

## **RESOLUCIÓN**

**Expte. R/AJ/024/20, TELEFÓNICA QUINTO INFORME**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidente**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

#### **Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 23 de julio 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 el requerimiento de información de fecha 13 de febrero de 2020 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 al 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.
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 resolución, si bien conviene destacar que 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 administrativo (R/AJ/022/18), al amparo del artículo 47 de la 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 resolución, si bien conviene destacar que 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.
7. Con fecha 17 de enero de 2020, la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso (R/AJ/006/20), al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 16 de diciembre de 2019, 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 abril de 2020, siendo recurrido por TELEFÓNICA ante la Audiencia Nacional (recurso nº 682/2020).

Este recurso contencioso–administrativo ha sido admitido a trámite el 24 de junio de 2020.

8. Con fecha 13 de febrero de 2020, en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, la Dirección de Competencia emitió una quinta PIPV sobre la revisión del CMG aplicado por TELEFÓNICA al operador que adquirió los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018.

Dicha PIPV fue notificada a TELEFÓNICA el día 17 de febrero de 2020.

9. Con fecha 13 de febrero de 2020, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la Dirección de Competencia emitió un requerimiento de información, por medio del cual se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la PIPV de misma fecha a Orange Espagne, S.A.U. (ORANGE), al objeto de que pudiera realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del CMG aplicado por TELEFÓNICA a dichos operador, como adquirente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018.
10. Con fecha 6 de marzo de 2020 la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el requerimiento de información dictado por la Dirección de Competencia el 13 de febrero de 2020 (expte. R/AJ/024/20).
11. Con fecha 16 de marzo 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.

Con fecha 23 de marzo de 2020, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso, proponiendo su inadmisión, en la medida en que el Consejo de la CNMC ha desestimado en cuanto al fondo recursos del mismo recurrente sustancialmente iguales (R/AJ/165/16 y R/AJ/022/18), estando, en el momento de emisión del informe, pendiente de resolución otro (R/AJ/006/20) o, subsidiariamente, su desestimación, en la medida en que el acto recurrido no ha otorgado la condición de interesado a ORANGE en el expediente VC/0612/14, no ha contravenido el procedimiento establecido y tampoco ha desvelado a dicho operador secretos comerciales de TELEFÓNICA, no concurriendo el alegado perjuicio irreparable.

12. El 14 de marzo de 2020, mediante Real Decreto 463/2020, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su Disposición Adicional Tercera suspendió todos los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos de las entidades del sector público.

El 23 de mayo entró en vigor el Real Decreto 537/2020, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su artículo 9 estableció la reanudación de los plazos administrativos que hubieran quedado suspendidos, con efectos desde el 1 de junio de 2020.

13. Con fecha 4 de junio 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 ORANGE, al entender que no se daban las circunstancias de perjuicio irreparable que justificaran tal medida.

14. Con fecha 5 de junio de 2020 la representación de TELEFÓNICA tuvo acceso al expediente.

15. Con fecha 25 de junio de 2020 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

16. La Sala de Competencia del Consejo ha deliberado y fallado el asunto en su reunión de 23 de julio de 2020.

17. 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 el requerimiento de información emitido por la Dirección de Competencia el 13 de febrero de 2020, por medio del cual se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la PIPV de misma fecha a ORANGE, al objeto de que pudiera realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del CMG aplicado por TELEFÓNICA a dicho operador, como adquiriente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018.

En su recurso, TELEFÓNICA solicita al Consejo de la CNMC que declare la nulidad del requerimiento de información dictado por la Dirección de Competencia el 13 de febrero de 2020. Asimismo, solicita que, con carácter previo y de manera urgente, se acuerde la suspensión provisional del mismo. Subsidiariamente, solicita que, de manera urgente e *inaudita parte*, se acuerde la devolución de las observaciones a la PIPV que ORANGE haya 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), 14 de febrero de 2018 (R/AJ/022/18) y 17 de enero de 2020 (R/AJ/006/20) contra los acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, 25 de enero de 2018 y 16 de diciembre de 2019, respectivamente, mediante los cuales se dio traslado de las versiones no-confidenciales de las PIPVs a los operadores adquirientes de sus canales *premium* sujetos a CMG, al objeto de que pudieran realizar observaciones sobre las mismas.

En el presente recurso, TELEFÓNICA considera que el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020 no es acorde con el procedimiento legal establecido en el artículo 42 del RDC, dado que ORANGE no ostenta la condición de interesado 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. Basándose en lo expuesto, TELEFÓNICA considera que el acto impugnado ostenta una sustantividad de tal envergadura que goza de autonomía impugnativa, lo que lo hace susceptible de ser recurrido.

En relación con lo anterior, TELEFÓNICA fundamenta su pretensión en la consideración de que el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020, 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, es nulo 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 vigilancia de 13 de febrero de 2020 trasladada por la Dirección de Competencia a ORANGE 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*<sup>1</sup> de la cuarta oferta mayorista de TELEFÓNICA en la temporada 2018/2019 para el cálculo del CMG, los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el CMG y la revisión de dichos costes por la Dirección de Competencia.

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 ORANGE haya 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 23 de marzo de 2020, la Dirección de Competencia entiende que el recurso debe ser inadmitido, en la medida en que el Consejo de la CNMC ha desestimado en cuanto al fondo recursos del mismo recurrente sustancialmente iguales (R/AJ/165/16 y R/AJ/022/18), estando, en el momento de emisión del informe, pendiente de resolución otro (R/AJ/006/20), pero que en la actualidad ya ha sido también desestimado por esta Sala mediante resolución de 21 de abril de 2020.

Subsidiariamente, para el caso en que no se considere que corresponde la inadmisión, la Dirección de Competencia propone la desestimación del recurso, en la medida en que el acto recurrido no ha otorgado la condición de interesado a ORANGE en el expediente VC/0612/14, no ha contravenido el procedimiento

---

<sup>1</sup> Supuestamente por error, TELEFÓNICA se refiere en su recurso solo al canal *Partidazo*, aunque ORANGE contrató los dos canales de fútbol de la cuarta oferta mayorista: *Movistar Partidazo* y *Movistar Liga de Campeones*, por lo que esta Sala entiende que TELEFÓNICA hace referencia a ambos canales.

establecido y tampoco ha desvelado a dicho operador secretos comerciales de TELEFÓNICA, no concurriendo el alegado perjuicio irreparable.

Por el mismo motivo, tampoco considera procedente la posible admisión o estimación de la solicitud de suspensión cautelar del requerimiento de información recurrido, y la devolución de las observaciones que hubiera podido presentar ORANGE como consecuencia del mismo.

### **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 25 de junio de 2020, y formulado tras el correspondiente acceso al expediente, TELEFÓNICA reitera parte de los argumentos ya expuestos en su recurso de 6 de marzo 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, ante la ausencia de detalle en el RDC sobre cómo se ha de desarrollar el procedimiento de vigilancia de las resoluciones del Consejo en materia de control de concentraciones y de la definición del concepto de interesado contenida en el artículo 71.4 del RDC, al elaborar la Dirección de Competencia un informe para vigilar el cumplimiento de los compromisos 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 ORANGE,

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 (nº rec. 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (nº rec. 4041/2011), 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 –el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020- es susceptible de ocasionarle indefensión o perjuicio irreparable.

### **a) Inexistencia de perjuicio irreparable**

TELEFÓNICA entiende que el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020 le ha producido un perjuicio irreparable por cuanto que fue adoptado 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 ORANGE, dicho operador ya es conocedor de información confidencial de TELEFÓNICA y ha 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 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 el requerimiento de información recurrido. Como señala el órgano instructor, dada la complejidad de las cuestiones suscitadas y las interrelaciones entre los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del CMG aplicado por TELEFÓNICA a ORANGE, como adquirente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018, la remisión a dicho operador 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, segunda y tercera 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 ORANGE, como adquirente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio 2018, se realice de una forma aún más transparente.

Por otro lado, el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020 es respetuoso con 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”*.

Con respecto a la discusión suscitada entre TELEFÓNICA y la Dirección de Competencia en relación con los preceptos del RDC aplicables en este procedimiento de vigilancia, 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.

TELEFÓNICA alega que ***“la DC ha realizado una interpretación literal y extensiva contra legem del artículo 71 del RDC”***<sup>2</sup>. Lo anterior es ciertamente desconcertante por varios motivos. En primer lugar, porque es insostenible defender que una interpretación literal de un precepto legal sea *contra legem*, cuando dicha perspectiva implica justamente lo contrario, aplicar el contenido de la norma en su dicción literal. Por otro lado, hay que señalar que cabe la posibilidad de que la interpretación de las normas aplicables por parte de los operadores jurídicos pueda tener un carácter literal o extensivo, pero nunca podrá alegarse que un mismo precepto ha sido interpretado desde ambas perspectivas a la vez. Una correcta interpretación literal tendrá lugar bajo el principio *in claris non fit interpretatio*, es decir, cuando el texto se claro e inequívoco dará lugar a su aplicación literal, sin interpretación alguna. Solo cuando no esté claro, porque sus límites de aplicación sean difusos o sean oscuros, cabrá hacer una interpretación extensiva de la norma. En todo caso, 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*

---

<sup>2</sup> Véanse las páginas 8 y 19 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

*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 del requerimiento 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 ORANGE, como operador directamente afectado por la misma, no pueden considerarse desproporcionado, ni puede sostenerse que se trate de una actuación no englobada 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).

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 el requerimiento 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.

Por otro lado, la mera lectura de las alegaciones de TELEFÓNICA subraya la contradicción en la que incurre dicha empresa al desarrollar su argumentación. Por un lado señala que “*tanto mi representada [TELEFÓNICA] como la DC están de acuerdo en el hecho de que Orange no ostenta la condición de interesado en el presente expediente de vigilancia*”<sup>3</sup>, extremo con el cual también coincide esta Sala. Con dicha afirmación TELEFÓNICA intenta desvirtuar la contestación de la Dirección de Competencia en su informe donde acredita las claras diferencias de trato recibido por ORANGE y TELEFÓNICA en el expediente, en su condición de tercero al que se le solicita información e interesado en la vigilancia, respectivamente. Es decir, la recurrente admite que la Dirección de Competencia ha establecido un tratamiento claramente diferenciado entre ella y ORANGE en relación al acceso expediente, a la versión completa de la PIPV, solicitud de pruebas, etc., dada su diferente condición. Igualmente, TELEFÓNICA reconoce que la Dirección de Competencia ha denegado la condición de interesado a TELECABLE (en septiembre de 2015) y a VODAFONE (por dos veces, en junio

---

<sup>3</sup> Véase la página 4 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

de 2015, y en febrero de 2019), contemplando sólo la condición de interesado de TELEFÓNICA.

A pesar de este reconocimiento expreso de diferencias de trato, en el mismo escrito de alegaciones TELEFÓNICA señala que “**la DC ha reconocido de facto la condición de interesado** [a ORANGE]”<sup>4</sup>, entrando en contradicción con sus anteriores aseveraciones y poniendo de nuevo sobre la mesa un extremo que se suponía pacífico y fuera ya de debate. Con ello, la recurrente intenta defender una supuesta vulneración del procedimiento dispuesto en el art. 42.3. del RDC que motive la nulidad del expediente en virtud del antiguo artículo 62.1. e) de la LRJPAC (o el actual artículo 47. e) de la Ley 39/2015).

De este modo, TELEFÓNICA acepta al mismo tiempo que ORANGE no es interesado en el expediente y que no se le han aplicado las principales ventajas que ostentan los interesados en el procedimiento, pero al mismo tiempo considera que la Dirección de Competencia ha reconocido de facto dicha condición de interesado de ORANGE porque le ha remitido una versión censurada de la PIPV para solicitarle información y se le haya otorgado un plazo similar al del interesado. En síntesis, la condición de interesado *de facto* de ORANGE para TELEFÓNICA únicamente depende de que no se le haya remitido un requerimiento de información basado en la PIPV en lugar de esa misma PIPV censurada y que no se le haya otorgado un plazo de observaciones ligeramente más corto que el de alegaciones de TELEFÓNICA como interesado.

En este punto esta Sala debe volver a enfatizar, al igual que en sus resoluciones anteriores<sup>5</sup>, las claras diferencias de trato recibidas entre TELEFÓNICA, como único interesado en el expediente, y el resto de operadores adquirentes de sus canales *premium* de sus ofertas mayoristas, en el presente caso, ORANGE, que la propia recurrente ha reconocido expresamente.

Así, por un lado, la pretensión del recurrente de asimilar artificialmente el trato recibido por TELEFÓNICA en su condición de interesado en el expediente al trato recibido por ORANGE 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, ORANGE sólo ha recibido un requerimiento de información con el traslado de una versión no confidencial de la misma, para observaciones, no alegaciones.

Inciendo en lo anterior, esta Sala observa sustanciales diferencias en el trato recibido por TELEFÓNICA en relación con el recibido por ORANGE que responden, como resulta lógico, al trato distinto que reciben los interesados en

---

<sup>4</sup> Véase la página 20 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

<sup>5</sup> Resoluciones del Consejo de 21 de julio de 2016 (expte. R/AJ/165/16), 10 de mayo de 2018 (expte. R/AJ/022/18) y 21 de abril de 2020 (expte. R/AJ/006/20).

un expediente respecto al que reciben los terceros no interesados, hechos que reconoce el recurrente en sus alegaciones<sup>6</sup>. 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 ORANGE 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 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.

Todo ello conduce a esta Sala a desestimar la alegación de TELEFÓNICA respecto a la existencia de vulneración del artículo 42 del RDC por la Dirección de Competencia, que convierta al acto Impugnado en nulo de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1. e) de la LRJPAC (o actual artículo 47. e) de la Ley 39/2015). Teniendo en cuenta que TELEFÓNICA implícitamente no discute la oportunidad del requerimiento, sino su falta de proporcionalidad, cuando en sus alegaciones señala la posibilidad de recabar la información de ORANGE *“por medios menos lesivos y restrictivos de los derechos de defensa [de TELEFÓNICA]”*, se evidencia que las presuntas vulneraciones del procedimiento denunciadas se pueden reducir a una mínima expresión. A saber, se limitan a la remisión de una PIPV censurada en lugar de un requerimiento específico que la sintetizara y pidiera observaciones a ORANGE o a la

---

<sup>6</sup> Véanse las páginas 4 y 11 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

delimitación del plazo para presentar tales observaciones -que se ha acreditado que no son tales y, en el hipotético caso que lo fueran, son de mínima magnitud (dado que, como se verá, no se vulnera el secreto comercial de TELEFÓNICA)- y en modo alguno suponen que la Dirección de Competencia haya prescindido “*total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*” cuando la propia TELEFÓNICA ha reconocido que la Dirección de Competencia otorga un tratamiento sustancialmente diferente a ORANGE y a la recurrente en la tramitación del expediente de vigilancia.

Tampoco son asumibles las alegaciones de TELEFÓNICA respecto a que “**la propia DC afirma y reconoce que Orange ha formulado alegaciones en vez de observaciones**”<sup>7</sup>, cuando la propia recurrente en su escrito de alegaciones incurre en el mismo presunto error que denuncia cuando solicita que se acuerde “**la extracción del expediente de vigilancia de las observaciones formuladas por ORANGE**” [énfasis añadido]. Como puede observarse se trata de meras alternativas de redacción en la elaboración de escritos procesales que carecen del significado jurídico que les atribuye TELEFÓNICA en su recurso.

Por otro lado, en relación a la vulneración del secreto comercial que denuncia TELEFÓNICA, en opinión de esta Sala 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 ORANGE no hay ningún dato que constituya secreto comercial de la empresa recurrente, especialmente teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al sistema de cálculo del CMG de los canales de televisión de pago de fútbol de la cuarta oferta mayorista de TELEFÓNICA. Como esta Sala ha señalado anteriormente, dicho sistema de cálculo 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 ORANGE habría podido realizar sus propias “*estimaciones*” y “*deducciones*” respecto de determinados datos sobre los que luego alega la vulneración de la confidencialidad<sup>8</sup>.

Dicho lo anterior, teniendo en cuenta 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.

---

<sup>7</sup> Véase la página 21 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

<sup>8</sup> Véase la página 16 del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.

Si a lo anterior se suma que la web de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP)<sup>9</sup> 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, máxime cuando ORANGE ya conoce el pago por los derechos de las dos temporadas anteriores, la información señalada por el recurrente ha dejado de ser comercialmente sensible, por lo que de su difusión en el marco del expediente de vigilancia difícilmente puede derivar un perjuicio significativo propio de la difusión de secretos comerciales.

De igual forma, en el caso del canal *Liga de Campeones* la propia TELEFÓNICA hizo público en el hecho relevante comunicado a la CNMV el 28 de junio de 2018 mediante nota de prensa<sup>10</sup>, que el coste por los derechos de emisión en la temporada 2018/2019 de la UEFA Champions League y la UEFA Europa League era de 360 millones de euros, por el total de derechos que podrán ser revendidos a otros operadores del mercado interesados en este contenido. Asimismo, ORANGE ya tuvo conocimiento de cuáles fueron los costes de producción y los ingresos de publicidad de las tres temporadas anteriores<sup>11</sup>, así como conocía el coste de los derechos del canal *Movistar Partidazo* de una manera bastante precisa para la temporada 2018/2019 y, desde julio de 2018, conocía el reparto inicial del CMG del canal comunicado por TELEFÓNICA quien le comunicó también el ajuste del CMG en diciembre de 2019.

Por otro lado, como indica la Dirección de Competencia en su informe, en relación con los costes de producción del canal *Movistar Partidazo*, las bases del concurso de la LNFP<sup>12</sup> detallan los costes de producción según el tipo de partido, ya que es la LNFP ('La Liga') quien produce dichos partidos (ver su apartado 5.4.3. y el Anexo I), al margen de la personalización que TELEFÓNICA pueda introducir adicionalmente, lo cual no desconoce ORANGE.

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, ORANGE podía estimar con una certeza

---

<sup>9</sup> <http://www.laliga.es/noticias/nota-informativa-50>

<sup>10</sup> <https://www.telefonica.com/es/web/sala-de-prensa/-/telefonica-adquiere-los-derechos-de-la-uefa-champions-league-y-lauefa-europa-league-para-el-mercado-residencial-en-el-periodo-2018-2021>

<sup>11</sup> Orange contrató a Telefónica el canal *Movistar Partidazo* de las tres ofertas mayoristas de canales anteriores (temporadas 2015/2016, 2016/2017 y 2017/2018).

<sup>12</sup> <https://s.libertaddigital.com/doc/nueva-propuesta-de-comercializacion-de-los-derechos-televisivos-41913373.pdf>.

bastante aproximada a la realidad cuál es el valor del CMG, tanto en términos totales para cada canal como para cada operador, entre otras cosas, teniendo en cuenta que ORANGE ha sido el único adquiriente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018, extrapolando, a partir del CMG que le ha sido asignado a TELEFÓNICA para cada canal, su cuota derivada de los criterios de reparto. A partir de ahí, ORANGE podría igualmente deducir el valor aproximado de los ingresos por publicidad y otros conceptos que la Dirección de Competencia ha tenido finalmente en cuenta para los canales 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 ORANGE 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 a ORANGE por cada canal, y cuando, de igual forma, ORANGE asume 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 información<sup>13</sup>, 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 ORANGE hayan tenido acceso a la versión no confidencial de la PIPV.

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

En relación con la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad al entender TELEFÓNICA que el requerimiento de información impugnado no es 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 acreditado. 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

---

<sup>13</sup> Véase, por todas, la Resolución del Consejo de 18 de julio de 2019 (R/AJ/054/19 NOKIA).

impugnados son la medida más idónea para garantizar el cumplimiento de los compromisos.

Por un lado, es imprescindible que ORANGE pueda 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, en el presente caso ORANGE, 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 el requerimiento de información de 13 de febrero de 2020 dictado por la Dirección de Competencia haya 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 6 de marzo de 2020, ni en sus alegaciones de 25 de junio 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 ORANGE ha remitido a la Dirección de Competencia en el expediente de vigilancia.

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 el requerimiento de información emitido por la Dirección de Competencia el 13 de febrero de 2020, por medio del cual se dio traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la propuesta de informe parcial de vigilancia de misma fecha a ORANGE, al objeto de que pudiera realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del Coste Mínimo Garantizado aplicado por TELEFÓNICA a dicho operador, como adquiriente de los canales de televisión de pago de fútbol de su cuarta oferta mayorista de julio de 2018.

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.