

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/0150/13, SGAE)**

### **CONSEJO**

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D<sup>ña</sup>. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/0150/13, SGAE, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 25 de julio de 2013, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad formulada por el interesado, en el ámbito del expediente sancionador S/0466/13.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. En el marco de la información reservada llevada a cabo con carácter previo al inicio del expediente S/0466/13, tuvieron entrada tres escritos de la SGAE, de fecha 7 y 31 de mayo y 26 de junio de 2013, en respuesta a tres solicitudes de información formuladas por la Dirección de Investigación (DI). En sus respuestas, SGAE solicitaba la confidencialidad de parte de los escritos y documentos adjuntos aportados.
2. Con fecha de 26 de junio de 2013, la DI acordó la incoación de expediente sancionador contra SGAE por posibles prácticas restrictivas de la competencia en la gestión de derechos de reproducción y comunicación pública correspondientes a autores y editores de contenidos musicales que se emplean en la emisión de espacios televisivos en España.
3. El Acuerdo de incoación establecía la incorporación al expediente S/0466/13 de las actuaciones desarrolladas en el marco de la información reservada, concediéndose a SGAE un plazo de 10 días para subsanar las solicitudes de confidencialidad con respecto a los tres escritos precitados remitidos a la DI.

4. Con fecha 15 de julio de 2013 tuvo entrada en la CNC escrito de SGAE de subsanación de la solicitud de confidencialidad que había sido presentada en relación con los tres escritos de respuesta a las solicitudes de información.
5. Con fecha 17 de julio de 2013 tuvo entrada en la CNC un nuevo escrito de SGAE en el que aportaba las versiones censuradas de las tres respuestas a las solicitudes de información de la DI.
6. Por Acuerdo de la DI de 25 de julio de 2013, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 LDC, se declara la no confidencialidad solicitada respecto de determinados datos contenidos en sus escritos de 7 y 31 de mayo y 26 de junio de 2013.
7. Con fecha 6 de agosto de 2013 tuvo entrada en la CNC, recurso de fecha 1 de agosto de 2013 interpuesto por la representación de SGAE, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 LDC, contra el acuerdo de la DI de 25 de julio de 2013.
8. Con fecha 8 de agosto de 2013, 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 CNC remitió copia del recurso a la DI, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
9. Con fecha 9 de agosto de 2013, la DI emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7. En dicho informe, la DI considera que procede desestimar el recurso.
10. Con fecha 19 de agosto de 2013 se admitió a trámite el recurso de SGAE, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
11. El 6 de septiembre de 2013, tuvo entrada en el registro de la CNC el escrito de alegaciones de la recurrente, de fecha 5 de septiembre de 2013.
12. El Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 25 de septiembre de 2013.
13. Es interesado en este expediente de recurso la Sociedad General de Autores y Editores.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007 contra el Acuerdo de la DI de 25 de julio de 2013, que deniega parcialmente la confidencialidad de determinados datos contenidos en la documentación obrante en el expediente S/0466/13.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 regula el recurso administrativo previsto 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, la recurrente solicita del Consejo de la CNC que dicte resolución por la que se revoque el acuerdo de la DI y, en su lugar, se dicte una nueva resolución por la que se acceda a la confidencialidad de los datos indicados, por constituir secretos comerciales que no deben ser divulgados a terceros.

La documentación sobre la que se solicita confidencialidad es la siguiente:

1. Escrito de 31 de mayo de 2013, página 2, párrafo 3º: (a) en relación con la identidad de las dos operadoras de televisión con las que SGAE ha suscrito acuerdos de buenas prácticas, así como (b) anexo nº 1 (relación de contratos-autorización).

Sostiene la recurrente que la relación de contratos de autorización suscritos por SGAE con expresión de la identidad de las operadoras de televisión que los han suscrito, vigencia de los mismos, estado de negociación, plazo de duración, fecha de finalización o prórroga, constituyen secretos comerciales que no deben ser revelados a los demás operadores de televisión ni a terceros. Sostiene además que dicha información no es imprescindible para delimitar el objeto del procedimiento ni para conocer el ámbito o alcance de la práctica investigada. Alega también grave perjuicio a los intereses de SGAE, por limitar su capacidad de negociación futura.

2. Escrito de 26 de junio de 2013, página 4, punto 2º: tabla de operadores de televisión "contratos-autorización con operadores de televisión".

La recurrente señala que su pretensión de confidencialidad no se dirige aquí a la identidad de las operadoras con las que ha suscrito los acuerdos de buenas prácticas sino a cierta información adicional: *"información sensible sobre el [hecho] que de estas operadoras sean las únicas que han celebrado este tipo de acuerdos de buenas prácticas y los motivos por los que la SGAE intervino frente a estas operadoras para solucionar la problemática ocasionada muy especialmente con estas televisiones"*. Se trata de información sensible, que no se publica y a la que la SGAE ha tenido acceso en su condición de entidad de gestión y que no está autorizada a divulgar.

Si bien en su recurso la recurrente sostiene asimismo el carácter confidencial de dos documentos más (escrito de 7 de mayo, página 8, párrafo 3º, en relación con la fecha de la reunión del Consejo de Dirección de SGAE y con el inicio de un procedimiento sobre determinados asociados y escrito de 26 de junio, página 4, punto 3º, "acuerdos UTECA sobre condiciones de aplicación de las tarifas), señala

que en la medida en que tales datos han sido publicados, declina solicitar la confidencialidad de los mismos.

En sus alegaciones de 5 de septiembre de 2013, la recurrente reitera de forma literal los motivos del recurso de fecha 1 de agosto de 2013, sin añadir nuevas consideraciones.

En su informe, emitido el 9 de agosto de 2013, la DI propone la desestimación del recurso, por considerar que bajo la alegación de confidencialidad se pretender impedir el conocimiento de los hechos que dan lugar a la apertura del expediente sancionador y, por tanto, la adopción de una decisión en el expediente S/0466/13 por el Consejo.

Concretamente, la DI rechaza el carácter de secreto comercial de los datos contenidos en los cuadros con la relación de contratos-autorización que SGAE ha firmado con operadores de televisión. Dado que los operadores de televisión son usuarios obligados del repertorio que SGAE administra, no puede ser considerado secreto comercial el hecho de que existan tales contratos con todos los operadores de TV. Asimismo, la fecha de la firma de los contratos o su período de vigencia tampoco revelan ninguna estrategia comercial por parte de la entidad de gestión que deba ser protegida como secreto comercial.

Asimismo, la DI niega que los datos contenidos en los cuadros con la relación de contratos-autorización cuya confidencialidad solicita SGAE no sean necesarios para delimitar el alcance y los efectos de las prácticas investigadas en el expediente sancionador, puesto que el objeto del expediente sancionador son precisamente los contratos de SGAE con los operadores de televisión y la posibilidad de que se hayan aplicado condiciones distintas a algunos operadores frente a los otros.

Finalmente, la DI no considera válido el argumento de la recurrente de que la publicación del listado de los contratos-autorización perjudica gravemente los intereses de SGAE.

Respecto de los datos contenidos en el párrafo tercero del escrito de 31 de mayo de 2013, la DI señala que la conflictividad entre SGAE y las dos operadoras de TV que allí se citan eran de dominio público, así como la intención de SGAE de resolver la situación, incluyendo el hecho de que se reservaría un tratamiento para ambas operadoras distinto del resto de operadores.

## **SEGUNDO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.**

Conforme al artículo 42 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”*.

La LDC posibilita, pues, que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo. Ahora bien, ello no constituye un principio absoluto, sino que viene matizado por las

circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de la CNC [por citar algunas recientes, entre otras, Resoluciones del Consejo de 22 de febrero de 2012 (R/0091/11 ESSELTE) y de 3 de febrero de 2012 (R/0087/11, Saneamiento Martínez)]. Esto es, 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”. 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.

En consecuencia, 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. Como ha afirmado la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de diciembre de 2011 “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.”

Corresponde pues, con carácter previo, analizar cada uno de los documentos cuyo carácter confidencial la recurrente alega, para determinar si se da o no tal condición confidencial, conforme al triple examen que este Consejo viene aplicando en sucesivas resoluciones (a título de ejemplo, las Resoluciones del Consejo de 22 de junio de 2011, Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2 y de 7 de febrero de 2013, Expte. R/0120/12 AGLOLAK). Tal examen tiene por objeto determinar, en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si la documentación originariamente secreto comercial, en su caso, ha tenido difusión entre terceros, perdiendo así su carácter de secreto comercial y, en tercer lugar, si tratándose de secretos comerciales que no han tenido difusión entre terceros, pese a todo son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y para garantizar el derecho de defensa de los imputados.

En su recurso, SGAE sostiene que se trata de secretos comerciales, que SGAE conoce por razón de su condición, que no han sido divulgados a terceros, y que su conocimiento no es imprescindible para delimitar el alcance y los efectos de las prácticas investigadas.

Respecto del carácter de secreto comercial de los datos cuya declaración de confidencialidad SGAE solicita, debe diferenciarse entre los cuadros y tablas con la relación de contratos-autorización que SGAE ha firmado con operadores de televisión y los datos contenidos en el párrafo tercero del escrito de contestación de SGAE de 31 de mayo de 2013, relativo a la existencia o no de acuerdos o convenios adicionales que instrumenten buenas prácticas con operadores de televisión y la razón de ser de que se hayan alcanzado los hasta ahora existentes con dos entidades de televisión.

Los datos controvertidos incluidos en las tablas y cuadros cuya confidencialidad SGAE solicita se refieren a la identidad del operador de televisión, la referencia al contrato-licencia, y su fecha de vigencia, que comprende el inicio de la misma, su

fin, en algunas ocasiones su carácter prorrogable anualmente o indefinido y en otras la indicación de estar en “negociación”. SGAE alega que se trata de secretos de negocio por no haber sido divulgados a terceros y cuyo conocimiento por los usuarios limitaría gravemente la capacidad de negociación de la entidad de gestión.

Este Consejo coincide con lo expresado por la DI en su informe de 9 de agosto de 2013 en el sentido de que los datos controvertidos no se corresponden con el concepto de secreto comercial en el sentido de información sobre la actividad económica de una entidad cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave. La SGAE no argumenta de modo convincente la razón por la cual el conocimiento de la fecha de vigencia de los contratos firmados con cada operador de televisión y el dato de que algunos de ellos estén en fase de negociación pueda causar un perjuicio grave a la entidad en forma de disminución de su margen de estrategia negocial. Ello es particularmente evidente si se tiene en cuenta además la posición de SGAE en los mercados de gestión de los derechos de propiedad intelectual de los autores y editores en España, así como la necesidad de todos los operadores de televisión de suscribir contratos de licencia para poder utilizar en su programación el repertorio que SGAE administra.

Respecto de los datos contenidos en el párrafo tercero del escrito de contestación de SGAE de 31 de mayo de 2013, donde se menciona la existencia de diferentes condiciones comerciales pactadas con dos operadores de televisión frente al resto, así como la justificación o motivos que explicarían tal situación conforme a la perspectiva de SGAE, ésta alega que su divulgación “podría perjudicar los intereses de las operadoras de televisión afectadas”. La Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo se refiere a «otra información confidencial» para incluir *“información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa”*. Sin embargo, este Consejo no entiende que en este caso se den las circunstancias para que el concepto de “otra información confidencial”, previsto para *“incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato”* (párrafo 19 de la Comunicación), pueda aplicarse a los datos controvertidos. En este supuesto, además, consta en el expediente de recurso que tanto la identidad de los operadores de televisión mencionados en el párrafo que SGAE solicita se declare confidencial como la situación conflictiva de fondo eran de conocimiento público.

Por otro lado, debe de tenerse en cuenta que según ha venido señalando este Consejo en anteriores resoluciones, las entidades de gestión, en su condición de monopolio reconocidos *ex lege*, quedan sometidas a un especial deber de transparencia. En este sentido, en la Resolución de 14 de junio de 2012 (Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE) se afirmó lo siguiente: *“Estas diferencias no hacen sino abundar en la realidad fáctica de que la actuación de AGEDI y AIE es una actuación muy alejada de la necesaria transparencia, objetividad y proporcionalidad”*

*a la que vienen obligadas unas entidades que ostentan la condición de ser los únicos gestores de unos DPI que resultan imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial de los operadores de televisión, es decir, unos gestores que ostentan un monopolio de un input esencial para el desarrollo de ciertas actividades económicas.” En términos equivalentes se pronuncia la anterior Resolución de 23 de febrero de 2011 (Expte. 2785/07 Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE): “Hay que tener en cuenta que la entidad de gestión colectiva es un monopolista y que su responsabilidad en términos de transparencia, objetividad y razonabilidad es mucho mayor que la de otros operadores de mercado, tanto por su condición de monopolista como por los privilegios de diverso tipo que le concede la legislación de propiedad intelectual”.*

Asimismo, el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 19 de marzo de 2013 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, recurso 2125/2009) también alude a este especial deber de transparencia en los siguientes términos: *“Más en particular, resultaba exigible a la entidad de gestión colectiva de los derechos [...] que, como contrapartida a su privilegiada situación de gestor único de un recurso necesario para la difusión audiovisual (los fonogramas), informara a los usuarios comerciales no sólo de la existencia de las tarifas generales sino también de otros acuerdos ya alcanzados en su ámbito territorial, concertados con operadores del mismo sector. A ello conducían unas exigencias mínimas de transparencia en las relaciones comerciales, como contrapeso a su privilegiada posición”.*

Al margen de lo expuesto debe recordarse asimismo que, en el presente recurso SGAE no ha aportado indicio alguno del supuesto grave perjuicio que le causaría la divulgación entre las partes interesadas en el expediente sancionador de la información discutida, única causa que podría motivar la confidencialidad de la misma bajo el amparo del secreto comercial. La recurrente se ha limitado a realizar alegaciones de carácter genérico sobre el carácter confidencial de tal información pero no acredita ni argumenta suficientemente tal extremo.

Asimismo, SGAE considera que se produce una “clara contradicción” por parte de la DI, al negar la confidencialidad de los datos controvertidos, mientras que ha aceptado las versiones censuradas de los mismos contratos que se relacionan en las tablas y cuadros cuya confidencialidad ha denegado, cuando los datos censurados en los contratos, son los mismos que constan en los cuadros. No obstante, este Consejo comparte el criterio de la DI relativo a que no puede advertirse incompatibilidad alguna en el hecho de que la DI acepte la confidencialidad solicitada sobre los mismos datos cuando están integrados en los propios contratos firmados con operadores de televisión, mientras que deniega la confidencialidad de tales datos, incluidos en las repetidas tablas y cuadros, por no considerarlos secreto comercial. La existencia de esos datos en las tablas y cuadros permite precisamente aceptar la confidencialidad solicitada respecto de los mismos datos integrados en los contratos, a la vez que supone un mecanismo para no desvelar las condiciones comerciales vinculadas a un concreto operador.

Con base en las consideraciones expuestas sobre la dimensión de la confidencialidad con carácter general, a la vista de la información controvertida, este Consejo coincide con la valoración de la DI que los datos contenidos en la documentación cuya confidencialidad SGAE pretende no entran en el ámbito de la protección que otorga el art. 42 LDC.

### **TERCERO. Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.-**

Conforme lo señalado en el artículo 47 LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por SGAE supone verificar si el Acuerdo de 25 de julio de 2013 de la DI, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad de la recurrente ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a SGAE, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

En su escrito de recurso, así como en sus alegaciones complementarias, SGAE no hace ninguna alegación relativa a la posible producción de indefensión. La inexistencia de alegación al respecto, hace innecesario que este Consejo se pronuncie sobre la existencia de indefensión.

La recurrente identifica expresamente –tanto en su escrito de recurso inicial como en sus alegaciones posteriores– los motivos en los que basa su recurso con el perjuicio irreparable previsto en el artículo 47 de la LDC como causa de impugnación de los actos de la DI. Considera la recurrente que la divulgación de la información cuya declaración de confidencialidad solicita le causaría un perjuicio grave, directamente o a través del perjuicio generado a sus asociados, al reducir a futuro su capacidad de negociación con los usuarios operadores de televisión.

El artículo 47 de la Ley 15/2007 establece que serán recurribles ante el Consejo de la CNC "*Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan (...) perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*". A este respecto 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).

En el supuesto que nos ocupa, difícilmente cabe apreciar que la revelación de los datos cuya confidencialidad se solicita pueda provocar un perjuicio irreparable a la recurrente, dado que, como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, la información cuya confidencialidad se solicita no constituye secreto comercial y en alguno de los casos incluso es de dominio público. Este Consejo, asimismo, entiende que esos datos constituyen información relevante para la correcta tramitación y resolución del expediente, bien en el sentido de coadyuvar a la declaración de la existencia de una infracción o bien, en el sentido contrario, de permitir alcanzar la conclusión de que no existe comportamiento infractor alguno.

Este Consejo coincide igualmente con la valoración de la DI en el sentido de que SGAE no ha especificado ni concretado suficientemente el perjuicio irreparable a su capacidad negociadora que le causaría la divulgación entre las partes del

expediente de los datos incluidos en las tablas y cuadros cuya confidencialidad solicita. Es más, respecto de los datos contenidos en el párrafo tercero del escrito de contestación de SGAE de 31 de mayo de 2013, la entidad de gestión alega que podrían generar un perjuicio no a la propia SGAE, sino a las operadoras de televisión afectadas.

Finalmente cabe recordar, en todo caso, que no existe peligro de divulgación de la información recabada durante la inspección y cuya declaración confidencial la recurrente solicita, puesto que ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

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**

**ÚNICO.-** Desestimar el recurso interpuesto por SGAE, contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación de 25 de julio de 2013, que deniega parcialmente la solicitud de confidencialidad formulada por el interesado, en el ámbito del expediente sancionador S/0466/13.

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.