

RESOLUCIÓN (Expte. R/0076/11, TELECINCO)

CONSEJO

Don Luis Berenguer Fuster, Presidente
Doña Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
Don Julio Costas Comesaña, Consejero
Doña María Jesús González López, Consejera
Doña Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 23 de agosto de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición antedicha, y siendo ponente D^a. María Jesús González López, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente R/0076/11, por el que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 22 de junio de 2011, conforme al artículo 47.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (TELECINCO), anteriormente denominada GESTEVISION TELECINCO, S.A., contra la Resolución de la Dirección de Investigación (en adelante, DI) de la CNC de 10 de junio de 2011, por la que se deniega parcialmente la confidencialidad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 en el expediente VC/0230, TELECINCO/CUATRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 28 de abril de 2010 fue notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), por parte de GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (actualmente denominada MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. y en adelante TELECINCO), la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de Sociedad General de Televisión CUATRO S.A.U. (en adelante CUATRO), mediante la compraventa del 100% de su capital social, notificación que dio lugar al expediente C/0230/10 TELECINCO / CUATRO.
2. A la vista de los importantes problemas de competencia que suscitaba la citada operación, el Consejo acordó, con fecha 30 de julio de 2010, el inicio de la segunda fase.

3. Con fecha 28 de octubre de 2010, el Consejo de la CNC resolvió autorizar, subordinada al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por TELECINCO el 19 de octubre de 2010, la operación de concentración económica consistente en la adquisición por TELECINCO del control exclusivo de CUATRO. Esta resolución devino ejecutiva el 11 de noviembre de 2010, una vez que la Ministra de Economía y Hacienda acordó no elevar al Consejo de Ministros la misma.
4. En el resuelve segundo de esta resolución se establecía que TELECINCO disponía de un mes de plazo desde la fecha en que dicha resolución fuese ejecutiva para presentar ante la CNC un plan de actuaciones para la instrumentación de los compromisos en ella contenidos.
5. El 21 de diciembre de 2010, una vez superado el plazo máximo para la presentación del Plan de Actuaciones, la Dirección de Investigación requirió a TELECINCO que presentase en un plazo de diez días el Plan de Actuaciones. Este plazo fue ampliado en cinco días el 23 de diciembre de 2010, a solicitud de TELECINCO.
6. Con fecha 13 de enero de 2011 tuvo entrada en la CNC la primera propuesta de Plan de Actuaciones de TELECINCO.
7. El mismo 13 de enero de 2011, la Dirección de Investigación remitió a TELECINCO un escrito solicitando la subsanación, en un plazo de 10 días, de la propuesta de Plan de Actuaciones presentada, poniendo de manifiesto la existencia de graves insuficiencias en dicha propuesta.
8. Ante la insuficiencia de la segunda propuesta, presentada 31 de enero de 2011, la Directora de Investigación dictó una resolución, fechada el 23 de febrero, por la que se aprobaba la versión modificada del Plan de Actuaciones.
9. Dicha resolución fue objeto de recurso ante el Consejo de la CNC (Expte. R-0068/11, TELECINCO 2), que lo desestimó mediante Resolución de fecha 25 de abril de 2011.

La citada resolución ha sido recurrida por TELECINCO ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el 20 de mayo (recurso 208/11), solicitando como medida cautelar la suspensión de la instrumentación del compromiso (iv) prevista en el Plan de Actuaciones.

10. A instancia del Consejo de la CNC, la Dirección e Investigación acordó, con fecha 27 de abril de 2011, la incoación de procedimiento sancionador contra TELECINCO al haber indicios de que la presentación del Plan de Actuaciones fuera de plazo pudiera ser constitutivo de una infracción de la LDC.

11. Con fecha 2 de junio de 2011, la Dirección de Investigación acordó la publicación del Plan de Actuaciones en la página web de la CNC, requiriendo a TELECINCO para que pusiese de manifiesto aquellos datos que pudiera considerar confidenciales.
12. Mediante escrito de 8 de junio, TELECINCO formuló alegaciones a dicho acuerdo oponiéndose a la publicación y solicitando, con carácter subsidiario, la confidencialidad de numerosos datos del Plan de Actuaciones.
13. Por Resolución de la Dirección de Investigación de 10 de junio de 2011, se denegó parcialmente la confidencialidad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 en el expediente VC/0230 TELECINCO/CUATRO.
14. Con fecha 22 de junio de 2011 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia un escrito de TELECINCO presentando un recurso contra la citada Resolución de 10 de junio de 2011.
15. Este recurso fue remitido por el Consejo de la CNC a la Dirección de Investigación, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), emitió el preceptivo informe el 30 de junio de 2011.
16. Mediante acuerdo de fecha 22 de julio de 2011, se concedió a TELECINCO un plazo de 15 días para acceder al expediente y realizar, en su caso, las alegaciones que tuviese por conveniente.
17. El 2 de agosto de 2011 tuvo entrada en el registro de la CNC escrito de alegaciones de TELECINCO.
18. El 27 de julio de 2011, el Consejo de la CNC acordó sancionar a TELECINCO por considerar que la presentación del Plan de Actuaciones fuera del plazo concedido por la Resolución de 28 de octubre de 2010 constituía una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley de Defensa de la Competencia.
19. El Consejo deliberó y falló este asunto en su reunión de 23 de agosto de 2011.
20. Es interesada TELECINCO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y pretensiones del recurrente

El presente recurso se promueve contra la Resolución de la Dirección de Investigación de la CNC de 10 de junio de 2011, por la que se deniega parcialmente la confidencialidad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 en el expediente VC/0230, TELECINCO/CUATRO. A la vista de los argumentos contenidos en el escrito presentado ante el Consejo, la pretensión anulatoria de la actuación de la Dirección de Investigación se funda en las siguientes alegaciones:

1. La publicación del Plan de Actuaciones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de TELECINCO.
2. La publicación del Plan de Actuaciones no garantiza el adecuado cumplimiento de los compromisos tal y como fueron propuestos y aprobado.
3. El Plan de Actuaciones modificado no es una resolución objeto de publicación al amparo de la LDC.
4. El Plan de Actuaciones modificado no es un elemento esencial para que la Resolución de 28 de octubre de 2010 sea efectiva.
5. La no publicación del Plan de Actuaciones modificado no pone en peligro el cumplimiento de la Resolución.
6. La no publicación el Plan de Actuaciones modificado no pone en peligro el mecanismo de vigilancia de los compromisos.
7. Subsidiariamente, existe determinada información en el Plan de Actuaciones modificado que debe ser confidencial

SEGUNDO.- Delimitación del recurso: consideraciones preliminares

A la vista de lo manifestado en el escrito de recurso presentado por TELECINCO, en el que tras dedicar unas breves líneas a justificar genéricamente la indefensión y perjuicio irreparable que le ocasiona la Resolución recurrida relativa a la confidencialidad del Plan de Actuaciones, y cuyo contenido identifica erróneamente, emplea el resto a efectuar una serie de aseveraciones que son manifiestamente inexactas, es necesario que las mismas sean clarificadas por este Consejo para una correcta delimitación del perímetro del presente recurso.

Como primera cuestión, de especial relevancia a lo ahora de resolver la pretensión impugnatoria deducida por TELECINCO, es preciso señalar que la recurrente parte de un claro error de enfoque, puesto que se dedica a lo largo

de su escrito a discutir la pertinencia de la publicación del Plan de Actuaciones en la página web de la CNC, la cual se decidió mediante acuerdo de 2 de junio de 2011, cuando, como se señala en el Antecedente de Hecho 13 de la presente resolución, el acto de la Dirección de Investigación recurrido, la Resolución de 10 de junio del presente año, se limita a denegar parcialmente la confidencialidad de determinados datos del citado plan solicitados por aquélla. Como resulta evidente, este Consejo solo puede pronunciarse sobre el contenido de la citada resolución pero no sobre acuerdos precedentes, como es el caso del citado de 2 de junio, por muy relacionados que estén con aquélla, puesto que se trata de actuaciones administrativas distintas y, por lo tanto, impugnables separadamente.

Delimitado lo que constituye la actividad de la CNC objeto de impugnación, es improcedente que en el presente recurso se discuta sobre el alcance y eficacia del Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección de Investigación o sobre si es suficiente o no para que sea efectiva la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 (Expte. C-230/10, TELECINCO/CUATRO), por la que se autoriza la operación de concentración en cuestión.

Como se ha descrito en el relato fáctico de la presente resolución, el acuerdo de la Dirección de Investigación por el que se modifica el Plan de Actuaciones y la Resolución del Consejo que lo confirma (Expte. R-0068-11, TELECINCO 2), han sido recurridos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, debiendo ser en dicha sede donde se decida sobre estas consideraciones y no en el presente recurso, que, como acabamos de exponer, debe limitarse a analizar si la denegación parcial de confidencialidad acordada por la Dirección de Investigación adolece de alguno de los vicios a que hace referencia el artículo 47 de la LDC.

Aunque tampoco debiera ser objeto de discusión en el presente recurso, es preciso aclarar que salvo en lo que respecta a la parte que afecta al compromiso sobre el que se ha solicitado la medida cautelar de suspensión, el (iv), el Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección de Investigación es, conforme a los artículos 57 y 94 de la LRJAP-PAC, un acto administrativo plenamente ejecutivo, por lo que la CNC puede exigir en cualquier momento (más bien debe exigir a la vista de los intereses públicos en juego) su inmediato cumplimiento.

Obviando el hecho de que los compromisos son firmes por no haber sido impugnada la resolución del Consejo que los aprobaba y que, por lo tanto, TELECINCO está obligada a su cumplimiento, la mera interposición de un recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la DI que aprueba el Plan de Actuaciones únicamente podría afectar a aquella parte dicho Plan sobre la que se solicita la medida cautelar, pero no al resto que, como se acaba de exponer, es plenamente efectiva por disposición legal. Por ello, invocar el que se ha recurrido el Plan de

Actuaciones en su integridad para suspender su aplicación únicamente demuestra desconocimiento de la normativa aplicable o, lo que es peor, una voluntad rebelde al cumplimiento que ya ha merecido previamente, por no presentar el Plan de Actuaciones en plazo, la incoación de un procedimiento sancionador (Expte. SNC 12/11, TELECINCO), en el que se ha considerado acreditada la existencia de una infracción del artículo 62.4.c) de la LDC por la que la recurrente ha sido sancionada mediante Resolución de fecha 27 de julio de 2011.

Es evidente, por tanto, que la CNC solo ejecuta lo que es indubitadamente ejecutable, es decir, los compromisos y la parte no afectada por la medida cautelar del Plan de Actuaciones, esperando en lo demás al pronunciamiento de la Audiencia Nacional.

En todo caso, llama poderosamente la atención a este Consejo declaraciones como las que efectúa en su escrito de recurso señalando que *“la publicación del Plan de Actuaciones modificado es el primer y más inmediato acto encaminado a la ejecución del mismo (prácticamente en su integridad) lo cual no se justifica por ningún motivo de necesidad o conveniencia”*. Con ellas, lo único que queda de manifiesto de forma incontestable es que TELECINCO continúa obviando el hecho de que la operación de concentración entre dos de las más importantes cadenas de televisión de este país, cuya ejecución implicaba graves problemas de competencia en diversos mercados, fue autorizada hace casi nueve meses y que pretende, como lleva haciendo casi desde que fue dictada la resolución, disfrutar de las ventajas de la operación autorizada, no olvidemos que ya se ha consumado, sin tener que someterse a las obligaciones voluntariamente asumidas para evitar que la misma fuera prohibida que, repetimos, son en su práctica totalidad ejecutivas. Este planteamiento es totalmente inadmisibile.

Tampoco admite discusión, y aunque así fuera el presente recurso no es el cauce apropiado, que el Plan de Actuaciones aprobado por la Dirección de Investigación en un acto susceptible de publicación conforme a la normativa de defensa de la competencia. Como acertadamente expone el órgano encargado de la vigilancia en la resolución recurrida, el artículo 27 de la LDC permite la publicación de todos los acuerdos y resoluciones de la CNC, sin que el hecho de que la cita expresa de algunos supuestos en los debe efectuarse tal publicación signifique, y así lo entiende también TELECINCO, el establecimiento de un sistema de *numerus clausus* que impida que cualquier otro acto sea publicado.

Lo que no resulta en modo alguno asumible, por ser un planeamiento carente de todo rigor, es que TELECINCO manifieste, como argumento para evitar la publicación, que el Plan de Actuaciones *“no es en sí mismo una resolución o acuerdo de la CNC”* sino un *“documento de carácter instrumental”*. De ser así, no podría definirse como una actuación de la Dirección de Investigación

susceptible de recurso conforme al artículo 47 de la LDC y los propios actos de la recurrente, que lo ha impugnado tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, demuestran precisamente lo contrario.

Por otro lado, siendo el Plan de Actuaciones un acto que, por disposición legal, es susceptible de publicación, el debate sobre si en anteriores operaciones se publicó o no es absolutamente estéril, especialmente si tenemos en cuenta que la Dirección de Investigación ha expresado, y TELECINCO ha demostrado conocer sobradamente, los motivos en los que se funda la necesidad de publicar el citado Plan.

En último lugar, y por lo que respecta a la importancia que tiene la publicación del Plan de Actuaciones para una eficaz aplicación de los compromisos aprobados en la Resolución de 28 de octubre de 2010, el Consejo comparte en su totalidad las aseveraciones efectuadas por la Dirección de Investigación. Si, como acertadamente manifiesta la recurrente, corresponde a la Dirección de Investigación la vigilancia de las resoluciones del Consejo, también tendrá que corresponderle, por pura lógica, la decisión sobre las medidas que considere más oportunas para el cumplimiento de dicho fin, no debemos olvidar que el interés público en juego, el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados por la operación, exige que la CNC extreme la diligencia y se sirva de todos los medios a su disposición para evitar que una inadecuada ejecución frustré el cumplimiento de una resolución, con las graves consecuencias que ello puede implicar. Entender otra cosa, equivaldría a limitar injustificadamente los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para servir con objetividad el interés público que tiene encomendado de acuerdo, entre otros, con el principio de eficacia administrativa. Precisamente por ello es irrelevante que, como invoca TELECINCO en su escrito de alegaciones de 2 de agosto, la publicación no se haya solicitado por terceros, puesto que el órgano competente para la vigilancia entiende que es un medio pertinente para velar por el adecuado cumplimiento de la resolución. Ello por no decir que tal afirmación de TELE 5 es una mera afirmación, carente de base probatoria alguna.

En este sentido, entendemos que la publicación es un medio necesario para que terceros directa o indirectamente afectados por la autorización (y potencialmente afectos por la ulterior conducta del autorizado), entiéndase proveedores, clientes y competidores de TELECINCO, puedan conocer la forma en que los compromisos deben ser cumplidos por aquélla, y, por lo tanto, si los está efectivamente cumpliendo. También puede ser una forma eficaz de permitir a la CNC, sin verse constreñida a las limitaciones que conllevan los requerimientos de información, pueda contrastar si la información remitida por TELECINCO se ajusta exactamente o no a la realidad.

En definitiva, la publicación en el ámbito de la vigilancia, además de ser una medida prevista por la LDC sin ninguna limitación en cuanto al tipo de

procedimiento en que puede producirse, puede constituir una garantía adicional de que la CNC va a disponer de toda la información necesaria para velar por el adecuado cumplimiento de sus resoluciones.

Lo que desde luego no tiene sentido es que TELECINCO, una vez reconocida la competencia de la Dirección de Investigación para vigilar, pretenda cercenarla decidiendo qué medidas son suficientes para la vigilancia y cuáles no, lo que es especialmente censurable si tenemos en cuenta la Dirección de Investigación ha justificado su necesidad.

TERCERO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados datos del Plan de Actuaciones

Excluidas del debate todas aquéllas cuestiones indebidamente planteadas en el seno del presente recurso, procede ahora analizar la última de las alegaciones de TELECINCO, que formula con carácter subsidiario, y que se refiere a la divergencia de criterio que mantiene con la Dirección de Investigación respecto al carácter confidencial de determinados datos del Plan de Actuaciones.

Conforme al artículo 42 LDC, en cualquier momento del procedimiento puede declararse la confidencialidad de documentos, bien de oficio o a instancia de parte. No obstante que el artículo 42 LDC conceda a las partes en el procedimiento la posibilidad de instar la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente, ya el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) reconoció al Servicio antecesor de la DI *“una amplia potestad para acordar la confidencialidad de datos y documentos en la fase de instrucción”* (Resolución TDC 16-01-1997), en consideración, precisamente, al perjuicio que puede suponer para las empresas el que sus secretos comerciales y otros datos llegasen a ser conocidos por los competidores parte en el expediente o terceros. Pero, habida cuenta que lo que defiende la LDC es un interés público, esa *“amplia potestad”* ha de buscar el equilibrio entre dicho interés y el de las empresas en que sus secretos comerciales sean salvaguardados.

El Consejo de la CNC, en sus resoluciones de 16 de mayo de 2011 (R/0064/11, CTT Stronghold), de 27 de enero de 2011 (R/0058/10, CTT Stronghold 2) y de 12 de enero de 2011 (R/0056/10, Mekano 4) ha venido a confirmar la doctrina ya expresada en su Resolución de 27 de Octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) al declarar que, si bien *“prima facie el procedimiento administrativo se rige por el principio de publicidad... 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»”.

Para realizar una evaluación de la confidencialidad de unos documentos concretos en el marco de un procedimiento sancionador este Consejo considera, como ya ha declarado en su Resolución de fecha 22 de junio de 2011 (Expte. R/0070/11, GRAFOPLAS 2), que se han de tener en cuenta tres premisas: en primer lugar, si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si, tratándose de secretos comerciales originalmente, éstos han tenido difusión entre terceros imputados, de forma que han perdido la protección que se otorga a los secretos comerciales; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales, que no han tenido difusión entre terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento y también para garantizar el derecho de defensa de los imputados en el caso de procedimientos sancionadores. Este último requisito, en el ámbito de control de concentraciones, se traduciría en que sean necesarios para salvaguardar la efectividad de los compromisos o condiciones.

Pues bien, centrándonos en los datos controvertidos en el presente recurso, el Consejo coincide con la Dirección de Investigación cuando señala en su informe al presente recurso que TELECINCO no ha motivado ni es posible apreciar los concretos secretos de negocio que se revelarían o los perjuicios irreparables que se causarían con la publicación. En particular, la información contenida en el plan de actuaciones de 23 de febrero de 2011 para la que se solicita la confidencialidad o bien es muy genérica y conocida en el mercado o no revela datos concretos, sino la descripción del tipo de información que TELECINCO irá entregando a la Dirección de Investigación periódicamente. Por ello no es posible entender que proporcionan información sobre la estrategia competitiva de TELECINCO ni que, por lo tanto, puedan tener carácter confidencial.

Por otro lado, la falta de conocimiento por terceros de datos a suministrar y plazos a cumplir por TELECINCO, que es en lo que la recurrente centra su petición, privaría a la publicidad de la vigilancia de su finalidad, en la medida en que no permitiría que se pudiera conocer en términos generales cómo deben ejecutarse los compromisos ni por lo tanto, de informar a la CNC sobre si se está cumpliendo o no con lo dispuesto por la Resolución autorizatoria.

Por todo ello, y de acuerdo con las pautas que proporciona la práctica de las autoridades españolas de competencia, así como con la Comunicación de la

Comisión relativa a las normas de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del TCE (2005/C 325/07), este Consejo coincide con el informe de la DI de 4 de abril de 2011 en que la decisión de no declarar los datos controvertidos como confidenciales está justificada.

QUINTO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC

Partiendo de que, como ya se ha encargado este Consejo de poner de manifiesto en anteriores ocasiones, la revelación de datos confidenciales no puede ocasionar indefensión (mucho menos aun cuando nos encontramos no ante un procedimiento sancionador sino autorizador, en el que no existe derecho de defensa) y teniendo en cuenta lo argumentado en fundamentos precedentes, es evidente que la actuación administrativa de la DI objeto de revisión el presente recurso, por ser ajustada a Derecho, no ha podido ocasionar perjuicio irreparable alguno a los derechos de TELECINCO.

En ausencia de los presupuestos previstos por el artículo 47 de la LDC, este Consejo entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser íntegramente desestimado.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por la representación de por TELECINCO contra la Resolución de la Dirección de Investigación de 11 de junio de 2011, por la que se deniega parcialmente la confidencialidad del Plan de Actuaciones de 23 de febrero de 2011 en el expediente VC/0230, TELECINCO/CUATRO.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a TELECINCO haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.