

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/006/20, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 21 de abril de 2020.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. contra los requerimientos de información de fecha 16 de diciembre de 2019 en el marco del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS en el marco del expediente C/0612/14, subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por el Telefónica de Contenidos, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligaban a dicha empresa y a cualquiera de las pertenecientes a su grupo (conjuntamente, TELEFÓNICA).

El resuelve cuarto de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 encomendaba a la Dirección de Competencia la vigilancia de lo establecido en la citada resolución, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Dicha vigilancia ha dado lugar a la apertura del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

2. Con fecha 11 de mayo de 2016, en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, la Dirección de Competencia emitió una primera Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia (PIPV) sobre la revisión del Coste Mínimo Garantizado (CMG) aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que adquirieron los canales de televisión de pago abono fútbol y abono fútbol 1 de su oferta mayorista de julio de 2015.
3. Con fecha 6 de junio de 2016, la representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA) interpuso recurso (R/AJ/165/16), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, por el que se requirieron observaciones a una serie de operadores no interesados respecto de la versión no confidencial de la PIPV relativa al expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

El anterior recurso fue desestimado por resolución del Consejo de 21 de julio de 2016, siendo recurrido por TELEFÓNICA ante la Audiencia Nacional (recurso nº 507/2016).

Dicho recurso contencioso–administrativo se encuentra pendiente de sentencia, si bien la Audiencia Nacional ha denegado la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA mediante auto de 30 de marzo de 2017.

4. Con fecha 24 de enero de 2018, en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, la Dirección de Competencia emitió una tercera PIPV sobre la revisión del CMG aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que adquirieron los canales de televisión de pago de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista de julio de 2016.
5. Con fecha 14 de febrero de 2018, la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso (R/AJ/022/18), al amparo del artículo 47 LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 25 de enero de 2018, por el que se requirieron observaciones a una serie de operadores no interesados respecto de la versión no confidencial de la PIPV relativa al expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

El anterior recurso fue desestimado por resolución del Consejo de 10 de mayo de 2018, siendo recurrido por TELEFÓNICA ante la Audiencia Nacional (recurso nº 340/2018).

Este recurso contencioso–administrativo se encuentra pendiente de sentencia, si bien la Audiencia Nacional ha denegado la suspensión cautelar solicitada por TELEFÓNICA mediante auto de 3 de septiembre de 2018.

6. Con fecha 16 de diciembre de 2019, en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, la Dirección de Competencia emitió una cuarta PIPV sobre la revisión del CMG aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que adquirieron el canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio de 2017.

Dicha PIPV fue notificada a TELEFÓNICA el mismo día 16 de diciembre de 2019.

7. Con fecha 16 de diciembre de 2019, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la Dirección de Competencia emitió sendos requerimientos de información, por medio de los cuales se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la PIPV de misma fecha a los operadores Vodafone España, S.A.U. y Vodafone Ono, S.A.U. (conjuntamente VODAFONE), Orange Espagne, S.A.U. (ORANGE) y Mediaproducción, S.L.U. (MEDIAPRO), al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del CMG aplicado por TELEFÓNICA a dichos operadores, como adquirentes del canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio de 2017.
8. Con fecha 17 de enero de 2020 la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso, al amparo del artículo 47 LDC, contra los requerimientos de información dictados por la Dirección de Competencia el 16 de diciembre de 2019 (expte. R/AJ/006/20).
9. Con fecha 20 de enero de 2020, conforme a lo indicado en los artículos 47 de la LDC y 24.1 del RDC, el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por TELEFÓNICA.
10. Con fecha 27 de enero de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso, proponiendo su desestimación, en la medida en que el acuerdo recurrido no ha otorgado la condición de interesado a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO en el expediente VC/0612/14, no ha contravenido el procedimiento establecido y tampoco ha desvelado a estos operadores secretos comerciales de TELEFÓNICA, no concurriendo el alegado perjuicio irreparable.

Asimismo, en relación con la solicitud de suspensión cautelar de los requerimientos de información recurridos, y la devolución de las observaciones que hubieran podido presentar VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO como consecuencia de los mismos, a juicio de la Dirección de Competencia, procede inadmitirla, o en su defecto desestimarla, en tanto que los requerimientos de información recurridos son conforme a derecho y las medidas cautelares solicitadas desproporcionadas.

11. Con fecha 30 de enero de 2020 la Sala de Competencia admitió a trámite el recurso de TELEFÓNICA, concediéndole un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.

Asimismo, acordó denegar la suspensión provisional solicitada, así como la subsidiaria consistente en la devolución de las observaciones que se hubieran podido formular por los operadores, al entender que no se daban las circunstancias de perjuicio irreparable que justificaran tal medida.

12. Con fecha 31 de enero de 2020 la representación de TELEFÓNICA tuvo acceso al expediente.

13. Con fecha 20 de febrero de 2020 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

14. La Sala de Competencia del Consejo ha deliberado y fallado el asunto en su reunión de 21 de abril de 2020.

15. Es parte interesada en este expediente de recurso TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones de la recurrente

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra los requerimientos de información emitidos por la Dirección de Competencia el 16 de diciembre de 2019, por medio de los cuales se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la PIPV de misma fecha a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO, al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del CMG aplicado por TELEFÓNICA a dichos operadores, como adquirentes del canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio de 2017.

En su recurso, TELEFÓNICA solicita del Consejo de la CNMC que declare la nulidad de los requerimientos de información dictados por la Dirección de Competencia el 16 de diciembre de 2019. Asimismo, solicita que, con carácter previo y de manera urgente, se acuerde la suspensión provisional de los mismos. Subsidiariamente, solicita que, de manera urgente e *inaudita parte*, se acuerde la devolución de las observaciones a la PIPV que los operadores hayan podido remitir a la Dirección de Competencia.

1.1. Motivos del recurso

TELEFÓNICA fundamenta la interposición del presente recurso en argumentos similares a los ya expuestos en relación con los recursos de 6 de junio de 2016 (R/AJ/165/16) y 14 de febrero de 2018 (R/AJ/022/18) contra los acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016 y 25 de enero de 2018, respectivamente, por los que se dio traslado de las versiones censuradas (no-confidenciales) de las PIPVs, al objeto de que pudieran realizar observaciones sobre las mismas.

En el presente recurso, TELEFÓNICA considera que los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019 no son acordes con el procedimiento legal establecido en el artículo 42 del RDC, dado que VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO no ostentan la condición de interesados en el expediente de vigilancia. Asimismo, señala que se ha facilitado relevante información confidencial de su titularidad a dichos operadores, lo que le habría generado un perjuicio irreparable. Con base en lo anterior, TELEFÓNICA considera que el acto impugnado ostenta una sustantividad de tal envergadura que lo hace susceptible de ser recurrido.

En relación con lo anterior, TELEFÓNICA fundamenta su pretensión en la consideración de que los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019, al prescindir del procedimiento legalmente establecido en el artículo 42.3 del RDC, que establece que el informe de vigilancia será notificado exclusivamente a los interesados en el expediente, son nulos de pleno derecho, de conformidad con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como también lo será la resolución final que se pueda dictar en el expediente de vigilancia si el Consejo de la CNMC no estima el presente recurso.

Asimismo, entiende el recurrente que la versión no confidencial de la PIPV de 16 de diciembre de 2019 trasladada por la Dirección de Competencia a los operadores consultados contiene secretos comerciales e información especialmente sensible de TELEFÓNICA, por lo que podría debilitar su posición competitiva y provocar una transparencia del todo artificial en el mercado. Identifica especialmente la información referida a los ingresos de publicidad, los costes de producción, edición y personal que deben ser imputados al canal *Partidazo* de la tercera oferta mayorista de TELEFÓNICA en la temporada 2017/2018 para el cálculo del CMG, los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el CMG, la revisión de dichos costes por la Dirección de Competencia, la asignación relativa a los costes imputables e información relativa a contratos y negociaciones.

Finalmente, de manera subsidiaria, TELEFÓNICA solicita que el Consejo de la CNMC acuerde, *inaudita parte*, la medida provisional consistente en la devolución de las observaciones formuladas a la PIPV que VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO hayan podido haber remitido, con el objeto de que las mismas no sean incorporadas al expediente.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

En su informe de 27 de enero de 2020, la Dirección de Competencia entiende que el recurso debe ser desestimado, en la medida en que el acto recurrido no ha otorgado la condición de interesados a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO en el expediente de vigilancia ni ha contravenido el procedimiento establecido ni desvelado a estos operadores secretos comerciales de TELEFÓNICA, no concurriendo, por tanto, el alegado perjuicio irreparable. Por el mismo motivo, tampoco considera procedente la posible admisión o estimación de la solicitud de suspensión cautelar de los requerimientos de información recurridos, y la devolución de las observaciones que hubieran podido presentar los operadores mencionados como consecuencia de los mismos.

La Dirección de Competencia considera que, de cara a salvaguardar los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos de 14 de abril de 2015 asumidos por TELEFÓNICA, y de forma previa a elevar al Consejo de la CNMC un informe parcial de vigilancia en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el CMG asignado a cada operador que adquirió el canal de fútbol de su tercera oferta mayorista, resulta pertinente contar con las observaciones de VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO en relación con la versión no-confidencial de la PIPV remitida. Asimismo, entiende que la asunción de dichos principios por TELEFÓNICA condiciona significativamente su capacidad para vedar el acceso a terceros operadores de televisión de pago a la información relacionada con la mencionada oferta mayorista.

Sobre la supuesta vulneración del procedimiento establecido en el artículo 42.3 del RDC, la Dirección de Competencia señala que TELEFÓNICA incurre en un error evidente, ya que el artículo 42.3 del RDC no regula la vigilancia de resoluciones en materia de control de concentraciones sino en materia del procedimiento sancionador de conductas prohibidas de la LDC, al estar incluido dentro del capítulo II del RDC. En base a ello, la Dirección de Competencia defiende que es el artículo 71.1 del RDC el que establece que el órgano instructor llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones de la CNMC que se adopten en materia de control de concentraciones. Es dentro del marco de dicho precepto donde la Dirección de Competencia defiende haber considerado preciso realizar los requerimientos de información objeto del recurso.

Sobre la supuesta revelación de secretos comerciales de TELEFÓNICA, la Dirección de Competencia considera que no hay ningún dato que constituya secreto comercial. En todo caso, entiende el órgano instructor que, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al sistema de cálculo del CMG del canal de fútbol de la tercera oferta mayorista de TELEFÓNICA, el principio de transparencia exige que los operadores puedan conocer cuáles son los

componentes de coste básicos y los valores tenidos finalmente en cuenta, a partir de los cuales se realiza el reparto del CMG.

Finalmente, sobre las medidas cautelares solicitadas por TELEFÓNICA, relacionadas con la suspensión de la ejecución del acuerdo recurrido y la devolución de las observaciones que hayan podido formular VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO en el expediente de vigilancia, la Dirección de Competencia las considera impertinentes y desproporcionadas.

1.3. Alegaciones del recurrente al informe de la Dirección de Competencia

En su escrito de alegaciones al informe de la Dirección de Competencia, de fecha 20 de febrero de 2020, y formulado tras el correspondiente acceso al expediente, TELEFÓNICA reitera parte de los argumentos ya expuestos en su recurso de 20 de enero de 2020, insistiendo en el carácter nulo del acuerdo recurrido, así como en la vulneración de la normativa en materia de confidencialidad y del principio de proporcionalidad.

Precisa TELEFÓNICA que en base a la ausencia de un detalle particular en el RDC sobre cómo se ha de desarrollar el procedimiento de vigilancia de las resoluciones del Consejo en materia de control de concentraciones cuando la Dirección de Competencia elabora expresamente un informe para vigilar el cumplimiento de las mismas, y de la definición del concepto de interesado contenida en el artículo 71.4 del RDC, procede realizar una aplicación analógica del artículo 42.3 del RDC a la hora de interpretar el desarrollo del mencionado procedimiento. Entiende que la interpretación realizada por la Dirección de Competencia del artículo 42.4. resulta a todas luces forzada y extensiva *contra legem*.

En relación con la supuesta vulneración de la confidencialidad de los datos obrantes en el expediente de vigilancia, TELEFÓNICA señala que los principios de equidad, transparencia y no discriminación no implican que la Dirección de Competencia pueda revelar información confidencial de TELEFÓNICA a sus propios competidores.

Asimismo, señala que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad toda vez que el traslado de la PIPV a operadores que no ostentan la condición de interesados en el procedimiento de vigilancia no constituye, ni mucho menos, la medida menos restrictiva a los derechos de TELEFÓNICA para garantizar los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen su oferta mayorista de canales *premium*. Al respecto, señala que la Dirección de Competencia podría haber elaborado unos requerimientos de información *ex profeso* para dichos operadores ajenos al expediente de vigilancia, solicitando datos o aspectos fácticos, pero no valoraciones.

Por último, TELEFÓNICA reitera que, dado que el Consejo podría tener en cuenta unas alegaciones que nunca se deberían haber formulado por VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO, por vulnerar el procedimiento legalmente establecido, la resolución final que se pueda dictar en el expediente de vigilancia será nula de pleno derecho.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

Antes de analizar las concretas pretensiones del recurrente, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

Al respecto, el artículo 47 de la LDC, que regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la Autoridad de Competencia, dispone que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

Por su parte, tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (STS 4722/2013) y 21 de noviembre de 2014 (STS 4698/2014), el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar *"perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

Por ello, para el Tribunal Supremo *"tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido, sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados"*.

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

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, esta Sala debe evaluar si el acto recurrido por TELEFÓNICA –los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019- son susceptibles de ocasionarle indefensión o perjuicio irreparable.

a) Inexistencia de perjuicio irreparable

TELEFÓNICA entiende que los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019 le han producido un perjuicio irreparable por cuanto que fueron adoptados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido en el artículo 42.3 del RDC. Señala que, como consecuencia de ello, al darle traslado de la PIPV a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO, dichos operadores ya son conocedores de información confidencial de TELEFÓNICA y han podido formular observaciones sin tener, conforme al procedimiento, derecho a ello.

Esta Sala viene sistemáticamente recordando la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, en la que entiende que un perjuicio irreparable es "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo). En anteriores recursos planteados frente a actuaciones del órgano instructor, la Autoridad de la Competencia ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa recurrente en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, esta Sala entiende que la Dirección de Competencia ha realizado una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en relación con los requerimientos de información recurridos. Como señala el órgano instructor, dada la complejidad de las cuestiones suscitadas y las interrelaciones entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del CMG aplicado por TELEFÓNICA a los adquirientes del canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio de 2017, la remisión a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO de una versión no confidencial de la PIPV para recabar sus observaciones es una forma apropiada de conocer su opinión sobre las cuestiones suscitadas.

Asimismo, teniendo en cuenta que, a la vista de los informes parciales de vigilancia anteriores, en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el CMG asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol y/o motor de su primera y segunda oferta mayorista, se detectaron errores o diferencias de criterio en la consideración de los datos relevantes para el reparto de los costes fijos en cada canal como CMG, resulta aún más necesario y queda aún más justificada la necesidad de que el informe parcial de vigilancia sobre la revisión del CMG aplicado por TELEFÓNICA a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO, como adquirientes del canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio 2017, se realice de una forma aún más transparente.

Por otro lado, los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019 son conformes a los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos de 14 de abril de 2015 adoptados por

TELEFÓNICA en el marco del expediente C/0612/14. Al respecto, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en relación con que al asumir TELEFÓNICA los compromisos conforme a los principios señalados, se condiciona significativamente su capacidad para vedar el acceso a terceros operadores de televisión de pago a la información relacionada con dicha oferta mayorista.

En este contexto, es destacable el pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el auto de 3 de septiembre de 2018, de denegación de medidas cautelares a TELEFÓNICA en relación con el recurso R/AJ/022/18, cuando afirma que *“los operadores a los que se transmitió la información tenían en todo caso un interés directo en la sustanciación de dicho trámite, derivado de la aplicación de los principios de transparencia, equidad y no discriminación”*.

Siguiendo con la argumentación, la Sala recuerda, en coherencia con lo señalado en el informe sobre el recurso, que es el artículo 71.1 del RDC el que establece que el órgano instructor llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones de la CNMC que se adopten en materia de control de concentraciones. Por tanto, es dentro del marco de dicho precepto donde la Dirección de Competencia ha considerado preciso realizar los requerimientos de información objeto del recurso.

Esta Sala entiende que el artículo 71.1 del RDC otorga intencionadamente al órgano instructor un amplio margen de apreciación a la hora de valorar y desarrollar las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CNMC en el ámbito de control de concentraciones. Al respecto, la Audiencia Nacional, en el mismo auto de 3 de septiembre de 2018 citado anteriormente, en relación con el recurso R/AJ/022/18, ha señalado que *“de forma absolutamente razonable puede argumentarse, como hace la CNMC en la resolución recurrida, que los operadores a los que se transmitió la información tenían en todo caso un interés directo en la sustanciación de dicho trámite [...]. con ese fundamento y finalidad se les dio traslado del informe con apoyo en el artículo 71.1 del RDC que establece normas específicas en materia de procedimiento de concentraciones y confiere a estos efectos muy amplias facultades a la CNMC para recabar información”*. Sobre esta base, la emisión de los requerimientos de información por parte de la Dirección de Competencia por los que se da traslado de la versión no confidencial de la PIPV para recabar las observaciones de los operadores directamente afectados por la misma no pueden considerarse desproporcionados, ni puede sostenerse que se trate de actuaciones no englobadas dentro del alcance de las competencias que el artículo 71.1. del RDC otorga al órgano instructor, cuando estipula que *“la Dirección de Investigación llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de [...] las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma [LDC] en materia de concentraciones”* (énfasis añadido).

Asimismo, esta Sala considera que la pretensión del recurrente de asimilar artificialmente el trato recibido por TELEFÓNICA en su condición de interesado en el expediente al trato recibido por VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO resulta totalmente infundada. Tal y como señala en su informe la Dirección de Competencia, TELEFÓNICA ha podido acceder al expediente y a los documentos tenidos en cuenta de cara a la elaboración de la PIPV, ha recibido una versión no censurada de la misma para formular alegaciones y ha podido solicitar la realización de cuantas pruebas ha considerado oportunas. Sin embargo, los operadores directamente afectados por el objeto del informe de vigilancia sólo han recibido un requerimiento de información con el traslado de una versión no confidencial de la misma, para observaciones, no alegaciones.

En cualquier caso, si esta Sala acogiera el argumento del recurrente, admitiendo una aplicación analógica del procedimiento regulado por el RDC para las vigilancias de las resoluciones sancionadoras en materia de conductas prohibidas del artículo 42.3 del RDC, nada impediría a la Dirección de Competencia dictar los requerimientos de información objeto del recurso basándose en la aplicación del apartado 4 del mencionado artículo 42 del RDC, que señala que la Dirección de Competencia podrá practicar las actuaciones adicionales que considere necesarias previo a la remisión del informe de vigilancia al Consejo de la CNMC.

Inciendo en lo anterior, esta Sala observa numerosas diferencias en el trato recibido por TELEFÓNICA en relación con el recibido por VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO que responden, como resulta lógico, al trato distinto que reciben los interesados en un expediente respecto al que reciben los terceros no interesados, hechos que reconoce el recurrente en sus alegaciones¹. Al respecto, hay una diferencia fundamental entre la naturaleza de las alegaciones presentadas por un interesado en el expediente y las observaciones remitidas por un tercero como respuesta a un requerimiento de información de una autoridad pública en el contexto de un procedimiento administrativo. Mientras que en el presente caso las alegaciones se configuran como un derecho de TELEFÓNICA para señalar las razones y aportar los documentos o cualquier otro elemento de juicio que a su derecho convenga para que sean tenidas en cuenta por la Dirección de Competencia al redactar las correspondientes propuestas de resolución (artículo 76 de la Ley 39/2015), las observaciones requeridas a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO se configuran, no como un derecho similar a la presentación de alegaciones por un interesado, sino como un deber, con una clara naturaleza imperativa, de colaboración e información recogido en el artículo 39.1 de la LDC, que estipula que *“Toda persona física o jurídica [...] quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y*

¹ Véase página 10 del escrito de alegaciones complementarias de TELEFÓNICA.

en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley [LDC]” (énfasis añadido).

Por su parte, el hecho de que el plazo general de 10 días hábiles para contestar los requerimientos de información haya sido ampliado automáticamente por la Dirección de Competencia por otros 5 días hábiles, coincidiendo con los que estipula el artículo 42.3 del RDC para presentar alegaciones en relación con un procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, que no de concentraciones, no convierte automáticamente el deber de colaboración e información con la CNMC en un derecho a presentar alegaciones propio de los interesados en un expediente. Máxime cuando, tal y como exige el artículo 39.1 de la LDC, el órgano instructor lo ha justificado en la dificultad de las cuestiones suscitadas en la PIPV y en las fechas decembrinas en las que fue remitido.

Por otro lado, la Dirección de Competencia ha justificado y analizado detalladamente en su informe sobre el recurso que en la versión no confidencial de la PIPV trasladada a VODAFONE, ORANGE Y MEDIAPRO no hay ningún dato que constituya secreto comercial de TELEFÓNICA, especialmente teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al sistema de cálculo de los CMGs del canal de televisión de pago de fútbol de la tercera oferta mayorista de TELEFÓNICA que, como esta Sala ha señalado anteriormente, está sometido a los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos de 14 de abril de 2015 adoptados por TELEFÓNICA en el marco del expediente C/0612/14. Incluso en el presente caso, TELEFÓNICA reconoce en su escrito de alegaciones complementarias que los operadores a los que se les dio traslado de la PIPV habrían podido realizar sus propias “estimaciones” y “deducciones” respecto de determinados datos sobre los que luego alega la vulneración de la confidencialidad².

Dicho lo anterior, con base en el mencionado principio de transparencia, esta Sala coincide con la Dirección de Competencia en la consideración de que la parte fija de los costes de adquisición de los derechos de emisión de los contenidos del canal, así como los costes totales de producción y los ingresos netos no ligados con su comercialización mayorista o minorista, deben ser conocidos por todos los operadores afectados por el reparto con base en la compartición proporcional del riesgo, marcando así el límite a partir de lo que es razonable considerar como información confidencial de TELEFÓNICA.

Si a lo anterior se suma que la web de la Liga Nacional de Fútbol Profesional³ hizo pública el 2 de diciembre de 2015 la adjudicación a DTS de los derechos de emisión del *Partidazo* (lote 5) por tres temporadas en 750 millones de euros, permitiendo aproximar el precio pagado en cada temporada, la información señalada por el recurrente ha dejado de ser comercialmente sensible, por lo que

² Véase página 13 del escrito de alegaciones complementarias de TELEFÓNICA.

³ <http://www.laliga.es/noticias/nota-informativa-50>

de su difusión en el marco del expediente de vigilancia difícilmente puede derivar un perjuicio significativo propio de la difusión de secretos comerciales. La misma justificación cabe referir respecto a los criterios de reparto del CMG que son públicos y a los datos del número de abonados a la televisión de pago y de accesos de banda ancha fija, por tecnología y operador, que tampoco son confidenciales por ser publicados trimestralmente por esta CNMC de forma desagregada para los principales operadores.

Al respecto, como señala la Dirección de Competencia en su informe, y reconoce TELEFÓNICA en sus alegaciones, cada operador podía estimar con una certeza bastante aproximada a la realidad cuál es el valor de los CMGs, tanto en términos totales para cada canal como para cada operador, extrapolando, a partir de los CMGs que le han sido asignados a TELEFÓNICA para cada canal, su cuota y la de sus competidores derivada de los criterios de reparto. A partir de ahí, los operadores podrían igualmente deducir el valor aproximado de los ingresos por publicidad y otros conceptos que la Dirección de Competencia ha tenido finalmente en cuenta para el canal de fútbol.

En definitiva, esta Sala comparte que sería totalmente inadmisibles e incompatible con los principios de equidad, transparencia y no discriminación que TELEFÓNICA pretendiese hurtar a sus competidores el conocimiento del volumen de los costes fijos considerados y la existencia de posibles errores y criterios inadecuados en su aplicación de los cálculos para el reparto del CMG. Máxime cuando precisamente es TELEFÓNICA quien determina en principio tal reparto a partir de costes (e ingresos) exclusivamente suyos disponiendo, para sí misma, de toda la información concerniente al CMG aplicado al canal y a cada uno de los operadores, y cuando, de igual forma, los otros operadores asumen su cuota proporcional de riesgo y de costes correspondientes.

De este modo, teniendo en cuenta el triple análisis que se debe llevar a cabo para valorar la confidencialidad de determinada información⁴, al quedar demostrado que los datos señalados anteriormente que han sido difundidos en mayor o menor medida son de conocimiento general entre los especialistas del sector, que de ellos no se refleja la estrategia empresarial del recurrente y que, por tanto, no ha quedado justificado el perjuicio irreparable que puede causarle a TELEFÓNICA la difusión de la misma, esta Sala no observa el perjuicio irreparable que le haya podido causar que VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO hayan tenido acceso a la versión no confidencial de la PIPV.

Por lo anterior, la pretensión de TELEFÓNICA relativa a que los requerimientos de información han debilitado su posición competitiva al desvelar su estrategia negociadora y reducir la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo, no puede ser acogida.

⁴ Véase, por todas, la Resolución del Consejo de 18 de julio de 2019 (R/AJ/054/19 NOKIA).

En relación con la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad al entender TELEFÓNICA que los requerimientos de información impugnados no son la medida menos restrictiva de sus derechos para garantizar los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen la oferta mayorista de sus canales *premium*, esta Sala no lo considera suficientemente justificado. Al contrario, tal y como se ha reiterado a lo largo del recurso, la Dirección de Competencia ha estimado, y esta Sala está de acuerdo, en que los requerimientos de información impugnados son la medida más idónea para garantizar el cumplimiento de los compromisos.

Por un lado, es imprescindible que los operadores puedan conocer cuáles son los componentes de coste básicos y los valores tenidos en cuenta por TELEFÓNICA para el cálculo del CMG. Por otro lado, los errores y diferencias de criterio en la consideración de los datos relevantes para el reparto del CMG que se han ido manifestando a lo largo del expediente de vigilancia tanto por parte de TELEFÓNICA como por el resto de operadores adquirentes de sus canales *premium* en las anteriores ofertas mayoristas, unido a las numerosas interrelaciones de los datos y valores mencionados, refuerzan la necesidad de que todos estos sujetos tengan acceso a dichos datos, respondiendo así al cumplimiento del principio de transparencia que TELEFÓNICA asumió como parte de los compromisos del 14 de abril de 2015.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que los requerimientos de información de 16 de diciembre de 2019 dictados por la Dirección de Competencia hayan podido causar un perjuicio irreparable a TELEFÓNICA.

b) Ausencia de indefensión

La doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por la autoridad de competencia en sus resoluciones sobre recursos, en la que se declara que "*la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes*", conduce a entender que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia constitucional, "*no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos*" (STC 71/1984, 64/1986).

Al respecto, la posible existencia de indefensión no ha sido alegada por TELEFÓNICA ni en su recurso de 17 de enero de 2020, ni en sus alegaciones de 20 de febrero de 2020, por lo que no resulta necesario analizar su posible concurrencia.

Por todo lo expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

Asimismo, conforme al razonamiento expuesto, esta Sala tampoco puede estimar la pretensión de devolución de las observaciones a la PIPV que los operadores VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO hayan podido haber remitido a la Dirección de Competencia.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra los requerimientos de información emitidos por la Dirección de Competencia el 16 de diciembre de 2019, por medio de los cuales se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la propuesta de informe parcial de vigilancia de misma fecha a VODAFONE, ORANGE y MEDIAPRO, al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del Coste Mínimo Garantizado aplicado por TELEFÓNICA a dichos operadores, como adquirientes del canal de televisión de pago de fútbol de su tercera oferta mayorista de julio de 2017.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, 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 el día siguiente al de su notificación. Sin embargo, se hace constar que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *“se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.