

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/092/21, TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidenta

D^a. María Ortiz Aguilar

Consejeros

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de julio de 2021.

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 la Dirección de Competencia de fecha 16 de abril de 2021, en el marco del expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, por medio de los cuales se da traslado de las versiones censuradas no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia a ORANGE ESPAGNE, SAU y a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN SA., al objeto de que puedan formular observaciones en relación con dicha propuesta relativa al cálculo por Telefónica del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de su quinta oferta mayorista (temporada 2019/2020).

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. En el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, con fecha 11 de mayo de 2016, la Dirección de Competencia emitió una primera Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia (PIPV) sobre la revisión del Coste Mínimo Garantizado (en adelante CMG) aplicado por TELEFÓNICA a los operadores que adquirieron los canales de fútbol 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 la CNMC 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 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 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 sentencia. La Audiencia Nacional denegó 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, se encuentra pendiente de sentencia.

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.
9. 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), siendo desestimado el recurso por Resolución del Consejo de la CNMC de 23 de julio de 2020.

La anterior resolución ha sido recurrida por TELEFÓNICA ante la Audiencia Nacional, estando el recurso pendiente sentencia.

10. Con fecha 16 de abril de 2021, la DC formuló requerimientos de información, por medio de los cuales se dio traslado de las versiones censuradas (no-

confidenciales) de la novena propuesta de informe parcial de vigilancia de 16 de abril de 2021, a ORANGE ESPAGNE, S.A.U (ORANGE) y a MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A (MEDIASET), al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación a dicha propuesta relativa al cálculo por Telefónica del CMG de los canales de fútbol de su quinta oferta mayorista.

11. Con fecha 13 de mayo de 2021, tuvo entrada en la CNMC recurso de TELEFÓNICA contra los requerimientos de información de la DC de 16 de abril de 2021.
12. Con fecha 13 de mayo de 2021, 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.
13. Con fecha 25 de mayo de 2021, 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, R/AJ/022/18, RAJ/06/20 y RAJ 024/20), o, subsidiariamente, su desestimación, en la medida en que el acto recurrido no ha otorgado la condición de interesados a ORANGE y MEDIASET 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.
14. Con fecha 1 de junio de 2021, 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.
15. Con fecha 2 de junio de 2021, la representación de TELEFÓNICA tuvo acceso al expediente.
16. Con fecha 24 de junio de 2021 tuvo entrada en la CNMC escrito de alegaciones de TELEFÓNICA.
17. La Sala de Competencia del Consejo ha deliberado y fallado el asunto en su reunión de 27 de julio de 2021.
18. 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 abril de 2021, por medio de los cuales se da traslado de la versión censurada (no-confidencial) de la PIPV, a ORANGE y a MEDIASET, al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del CMG aplicado por TELEFÓNICA de los canales de fútbol de su quinta oferta mayorista (temporada 2019/2020).

En su recurso, TELEFÓNICA solicita al Consejo de la CNMC que declare la nulidad de los requerimientos de información dictados por la Dirección de Competencia el 16 de abril de 2021. Asimismo, solicita que, con carácter previo y de manera urgente, se acuerde la suspensión provisional de dichos actos durante la sustanciación del recurso.

Subsidiariamente, solicita que, de manera urgente e *inaudita parte*, se acuerde la devolución de las observaciones a la PIPV que ORANGE y MEDIASET 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), 14 de febrero de 2018 (R/AJ/022/18), 17 de enero de 2020 (R/AJ/006/20) y 6 de marzo de 2020 (R/AJ/024/20), contra los acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016, 25 de enero de 2018, 16 de diciembre de 2019 y 13 de febrero de 2020, respectivamente, mediante los cuales se dio traslado de las versiones no-confidenciales de las PIPVs relativos a los repartos del CMG de los canales afectados de la primera, segunda, tercera y cuarta oferta mayorista de Telefónica.

TELEFÓNICA considera que los requerimientos de información de 16 de abril de 2021 no son acordes con el procedimiento legal establecido en el artículo 42 del RDC, dado que ORANGE y MEDIASET no ostentan la condición de interesados en el expediente de vigilancia. Asimismo, señala que se ha facilitado información confidencial de su titularidad a dichos operadores, lo que le habría generado un perjuicio irreparable. Basándose en lo expuesto, TELEFÓNICA considera que los actos impugnados ostentan una sustantividad de tal envergadura que goza de autonomía impugnativa, lo que les hace susceptibles de ser recurridos, sin necesidad a que se dicte al acto definitivo del procedimiento.

En relación con lo anterior, TELEFÓNICA fundamenta su pretensión en la consideración de que los requerimientos de información de 16 de abril de 2021, 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 16 de abril de 2021 trasladada por la Dirección de Competencia a ORANGE y MEDIASET 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 de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA correspondiente a la temporada 2019/2020, 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 y MEDIASET 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 25 de mayo de 2021, 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, R/AJ/022/18, R/AJ/006/20 y R/AJ/024/20).

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 y MEDIASET en el expediente VC/0612/14, no ha contravenido el procedimiento establecido y tampoco ha desvelado a dichos operadores 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 y MEDIASET 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 24 de junio de 2021, y formulado tras el correspondiente acceso al expediente, TELEFÓNICA reitera parte de los argumentos ya expuestos en su recurso de 13 de mayo de 2021, 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*.

TELEFÓNICA sostiene 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 y MEDIASET, 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 –los requerimientos de información de 16 de abril de 2021- son susceptibles de ocasionarle indefensión o perjuicio irreparable.

a) Inexistencia de perjuicio irreparable

TELEFÓNICA entiende que los requerimientos de información de 16 de abril de 2021, 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 ORANGE y MEDIASET, dichos operadores son concedores 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 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 los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del CMG aplicado por TELEFÓNICA a ORANGE y MEDIASET, como adquirientes de los canales de televisión de pago de fútbol de su quinta oferta mayorista (temporada 2019/2020), la remisión a dichos operadores 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 de su primera, segunda, tercera y cuarta 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 y MEDIASET, como adquirientes de los canales de televisión de pago de fútbol de su quinta oferta mayorista (temporada 2019/2020), se realice de una forma aún más transparente.

Además, tal y como señala la DC, en la temporada de fútbol 2019/2020, se produjeron una serie de eventos excepcionales como consecuencia de la paralización de las competiciones de fútbol nacionales y europeas por los efectos derivados de la pandemia del Covid-19 y la declaración del estado de alarma que produjeron impactos sobre los costes y los ingresos que habían sido estimados inicialmente en julio de 2019, al inicio de la temporada 2019/2020 para el reparto del CMG de los canales de fútbol de la quinta oferta mayorista.

Las interrupciones desde marzo de 2020 de las ligas de fútbol nacional de Primera y Segunda División (que afectaron al canal LaLiga), así como de las principales competiciones europeas (que afectaron al canal Liga de

Campeones), dieron lugar a ciertos reajustes, principalmente en forma de compensación sobre los costes por derechos de emisión soportados en principio por Telefónica. Además de estas compensaciones, se comprobaron importantes desajustes en la estimación inicial de los costes por derechos de una de las competiciones incluidas en el canal Liga de Campeones. Sobre este último canal, Telefónica incluyó posteriormente algunos nuevos contenidos (reposiciones) durante los periodos sin competición.

En relación con las compensaciones por interrupciones y partidos no celebrados como consecuencia de la pandemia de Covid-19, recibidas por Telefónica de los propietarios originales de los derechos de emisión (LNFP, UEFA, otros), los operadores Orange y Mediaset tuvieron conocimiento exclusivamente de determinadas cantidades abonadas por Telefónica, en septiembre de 2020 relativas a las compensaciones por el canal LaLiga, y a fin de diciembre de 2020 y principios de febrero de 2021 relativas a compensaciones por el canal Liga de Campeones.

Sin embargo, tal y como señala la DC, estas compensaciones no fueron los únicos cambios que se produjeron al respecto de los costes e ingresos asociados al reparto del CMG de los dos canales, pues los costes estimados inicialmente por Telefónica para la producción de los mismos, así como los ingresos por publicidad y otros conceptos (como la imputación final de los costes por derechos de algún contenido) sufrieron variaciones de relativa importancia, como reflejó Telefónica en los datos reportados a la Dirección de Competencia a principios de diciembre de 2020 en respuesta a un requerimiento de información.

Por consiguiente, los ajustes que introdujo Telefónica en diciembre de 2020, meses después de terminada la temporada y que recogen un número de cambios adicionales a las compensaciones por derechos derivadas de la pandemia por Covid, eran totalmente desconocidos por Orange y Mediaset, aunque les afectan plenamente al modificar en su conjunto los costes netos del CMG de cada canal que debe ser repartido entre los tres operadores y, por lo tanto, debe ser ajustado respecto de los importes iniciales abonados por Orange y Mediaset en julio de 2019 minorizados por los descuentos proporcionales por Covid.

En este contexto, no cabe duda de que las observaciones de Orange y Mediaset resultan absolutamente imprescindibles, toda vez que el reparto final comunicado por Telefónica a la DC presenta varios aspectos que pudieran necesitar de corrección, con impactos, necesariamente sobre los tres operadores.

Por otro lado, esta Sala considera que los requerimientos de información realizados por la DC el 16 de abril de 2021 son respetuosos 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 que sería totalmente inadmisibles e incompatibles con los principios de equidad, transparencia y no discriminación que TELEFÓNICA pretendiera sustraer a sus competidores el conocimiento del volumen de los costes fijos considerados y la existencia de posibles errores y criterios inadecuados en la aplicación por Telefónica de los cálculos para el reparto de estos costes mínimos garantizados precisamente cuando es Telefónica quien determina el principio de tal reparto a partir de costes (e ingresos) exclusivamente suyos disponiendo, para sí misma, de toda la información concerniente a los CMG aplicados en cada canal y a cada operador, cuando de igual forma, los otros operadores en este caso (Orange y Mediaset) en cada uno de estos canales sujetos a CMG asumen su cuota proporcional de riesgo y de costes correspondientes.

En este sentido, cabe destacar que 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, señaló 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 las alegaciones de TELEFÓNICA sobre la **supuesta vulneración del procedimiento establecido** para la vigilancia del expediente VS/0612/14, en la medida que no habría respetado lo previsto en el artículo 42.3 del RDC. Telefónica incurre en un error evidente, dado que dicho precepto no regula la vigilancia de resoluciones en materia de control de concentraciones, sino en materia del procedimiento sancionador de conductas prohibidas en la LDC.

La vigilancia de resoluciones en materia de control de concentraciones se regula en el artículo 71 del RDC, el cual 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.

Al amparo de este precepto, se han realizado por la Dirección de Competencia los requerimientos de información objeto de recurso. 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, por tanto, no cabe considerar, como sostiene la recurrente, que la DC haya realizado una interpretación literal y extensiva contra legem del artículo 71 del RDC.

Al respecto, la Audiencia Nacional, en el auto de 3 de septiembre de 2018, anteriormente citado, 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 ORANGE y MEDIASET, como operadores directamente afectados por la misma, no puede 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, respecto a la alegación de Telefónica en la que si bien reconoce que la DC no ha otorgado la condición de interesados a Orange y Mediaset en el expediente VS/0612/12, considera que de facto se le habría otorgado la condición de interesado, en la medida en que no se habría hecho un requerimiento de información propiamente dicho, puesto que se han solicitado observaciones sobre la PIPV, dando el mismo plazo que Telefónica tenía para alegar, esta Sala observa sustanciales diferencias en el trato recibido por TELEFÓNICA, por un lado, del recibido por ORANGE y MEDIASET, como contratantes de la oferta mayorista de canales, en relación con la propuesta de informe parcial de vigilancia.

Tal y como señala la DC en su informe, Telefónica ha podido acceder al expediente y a los documentos tenidos en cuenta de cara a la elaboración de la propuesta de informe parcial de vigilancia; ha recibido una versión completa de la misma para alegaciones y ha podido solicitar la realización de las pruebas que estimase pertinentes. En cambio, este acceso al expediente ha estado impedido a Orange y Mediaset, a quienes se les ha entregado únicamente una versión específica no-confidencial de la propuesta de IPV para observaciones y no se le ha dado la oportunidad de solicitar la realización de pruebas. Es más, en los

respectivos requerimientos de información realizados a ambos operadores en base al artículo 39.1 de la LDC dando traslado de una versión no-confidencial de la propuesta de IPV, se han incluido para cada operador otras cuestiones para recabar información adicional, lo que Telefónica considera en su recurso perfectamente ajustado a derecho.

El hecho de que la Dirección de Competencia haya dado un plazo a Orange para responder al requerimiento de información, igual en su duración al plazo de alegaciones de que dispuso Telefónica, también está totalmente justificado, puesto que el artículo 39.1 de la LDC prevé que se pueda establecer de forma motivada un plazo distinto a 10 días en los requerimientos, como se ha hecho expresamente en este caso, teniendo en cuenta la dificultad de las cuestiones suscitadas en la propuesta de informe parcial de vigilancia.

En atención a lo anterior, procede 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) por vulneración del procedimiento establecido.

Por otro lado, en relación a **la supuesta revelación de secretos comerciales** que denuncia TELEFÓNICA, a juicio 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 y MEDIASET 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 quinta 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.

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 de lo que es razonable considerar como información confidencial de TELEFÓNICA.

Asimismo, hay que tener en cuenta que TELEFÓNICA hizo público haber resultada adjudicataria de los derechos de emisión de todos los partidos de la Liga de Primera División para el mercado residencial en su modalidad de pago

para el ciclo 2019-2022¹ (Lotes 4 y 5), por un precio idéntico de 980 millones de euros para cada una de las tres temporadas, por lo que esta información dejó de ser información comercial sensible, al permitir determinar el precio pagado en cada temporada. También, la prensa especializada ha hecho público el coste por temporada de la adjudicación de los derechos de la Liga de Segunda División por 35 millones anuales por temporada durante el periodo 2019-2022 (Lote 6).²

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 prensa³, que los derechos de emisión de la UEFA Champions League y la UEFA Europa League habían sido adquiridos a MEDIAPRODUCCIÓN SLU (Mediapro) para las temporadas 2018/2019, 2019/2020 y 2020/21 por 360 millones de euros por temporada, junto a la compartición de los ingresos publicitarios.

Tal y como señala la DC, Orange ya tenía conocimiento de forma bastante precisa de cuáles fueron los costes de producción y los ingresos de publicidad y los costes por derechos en las cuatro temporadas anteriores⁴, para el caso del canal Movistar Partidazo (equivalente al lote 4 de la temporada 2019/2020). Asimismo, tanto Orange como Mediaset ya conocían desde julio de 2019 el reparto inicial del CMG de cada canal que les había comunicado Telefónica quien, igualmente, les comunicó también los ajustes derivados de las compensaciones por Covid (en septiembre y diciembre de 2020, y febrero de 2021). A ello hay que añadir la experiencia con que cuenta Orange en la contratación de contenidos de fútbol, (pues adquirió a Mediapro los contenidos del canal de La Liga de Primera División las tres temporadas anteriores de 2016/17 a 2018/19), a lo que debe añadirse haber sido el único operador que compartió con Telefónica el CMG del canal Partidazo en la temporada 2018/2019 anterior. En el caso de Mediaset, este operador también ha contratado en el pasado derechos de fútbol nacional para su emisión en abierto, aunque adquirió por primera vez en la temporada 2019/2020 los canales de fútbol para su emisión en televisión de pago en el operador OTT Mitele-Plus.

Por otro lado, como indica la DC, en relación con los costes de producción, Telefónica fue el adjudicatario en el concurso de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP) para las temporadas 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019, a partir del cual se configuró su canal Partidazo. A este respecto, en las bases del

¹ <https://www.telefonica.com/es/web/sala-de-prensa/-/telefonica-se-hace-con-los-derechos-de-la-lfp-para-el-mercado-residencial-en-el-periodo-2019-2022>

² <https://www.palco23.com/media/telefonica-eleva-a-mas-de-3000-millones-su-apuesta-por-laliga-hasta-2022.html>

³ <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>

⁴ Orange contrató a Telefónica el canal Movistar Partidazo de las tres ofertas mayoristas de canales anteriores (temporadas 2015/2016, 2016/2017 y 2017/2018).

referido concurso de la LNFP⁵ se detallan los costes de producción según el tipo de partido, ya que fue la LNFP quien produjo dichos partidos (ver su apartado 5.4.3. y el Anexo I), al margen de la personalización que Telefónica pudiera introducir adicionalmente. Por consiguiente, tanto Orange como Mediaset son concededores de referencias que les pueden permitir estimar de manera bastante aproximada los costes de producción del canal LaLiga en la temporada 2019/2020 para la Primera y la Segunda División.

Para el canal Liga de Campeones, Orange y Mediaset conocían el montante principal del coste por derechos de emisión del canal por las competiciones UEFA, como antes se ha indicado. Asimismo, Orange contaba con la experiencia de sus acuerdos propios con Mediapro⁶ para la emisión en las tres temporadas anteriores del canal beIN Sports, que incluyó las mismas competiciones de la UEFA, así como competiciones de ligas europeas e internacionales. En el caso de Mediaset, este operador también cuenta con una importante experiencia en el ámbito del fútbol internacional (p.ej. Mediaset adquirió los principales encuentros de la Copa Mundial de la FIFA en Suráfrica 2010, la exclusiva de los partidos del Mundial de Brasil en 2014, y adquirió también en exclusiva los derechos en abierto del mundial de Rusia 2018 y los de la Eurocopa de 2020, entre otros), además de su gran experiencia en el ámbito de la publicidad en televisión. A ello hay que añadir otras referencias internacionales⁷.

Dado que Orange y Mediaset ya conocían en julio de 2019 sus cuotas de CMG para los dos canales de fútbol y las posteriores compensaciones por Covid realizadas por Telefónica antes de la remisión de la versión no-confidencial del IPV, les resultaba posible realizar una estimación de los componentes de costes e ingresos del CMG, tanto del canal LaLiga como del canal Liga de Campeones.

La misma justificación cabe referir respecto de los criterios de reparto del CMG que son públicos, y a los datos de número de abonados a la televisión de pago y de accesos de banda ancha fija, por tecnología y operador, que tampoco son confidenciales, dado que la CNMC los publica trimestralmente⁸ de forma desagregada para los principales operadores, incluidos Telefónica y Orange. En el caso de Mediaset, como nuevo operador OTT en el ámbito de la televisión de

⁵ <https://s.libertaddigital.com/doc/nueva-propuesta-de-comercializacion-de-los-derechos-televivos-41913373.pdf>.

⁶ <https://www.efe.com/efe/espana/efeempresas/orange-y-vodafone-llegan-a-un-acuerdo-con-mediapro-para-ofrecer-la-liga-las-proximas-tres-temporadas/50000908-2892832#>

⁷ Por ejemplo, <https://www2.deloitte.com/uk/en/pages/sports-business-group/articles/deloitte-football-money-league.html>

⁸ En este sentido, aunque no se han publicado en la página web de la CNMC los datos a 1 de mayo de 2019 (para el canal LaLiga) y de 1 de junio de 2019 (para el canal Liga de Campeones), que son las fechas de referencia para el reparto del coste mínimo garantizado en la temporada 2019/2020, sí se han publicado los datos a 31 de marzo de 2019 y 30 de junio de 2019, por lo que se pueden hacer estimaciones muy aproximadas a la realidad de estos datos de número de abonados a la televisión de pago y de accesos de banda ancha fija.

pago, era conocido que computaba cero abonados y cero accesos de banda ancha fija en las fechas de referencia.

De acuerdo con lo anterior, coincide esta Sala con la DC, en que Orange y Mediaset podían estimar cuál es el valor del CMG, tanto en términos totales para cada canal como para cada operador, extrapolando, a partir de los costes mínimos garantizados que les asignó Telefónica en julio de 2019 y de las compensaciones recibidas posteriormente, sus cuotas y la de Telefónica derivada de los criterios de reparto.

Adicionalmente, a partir del valor total que derivasen de sus cálculos, Orange y Mediaset han podido estimar el reparto aproximado entre los costes por los derechos de emisión y los costes de producción e ingresos por publicidad de los dos canales de fútbol contratados a Telefónica, como se ha expuesto previamente, en base a los datos conocidos, a la experiencia de competiciones anteriores y al resultado revisado del reparto del coste mínimo garantizado que la Dirección de Competencia ha tenido finalmente en cuenta para cada canal y operador

En definitiva, esta Sala comparte con la DC que sería totalmente inadmisibles e incompatible con los principios de equidad, transparencia y no discriminación que TELEFÓNICA pretendiese hurtar a ORANGE y MEDIASET el conocimiento del volumen de los costes fijos considerados y la existencia de posibles errores y criterios inadecuados en su aplicación por Telefónica de los cálculos para el reparto del CM, 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 en cada canal y a cada operador, cuando, de igual forma, ORANGE y MEDIASET, en cada uno de estos canales sujetos a CMG asume su cuota proporcional de riesgo y de costes correspondientes.

Teniendo en cuenta el triple análisis que se debe llevar a cabo para valorar la confidencialidad de determinada información⁹, 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, la alegación de la recurrente sobre revelación de secretos comerciales debe ser rechazada.

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 tampoco puede ser acogida

⁹ 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 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 impugnados son la medida más idónea para garantizar el cumplimiento de los compromisos.

Tal y como se ha expuesto es imprescindible que ORANGE y MEDIASET 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 adquirientes 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 ORANGE y MEDIASET, 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.

En atención a todo lo expuesto, no resulta posible apreciar que los requerimientos de información de la DC de 16 de abril de 2021, 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 13 de mayo de 2021, ni en sus alegaciones de 24 de junio de 2021, 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 y MEDIASET han 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 los requerimientos de información emitidos por la Dirección de Competencia el 16 de abril de 2021, 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 ORANGE y MEDIASET, al objeto de que pudieran realizar observaciones en relación con la revisión del cálculo del Coste Mínimo Garantizado de los canales de fútbol aplicado por TELEFÓNICA de su quinta oferta mayorista (temporada 2019/2020).

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.