomar sus propias decisiones de negocio.

Por último, añade que el respeto al principio de proporcionalidad exige que, en caso de disponer de varias alternativas, la Administración opte por la menos gravosa para los intereses de las empresas, siendo así que la DI ha contradicho al principio mencionado al no valorar correctamente la naturaleza confidencial de la información aportada. Señala, asimismo, que sólo puede exigirse el levantamiento de la confidencialidad sobre los secretos de negocios de las partes cuando ello es estrictamente necesario para salvaguardar los derechos de defensa de alguna de las restantes partes imputadas en función de la utilidad probatoria de la información controvertida. Así, en tanto que TME es la única imputada en el expediente, entiende que el mantenimiento de la confidencialidad no vulnera el derecho de defensa de Vodafone ni de interesado alguno.

En su informe emitido el 1 de marzo de 2013, la DI considera que el recurso debe ser **desestimado** dado que: (i) la información cuya confidencialidad TME reclama es relevante para la acreditación y valoración de la presunta conducta infractora de TME investigada en el seno del expediente S/0422/12, (ii) la información controvertida no reúne los requisitos para ser considerada secreto de negocio y, por tanto, no son aplicables ni la jurisprudencia ni la normativa comunitaria a la que hace referencia TME, (iii) resultan infundados los supuestos perjuicios para la competencia que TME alega, (iv) los interesados en el expediente, Vodafone y Orange, deben de poder conocer los hechos acreditativos de la conducta que

podiera ser contraria a las normas de competencia y (v) TME reconoció implícitamente la no confidencialidad de una parte significativa de la información cuya confidencialidad solicita, al desvelar la misma en la versión no confidencial de su escrito de 21 de noviembre de 2012, yendo contra sus propios actos y siendo, por tanto, inadmisibles y extemporáneas sus solicitudes.

SEGUNDO.- Delimitación del objeto del recurso.

Con carácter previo al análisis de la concreta documentación cuya confidencialidad reclama la recurrente, es preciso proceder a la delimitación del objeto de impugnación.

Conviene así anticipar que la documentación sobre la que TME pretende una declaración de confidencialidad fue aportada en tres momentos distintos del procedimiento, resultando aquí precisa su distinción:

- Información contenida en la contestación de TME de 21 de junio de 2012 al requerimiento de la DI de 4 de junio.
- Información contenida en el escrito de contestación de 21 de noviembre de 2012 al requerimiento de información de 8 de noviembre.
- Información contenida en el escrito de contestación de 25 de abril de 2012 al requerimiento de la DI del anterior 12 de abril.

De acuerdo con los antecedentes *ut supra* relacionados, mediante acuerdo de la DI de 21 de enero de 2013 se resolvió aceptar parcialmente la confidencialidad correspondiente a la información remitida el 21 de junio de 2012 y el 21 de noviembre de 2012. En el mismo acuerdo de 21 de enero la DI propone el levantamiento parcial de la confidencialidad provisionalmente acordada en relación con la documentación aportada el 25 de abril de 2012. Así, se constata como el acuerdo mantiene dos partes claramente diferenciadas, la primera destinada a resolver de forma definitiva sobre la confidencialidad correspondiente a documentación aportada en junio y noviembre de 2012 y la segunda emplazando para presentar alegaciones sobre la propuesta de levantamiento de la confidencialidad provisionalmente acordada respecto de información aportada en abril de 2012. El carácter diferenciado de ambas partes se desprende de la literalidad del acuerdo (folios 116 a 118), así como del régimen y consecuencias jurídicas que a cada uno el propio acuerdo anuda.

Así, respecto de la primera cuestión (aceptación parcial de la confidencialidad solicitada en relación con información aportada en junio y noviembre de 2012), el acuerdo incorpora un emplazamiento para aportar versión censurada adaptada al pronunciamiento contenido en el propio acuerdo, así como el correspondiente pie de recurso. Así, puede leerse:

“Contra el acuerdo de aceptación parcial de la confidencialidad de la información aportada por TME en respuesta a los requerimientos de información de la Dirección de Investigación de fechas 4 de junio y 8 de noviembre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de

Defensa de la Competencia, puede interponerse recurso ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de 10 días, a partir del día siguiente al de su notificación. Transcurrido dicho plazo sin haber interpuesto recurso, la información cuya confidencialidad se ha denegado se incorporará a la parte del expediente no confidencial.”

Por otro lado, la segunda de las cuestiones tratadas (esto es, la propuesta de levantamiento de la confidencialidad correspondiente a información aportada en abril de 2012) se analiza en la página 2 del acuerdo, con el encabezamiento “*por otra parte*”, y tiene como único efecto el de emplazar a la interesada por cinco días para presentar alegaciones y, en su caso, aportar versiones censuradas.

Tras la notificación de este acuerdo, TME presenta alegaciones el 28 de enero de 2013. A continuación la DI dicta acuerdo de 8 de febrero de 2013 en el que, tras atender parcialmente las alegaciones de TME, acuerda el levantamiento parcial de la confidencialidad correspondiente a información aportada mediante escrito de 25 de abril de 2012. Contra dicho acuerdo interpone la recurrente el recurso que ahora se resuelve.

Siendo ello así, es preciso constatar que el concreto objeto al que se ciñe este recurso viene delimitado por el acto impugnado (acuerdo de 8 de febrero de 2013) en el que se resuelve levantar parcialmente la confidencialidad correspondiente a la información aportada mediante escrito de 25 de abril de 2013. Por el contrario, la confidencialidad relativa a información aportada en junio y noviembre de 2012 fue resuelta mediante acuerdo de 21 de enero, acuerdo contra el que TME no interpuso recurso alguno y que cabe, en consecuencia, entender como consentido y firme.

No contraviene la anterior conclusión la dicción del artículo 42 de la LDC cuando señala que “*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*”. El marco temporal al que refiere el precepto debe entenderse vinculado a la facultad de ordenar o resolver las confidencialidades, teniendo en cuenta los avances que se produzcan en la instrucción del procedimiento. La interpretación sistemática del precepto no permite entender que se habilite una impugnación no sujeta a plazo, pues ello contravendría lo previsto en el artículo 47.1 de la LDC y el régimen propio de los recursos administrativos (arts. 107 y siguientes de la Ley 30/1992) cuya interposición sujeta a plazo resulta corolario lógico de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Ya en anteriores ocasiones, este Consejo ha relativizado el carácter temporalmente indefinido de la facultad de solicitar la confidencialidad de documentación aportada con base en la expresión “*en cualquier momento del procedimiento*” con la que da comienzo el mencionado artículo 42 de la LDC (RCNC de 22 de abril de 2013, Expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell). En el presente caso, en el que la DI resuelve sobre la confidencialidad con indicación del recurso que el interesado pudo interponer, no habiendo éste sido interpuesto, dicha resolución debe considerarse firme a todos los efectos y precluida toda opción de impugnación.

Todo ello debe conducir a la inadmisibilidad parcial del recurso en todo aquello relativo a la confidencialidad definitivamente resuelta mediante acuerdo de 21 de enero, por consentido y firme, y que alcanza a la documentación aportada por TME mediante escritos de 21 de junio y 21 de noviembre de 2012. En consecuencia, el objeto del recurso queda limitado a la documentación aportada mediante escrito de 25 de abril de 2012, cuya confidencialidad se resuelve mediante acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013.

No obstante, las alegaciones correspondientes a la documentación aportada en junio y noviembre de 2012 serán también analizadas a efectos de resolver de forma subsidiaria. Es por ello que en el Fundamento que sigue se analiza conjuntamente la información aportada por TME, en abril, junio y noviembre de 2012.

TERCERO.- Sobre la confidencialidad de los documentos discutidos.

Establece el artículo 42 de la LDC que *“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”*.

La LDC posibilita, pues, 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 establece la Sentencia de la Audiencia Nacional 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”*. Y así ha sido señalado reiteradamente por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones, por todas, la de 7 de febrero de 2013 (R/0121/12, Maderas Jose Saiz), que especifica 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 *“Asimismo, 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 tanto, la declaración de confidencialidad no constituye un derecho para la recurrente, sino una decisión de este organismo resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de este caso y formulada motivadamente.

Por otra parte la simple cita al “secreto comercial” no es suficiente para acceder a una petición de confidencialidad. Para realizar una evaluación sobre la confidencialidad o no de unos concretos documentos en el marco de un procedimiento sancionador, es preciso llevar a cabo un triple examen, tal y como este Consejo ha señalado en Resoluciones anteriores (por todas y citando otros precedentes, la Resolución de 7 de febrero de 2013; Expte. R/0120/12

AGLOLAK): en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, éstos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados. A este respecto es preciso constatar que la aquí recurrente, TME, es el único sujeto incoado en el expediente de forma que los eventuales derechos de defensa de terceros sujetos imputados en ningún caso podrán modular ni contrarrestar la especial protección de que debe gozar el secreto comercial o industrial. Así, el análisis se ceñirá en gran medida a los dos primeros aspectos señalados.

La documentación sobre la que TME requiere mantener la confidencialidad es la siguiente:

- Información contenida en la contestación de TME de 21 de junio de 2012 al requerimiento de la DI de 4 de junio: párrafos de las respuestas a las preguntas 2, 5 y 6; párrafos de las preguntas 5 y 9 y los Anexos II (que recogen las condiciones del Contrato de Permanencia para la renovación de Terminales Móviles Movistar) y IV (que recogen las condiciones de permanencia del contrato Premium especial Pymes) [folios 78 a 97].
- Información contenida en el escrito de contestación de 21 de noviembre de 2012 al requerimiento de información de 8 de noviembre: página 2 de los ejemplos del nuevo contrato Permanencia Premium Especial Pymes incluidos en el Anexo I, modelo de contrato Servicio Movistar Empresas incluido en Anexo I y Anexo II completo [folios 104 a 115].
- Información contenida en el escrito de contestación de 25 de abril de 2012 al requerimiento de la DI del anterior 12 de abril: párrafos de las respuestas a las preguntas 3 y 5 y Anexo III (que incluye las condiciones de permanencia del Contrato Premium especial Pymes) [folios 70 a 77y 136 a 139].

Según TME la información sobre cuya confidencialidad se discute hace referencia a (i) la duración de los periodos de permanencia acordados entre TME y sus clientes, (ii) el método de cálculo de la penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia acordado con los clientes; (iii) las condiciones de aplicación de los descuentos y, finalmente, (iv) las condiciones de renovación de los compromisos de permanencia.

TME alega que esta información constituye secreto comercial en tanto que revela una estrategia comercial secreta al tratarse de información que no se puede encontrar en su página web ni en ningún soporte disponible al público, no siendo, por tanto, información accesible a terceros, salvo que se trate de un cliente de TME. Insiste en que se trata de una información relativa al segmento empresarial que requiere una atención personalizada y unas necesidades específicas, por lo que contiene un alto valor estratégico y, por tanto, que su conocimiento por otro

operador afectaría a su capacidad competitiva. No obstante, según se verá, el análisis concreto de la documentación e información sobre la que TME solicita confidencialidad revela su escaso valor comercial, por cuanto no contiene concreción ni detalle que permita desvelar la estrategia comercial de la compañía.

Asimismo, TME señala que la DI ha acordado el levantamiento de confidencialidad de modelos de contratos que contienen información relativa a condiciones específicas relativas al contrato “Permanencia Premium Especial Pymes”, a descuentos asociados a una serie de servicios y a las condiciones del contrato de permanencia para la renovación de terminales móviles que no revisten carácter público, que no son accesibles a sus competidores en el marco de su labor de investigación y seguimiento del mercado y que TME aplica en base a una negociación bilateral con el cliente empresarial. TME alega que la divulgación de esta información podría debilitar su posición competitiva o revelar su poder de negociación frente a otros operadores, reducir la incertidumbre del mercado respecto de sus actuaciones comerciales, revelar datos o su estrategia comercial y, por tanto, perjudicar sus intereses comerciales o competitivos.

Por su parte la DI, en su informe sobre el recurso emitido el 1 de marzo de 2013, señala que la información cuya confidencialidad TME reclama no reúne los requisitos para ser considerada secreto de negocio y, por tanto, no son aplicables ni la jurisprudencia ni la normativa comunitaria a la que hace referencia TME. Añade además que dicha información es relevante para la acreditación y valoración de la presunta conducta infractora de TME investigada en el seno del expediente S/0422/12.

El primer punto a dilucidar en el recurso es, por tanto, determinar si la información controvertida constituye secreto comercial u otro tipo de información confidencial. Para ello puede analizarse en primer lugar la información contenida en los documentos contractuales aportados por TME en distintos anexos, ya que la proporcionada en sus escritos de respuesta a los requerimientos de la DI se limita a sistematizar la incluida en dicha documentación contractual.

En lo que se refiere a la documentación contractual esta se compone de los siguientes documentos: 1) las condiciones del Contrato de Permanencia para la renovación de Terminales Móviles Movistar (Anexos II del escrito de 21-06-2012) [folios 90-93]; 2) las condiciones de permanencia del contrato Premium especial Pymes (Anexo IV del escrito de 21-06-2012) [folios 94-97]; 3) las condiciones de permanencia del Contrato Premium especial Pymes (Anexo III del escrito de 25-04-2012) [folios 136-139]; y 4) el modelo de contrato Movistar (anexo II del escrito de 21-11-2012) [folios 111-115].

El juicio sobre si la documentación reseñada tiene o no carácter comercial debe hacerse a la vista de la misma. Así, respecto de las Condiciones del Contrato de Permanencia para la renovación de Terminales Móviles Movistar (Anexos II del escrito de 21-06-2012) [folios 90-93], resulta incuestionable que se trata de meros formularios, sin concreción nominativa, ni referencia al concreto clausulado consiguiente a la negociación. No existe dato ni contenido susceptible de aportar a terceros o a competidores la más mínima señal sobre las intenciones

comerciales de TME, ni revela la posible estrategia de la compañía. La lectura de los folios 94-97, 136-139 y 111-115 de este expediente de recurso conduce a la misma conclusión. Especialmente revelador a este respecto es el anexo II aportado al escrito de 21 de noviembre de 2012 (folios 111-115) que comprende exclusivamente una plantilla en forma de cuadro con todos los campos y contenidos en blanco, salvo una cláusula de estilo (*“el firmante declara que los datos incorporados en este contrato son correctos [...]”*). Todo ello permite concluir la inexistencia de secreto comercial digno de protección, lo que impide censurar y vedar acceso a terceros y exige denegar la petición formulada por la recurrente.

Dicha conclusión se compadece además con la apreciación de TME al señalar en varias ocasiones que la documentación contractual proporcionada corresponde a modelos estándar de contratación sobre los que a continuación se efectúa una negociación bilateral con el cliente empresarial que requiere una atención personalizada fruto de sus necesidades específicas.

Por otro lado, la recurrente argumenta que se trata de información no accesible para terceros o competidores en el marco de sus labor de investigación y seguimiento del mercado *“a no ser que se trate de un cliente de TME (...) efectivamente se refieren a aspectos conocidos sólo por aquellas empresas que son clientes de mi representada o con verdadera condición de serlo pero nunca están disponibles o se les hace entrega a aquellos terceros que no tienen esa condición”*. Reconoce así TME que los documentos contractuales sobre los que requiere confidencialidad son accesibles a los clientes del sector empresarial de la operadora o, incluso, a aquellas empresas que demuestren un interés en serlo. Añade más adelante que considera factible que dichos clientes empresariales de TME faciliten los contratos a competidores de la operadora: *“dado que se trata de contratos que no están accesibles al público, el único modo en el que un competidor podría tener acceso a esta información sería como consecuencia de que un cliente empresarial se los facilitase”*. También reconoce que en los contratos no se establece ningún deber de confidencialidad para sus clientes respecto a la documentación contractual o su contenido, aunque defiende que este hecho no significa que los detalles sobre la implementación pierdan su carácter confidencial.

A la vista de lo expuesto este Consejo concluye que la información contractual discutida no constituye secreto comercial. En primer lugar se trata de modelos estandarizados de contratación sometidos a una posterior negociación bilateral en la que se precisarán los detalles más sustanciales –y confidenciales- de la contratación. El análisis de la información contenida en los documentos discutidos no revela que se trate de información confidencial ya que los datos concretos incluidos corresponden a información o datos de carácter general que no puede calificarse como secreta. Así, la duración de los contratos se cifra en meses y corresponde a periodos de tiempo habituales en las relaciones contractuales (12, 18, 24); el método de cálculo de la penalización por incumplimiento no corresponde a ninguna ecuación o fórmula matemática de especial complejidad sino a una simple adición de cantidades por meses; y las condiciones de

renovación de los compromisos de permanencia se basan en la ausencia de incumplimientos básicos de la relación contractual. Debe advertirse además, que la información cuya confidencialidad se pretende tiene escaso grado de concreción. Como señala la DI en su informe, dicha información *“no revela ningún dato específico sobre los descuentos aplicados, ni sobre los planes de precios a los que se aplican dichos descuentos”*.

En segundo lugar, constituye una documentación ampliamente difundida en el mercado al haber sido proporcionada a los clientes del sector empresarial de TME que integran más de cinco millones de líneas [según la información disponible en la página web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “CMTdata” en su apartado “4. COMUNICACIONES MÓVILES - e) Datos por operador 103. Líneas de telefonía móvil de voz por tipo de contrato y por segmento”, abarcaban en 2011 5.246.499 de líneas en el área empresarial pospago¹] e incluso a otras empresas que muestren interés en contratar los servicios de la operadora. Como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011 en relación con la información considerada confidencial *“que sea confidencial [ya que ello] requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.”* Al hilo de lo anterior, además, se constata como TME no incluye una cláusula de confidencialidad en ninguno de estos contratos o documentos y reconoce que los mismos son entregados por sus clientes a otras operadoras sin que considere esta conducta un acto ilícito o desleal.

Idéntico razonamiento puede aplicarse a la información proporcionada por TME en sus escritos de respuesta a los requerimientos de la DI (y en las propias preguntas de los cuestionarios) sobre las que la recurrente solicita confidencialidad. Como se ha advertido en dicha documentación se limita a sistematizar la incluida en la documentación contractual ya examinada respecto a la duración de los compromisos contractuales del cliente empresarial con TME, la penalización por incumplimiento o las condiciones de renovación.

Por último, conviene recordar que el acuerdo de la DI impugnado de 8 de febrero de 2013 accede parcialmente a la petición de confidencialidad solicitada por TME. Así, la DI acuerda levantar la confidencialidad de la documentación aportada en abril de 2012 *“con la excepción del ejemplo de descuentos aplicado en el segmento empresarial que figura en el último párrafo de la página 4”*. Asimismo, en anterior acuerdo de 22 de enero de 2013 la DI accede a la confidencialidad solicitada por TME, con la sola excepción de los cinco aspectos que relaciona en su párrafo 4 (folio 116). Se constata pues como los acuerdos han procedido a deslindar aspectos confidenciales de la documentación aportada por TME. En cuanto al resto, de acuerdo con lo señalado, cabe confirmar el pronunciamiento de la DI.

¹ En 2012 las líneas de TME en el sector empresarial pospago subieron a 5.445.468 (trimestre III) y 5.473.641 (trimestre IV).

Finalmente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 43 de la LDC, relativo al deber de secreto que deben mantener todos los que tomen parte en la tramitación del procedimiento, se evita igualmente que exista peligro de divulgación de la información declarada no confidencial, en tanto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y que sobre los interesados en el mismo pesa el deber de secreto mencionado.

CUARTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC: Ausencia de perjuicio irreparable.

La recurrente menciona expresamente como motivo de su recurso el perjuicio irreparable que le causaría la difusión de la información controvertida, como causa de impugnación prevista en el artículo 47 de la LDC para interponer recurso contra los actos de la DI, no haciendo ninguna referencia a la indefensión como posible motivo de recurso.

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"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

Como se ha visto TME alega que la información respecto a la que se solicita la confidencialidad es secreto comercial y que la renuncia a dicha confidencialidad y el acceso de Vodafone u otros operadores al expediente ocasionaría un grave perjuicio a TME de imposible reparación. Según TME, la documentación discutida contiene información que revela una estrategia comercial secreta y no accesible a terceros (salvo clientes de TME). Además, al afectar al segmento empresarial tiene un elevado valor estratégico y su conocimiento por cualquier otro operador afectaría a la capacidad competitiva de TME. La citada documentación, según TME, incluye datos sobre la duración de los períodos de permanencia, el método de cálculo de la penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia, las condiciones de aplicación de los descuentos y de renovación de los compromisos de permanencia.

Asimismo TME señala que los modelos de contratos incluidos en los distintos anexos contienen información relativa a condiciones específicas y descuentos asociados a una serie de servicios y a las condiciones del contrato de permanencia para la renovación de terminales móviles que no son accesibles a sus competidores.

En su informe la DI destaca que TME no ha justificado cuál sería el daño que le causaría el acceso de terceros interesados a la información que la empresa de telecomunicaciones considera confidencial. En respuesta a esta observación la representación de la recurrente señala que en su recurso identificó claramente la información que consideraba confidencial o secreto de negocio y justificó adecuadamente *"por qué su divulgación le causaría un perjuicio y cuál sería este"*, concretando en sus alegaciones que la divulgación de la información tendría los siguientes efectos: *"(i) debilitar su posición competitiva o revelar su poder de*

negociación frente a otros operadores como Vodafone u Orange; (ii) reducir la incertidumbre del mercado respecto de sus actuaciones comerciales permitiendo a sus competidores adaptar su comportamiento consecuentemente; (iii) revelar datos o su estrategia comercial y competitiva y con ello perjudicar sus intereses comerciales o competitivos (...). En otras palabras, TME ha identificado el daño que podría causarle la divulgación de la información de la que trata el presente recurso”.

Finalmente, también en su escrito de alegaciones, TME también afirma que los daños invocados no precisan mayor justificación ya que resulta claro que la mera divulgación de una información declarada confidencial produce un daño o, incluso, un perjuicio grave e irreparable: *“desde el momento en que se reconoce que una determinada información es confidencial o secreto de negocio, el daño se produce por el mero hecho de que se divulgue la información en cuestión”* afirma la operadora para añadir más adelante *“desde el momento en que una determinada información es confidencial o constituye secreto de negocio el mero hecho de ponerlo en conocimiento de terceros produce un perjuicio grave e irreparable. La Dirección no ha demostrado que la información dada es esas respuestas no es confidencial”.*

Como se ha anticipado en el fundamento anterior la simple referencia al “secreto comercial” no es suficiente para acceder a una petición de confidencialidad. Al contrario de lo que sostiene TME en sus alegaciones la mera declaración de confidencialidad respecto de determinada información no es el factor que crea el daño y convierte en perjudicial la divulgación de dichos datos. Por el contrario, es la existencia de un perjuicio - el daño que se produciría en caso de que se divulgara- lo que convierte a determinada información en “secreto comercial” u “otra información confidencial” y obliga a la autoridad de competencia a declarar dicho carácter secreto o confidencial, salvo ponderación de otros intereses o derechos en juego. Así se desprende claramente de la lectura de la Comunicación de la Comisión en sus párrafos (18) y (19):

“(18) Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (3). Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, (...)

(19) La categoría «otra información confidencial» incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. (...)

Como expone el apartado (22) de la misma Comunicación (y los posteriores 35 o 37) este perjuicio grave o significativo no se presupone y debe acreditarse, justificarse o argumentarse suficientemente para que la información sea declarada confidencial:

(22) Las solicitudes de confidencialidad deben referirse a información incluida en el ámbito de las anteriores descripciones de secretos comerciales o de otra

información confidencial. Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse (2)

Como se ha expuesto en el fundamento de derecho anterior la información sobre la que TME reclama confidencialidad (contractual o incluida en sus respuestas a los requerimientos de información) no tiene carácter de secreto comercial al haberse difundido con amplitud entre una pluralidad de clientes empresariales del sector de la telefonía móvil, siendo transmitida por estos a otros operadores activos en el mercado, según reconoce la propia recurrente. Debido a esta amplia difusión ningún perjuicio para la posición competitiva, el poder de negociación o la estrategia comercial de TME puede derivarse de su inclusión en el expediente como información no confidencial.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013, en el que se fundamenta el presente recurso, cause perjuicio irreparable a los derechos e intereses de TME.

Por ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

HA RESUELTO

PRIMERO.- INADMITIR el recurso interpuesto por TME contra el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013 (en el seno del expediente S/0422/12), en tanto dirigido contra la decisión sobre confidencialidad acordada mediante acuerdo de la DI de 21 de enero de 2013 relativa a documentación aportada mediante escritos de 21 de junio de 2012 y 21 de noviembre de 2012, por tratarse de un acuerdo firme, al no haber sido recurrido en plazo. Subsidiariamente, DESESTIMAR la impugnación por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

SEGUNDO.- DESESTIMAR el recurso interpuesto por TME contra el Acuerdo de la DI de 8 de febrero de 2013 (en el seno del expediente S/0422/12) en relación con la decisión sobre confidencialidad relativa a la documentación aportada mediante escrito de 25 de abril de 2012 por los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación 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 su notificación.