

## **RESOLUCIÓN (Expt. R/0003/08, TRIO PLUS)**

### **CONSEJO**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 27 de octubre de 2008.

EL PLENO del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado RESOLUCION de la que ha sido Ponente el Señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, en el Recurso interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., contra el Acuerdo de la Dirección de Investigación en orden a la confidencialidad de documentos aportados al Expediente S/0020/07 instado de oficio a Telefónica Cable S.A.U. y Sogecable S.A.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 5 de Noviembre del 2007, la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 49.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea, tomó el *ACUERDO de incoar expediente sancionador a Telefónica Cable S.A.U., y Sogecable S.A., por prácticas restrictivas de la competencia.*

En dicho Acuerdo, además de designar Instructor y Secretaria, se disponía que *“al objeto de aplicar los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de acuerdo con lo previsto en el Artículo 18 LDC podrá intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados Miembros y utilizar como medio de prueba, en los términos previstos en la normativa comunitaria, todo elemento de hecho o de derecho que obre en el expediente o que sea incorporado al mismo en*

*fases posteriores de la tramitación del procedimiento, **incluida la información confidencial.***

Al efecto y siquiera lo sea *cautelamente* consideró confidencial los folios 9 a 82 bis, por entender contenían datos susceptibles de constituir **secretos de negocio de Telefónica Cable S.A.U., frente a terceros.**

**SEGUNDO.-** A los efectos de resolución del recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., *exclusivamente resulta relevante* la Providencia de 28 de Mayo del 2008, dictada por el instructor y en la que literalmente se acuerda:

“PROVIDENCIA.

Ofíciase a Telefónica Cable S.A.U. y Telefónica de España S.A.U., comunicándoles lo siguiente:

Con fecha 16 de julio de 2007 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia (actual Dirección de Investigación) el texto del acuerdo de 27 de junio de 2007 para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital + con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica, firmado por Telefónica Cable, S.A.U. y Telefónica de España, S.A.U. (conjuntamente Telefónica), y por Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (conjuntamente Sogecable) (folios 1 a 8 vuelta).

Con fecha 23 de agosto de 2007 tuvo entrada en la Dirección General de Defensa de la Competencia (actual Dirección de Investigación) un escrito de Telefónica (folios 9 a 41).

Con fecha 4 de octubre de 2007 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un nuevo escrito de Telefónica (folios 42 a 82 vuelta).

Con fecha 26 de noviembre de 2007 tuvo entrada en la Dirección de Investigación otro escrito de Telefónica (folios 133 a 139), para el que se solicitó que fuese declarado confidencial.

Con fecha 7 de diciembre de 2007 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un nuevo escrito de Telefónica (folios 164-178), del que se solicitó la confidencialidad de determinados aspectos.

Con fecha 24 de enero de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación otro escrito de Telefónica (folios 311-316), del que se solicitó la confidencialidad de determinados aspectos.

Con fecha 24 de abril de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un nuevo escrito de Telefónica (folios 693-758), del que se solicitó la confidencialidad de determinados aspectos.

Con fecha 16 de mayo de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación otro escrito de Telefónica (folios 997 a 1004), del que se solicitó la confidencialidad de determinados aspectos.

Mediante providencia de 21 de diciembre de 2007, a solicitud de Telefónica, el Instructor acordó:

- “Declarar cautelarmente confidenciales frente a Mediaproducción, S.L. los folios 1 a 8 vta, y 26 a 41 del expediente, en los que figura el Acuerdo firmado entre Telefónica y Sogecable el 27 de junio de 2007, por contener información susceptible de ser considerada como secreto de negocio de las firmantes, al revelar su estrategia comercial.
- Levantar cautelarmente la confidencialidad de los folios 9 a 18 del expediente, de acuerdo con el escrito de Telefónica de España de 20 de noviembre de 2007.
- Declarar cautelarmente confidenciales los folios 19 a 25 frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. y Mediaproducción, S.L., en los que figura la respuesta de Telefónica a la Comisión Europea, por contener información susceptible de ser considerada como secreto de negocio de Telefónica.
- Levantar cautelarmente la confidencialidad de los folios 42 a 45 vta., de acuerdo con el escrito de Telefónica de España de 20 de noviembre de 2007.
- Declarar cautelarmente confidenciales los folios 46 a 82 vta, frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. y Mediaproducción, S.L., en los que figura la respuesta de Telefónica a la Comisión Europea, por contener

información susceptible de ser considerada como secreto de negocio de Telefónica.

- En el OTROSÍ DIGO del escrito de Telefónica de España de 20 de noviembre de 2007, se solicita la confidencialidad de dicho escrito. Sin embargo, no se aprecia la existencia de elementos susceptibles de contener secretos de negocio que deban ser protegidos frente a terceros, por lo que cautelarmente se acuerda incorporar, en el plazo de 5 días, dicho escrito al tomo normal del expediente (folios 133 a 139).
- Declarar cautelarmente confidenciales los folios 164 a 169 y 171 a 178 frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. y Mediaproducción, S.L., por ser susceptibles de contener secretos de negocio de Telefónica.”

Mediante providencia de 25 de enero de 2008, a solicitud de Telefónica, el Instructor acordó declarar cautelarmente confidencial el folio 316 del escrito de 24 de enero de 2008, frente a Mediaproducción, S.L.

Con fecha 8 de febrero de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito de Mediaproducción, S.L. (Mediapro) en el que solicitaba tener acceso a una versión no confidencial del citado acuerdo, en la que se recogiese una descripción sucinta de los datos confidenciales, para poder valorar preliminarmente los efectos anticompetitivos de dicho acuerdo.

Con fecha 4 de marzo de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación un escrito de Cableuropa, S.A.U. y Tenaria, S.A. (conjuntamente ONO), en el que solicitaba también tener acceso a una versión no confidencial del citado acuerdo y a los documentos aportados por Telefónica, en la que se recogiese una descripción sucinta de los datos confidenciales, para poder valorar preliminarmente los efectos anticompetitivos de dicho acuerdo.

El 4 de abril de 2008 el Instructor requirió a Telefónica la presentación de una versión no confidencial del citado acuerdo, en la que se facilitase una descripción sucinta de cada una de las informaciones suprimidas en la versión no confidencial, y se justificase pormenorizadamente la solicitud de confidencialidad de cada uno de los contenidos de este acuerdo, y se justificase frente a qué partes se solicitaba la declaración de confidencialidad.

Con fecha 24 de abril de 2008 tuvo entrada en la Dirección de Investigación la respuesta de Telefónica al anterior requerimiento. En esta respuesta, Telefónica aportó una versión no confidencial del acuerdo de 27 de junio de 2007 (folios 719-723).

En relación con las distintas solicitudes de confidencialidad, cabe resolver:

- Mantener cautelarmente la confidencialidad del acuerdo de 27 de junio de 2007 (folios 1 a 8 vuelta; 26 a 41), aceptándose provisionalmente la versión no confidencial recogida en los folios 719-723, frente a France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.
- Levantar la confidencialidad de los folios 19 a 25, siguiendo la propuesta de Telefónica en el escrito recibido el 26 de noviembre de 2007.
- Mantener cautelarmente la confidencialidad de los folios 46 a 82 vuelta, aceptándose provisionalmente la versión no confidencial recogida en los folios 137 a 139, frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.
- En relación con la confidencialidad solicitada para el escrito de Telefónica que tuvo entrada el 7 de diciembre de 2007 (164 a 169 y 171 a 178), cuya versión no confidencial se recoge en los folios 188 a 193, se resuelve:
  - Mantener cautelarmente la confidencialidad en relación con las respuestas de Telefónica a las preguntas 2, 3 y 9, y de los anexos 1 y 2, frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.

En el caso del anexo 2, la confidencialidad se ajustará a la que solicitó Telefónica en su momento a la CMT.

- Denegar la solicitud de confidencialidad de Telefónica en relación con su respuesta a las preguntas 1, 4, 5, 6, 7, 8, 10 (para la que Telefónica ha levantado posteriormente la confidencialidad), 11, 12 y 13.

La denegación de la confidencialidad se fundamenta en que:

- Respecto a la pregunta 1, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan los contratos específicos que van a ser renegociados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 4, la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan los contratos específicos renegociados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 5, la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan contratos específicos firmados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 6, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial

para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.

- Respecto a la pregunta 7, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 8, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 11, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.

- Respecto a la pregunta 12, la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 13, la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan contratos específicos firmados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.

Por ello, Telefónica deberá presentar en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución una nueva versión no confidencial de los folios 164 a 169 y 171 a 178, que se ajuste a lo resuelto anteriormente.

- Mantener cautelarmente la confidencialidad del folio 316. del escrito de Telefónica recibido el 24 de enero de 2008, frente a France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.
- En relación con la confidencialidad solicitada para el escrito de Telefónica que tuvo entrada el 24 de abril de 2008 (693 a 717 y 724 a 731), cuya versión no confidencial se recoge en los folios 736 a 758, se resuelve:
  - Declarar cautelarmente la confidencialidad en relación con las respuestas de Telefónica a las preguntas 2.a.ii), 2.a.iv), 2.a.v), 2.a.vi), 2.e), 2.f), 2.g, 3.d.v), 3.d.vi) y el anexo 2, frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., France Telecom España, S.A., France

Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.

- o Denegar la solicitud de confidencialidad de Telefónica en relación con su respuesta a las preguntas 2.c), 2.d), 2.h), 3.a), 3.b) 3.c) y 3.f).

La denegación de la confidencialidad se fundamenta en que:

- Respecto a la pregunta 2.c), la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 2.d), la respuesta de Telefónica no contiene secretos comerciales, dado que no revela contenidos específicos de plan de negocio alguno. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 2.h), la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de adquisición conjunta de contenidos, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan contratos específicos firmados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 3.a), la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa

de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.

- Respecto a la pregunta 3.b), la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 3.c), la respuesta de Telefónica contiene los efectos a esa fecha del acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, pues no se revelan contratos específicos firmados, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.
- Respecto a la pregunta 3.f), la respuesta de Telefónica contiene principios básicos bajo los que se regirá el acuerdo de comercialización conjunta, lo que es esencial para poder valorar la compatibilidad de este acuerdo con la normativa de competencia. Adicionalmente, es información que se ha hecho pública al mercado desde el inicio de la comercialización de Trio+, no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro, y su revelación no va a causar perjuicios significativos a Telefónica.

Por ello, Telefónica deberá presentar en el plazo de diez días desde la notificación de esta resolución una nueva versión no confidencial de los folios 693 a 717 y 724 a 731, que se ajuste a lo resuelto anteriormente.

- Declarar cautelarmente la confidencialidad de los folios 997 a 999 y 1004, aceptándose provisionalmente la versión no confidencial recogida en los folios 1000 a 1003, frente a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., France Telecom España, S.A., France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A. y a la Agrupación de Operadores de Cable AIE.

Contra la presente resolución, 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 diez días, a partir del día siguiente al de su notificación.”

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** El día 28 de Mayo del 2007, el Instructor del Expediente Sancionador S/0020/07 dictó la Providencia, que hemos transcrito en su total integridad y literalidad en el Segundo Antecedente de Hecho y que a los solos efectos de evitar reiteraciones innecesarias damos por enteramente reproducida.

**SEGUNDO.-** TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., en escrito fechado el día 9 de Junio del 2008, que tuvo su entrada el siguiente día 11 de Junio y fue registrado con el número 2654 *interpone recurso de alzada* contra la meritada Providencia y que en su parte EXPOSITIVA establece:

“1. Que el 28 de mayo de 2008 ha tenido entrada en Telefónica Resolución de la Dirección de Investigación, de la Comisión Nacional de Competencia, *por la que se deniega la solicitud de confidencialidad de Telefónica en relación con determinados datos e informaciones suministrados por ella.*

2. Que la Resolución *obliga* a mi representada a *suministrar una nueva versión no confidencial de determinados escritos*, en el plazo de diez días.

3. Que Telefónica considera que la citada Resolución no es conforme a derecho y que además es necesario *solicitar la suspensión de la ejecución de la misma* para proteger su derecho a que no se divulgue información confidencial o secretos de negocio.

4. Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia interpone *recurso de alzada* contra la citada Resolución en la medida en que *deniega en parte* la solicitud de confidencialidad de Telefónica respecto de los escritos presentados en el procedimiento.

5. Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11.2.a) de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, solicita igualmente *la suspensión de la ejecución de la Resolución recurrida* y, así, en aplicación de una consolidada jurisprudencia constitucional, debe entenderse suspendida en tanto no se pronuncie el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la solicitud de suspensión.

6. Que esta parte va a fundamentar el recurso de alzada y la pretensión suspensiva en la existencia de los siguientes MOTIVOS:

- Primero.- Error manifiesto de apreciación del carácter confidencial de la información identificada como tal por Telefónica y violación del Artículo 42 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.
- Segundo.- En cuanto a la solicitud de suspensión cautelar del acto recurrido conforme al Artículo 111.2.a) de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.”

**TERCERO.-** El día 11 de Junio del 2008, el Instructor dicta una Providencia del siguiente tenor literal:

“Oficiase a Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., Telefónica Cable, S.A.U., Telefónica de España, S.A.U., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A., Agrupación de Operadores de Cable AIE, France Telecom España, S.A. y France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U. comunicándoles lo siguiente:

Con fecha 11 de junio de 2008 ha tenido entrada en la Comisión Nacional de la Competencia el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en virtud del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contra la Providencia del Instructor de 28 de mayo de 2008, por la que acordaba el

levantamiento de la confidencialidad de determinados datos aportados por Telefónica en el marco del expediente de referencia.

Los datos para los que Telefónica ha solicitado la confidencialidad contienen elementos que precisan el alcance y efectos del “Acuerdo de 27 de junio de 2007 para la adquisición de contenidos para Imagenio y la comercialización de Digital + con ciertos servicios de comunicaciones de Telefónica”, cuya compatibilidad con la normativa de competencia se está analizando en el marco del expediente de referencia, y estos elementos para los que Telefónica solicita la confidencialidad pueden ser necesarios para la elaboración del pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007 y para la adecuada defensa de los intereses legítimos del resto de interesados en el expediente: Sogecable, S.A., Canal Satélite Digital, S.L., DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., Mediaproducción, S.L., Cableuropa, S.A.U., Tenaria, S.A., Agrupación de Operadores de Cable AIE, France Telecom España, S.A. y France Telecom España Internet Service Provider, S.A.U.

A la vista de lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1.d) de la Ley 15/2007, se acuerda la suspensión del plazo máximo de instrucción del expediente de referencia desde la entrada del recurso de Telefónica de España, S.A.U. en la Comisión Nacional de la Competencia, el 11 de junio de 2008, hasta la resolución del mismo por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.”

Providencia que es notificada a la totalidad de partes interesadas.

**CUARTO.-** Ese mismo día, Telefónica de España S.A.U., presenta versión no confidencial de dicho escrito de interposición del Recurso de Alzada contra la Providencia dictada por el Instructor el día 28 de Mayo del 2008.

**QUINTO.-** El día 18 de Julio del 2008, El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, dictó ACUERDO en el que se disponía:

“Únase al expediente el informe solicitado a la Dirección de Investigación, de fecha 23-6-08, así como las actuaciones seguidas en dicha Dirección con el nº S/0020/07, en el expediente incoado contra Telefónica Cable S.A.U. y Sogecable S.A., -hasta el momento en que se dictó providencia por el instructor, de 28-5-2008-, por la que se denegó la confidencialidad de determinados datos aportados por Telefónica de España, S.A.U., Providencia que ha sido impugnada, en el recurso objeto de este expediente.

Se designa Ponente el Consejero D. Fernando Torremocha y García Sáenz a quien, además de las atribuciones que le corresponden como Ponente, se le faculta para que despache, junto con el Secretario, los acuerdos de mero trámite o de simple impulso del expediente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, póngase de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que durante un plazo de quince días hábiles, a contar desde el día siguiente al de la notificación de este Acuerdo, puedan formular las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Es interesado: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Asimismo, comunicarles que el plazo máximo para que este Consejo dicte y notifique la Resolución del recurso interpuesto, será de tres meses, de conformidad con el artículo 36.5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Notifíquese este Acuerdo al interesado.”

**SEXTO.-** El día 7 de Agosto del 2008, Telefónica de España S.A.U. presenta escrito que fue registrado el día 12 de Agosto con el número 3727. Al mismo se adjuntaba versión censurada o no confidencial (**sic**) del mismo como ANEXO A.

**SÉPTIMO.-** El día 28 de Agosto del 2008, CABLEEUROPA S.A.U. y TENARTE S.A., (conjuntamente en adelante ONO) presentaban escrito que tuvo su entrada ese mismo día y fue registrado con el número 3008.

**OCTAVO.-** EL PLENO del Consejo deliberó y falló el recurso en la sesión celebrada el día 22 de Octubre del 2008.

**NOVENO.-** Es interesado en el expediente TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. (TESAU) en *escrito confidencial* de 9 de Junio del 2008 interpone un Recurso de Alzada contra el

Acuerdo de la Dirección de Investigación de 28 de Mayo “*en el que deniega la solicitud de confidencialidad de determinados datos e informaciones por ella suministrados*” y obrantes en el Expediente Sancionador S/0020/07. Recurso que tiene su amparo procesal en la norma del Artículo 42 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia:

Como *Proemio* a la Resolución procede concretar el campo normativo:

1ª la Sección Tercera (Principios Generales del Procedimiento), del Capítulo Primero, del Título Cuarto (De los procedimientos) en su Artículo 42, que aborda el tratamiento de la información confidencial, dispone en su párrafo primero 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, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre del 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado*”.

Y en el siguiente segundo párrafo que “*en todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el Artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.*”

El citado Artículo 42 debe ser valorado a la luz de la norma del Anterior Artículo 18 de la misma Ley 15/2007, que versa sobre la colaboración de la Comisión Nacional de la Competencia con Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados Miembros y la Comisión Europea “*al objeto de aplicar los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión Nacional de la Competencia **podrá** intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de la Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa comunitaria*”.

Y ello, en relación y concordancia con lo dispuesto en el Artículo 20 del Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que versa sobre el tratamiento de información confidencial, al decir que “*cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la*

*confidencialidad de datos o informaciones, **deberá hacerlo de forma motivada** ante el órgano competente, en el marco de la tramitación del expediente en cuestión y **deberá** presentar, además, una versión no confidencial de los mismos.*

En otro orden de cosas, la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone en su Artículo 37 (Derecho de acceso a Archivos y Registros) que: *1) los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, **formando parte de un expediente...**; y matiza seguidamente en el apartado 5) *el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: d) los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.**

**2ª** Sentado lo anterior procede dejar sentado que *prima facie* el procedimiento administrativo se rige por el principio de publicidad, que ampara con el mismo grado de eficacia y valor “*los derechos de las partes interesadas, así como el derecho de los ciudadanos*” con las excepciones establecidas en los Artículos 37.1 en relación con el anterior Artículo 35 a) de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre.

Pero tal principio no es en modo alguno *un principio absoluto* por cuanto viene matizado: (a) por la obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos “*vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial*”, de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición: (b) la petición debe valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, cuales son el de tutela de intereses propios y derecho de defensa con el de no producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente; (c) ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el *iter* necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la competencia “*en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas*”.

Por ello, la confidencialidad no puede convertirse en un *impedimento impediante* para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, como exigencia de disponer de los conocimientos mínimos y suficientes, imprescindibles, por parte de los terceros de los elementos que fundamentan su solicitud. Pero al mismo tiempo, la solicitud de determinados

datos por la contraparte no puede venir amparada al utilizar a la CAN como “instrumento necesario para obtener datos estratégicos de su competencia, que permitan al solicitante preparar su táctica sobre el mercado y sobre el competidor examinado”.

**3ª** de ahí que deba *ponderarse* a la hora de decidir sobre la confidencialidad los principios puestos en juego “atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y siempre motivadamente”.

Así lo ha entendido el legislador, al redactar la norma del Artículo 42 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia al incorporar al texto el término conceptual de “**podrá ordenar**”, lo que confiere al órgano resolutorio tal posibilidad, que no es en modo alguno imperativa.

**SEGUNDO.-** Acotados los diferentes preceptos normativos que desarrollan conceptualmente la confidencialidad, procede ahora examinar la cuestión sometida a recurso y ello a los efectos y con la finalidad de asumir o denegar la pretensión de la parte recurrente en alzada.

Dos puntualizaciones. *La primera* concierne a la muy minuciosa concreción argumental que hace la Dirección de Investigación, vía instructor, en orden a la *denegación de confidencialidad de determinados documentos* (páginas 5, 6 y 7 de esta resolución) cuando afirma con rotundidad que “*es información que se ha hecho pública al mercado, desde el inicio de la comercialización de Trio+*”, “*no es información que desvele datos no conocidos de la estrategia comercial de Telefónica a futuro...*”.

*La segunda* es una derivada de la anterior, por cuanto el mantenimiento de la confidencialidad, en este momento del expediente, en modo alguno imposibilita la instrucción por parte de la Dirección de Investigación, al tener *la posibilidad real* de conocer toda la información, necesaria y suficiente, para continuar con su instrucción por otros conductos.

Lo que en modo alguno significa que lo hoy acordado por este Consejo (mantener la confidencialidad) no pueda ser considerado en tiempo futuro, y si así lo entendiéramos necesario, revocarlo en aras a concluir con una Propuesta de resolución administrativa de este expediente sancionador.

Ello nos lleva a la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 18 de Julio del 2008, tomó el Acuerdo de poner de manifiesto el expediente a los interesados, por plazo de quince días hábiles, para formular alegaciones, con amparo en lo dispuesto en el Artículo 47 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Las Entidades Mercantiles CABLEEUROPA S.A.U. y TENARIA S.A. (conjuntamente ONO), elevaron a este Consejo un escrito fechado el día 28 de Agosto del 2008, que tuvo su entrada ése mismo y fue registrado con el número 3808, en el que solicitaban “conforme a lo dispuesto en el Artículo 47.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y Artículo 24.2 del Reglamento: (1) se les dé traslado del recurso interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la providencia de 28 de Mayo de 2008: (2) le ponga de manifiesto el expediente; y (3) le otorgue un plazo de quince días para realizar alegaciones.

Su pretensión debe ser rechazada: (a) por cuanto si bien ambas entidades mercantiles son parte interesada en el expediente sancionador, la pieza separada de confidencialidad de determinados documentos aportados al mismo lo es en una pieza interlocutoria exclusivamente afectatoria a dicha entidad solicitante y a la Dirección de Investigación, sin intervención de terceros; (b) caso contrario se posibilitaría a terceros el conocer el fondo de los tales documentos, rompiendo el principio de confidencialidad siquiera lo sea de forma indirecta, entendiéndose erróneamente el concepto de parte interesada; (c) concepto de parte interesada que en modo alguno se ve modificado en el expediente principal, manteniendo el principio de tutela del derecho de defensa y el de contradicción.

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

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Estimar el Recurso de Alzada interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., con la Providencia de 28 de Mayo del 2008, por la que se le denegaba la solicitud de confidencialidad de determinados documentos, datos e informaciones, aportadas por aquélla al expediente sancionador S/0020/07. Debiendo la Dirección de Investigación incluir dicha documentación en la pieza separada de documentación confidencial.

Sin perjuicio de la reserva del derecho que este Consejo tiene de revocar lo ahora resuelto, si se entendiere ello como necesario a los efectos de instruir y resolver el Expediente Sancionador S/0020/07.

**SEGUNDO.-** Desestimar la pretensión de ONO de ser tenido como parte interesada en esta pieza separada de confidencialidad.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoseles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra la misma no cabe recurso alguno, pudiendo interponer únicamente Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de la notificación de esta nuestra Resolución.