

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 339/98, Mob/Telefónica Móviles 3)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente.  
Berenguer Fuster, Vicepresidente.  
Bermejo Zofío, Vocal.  
Alonso Soto, Vocal.  
Hernández Delgado, Vocal.  
Rubí Navarrete, Vocal.  
Castañeda Boniche, Vocal.  
Pascual y Vicente, Vocal.

En Madrid a 25 de enero de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal, TDC), integrado por los señores expresados arriba y siendo ponente el Vocal Sr. PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 339/98 instruido para sustanciar el recurso interpuesto por Distribuciones Mob SA (MOB) contra la Providencia del Instructor del expediente del Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio, SDC) nº 1653/97, de 15 de octubre de 1998, por la que se declaran confidenciales determinados documentos del expediente que se instruye con origen en una denuncia de la citada sociedad contra Telefónica Servicios Móviles SA (TSM) por presunta práctica contraria a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en haberla incluido en una lista negra de distribuidores de Moviline y Movistar.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 15 de octubre de 1998, por Providencia del Instructor del expediente, se declararon confidenciales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53 LDC, a solicitud de TSM y en los términos que se reproducen, los siguientes documentos:

*«1. Apartado Primero del folio 458, que incluye el importe de la partida destinada por TSM a subvencionar la compra de aparatos terminales digitales, así como el número total de aparatos subvencionados en los ejercicios 1995, 1996 y 1997, por contener datos de valor estratégico, cuyo conocimiento podría constituir un perjuicio para TSM frente a terceros, además de no considerarse necesarios para la resolución de este expediente.»*

*»2.- Folios 502 a 527, ambos inclusive, que contienen los modelos formularios» de los Anexos V, VI, VII y VIII de un contrato de distribución con relación de exclusividad del Servicio Movistar y los Anexos IV, V, VI y VII de un contrato de distribución del Servicio Moviline, por contener datos contractuales ajenos a este expediente y que no son relevantes para su resolución, ya que los documentos aportados no fueron suscritos por el denunciante, dado que TSM dispone de varios modelos-formulario de contratos de distribución en función de las características del distribuidor pero que forman parte del know how de la empresa.»*

2. El 4 de noviembre de 1998 la empresa MOB presenta recurso ante el TDC contra la citada Providencia del Instructor, al amparo del art. 47 LDC y del art. 110 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), alegando que la confidencialidad le produce indefensión y que los documentos declarados confidenciales fueron aportados por la denunciada al expediente a instancias de la denunciante.
3. El 4 de noviembre de 1998 el Tribunal dirige escrito al Servicio al que se adjunta fotocopia del recurso, solicitando el preceptivo informe y las actuaciones seguidas (art. 48.1 LDC) y precisión sobre fecha de notificación de la Providencia recurrida (art. 48.2 LDC) y sobre si consta en el Servicio poder bastante del recurrente (art. 32.3 LRJAPPAC).
4. El 6 de noviembre de 1998 el Servicio, en contestación al citado escrito del Tribunal del día 4, remite informe en el que precisan los siguientes extremos: a) el recurso fue interpuesto en plazo hábil, b) consta poder bastante del recurrente, c) su interpretación es que el recurso es de los que se interponen ante el Tribunal, alegando indefensión, contra actos del Servicio y, en consecuencia, es de los previstos en el art. 47 y ss. de la LDC, d) los motivos del Instructor para declarar la confidencialidad son los expuestos en la Providencia recurrida, e) el Servicio no comparte el argumento del recurrente para alegar indefensión por las siguientes razones:

*«En cuanto al folio 458 apartado 1, debe mantenerse la confidencialidad porque desvelar su contenido resulta desproporcionado, ya que el conocimiento del mismo puede causar un perjuicio para TSM frente a terceros, teniendo en cuenta que la recurrente MOB mantiene relaciones comerciales con la competencia (Airtel). Examinados los datos, el Servicio consideró que no eran necesarios para la resolución del expediente y que, por tanto, la contradicción respecto a los mismos no es precisa».*

*«En cuanto a los folios 502 a 527, los documentos incluidos en los*

*mismos no fueron suscritos por el denunciante y recurrente, MOB, ya que TSM dispone de varios modelos-formulario de contratos de distribución dependiendo de las características del distribuidor y su contenido forma parte del know-how de la empresa. Los distintos contratos-tipo que utiliza TSM para la distribución de sus productos no son relevantes para lo que se discute en el expediente».*

Y, finalmente, el Servicio estima que la confidencialidad declarada no impide la contradicción sobre los elementos relevantes del litigio ni produce indefensión a MOB, mientras que el levantamiento de la confidencialidad perjudica innecesariamente a TSM, y recuerda su obligación de velar para que los secretos comerciales no sean descubiertos sin necesidad de la instrucción contradictoria y cómo, si se excediera al facilitar el acceso a la información de las empresas competidoras en perjuicio de ellas, podría hacer incurrir a la Administración en responsabilidad patrimonial.

Por todo ello, el Servicio entiende que procede desestimar el recurso y mantener el contenido de la Providencia de declaración de confidencialidad.

5. Puesto de manifiesto el expediente a los interesados, han formulado alegaciones ambos.

TSM, por su parte, se adhiere al criterio del Servicio según el cual la confidencialidad no impide la contradicción sobre los elementos relevantes del litigio mientras que levantarla perjudica innecesariamente a TSM dado el valor estratégico de los documentos. Y también se muestra conforme con el Servicio en el sentido de que la confidencialidad no produce indefensión alguna a la denunciante.

MOB, sin embargo, alega que la información declarada confidencial no contiene datos estratégicos y sí información relevante para la necesaria contradicción porque de la misma podría eventualmente deducirse la existencia de subvenciones cruzadas o precios predatorios, advirtiendo la contradicción del Instructor al admitir como prueba propuesta por el denunciante-recurrente una información que después declara confidencial y reiterando la indefensión que le produce el que la confidencialidad se mantenga.

6. El Pleno del Tribunal deliberó y falló sobre el presente expediente de recurso en su sesión de 12 de enero de 1999.

7. Son interesados:

- Distribuciones Mob SA.
- Telefónica Servicios Móviles SA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El art. 47 LDC establece que los actos de archivo y de trámite del Servicio que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión, serán recurribles ante el Tribunal en el plazo de diez días.

El recurso presentado por la empresa MOB debe ser desestimado porque no se dan en este caso los requisitos de procedibilidad exigidos por el citado precepto. En efecto, la Providencia del Instructor es un acto de trámite que ni impide continuar el expediente ni produce indefensión.

2. Que la declaración de confidencialidad no paraliza el expediente es obvio, pero no es menos claro que tampoco produce indefensión, porque en el estado actual del expediente no hay aún ni acusación ni imputados, pues la Administración no ha formulado aún cargo alguno.

Como se hace constar en el art. 37.1 LDC, relativo a la instrucción del expediente sancionador, el Servicio practicará los actos de instrucción necesaria para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, estableciendo que los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos. Tal pliego no ha sido aún formulado, luego, aunque exista una denuncia, no hay todavía acusación ni consecuentemente puede haber indefensión.

3. El Servicio, por otra parte, reitera la conveniencia de que la confidencialidad sea mantenida, porque uno de los documentos contiene información de carácter estratégico, y los otros, datos contractuales ajenos a este expediente que no son relevantes para su resolución. Además, el Servicio estima que la falta de acceso a los documentos declarados confidenciales no impide la contradicción sobre los elementos relevantes del litigio ni produce indefensión a MOB, mientras que el levantamiento de la confidencialidad perjudicaría innecesariamente a TSM.
4. Finalmente, tanto el Servicio como TSM hacen notar que la denunciante MOB mantiene ahora unas relaciones comerciales con AIRTEL que obligan a extremar la cautela respecto a la confidencialidad controvertida.
5. Estos argumentos del Servicio contra el levantamiento de la confidencialidad son merecedores de ser atendidos, como también lo es la llamada a la cautela que tanto el Servicio como TSM hacen. No deben ser acogidas, por los mismos motivos, las alegaciones del recurrente.

A este respecto, se considera pertinente señalar que es doctrina consolidada de este Tribunal: 1º) Que hay que ser muy precavidos frente a la posibilidad de que se presenten denuncias instrumentales con el solo propósito de obtener ventajas del conocimiento de los secretos comerciales y la información

sensible de los competidores. 2º) Que, por este motivo y para no causar perjuicios irreparables a las empresas investigadas y dar lugar al enriquecimiento injusto de las denunciadas, hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que puedan ser reputados como secretos comerciales y valorar muy cuidadosamente los que, sin llegar a tanto, pueda estimarse que constituyan información sensible. En atención a estas consideraciones, el Tribunal tiene reconocida al Servicio de Defensa de la Competencia una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos, informaciones y documentos, en la fase de instrucción que le compete. (Véanse, en este sentido, *Resols. exptes. r 205/97, Freixenet/Castellblanch*, 10-VII-97, y *r 171/96, Unión Explosivos 2*, 16-I-97).

6. El Tribunal estima necesario hacer una consideración más sobre la posición sostenida por el Servicio según la cual no es relevante para la resolución del expediente cierta información obrante en el mismo, que el propio Servicio ha declarado confidencial y que fue aportada por la denunciada porque el Servicio aceptó la propuesta de la denunciante, aunque no constituye formalmente prueba.

En estas circunstancias, el Tribunal advierte al Servicio que no debe dejar esta prescindible información en el expediente, sino que, cuando formule el Pliego de Cargos, deberá devolverla a la parte interesada que la aportó o formar pieza separada con la misma.

7. Siendo esta Resolución un acto administrativo que, aunque no es susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no es definitivo ya que no decide sobre el fondo del asunto, ni pone término a dicha vía o imposibilita su continuación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no podrá ser impugnada, en este momento, ante la citada Jurisdicción.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

## **HA RESUELTO**

**Único.-** Desestimar el recurso interpuesto por Distribuciones Mob SA, por falta de los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 47 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe otro recurso que el contencioso-administrativo que proceda, en su caso, contra la Resolución del Tribunal que, en su momento, ponga fin al expediente en la vía administrativa.