



Roj: **SAN 1137/2022 - ECLI:ES:AN:2022:1137**

Id Cendoj: **28079230062022100100**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/03/2022**

Nº de Recurso: **116/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000116 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01029/2016

Demandante: ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SAU (ATRESMEDIA)

Procurador: D. ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS **VEGAS TORRES**

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS **VEGAS TORRES**

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diez de marzo de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 116/16 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez actuando en nombre y representación de **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SAU (ATRESMEDIA)**, contra el Acuerdo de 17 de diciembre de 2015 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se deniega la solicitud de tratamiento confidencial formulada por Atresmedia, con fecha de 24 de noviembre de 2015 respecto de determinada información contenida en la Resolución de 12 de noviembre de 2015 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el marco del expediente sancionador SNC/DC/0039/15, Atresmedia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se acordase estimar el recurso y, en consecuencia:

"1. Anule el Acuerdo del Consejo de la CNMC de 17 de diciembre de 2015 dictada en el expediente sancionador SNC/DC/0039/15

2.- Con carácter subsidiario, declare:

i. El carácter confidencial, por constituir secreto comercial de Atresmedia, de la información relacionada con el mercado de publicidad en televisión contenida en la resolución sancionadora sobre la que la recurrente solicitó su tratamiento confidencial en su escrito de 26 de noviembre de 2015.

ii. El carácter confidencial, por constituir secreto comercial de Atresmedia, de la información relacionada con el mercado de adquisición de contenidos audiovisuales contenida en la resolución sancionadora sobre la que la recurrente solicitó su tratamiento confidencial en su escrito de 26 de noviembre de 2015.

3.- Condene a la CNM, en todo caso, a publicar una versión de la Resolución sancionadora que no contenga referencias, datos ni otros elementos de carácter confidencial, según lo solicitado por la recurrente en su escrito de 26 de noviembre de 2015."

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO. - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 17 de noviembre de 2021, fecha en la que se inició, finalizando el 15 de diciembre siguiente.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a M^a Jesús **Vegas Torres**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso impugna la entidad actora el Acuerdo de 17 de diciembre de 2015 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el marco del expediente sancionador SNC/DC/0039/15, Atresmedia, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

ÚNICO. - Denegar la solicitud de confidencialidad formulada por ATRESMEDIA, en lo que se refiere a los aspectos detallados en el Antecedente de Hecho 8, conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Único del presente acuerdo excepto en los aspectos señalados como excepción recogidos en el mismo Antecedente de Hecho 8".

SEGUNDO. - A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1. El 15 de marzo de 2012 ANTENA 3 DE TELEVISION, S.A. (ANTENA 3), notificó a la entonces Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la operación de concentración económica consistente en la adquisición, por parte de ANTENA 3, del control exclusivo de GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA S.A. (LA SEXTA), mediante la compraventa del 100% de su capital social.

2. Mediante resolución de 13 de julio de 2012 el Consejo de la CNC autorizó la referida operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, si bien la autorización se sometía al cumplimiento de las siguientes condiciones: supeditaba esta al cumplimiento, por parte de la entidad resultante, de unas obligaciones recogidas en un total de cinco condiciones:

-Condición primera, relativa al mercado de la publicidad en televisión.

-Condición segunda, relativa al mercado de la televisión en abierto.

-Condición tercera: relativa al mercado de la adquisición de contenidos audiovisuales.

-Condición cuarta, sobre determinadas obligaciones para Atresmedia de aportación periódica de información a la Dirección de Investigación de la CNC, en tanto órgano responsable de la vigilancia.

-Condición quinta, que establecía un plazo de vigencia de cinco años de las condiciones.



3. Con fecha 24 de agosto de 2012 el Consejo de Ministros acordó autorizar la citada operación de concentración modificando parcialmente las condiciones establecidas por el Consejo de la CNC en la citada resolución de 13 de julio de 2012, determinando, además, que correspondía a la CNC la vigilancia de las condiciones impuestas, a cuyo fin, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la extinta Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia) abrió el expediente de vigilancia VC/0432/12.

4. Con fecha 6 de febrero de 2015 la DC elevó al Consejo de la CNMC un primer informe parcial de vigilancia en el expediente VC/0432/12 en el que concluía que existían indicios de incumplimiento de la condición primera y evidencias de incumplimiento de las condiciones tercera y cuarta en lo que se refiere a los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales.

5. Con fecha 6 de mayo de 2015 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó Resolución interesando a la DC a incoar expediente sancionador contra ATRESMEDIA por existir indicios de incumplimiento de la condición primera y evidencias de incumplimiento de las condiciones tercera y cuarta.

Esta Resolución fue recurrida por ATRESMEDIA ante la Audiencia Nacional (procedimiento ordinario 423/2015).

6. Con fecha 22 de mayo de 2015, la DC dictó acuerdo de incoación del expediente SNC/DC/0039/15 contra ATRESMEDIA por incumplimiento de lo dispuesto en el dispositivo segundo de la Resolución del Consejo de la CNC de 13 de julio de 2012, parcialmente modificada por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012 en el expediente C/0432/12. La incoación se notificó con fecha 25 de mayo de 2015.

7. Mediante Resolución de 12 de noviembre de 2015 (notificada a ATRESMEDIA el 17 de noviembre de 2015) en el expediente SNC/DC/0039/15, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC declaró acreditado el incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta, a las que se subordinó la operación de concentración C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, incumpliendo lo establecido en los resuelve primero y segundo de la Resolución de 13 de julio de 2012 del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia y lo estipulado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

8. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la CNMC el 26 de noviembre de 2015, en virtud de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la representación de ATRESMEDIA solicitó la confidencialidad de determinados aspectos de la Resolución de 12 de noviembre de 2015 con vistas a su publicación.

9. Analizada la solicitud de la notificante, y mediante informe de 2 de diciembre de 2015, la DC propone al Consejo de la CNMC que se desestime la confidencialidad de la información solicitada por ATRESMEDIA, a excepción de determinados datos concretos señalados por la DC.

En el citado informe, se recoge, literalmente, lo siguiente:

"(...) la información específica sobre la que ATRESMEDIA ha solicitado confidencialidad y, para la que la DC propone denegar la confidencialidad, se expone en los siguientes términos:

1. En relación con el mercado de publicidad en televisión: páginas 6 a 10 y 12 a 18 (hechos acreditados); páginas 42 a 53 (valoración Sala de Competencia) y 83 a 84 (valoración global).

La información contenida en estos párrafos ha sido extraída de las ofertas comerciales publicadas en la página web de ATRESMEDIA, de las propuestas comerciales enviadas por Agencias de Medios, de datos suministrados por ATRESMEDIA sobre GRP's invertidos por los anunciantes e ingresos obtenidos por la venta de publicidad, de los resultados de las encuestas realizadas por la Asociación Española de Anunciantes y de las respuestas de los anunciantes a los requerimientos enviados por la Dirección de Competencia.

La información de estas páginas son indicaciones genéricas del tipo (muy reducido, menor, la mayoría, superior, incremento, etc.) sobre el peso de la contratación de paquetes sobre canales individuales o sobre cuotas invertidas por los anunciantes, o sobre la evolución del coste de la publicidad, etc. (sin aportar cifras exactas ni identificar a dichos anunciantes). Sin perjuicio de lo anterior, las referencias a porcentajes concretos de precios más caros si se contratan los canales de forma individual o en paquetes es un dato no confidencial, pues se deduce de las ofertas comerciales publicadas por ATRESMEDIA. Lo mismo puede decirse de la información sobre los dos paquetes que comercializa (cobertura y afinidad), de la utilización de la pauta única, etc.

También se exponen las fórmulas y parámetros de negociación de venta de publicidad, la negociación simultánea y con el mismo ejecutivo de ventas en un número determinado de casos, la existencia de negociaciones telefónicas, los criterios para la fijación de las extraprimas. Estos datos, en la medida en que no se especifique la identidad de las agencias de medios ni de los anunciantes, no constituye secreto de negocio cuya publicación

pueda perjudicar significativamente a ATRESMEDIA o a terceros. Se trata más bien de una estrategia comercial conocida por todos los agentes del mercado a través de la actividad minorista de ATRESMEDIA en el mercado de publicidad en televisión.

Además, como ya se ha indicado, son pautas de comportamiento que se extienden a la mayoría de los anunciantes y han sido elementos de acreditación muy importantes de cara a verificar la existencia de infracción por parte de ATRESMEDIA.

Hay también mucha información contenida en estas páginas que son juicios de valor de la Dirección de Competencia en su análisis de la información que consta en el expediente y de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (posibles compensaciones de cuotas entre paquetes, mantenimiento de cuota estable a lo largo de un periodo, incentivos a la venta vinculada de paquetes comerciales, contradicciones advertidas sobre algunas respuestas de anunciantes, el actual modelo de cobro de las extraprimas como elemento que favorece la venta vinculada de paquetes comerciales, etc.) que en ningún caso revelan secretos de negocio ni su conocimiento es susceptible de causar perjuicios significativos a las partes. Además, esta información es esencial para comprender la valoración de la CNMC en relación la acreditación de la infracción de ATRESMEDIA, por lo que el interés público asociado a la publicidad de las resoluciones de la CNMC debe primar sobre los posibles intereses particulares de ATRESMEDIA.

Esta Dirección de Competencia también propone denegar la confidencialidad de los párrafos relativos a las alegaciones de ATRESMEDIA señaladas y rebatidas en esta Resolución en el apartado de valoración de la Sala de Competencia, en la medida en que no se aporta información adicional a la expresada en los párrafos anteriores que pudiera considerarse secreto de negocio. Las alegaciones de ATRESMEDIA tratan de rebatir los juicios de valor de la Dirección de Competencia realizados a lo largo del análisis del expediente de vigilancia VC/0432/12, así como los de la sala de Competencia del Consejo de la CNMC en esta Resolución, por lo que las mismas no pueden ser consideradas confidenciales per se y menos aún la respuesta del Consejo de la CNMC a estas alegaciones.

Por último, se propone no aceptar la confidencialidad de los párrafos de la valoración de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en relación con distintos elementos (dificultad de contratar publicidad en canales independientes, negociación simultánea y con los mismos agentes de ventas, exigencia de una cuota mínima global muy elevada, extraprimas) que permiten afirmar que se ha producido un incumplimiento de la condición primera a través de diversas estrategias que suponen, de facto, la vinculación de venta de publicidad entre los canales del grupo, estrategia que puede verse reforzada por la existencia de la pauta única. Aceptar la confidencialidad de la valoración que de cada uno de los elementos descritos realiza la Sala de Competencia y que sirven para concluir que ha habido incumplimiento de la condición primera, tendría los mismos efectos que la no publicación de la Resolución del Consejo de la CNMC de 6 de mayo de 2015, pues impedirían su comprensión. Esto dañaría el interés público asociado a la publicidad de las resoluciones de la CNMC, primando excesivamente los posibles intereses particulares de ATRESMEDIA.

(...)

2. En relación con los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales: páginas 18 a 33 y 41 (hechos acreditados); páginas 55 a 66 (valoración de la sala de Competencia); páginas 83 a 84 (valoración global de la Resolución)

En estos párrafos se exponen los incumplimientos de ATRESMEDIA en relación con sus obligaciones de envío de listados de contratos suscritos con terceros en los que se deben identificar aquéllos que incumplían alguna de las condiciones impuestas, así como las discrepancias entre la Dirección de Competencia y ATRESMEDIA sobre la necesidad o no de excluir determinados contratos de la aplicación de dichas condiciones (fundamentalmente contratos para financiar obra europea) y sobre el cálculo de los periodos de explotación en el caso de títulos con ventanas intercaladas de emisión. También hay párrafos referidos a los plazos y contenido de las cartas a los proveedores de contenidos audiovisuales para ajustar los contratos a lo estipulado en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 24 de agosto de 2012.

En la medida en que la información contenida en estos párrafos no haga referencia a datos concretos no públicos de ATRESMEDIA o de terceros (referencia a contratos específicos, a los términos de dichos contratos) el resto de la información que contiene la descripción de la información remitida por ATRESMEDIA, observaciones generales del funcionamiento del mercado conocido por todos los agentes que participan en el mismo, los incumplimientos detectados por la Dirección de Competencia, la divergencia de criterios e interpretaciones sobre determinadas cuestiones, no se considera confidencial por esta Dirección de Competencia.



En este sentido, estos elementos son esenciales de cara a la acreditación de la infracción de las condiciones tercera y cuarta, por lo que su confidencialidad perjudicaría al interés público asociado a la publicidad de las resoluciones de la CNMC.

Tampoco se considera confidencial por esta Dirección de Competencia el describir en la Resolución los criterios de cálculo de las compensaciones exigidas por ATRESMEDIA a los proveedores de contenidos audiovisuales en aquellos casos que se modifiquen los términos de los contratos. ATRESMEDIA alega que se revela con ello una estrategia de renegociación, pero estos criterios, así como las críticas de esta Dirección de Competencia sobre los mismos responden a la necesidad de aplicar correctamente las condiciones a las que se subordinó la operación de concentración, que son públicas, y debiendo primar el interés público de asegurar su cumplimiento efectivo, para lo que es necesario dar publicidad a su alcance. Además, es una información esencial a la hora de comprender la valoración de la CNMC sobre el grado de cumplimiento de dichas condiciones. Adicionalmente, en la medida que estas renegociaciones ya se han producido y previsiblemente no se van a repetir, este análisis de la CNMC no desvelaría estrategias de negocios futuras.

(...)"

Como se ha advertido, junto a esta propuesta de desestimación general de confidencialidad solicitada por ATRESMEDIA, la DC propone también en su informe de 2 de diciembre de 2015, que se declare la confidencialidad de determinados datos igualmente incluidos por ATRESMEDIA en su solicitud de confidencialidad de 26 de noviembre de 2015. La DC expone en su propuesta que los siguientes datos deben ser declarados confidenciales por ser susceptibles de incluir información comercial sensible:

En relación con el mercado de publicidad en televisión:

" Como excepción a lo anterior, únicamente se propone admitir la confidencialidad de los siguientes datos, susceptibles de contener información comercial sensible:

- Todos los porcentajes que se muestran en el informe sobre ingresos publicitarios y cuotas de GRP's invertidos se sustituyen por una horquilla de [+10], tal como viene siendo habitual en las versiones públicas de las resoluciones e informes de la CNMC.

- Peso de las extraprimas en función de los parámetros establecidos para el cobro de las mismas y tabla que recoge el cobro de cada agencia de medios consultada (página 18)

- Identificación de las propuestas comerciales que se presentan por el mismo comercial y en la misma fecha (página 8).

- Identificación de los anunciantes clientes de ATRESMEDIA Datos concretos de agencias de medios o de clientes en la medida en que puedan servir para su identificación.

- Datos concretos de agencias de medios o de clientes en la medida en que puedan servir para su identificación.

(...)

En relación con los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales:

"Como excepción a lo anterior, únicamente se propone admitir la confidencialidad de los siguientes datos, susceptibles de contener información comercial sensible:

- Identificación de contratos y de proveedores

- Párrafos que mediante la descripción de los términos de un determinado contrato pueda identificarse el mismo".

10- Con fecha de 17 de diciembre de 2015 de la Sala de la Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dicta Acuerdo resolviendo la solicitud de confidencialidad presentada por Atresmedia, que es objeto de impugnación en el presente procedimiento.

TERCERO. - Sobre la base de los hechos descritos, ATRESMEDIA denuncia, por un lado, la falta de motivación de la resolución recurrida por no dar respuesta singularizada a la solicitud de confidencialidad presentada en relación con cada uno de los bloques individualizados en el escrito presentado por Atresmedia y que, por ello, no permite identificar con el necesario rigor cual es el concreto contenido de la resolución sancionadora que se considera confidencial.

Añade que la redacción de la parte dispositiva del acuerdo recurrido no es inteligible puesto que aunque parece que deniega en bloque la solicitud de confidencialidad de Atresmedia, exceptúa de este principio general determinados aspectos a los que se refiere el Antecedente de Hecho Octavo de la resolución recurrida pero que, si acudimos a dicho Antecedente, resulta que en el mismo no se contiene información alguna sobre la



confidencialidad de la resolución sancionadora por lo que la parte dispositiva del acuerdo aquí recurrido incurre en un claro error material, debiendo entenderse que se remite al Antecedente de Hecho Noveno y no al Octavo.

Continúa argumentando que, más allá de este error, el Antecedente de Hecho Noveno no permite conocer con exactitud que elementos de la resolución sancionadora se consideran confidenciales y cuáles no.

Por lo demás opone la infracción de los artículos 37.1 de la LCNMC y del artículo 23.2 RDC, porque el acuerdo impugnado ordena la publicación de información de naturaleza confidencial por constituir secreto comercial de Atresmedia.

Afirma que la información de los mercados de publicidad en televisión y de adquisición de contenidos audiovisuales sobre los que solicitó el tratamiento confidencial en su escrito de 26 de noviembre de 2015 constituyen secreto comercial por los motivos indicados en la citada solicitud y denuncia la errónea valoración del carácter confidencial de la información del expediente relacionada tanto con el mercado de publicidad en televisión como en el de adquisición de contenidos audiovisuales.

A estos efectos rechaza los motivos en los que se ha fundamentado la solicitud de confidencialidad.

Sostiene que no solo las cifras exactas o los datos concretos sobre el mercado de publicidad en televisión es información susceptible de merecer el tratamiento confidencial por constituir un secreto comercial y que las indicaciones o descripciones generales también pueden constituir secretos comerciales, como acontece en el presente caso en el que se expone información muy detallada, por ejemplo, en relación con el proceso de negociación de Atresmedia y los anunciantes y las agencias de medios en el mercado de publicidad televisiva.

Añade que los anunciantes y agencias de medios únicamente conocen la estrategia comercial de Atresmedia a partir de negociaciones individualizadas pero que no tienen un conocimiento "panorámico" y exhaustivo como el que les ofrece la resolución sancionadora en relación con las fórmulas y criterios que componen la política comercial de Atresmedia, lo que ya sería motivo para evitar la divulgación de dicha información.

Por cuanto se refiere a la protección del interés público derivado de la publicación de resoluciones de la CNMC que ponen fin al procedimiento administrativo señala la recurrente que la infracción por parte de Atresmedia del artículo 62.4 LDC ya fue objeto de análisis en el marco del expediente sancionador que dio lugar a la resolución sancionadora y que lo que ahora se discute no tienen nada que ver con el acceso a determinada información que, en el marco de la tramitación de un procedimiento administrativo, pudiera tener o relevancia, ya sea por su carácter exculpativo o inculpativo, y que lo que ahora se discute es, ya acreditada la infracción, que información debe ser constitutiva de secreto comercial de manera que no sea objeto de publicación, sin que, a los efectos ahora pretendidos quepa oponer el interés público al privado.

Finalmente entiende que los juicios de valor de la Dirección de Competencia y de la Sala de Competencia, en relación con los mercados de publicidad en televisión y adquisición de contenidos audiovisuales son susceptibles de causar un perjuicio a Atresmedia ser considerados confidenciales las alegaciones de Atresmedia, por lo que debe mantenerse confidencial frente a terceros.

El Abogado del Estado se opone a la demanda e interesa su desestimación por los propios fundamentos de la resolución recurrida y rechaza el motivo de impugnación que denuncia la falta de motivación de aquella.

CUARTO.- Por cuanto se refiere al motivo de impugnación que denuncia la falta de motivación de la resolución recurrida, debemos recordar que constante jurisprudencia viene afirmando que el requisito de la motivación no exige a los actos administrativos un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues basta con la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa. Por esta causa, el cumplimiento del deber de motivar no puede analizarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda valorarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto. Así, la extensión de la motivación estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestiona o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera.

En lo que se contrae a este caso, el Acuerdo recurrido, asumiendo la fundamentación del informe de la DC, motiva su decisión en los siguientes términos:

"La Sala (...) considera que gran parte de la solicitud de confidencialidad remitida por ATRESMEDIA se extiende a información que ya es conocida por el mercado, bien por estar disponible en la propia página web de operador o en otras fuentes públicas u oficiales (CNMC data), bien por la propia actividad minorista de ATRESMEDIA en relación con el mercado de publicidad televisiva y como prestador de servicios de televisión.



Igualmente, la Sala considera que -como explica la DC en su informe- ATRESMEDIA no ha justificado suficientemente la necesidad de declarar confidencial un porcentaje tan amplio del contenido de la Resolución. En la práctica totalidad de los datos cuya confidencialidad se reclama el operador recurre al argumento genérico de que se trata de información que revela la estrategia comercial o de precios de venta de publicidad en televisión pero que, mientras no se suministren cifras exactas sino indicaciones generales (la mayoría, escaso, superiores a, etc.) o no identifiquen clientes, la descripción de este tipo de estrategia comercial no constituye secreto de negocio ya que se trata de información conocida por los agentes del mercado.

Como señala acertadamente la DC, gran parte de la información solicitada como confidencial por el operador en relación con el mercado de publicidad en televisión, es una exposición de las fórmulas y criterios de negociación que utiliza Atresmedia en relación con la venta de publicidad televisiva en sus canales.

Dicha información no puede considerarse secreto de negocio, en la medida en que se refiere a las estrategias generales de negociación no diferenciadas en función del cliente. Es decir, dicha información recoge las pautas comunes que Atresmedia aplica a la mayor parte de los anunciantes y agencias de medios y es perfectamente conocida por dichos agentes del mercado como demuestra hecho de que dicha información ha sido remitida a la CNMC para su inclusión en el expediente por los propios anunciantes y agencias de medios que negocian con ATRESMEDIA. Por ello, además de no constituir secreto comercial, dicha información resulta esencial para comprender la valoración realizada por la CNMC sobre el cumplimiento de la condición primera.

En lo que se refiere a los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales, la Sala de Competencia también coincide con el criterio expresado por la DC respecto a que la confidencialidad solicitada se refiere mayoritariamente a la discusión entablada entre la Dirección de Competencia y Atresmedia sobre la distinta interpretación de determinados contratos, o sobre el contenido de determinados escritos a proveedores a la hora de aplicar las condiciones tercera y cuarta. Como señala la Dirección de Competencia, no pueden considerarse confidenciales los juicios de valor que la propia Dirección (u otros órganos de la CNMC) incluyan en sus análisis, puesto que dichos juicios o evaluaciones, en sí mismos, no desvelan secretos comerciales de las partes.

En conclusión, como señala la DC, puede afirmarse que la aceptación de una solicitud de confidencialidad tan amplia y falta de justificación como la realizada por ATRESMEDIA en su escrito, podría constituir un incumplimiento del deber de publicación previsto en el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

No obstante, siguiendo igualmente el criterio expresado por la DC esta Sala de Competencia considera que debe declararse la confidencialidad de aquellos datos presentes en la resolución e incluidos por Atresmedia en su solicitud de confidencialidad de 26 de noviembre de 2015 susceptibles de contener información comercial sensible. Conforme a lo expuesto anteriormente esta confidencialidad alcanza a los datos en relación con el mercado de publicidad en televisión y con los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales expresados en el Antecedente de Hecho 8 del presente Acuerdo, tal y como han sido materializados en la versión no confidencial de la citada Resolución remitida por la DC junto con el informe de 2 de diciembre de 2015".

Así las cosas, sin perjuicio del error material padecido en la parte dispositiva de la resolución recurrida que denuncia la recurrente, que entendemos no proyecta otra consecuencia que el de su rectificación, debemos concluir que la resolución recurrida está suficientemente motivada pues han permitido a la recurrente conocer las razones en las que se ha fundamentado mediante la remisión que se efectúa al contenido del informe de la DC, que se asume, y en el que se detallan las razones que la han determinado. Por lo demás, quedan suficientemente explicitados los datos que se consideran confidenciales.

QUINTO.- Afirmada la motivación de la resolución impugnada, examinaremos el motivo de impugnación que denuncia la infracción del artículo 37.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo tenor: "La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. En particular, se difundirán: j) Las resoluciones que pongan fin a los procedimientos".

Recordemos que, de acuerdo con la Comunicación sobre la protección de la información confidencial por los órganos jurisdiccionales nacionales en los procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia de la UE (2020/C 242/019, la protección de los secretos comerciales y otra información confidencial está consagrada en el artículo 339 del TFUE y es además un principio general del Derecho de la UE (18). Sin embargo, el hecho de que la información sea de carácter confidencial no supone un obstáculo absoluto para su exhibición en un procedimiento nacional. Los órganos jurisdiccionales nacionales decidirán caso por caso qué puede constituir información confidencial para la aplicación privada del Derecho de la



competencia de la UE basándose en las normas nacionales y de la UE y en la jurisprudencia pertinente. Aunque, como la misma reconoce expresamente, la citada Comunicación no tiene por objeto proporcionar una definición de «información confidencial», recoge que los tribunales de la UE consideran información confidencial aquella que cumple las siguientes condiciones acumulativas: i) es conocida solamente por un número limitado de personas, y ii) su exhibición puede causar un perjuicio grave a la persona que la facilitó o a terceros, y iii) los intereses que la exhibición de información confidencial puede lesionar son objetivamente dignos de protección. Así, en relación con la primera condición, la información puede perder su carácter confidencial a partir del momento en que sea accesible a los medios especializados o pueda inferirse de la información accesible al gran público. En relación con la segunda condición, cabe señalar que, para evaluar el potencial de perjuicio, es importante tener en cuenta, en primer lugar, la naturaleza de la información. Por lo general, se considera que puede causar un perjuicio grave la exhibición de información que tiene valor comercial, financiero o estratégico. Añade que es necesario considerar cuán reciente es la información ya que la información comercialmente sensible sobre una relación empresarial en curso o futura o sobre planes internos de negocio, u otra información comercial de tipo prospectivo, podría a menudo considerarse (al menos en parte) información confidencial, si bien dicha información puede perder su carácter confidencial cuando haya perdido su importancia comercial por el paso del tiempo. En relación con la tercera condición, precisa que el interés de una parte en protegerse a sí misma o en proteger su reputación frente a cualquier condena por daños y perjuicios pronunciada por un órgano jurisdiccional nacional debido a su participación en una infracción del Derecho de la competencia no constituye un interés digno de protección.

Como ha establecido el Tribunal Supremo (Auto de 15 de febrero de 2007, recurso 12/2006) esta declaración de confidencialidad está reservada a la CNMC, sin perjuicio de la revisión jurisdiccional que con posterioridad pueda existir sobre la ponderación de intereses realizada.

Dicho lo anterior, siguiendo los criterios establecidos en la citada Comunicación, así como en la guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimiento de Defensa de la Competencia de la Ley 15/2007, publicada por la CNMC el 4 de junio de 2020, cumple manifestar que para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de un documento obrante en un procedimiento, es necesario llevar a cabo un triple análisis. Así, en primer lugar se ha de determinar si se trata de un documento que contenga datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo, con lo que se evaluaría su propia consideración de secreto comercial; en segundo lugar, si tratándose de datos cuyo conocimiento pueda efectivamente causar un perjuicio significativo, estos han tenido difusión entre las partes y/o terceros, perdiendo en gran medida la justificación de que de la difusión en el marco del expediente puede derivarse dicho perjuicio. Así, en el caso de un secreto de negocio, su difusión generaría la pérdida de su consideración como secreto; y, en tercer lugar, si se trata de datos que, aun pudiendo causar un perjuicio y no habiendo sido difundidos, son necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa de otros interesados en el procedimiento.

Pues bien, comenzando por el primer análisis, hemos de recordar que, de acuerdo con la citada Comunicación, puede entenderse que un secreto comercial es cualquier información directamente relacionada con la actividad económica de la empresa cuya divulgación pudiera causarle un perjuicio grave a la misma

Deben cumplirse tres criterios acumulativos para entender que una determinada información constituye un secreto de negocio y, por tanto, puede ser declarado confidencial: i) es conocida únicamente por un reducido número de personas, ii) su divulgación podría causar un grave perjuicio y iii) los intereses que pudieran verse afectados por la divulgación de la información son, objetivamente, dignos de protección.

Pueden ser susceptibles de ser declarados confidenciales por constituir un secreto de negocio, entre otros, los siguientes datos: la información técnica o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los procesos, métodos o activos de producción, las cantidades producidas y vendidas, las estimaciones de cuotas de mercado no basadas en datos públicos o fácilmente accesibles, los ficheros, listados o datos concretos de clientes, distribuidores y proveedores, la estrategia comercial y de ventas, la estructura, listados o datos concretos de costes y precios, los volúmenes de negocio que no obren en las cuentas anuales de la empresa.

Por el contrario, se considera que, en general, no constituyen un secreto de negocio, entre otros, aquellos datos que han sido difundidos en mayor o menor medida por la empresa o que son de conocimiento general entre los especialistas del sector.

La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación de la información susceptible de ser considerada confidencial por su naturaleza de secreto comercial deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicables a la totalidad de documentos.



Por lo demás, los documentos que aun pudiendo ser considerados secretos comerciales, son necesarios para fijar el alcance, contenido o efectos de las prácticas objeto del procedimiento de referencia pierden su carácter confidencial.

Pues bien, en el caso que examinado, la CNMC ha realizado el triple análisis referido y ha concluido que, salvo aquellos datos cuya confidencialidad se declaró, el resto de la información cuya confidencialidad solicita ATRESMEDIA no constituye secretos comerciales o datos cuya publicación sea susceptible de causar perjuicios significativos y añade que se trata de información necesaria para entender la valoración que consta en la Resolución mencionada en relación con el grado de cumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta por parte de ATRESMEDIA.

SEXTO. - Frente a ello, la recurrente, muestra su disconformidad, reiterando que:

- Los datos contenidos en la página 39, desde los siete guiones con la enumeración de los indicios de infracción hasta el penúltimo párrafo de la citada página, constituye información confidencial relativa a la estrategia comercial de venta en publicidad en televisión, cuya información permitiría a los competidores de Atresmedia adaptar su conducta a aquella estrategia que consideren más favorable, lo que incidiría en que la recurrente vería plagiada su estrategia y perdería los elementos que la definen.

- Las páginas 40, desde el epígrafe titulado " en relación con la dificultad de contratar publicidad en canales independientes " y 42, hasta el cuarto párrafo incluido la citada página, identifican los principales elementos que componen o han compuesto la estrategia de venta de publicidad en televisión de Atresmedia, la valoración de la CNMC sobre los GRPs invertidos por los anunciantes y los ingresos obtenidos por Atresmedia derivados de la venta de publicidad , lo que integra el concepto de secreto comercial de venta de publicidad en televisión e información técnica en relación con su actividad de venta de publicidad en televisión lo que información permitiría a los competidores de Atresmedia adaptar su conducta a aquella estrategia que consideren más favorable, lo que incidiría en que la recurrente vería plagiada su estrategia y perdería los elementos que la definen y que la publicación de esta información dará una ventaja relevante a los anunciantes y agencias de medios con los que Atresmedia interactúa en el mercado y afectaría a la capacidad negociadora de la los comerciales de la recurrente. Añade que los elementos que componen la estrategia de venta de publicidad en televisión de Atresmedia no son conocidos por los agentes del mercado (anunciantes, agencias de medios, competidores de Atresmedia) y que no hay fuente pública que facilite los datos sobre GRPs ni información relacionada con esos datos, que han sido aportados por Atresmedia en el expediente de Vigilancia

- En relación con la información contenida en las páginas 6 y 7 de la resolución, señala que el análisis descriptivo de la estructura de ingresos de Atresmedia derivados de la inversión publicitaria y de los GRPs en televisión contratados por los anunciantes en los canales de televisión de Atresmedia integra un secreto comercial en relación con su actividad de venta de publicidad en televisión. Se aduce que las valoraciones basadas en los datos de ingresos y cuotas de GRP's -y afectaría a la capacidad negociadora de los comerciales de la recurrente. Añade que los elementos que componen la estrategia de venta de publicidad en televisión de Atresmedia no son conocidos por los agentes del mercado (anunciantes, agencias de medios, competidores de Atresmedia) y que no hay fuente pública que facilite los datos sobre GRPs ni información relacionada con esos datos, que han sido aportados por Atresmedia en el expediente de Vigilancia.

- Respecto de la información contenida en las páginas 7 a 10, 44 a 49 y 78 a 80, expone que identifican los principales elementos que componen la estrategia comercial de venta de publicidad en televisión de Atresmedia a partir de la información facilitada por los anunciantes en el marco del expediente de vigilancia, que integra un secreto comercial de venta de publicidad en televisión, cuya información permitiría a los competidores de Atresmedia adaptar su conducta a aquella estrategia que consideren más favorable, lo que incidiría en que la recurrente vería plagiada su estrategia y perdería los elementos que la definen y daría una ventaja relevante a los anunciantes y a las agencias de medios con los que Atresmedia interactúa en el mercado de publicidad en televisión, que conocerían en detalle la estrategia de los comerciales de Atresmedia. Añade que los elementos que componen la estrategia de venta de publicidad en televisión de Atresmedia no son conocidos por los agentes del mercado (anunciantes, agencias de medios, competidores de Atresmedia), más allá de la negociación individual para la contratación de espacios publicitarios con cada uno de ellos.

- En relación con la información contenida en las páginas 12 a 16 de la resolución, afirma que contiene una descripción detallada sobre las condiciones de venta de publicidad en televisión e información técnica de Atresmedia respecto de su actividad de venta de publicidad en televisión y que la publicación de esta información permitirá a los competidores de Atresmedia adaptar su conducta a aquella estrategia que consideren más favorable, lo que incidiría en que la recurrente vería plagiada su estrategia y perdería los elementos que la definen y daría una ventaja relevante a los anunciantes y a las agencias de medios con los que Atresmedia interactúa en el mercado de publicidad en televisión, que conocerían en detalle la estrategia de



los comerciales de Atresmedia. Añade que los elementos que componen la estrategia de venta de publicidad en televisión de Atresmedia no son conocidos por los agentes del mercado (anunciantes, agencias de medios, competidores de Atresmedia) y que no hay fuente pública que facilite los datos sobre GRPs ni información relacionada con esos datos, que han sido aportados por Atresmedia en el expediente de Vigilancia.

- Respecto de la información contenida en las páginas 16 y 17 y 49 y 50, aduce que contienen la descripción de las condiciones de pagos de extraprimas o rappels por parte de Atresmedia a las agencia de medios, en el mercado de venta de publicidad en televisión, que integra un secreto comercial de venta de publicidad en televisión, cuya publicación daría una ventaja relevante a en la negociación con las agencias de medios que les permitiría incidir de manera artificial en la determinación de las condiciones que deben ser satisfechas para el pago de las extraprimas y en el nivel de las extraprimas a abonar por Atresmedia. Añade que la descripción de los umbrales de inversiones anuales que una agencia de medios debe alcanzar para obtener el pago de extraprimas por Atresmedia es una información que no encuentra disponible en el mercado y que ni los competidores ni los anunciantes pueden conocer, y tampoco las agencias de medios que si bien pueden saber eventualmente cuando han satisfecho los umbrales de inversión marcados por Atresmedia, desconocen la política general relativa al pago de extraprimas de Atresmedia.

- Que las páginas 43 y 44, señala que contienen información relacionada con la descripción de los procedimientos de venta de publicidad en televisión seguido por el equipo comercial de Atresmedia, que constituye secreto comercial en relación con su actividad de venta de publicidad en televisión, cuya difusión permitiría permitir a los competidores de Atresmedia replicar los procedimientos de venta de publicidad en televisión en la medida que le fueran favorables, que constituyen información confidencial por cuanto que los procedimientos de venta de publicidad seguidos por el equipo comercial de la recurrente no se encuentra en el mercado y no es conocida más que por las partes que participan en la negociación.

- Por cuanto se refiere a la información contenida en las páginas 17 a 21, 29 a 31, 53 a 57 y 58 a 60, señala que contiene la descripción de las condiciones de determinados contratos de adquisición de contenidos audiovisuales suscritos por Atresmedia e información relacionada con dichos contratos, que constituye secreto comercial relativa de adquisición de contenidos audiovisuales cuya revelación permitiría a los competidores de la recurrente conocer las principales condiciones de dichos contratos permitiendo replicarlas en sus respectivos contratos con los proveedores de contenidos. Añade que las condiciones de los citados contratos no es público para terceros diferentes a los proveedores de contenidos con los que se suscribe el contrato.

- La información contenida en las páginas 21 ; a 24 y 61 63, se afirma que contienen la descripción de las comunicaciones enviadas por Atresmedia a los proveedores de contenidos a los que , por mandato del Consejo de Ministros, tenía que dar la posibilidad de modificar los límites temporales de la puesta a disposición y periodo de explotación del contenido, integrando secretos comerciales en la adquisición de contenidos audiovisuales cuya publicación perjudicarán gravemente las negociaciones de los contratos que Atresmedia tuviera en curso y las plantee más adelante, tratándose de una información que no pública para terceros diferentes a los proveedores de los contenidos con los que se renegocia.

- Que la información contenida en las páginas 25 a 28 describe las condiciones de determinados contratos de adquisición de contenidos audiovisuales suscritos por Atresmedia e información relacionada con dichos contratos, calificable como secreto comercial cuya divulgación le arrebataría un elemento diferenciador importante de cara a sus negociaciones con los proveedores de contenidos, afectando a su capacidad para adquirir contenidos de interés de terceros. Añade que su publicación perjudicará gravemente las negociaciones de los contratos que Atresmedia tuviera en curso y las plantee más adelante, tratándose de una información que no pública para terceros diferentes a los proveedores de los contenidos con los que se renegocia.

Dicho lo anterior, recordemos que la resolución recurrido estimó en parte la solicitud de confidencialidad que examinamos a los efectos declarar confidenciales por ser susceptibles de incluir información comercial sensible:

En relación con el mercado de publicidad en televisión:

" Como excepción a lo anterior, únicamente se propone admitir la confidencialidad de los siguientes datos, susceptibles de contener información comercial sensible:

- Todos los porcentajes que se muestran en el informe sobre ingresos publicitarios y cuotas de GRP's invertidos se sustituyen por una horquilla de [+10], tal como viene siendo habitual en las versiones públicas de las resoluciones e informes de la CNMC.

- Peso de las extraprimas en función de los parámetros establecidos para el cobro de las mismas y tabla que recoge el cobro de cada agencia de medios consultada (página 18)

- Identificación de las propuestas comerciales que se presentan por el mismo comercial y en la misma fecha (página 8).
- Identificación de los anunciantes clientes de ATRESMEDIA Datos concretos de agencias de medios o de clientes en la medida en que puedan servir para su identificación.
- Datos concretos de agencias de medios o de clientes en la medida en que puedan servir para su identificación. (...)"

En relación con los mercados de adquisición de contenidos audiovisuales:

"Como excepción a lo anterior, únicamente se propone admitir la confidencialidad de los siguientes datos, susceptibles de contener información comercial sensible:

- Identificación de contratos y de proveedores
- Párrafos que mediante la descripción de los términos de un determinado contrato pueda identificarse el mismo".

SÉPTIMO- Pu es bien, dejando a salvo los datos que acabamos de referir, cuya confidencialidad se reconoce, examinados los términos de la solicitud presentada por Atresmedia, observamos que la misma se apoya en consideraciones generales que, en muchos casos se repiten mediante fórmulas estereotipadas, que afirman que la resolución recurrida contiene datos calificables como secretos comerciales en relación con su actividad de venta de publicidad en televisión y de adquisición de contenidos.

Sin embargo, más allá de las citadas argumentaciones genéricas y de carácter global referidos a los distintos párrafos de cada de una de las páginas de la resolución sancionadora, no encontramos una justificación debidamente motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación de la información en ellos contenida, que además, en muchos casos, como se recoge en el tan citado informe de la Dirección de Competencia, ha sido extraída de las propuestas comerciales enviadas por Agencias de Medios y de los resultados de las encuestas realizadas por la Asociación Española de Anunciantes y de las respuestas de los anunciantes a los requerimientos enviados por la Dirección de Competencia, por lo que se trata, de información conocida por terceros.

Así las cosas, convenimos con la resolución recurrida en que, la información cuya confidencialidad solicita Atresmedia no constituye secretos comerciales por las razones explicitadas en el informe de la Dirección de Competencia al que se remite aquella, que no han quedado desvirtuadas por la parte recurrente y cuyos razonamientos la Sala comparte.

Por lo demás, recordemos que, de acuerdo con el apartado 24 de la Comunicación de la Comisión relativo 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 artículo 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo, que establece expresamente que "el hecho de que una información se considere confidencial no será óbice para su revelación si tal información es necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o puede ser necesaria para exculpar a una parte (documento exculpatario). En el mismo sentido se recoge en la guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimiento de Defensa de la Competencia de la Ley 15/2007, publicada por la CNMC el 4 de junio de 2020. Por lo que se contrae al caso ahora examinado, la detenida lectura de las páginas de los párrafos de la resolución impugnada, cuya declaración de confidencialidad se reitera, pone de manifiesto que son necesarios para fijar el alcance y contenido de la actuación de la recurrente y para entender la valoración que consta en la Resolución mencionada en relación con el incumplimiento de las condiciones primera, tercera y cuarta por parte de Atresmedia por el que ha sido sancionado, como también se explica en el informe de la Dirección de Competencia, al que se remite la resolución ahora recurrida, lo que, en cualquier caso, justificaría el rechazo de la solicitud de declaración de confidencialidad formulado por la demandante.

OCTAVO. - Procede, con arreglo a lo razonado, la íntegra desestimación del recurso, por lo que las costas de esta instancia deberán ser satisfechas por la parte actora conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 116/16 promovido por el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez actuando en nombre y representación de **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN SAU (ATRESMEDIA)**, contra el Acuerdo de 17 de diciembre de 2015 de la Sala de la



Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, adoptada en el marco del expediente sancionador SNC/DC/0039/15, Atresmedia, resolución que se declara ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ