



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/022/18, TELEFÓNICA

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 10 de mayo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/022/18 TELEFÓNICA por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U (TELEFÓNICA), 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 25 de enero de 2018, por el que se da traslado de la propuesta de informe parcial de vigilancia a una serie de operadores no interesados en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de abril de 2015, el Consejo de la CNMC autorizó la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (Expte. C/0612/14), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por el grupo TELEFÓNICA el 14 de abril de 2015.
2. El resuelve cuarto de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 encomienda a la Dirección de Competencia (DC) la vigilancia de lo establecido en la citada Resolución, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Esta vigilancia ha dado lugar a la apertura del expediente VC/0612/14.

3. En el marco de este expediente de vigilancia VC/0612/14, con fecha 11 de mayo de 2016, la DC emitió una primera propuesta de informe parcial de vigilancia en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la oferta mayorista de este operador.

Dicha propuesta de informe parcial de vigilancia fue remitida telemáticamente a TELEFÓNICA para que formulase alegaciones o propusiese la práctica de las pruebas que considerase pertinentes en relación con la misma. Igualmente, la citada propuesta de informe parcial de vigilancia fue remitida, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, a MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE, requiriéndoles información sobre la misma como demandantes de los canales de fútbol incluidos en la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

4. Con fecha 6 de junio de 2016, la representación de TELEFÓNICA interpuso recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra los acuerdos de la DC de 11 de mayo de 2016, por los que se daba traslado de la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a los operadores MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE, relativa al cálculo por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su oferta mayorista.

El anterior recurso fue desestimado por Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 21 de julio de 2016, siendo recurrido por TELEFÓNICA ante la Audiencia Nacional (núm. recurso 06/507/2016).

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 30 de marzo de 2017.

5. Con fecha 24 de enero de 2018, la DC remitió telemáticamente a TELEFÓNICA una nueva propuesta de informe parcial de vigilancia correspondiente al reparto del coste mínimo garantizado realizado de los canales de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista, para que formulase alegaciones o propusiese la práctica de las pruebas que considerase pertinentes en relación con la misma.
6. Con fecha 25 de enero de 2018, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la DC remitió telemáticamente requerimiento a Telecable de Asturias, S.A. (TELECABLE), Vodafone España, S.A.U. (VODAFONE), Orange Espagne, S.A.U. (ORANGE) y Obwan Networks and Services, S.L. (OBWAN), en los que se les solicita observaciones en relación con la versión no confidencial (ajustada a cada operador) de la propuesta de informe parcial de vigilancia, dado que han sido demandantes de los canales de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista de TELEFÓNICA.

7. Con fecha 14 de febrero de 2018, tuvo entrada en la CNMC recurso de TELEFÓNICA contra los requerimientos de información de la DC de 25 de enero de 2018 (folios 1-40).
8. Con fecha 14 de febrero de 2018, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto.
9. Con fecha 20 de febrero de 2018, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 7 (folios 43-54).

En dicho informe la DC considera que procede la desestimación del recurso, en la medida en que los actos recurridos no han otorgado la condición de interesado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN en el expediente VC/0612/14 ni contravienen el procedimiento establecido y tampoco han desvelado a estos operadores secretos comerciales de TELEFÓNICA que deban prevalecer por encima de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

10. Con fecha 1 de marzo de 2018, la Sala de Competencia acordó (i) admitir a trámite el recurso de TELEFÓNICA, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones (ii) denegar la suspensión provisional solicitada, así como la petición subsidiaria consistente en la devolución de las observaciones que se hayan podido formular por los operadores, al entender que no se dan las circunstancias de perjuicio irreparable que justificaría tal medida.
11. Con fecha 21 de marzo de 2018 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de la recurrente.
12. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 10 de mayo de 2018.
13. Es interesada en este expediente TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente resolución y pretensiones del 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 de fecha 25 de enero de 2018, por medio de los cuales se da traslado de las respectivas versiones no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018 a los operadores TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, al objeto de que

puedan realizar observaciones en relación con dicha propuesta de informe parcial de vigilancia relativa al cálculo por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista de julio de 2016.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo 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"*.

En su recurso, TELEFÓNICA, solicita a la Sala de Competencia que declare la nulidad de los correspondientes acuerdos de traslado de la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a ciertos operadores distintos de TELEFÓNICA. Asimismo, se solicita que de modo urgente se acuerde la suspensión provisional de tales acuerdos. Subsidiariamente, solicita que se acuerde la devolución de las observaciones a la propuesta de informe parcial de vigilancia que los operadores hayan podido haber remitido a la DC.

Los motivos en los que TELEFÓNICA fundamenta su recurso son los siguientes:

La recurrente sostiene que los acuerdos requeridos son nulos de pleno derecho conforme al artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al prescindir del procedimiento legalmente establecido en el artículo 42 del RDC, en tanto en cuanto la DC ha trasladado la propuesta de informe parcial de vigilancia a unos operadores (TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN) que no ostentan la condición de interesado en el expediente de vigilancia.

Asimismo, manifiesta que las versiones no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia transmitida por la DC a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, contienen secretos comerciales de TELEFÓNICA, cuya revelación a estos operadores causa un perjuicio irreparable a TELEFÓNICA, al debilitar su posición competitiva o desvelar su posición negociadora, y reducir la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo.

TELEFÓNICA considera que con su actuación la DC ha creado una transparencia artificial en el mercado y que hubiera sido más proporcionado haberle obligado en la resolución final a transmitir las liquidaciones definitivas de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol y motor a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN.

En su informe de 20 de febrero de 2018, la DC propone la desestimación del recurso, argumentando que los actos recurridos no han otorgado la condición de interesado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN en el expediente VC/0612/14 ni contravienen el procedimiento establecido y tampoco han desvelado a estos operadores secretos comerciales de TELEFÓNICA que deban prevalecer por encima de los

principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

La DC considera que TELEFÓNICA incurre en error, por cuanto el artículo 42 del RDC no es aplicable a la vigilancia de resoluciones en materia de control de concentraciones, sino en materia del procedimiento sancionador de conductas prohibidas de la LDC. La vigilancia de resoluciones en materia de control de concentraciones se regula en el artículo 71 del RDC que permite a la DC llevar 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 otra parte, señala la DC que incluso en el caso de que se asumiese que en el expediente de vigilancia es de aplicación el artículo 42.3 del RDC, dicho precepto no impide a la DC practicar las actuaciones adicionales que se estimen necesarias (artículo 42.4 RDC), como es solicitar observaciones a terceros directamente implicados sobre las cuestiones que son objeto de informe parcial de vigilancia.

La única forma de conocer la opinión de los operadores demandantes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA sobre las cuestiones suscitadas en la propuesta de informe parcial de vigilancia, aclara la DC, era remitir una versión no confidencial de la misma para observaciones, teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas y las interrelaciones entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, a la vista además de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen esta oferta mayorista.

La actuación de la DC, conforme al criterio del órgano instructor, contribuye a preservar la igualdad de oportunidades competitivas de los distintos operadores, especialmente cuando la propuesta de informe parcial de vigilancia pone de manifiesto que TELEFÓNICA ha aplicado de manera incorrecta los criterios de cálculo y reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista.

Sostiene la recurrente que la DC disfraza el traslado de la propuesta de informe de vigilancia a operadores que no tienen la condición de interesados con la facultad que tiene de formular requerimientos de información al amparo del artículo 39.1 LDC otorgando de facto la condición de interesado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, tal y como denota el hecho de que la DC ha otorgado un plazo de quince días, esto es, el previsto en el artículo 42.3 RDC para formular alegaciones a la propuesta de informe de vigilancia, en lugar de diez días fijado en el artículo 39.1 LDC. La DC entiende que hay notorias diferencias en el tratamiento que ha dado a TELEFÓNICA y a los operadores demandantes de la oferta mayorista de canales en relación con la propuesta de informe parcial de vigilancia.

TELEFÓNICA ha podido acceder al expediente y a los documentos tenidos cuenta de cara a la elaboración de la propuesta de informe parcial de vigilancia, ha recibido una versión completa de la misma y ha podido solicitar la realización de las pruebas que

estimase pertinentes, en cambio, este acceso al expediente ha estado vedado a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, a los que se les ha entregado una versión no confidencial, ajustada a cada operador, de la propuesta de informe parcial de vigilancia y no se les ha dado la oportunidad de solicitar la realización de pruebas.

Con respecto al hecho de que la DC haya dado un plazo de 15 días a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN (igual en su duración al plazo de alegaciones que tenía TELEFÓNICA) afirma la DC que dicho plazo está totalmente justificado, en la medida que el artículo 39.1 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 complejidad de las cuestiones suscitadas en la propuesta de informe parcial de vigilancia, algo que además ha llevado a la propia TELEFÓNICA a solicitar la ampliación del plazo de 15 días inicialmente dado (ampliación que se le ha concedido).

La DC igualmente señala que la utilización del artículo 39.1 de la LDC para remitir a terceros no interesados en el expediente la versión no confidencial de un documento de dicho expediente, de cara a darles la oportunidad de formular observaciones por verse potencialmente afectados por dicho documento, no es novedosa para TELEFÓNICA ya que se acudió a ella en el expediente principal de la concentración TELEFÓNICA/DTS (C/0612/14).

Sobre la supuesta revelación de secretos comerciales de TELEFÓNICA, la DC considera que en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia no hay ningún dato que constituya secreto comercial, especialmente teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean al sistema de cálculo de los costes mínimos garantizados a cada operador que adquiere los canales de fútbol o motor de su oferta mayorista. La propia TELEFÓNICA ha revelado el dato más sensible, habiendo publicado el coste asociado a su contrato con la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adquirir la exclusiva de los derechos de emisión en España en TV de pago de partidos de Liga de 1ª y 2ª división y Copa en la temporada 2015/2016.

Además, los criterios de reparto del coste mínimo garantizado son públicos y los datos de cuota de mercado de TV de pago y de banda ancha son publicados trimestralmente de forma desagregada para los principales operadores por la CNMC.

La DC recuerda que las obligaciones de equidad, transparencia y no discriminación que TELEFÓNICA asume en su oferta mayorista condicionan significativamente, la capacidad de ésta para vedar el acceso a terceros operadores de televisión de pago a la información relacionada con esta oferta mayorista.

Asimismo, la DC afirma que la fórmula de cálculo del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA es públicamente conocida y según cómo TELEFÓNICA aplique los criterios de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado a un operador concreto (o a ella misma), se ve afectado el coste mínimo garantizado del resto de operadores.

La DC subraya, como ya se puso de relieve en el primer informe parcial de vigilancia en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol de la primera oferta mayorista de julio de 2015, que los errores o diferencias de criterio en la consideración de los datos relevantes para el reparto de los costes fijos en cada canal como coste mínimo garantizado, tanto por parte de TELEFÓNICA como del resto de operadores adquirientes de los canales de fútbol y motor, refuerzan la necesidad de que este reparto se realice de forma transparente, aplicando referencias correctas y criterios uniformes para un reparto proporcional y no discriminatorio, manteniendo a la vez la necesaria confidencialidad del secreto comercial.

Por ello, sería totalmente inadmisibles e incompatible con los principios de equidad, transparencia y no discriminación que TELEFÓNICA pretendiese hurtar a sus competidores el conocimiento del volumen de los costes fijos considerados y la existencia de 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 en principio tal reparto a partir de costes (e ingresos) exclusivamente suyos.

Según el criterio expuesto por la DC en su informe, la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia que se adjuntaba a los requerimientos recurridos pone de manifiesto que la Dirección de Competencia está en desacuerdo con cómo TELEFÓNICA ha implementado algunos de los criterios de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de su oferta mayorista. En algunos casos, el origen de la controversia está en actuaciones tanto de la propia TELEFÓNICA como de los operadores de televisión de pago contratantes de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta.

En este contexto, de cara a salvaguardar los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos de 14 de abril de 2015, y de forma previa a elevar al Consejo de la CNMC un informe parcial de vigilancia en relación con la revisión de los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador que adquirió los canales de fútbol o motor de su segunda oferta mayorista, la DC ha estimado pertinente contar con las observaciones de TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN en relación con las respectivas versiones no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia que se ha remitido a cada uno de ellos.

Finalmente, la DC concluye que difícilmente se generan perjuicios irreparables a TELEFÓNICA o vicios de nulidad en la resolución del Consejo sobre el expediente de vigilancia, por el mero hecho de que las observaciones de TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN consten en el expediente VC/0612/14 mientras el Consejo resuelve este recurso.

En sus alegaciones de 21 marzo de 2018, TELEFÓNICA reitera parte de los argumentos expuestos en su recurso de 14 de febrero de 2018, insistiendo en el carácter nulo de los acuerdos impugnados, la plena aplicación al caso –por analogía- del artículo 42.3 del RDC y su incorrecta aplicación por la DC, así como en la vulneración por la DC de la normativa de confidencialidad y del principio de proporcionalidad. Añade TELEFÓNICA, frente a lo señalado por la DC en su informe, que, dado que el Consejo puede tener en cuenta unas “alegaciones” que nunca se debieron haber formulado, por vulnerar el procedimiento legalmente establecido, la resolución final que se pueda dictar en el expediente de vigilancia sería nula de pleno derecho.

Asimismo, TELEFÓNICA insiste en que los principios de equidad, transparencia y no discriminación, que según la DC afectan a la capacidad de TELEFÓNICA de invocar la confidencialidad de los costes mínimos garantizados a cada operador, no implican que la DC pueda revelar información confidencial de TELEFÓNICA a sus propios competidores. Tampoco implican que los competidores conozcan entre sí la particularidad de la aplicación de los criterios, puesto que dependen de datos tan relevantes como el número de clientes o la configuración tecnológica de su parque de accesos en banda ancha. Considera la recurrente que si la conclusión de la DC es que TELEFÓNICA ha aplicado incorrectamente los criterios de cálculo y reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista, se daría igualmente debido cumplimiento a los principios de equidad, transparencia y no discriminación si TELEFÓNICA modificara la aplicación de dichos criterios, de manera unilateral con cada operador, siguiendo las pautas de la DC, sin necesidad de revelar datos exactos confidenciales de la recurrente de manera conjunta a todos los operadores.

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

Conforme a lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto del recurso interpuesto por TELEFÓNICA, supone verificar si los acuerdos de la DC de 25 de enero de 2018, por el que se da traslado de las respectivas versiones no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018 a los TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, al objeto de que puedan realizar observaciones en relación con dicha propuesta de informe parcial de vigilancia relativa al cálculo por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de su segunda oferta mayorista de julio de 2016, es susceptible de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable al recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 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".

Según expresa el Tribunal Supremo en las citadas sentencias, el artículo 47 de la LDC no es una vía que abra 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. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador"*.

A la vista de lo señalado por el Tribunal Supremo, la Sala debe evaluar si los actos recurridos por TELEFÓNICA son susceptibles de ocasionar indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso.

I.- Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto a este requisito exigido por el artículo 47 LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, la recurrente alega que la DC ha revelado información confidencial de TELEFÓNICA a operadores que no son parte interesada en el expediente de vigilancia, en perjuicio de sus derechos e intereses. El perjuicio lo vincula a que el conocimiento de ciertas informaciones (así, ingresos de publicidad, costes de producción, adicional y personal, costes mínimos garantizados y compensaciones pendientes de liquidar por TELEFÓNICA al resto de operadores) afectaría a la libertad de negociación de la ahora recurrente con éstos, y en definitiva estaría perjudicando la capacidad competitiva de TELEFÓNICA.

Esta Sala viene sistemáticamente recordando la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia, en la que el Alto Tribunal entiende que perjuicio irreparable es *"aquél que provoque 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 de 2009). En anteriores recursos planteados frente a actuaciones del órgano instructor, la Autoridad de la competencia ha analizado la posible existencia de un perjuicio irreparable a la empresa recurrente en los términos propuestos por el Tribunal Constitucional.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por TELEFÓNICA, entiende que la DC realiza una actuación plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad en los acuerdos recurridos. Efectivamente, como señala la DC, dada la complejidad de las

cuestiones suscitadas y las interrelaciones entre todos los operadores que genera la fórmula de cálculo y reparto del coste mínimo garantizado de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, a la vista además de los principios de equidad, transparencia y no discriminación que rigen esa oferta mayorista, la remisión a los operadores demandantes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA de una versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia para recabar sus observaciones era una forma apropiada de conocer la opinión de sobre las cuestiones suscitadas.

Asimismo, esta Sala de Competencia coincide con la DC en que la previsión del artículo 71.1 del RDC otorga intencionadamente a la DC 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.

Teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas en la propuesta de informe parcial de vigilancia del expediente de referencia, y la condición de terceros directamente implicados en las cuestiones objeto de tal informe parcial de vigilancia de TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, esta Sala de Competencia juzga perfectamente proporcionados los acuerdos que, acompañando una versión no confidencial de tal informe parcial de vigilancia, requieren observaciones a los precitados operadores terceros, concediéndoles a tal efecto un plazo ampliado de 15 días.

TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN pueden verse claramente afectados por los distintos aspectos vinculados a los cálculos realizados por TELEFÓNICA para determinar el coste mínimo garantizado asignado a cada operador y la opinión de los mismos es claramente significativa para la debida vigilancia de objeto del expediente VC/0612/14.

Por otro lado, la DC ha justificado en detalle en su informe cómo en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia no hay ningún dato que constituya secreto comercial de TELEFÓNICA, especialmente teniendo en cuenta las especiales circunstancias que rodean al sistema de cálculo de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista de TELEFÓNICA.

En efecto, el coste asociado al contrato de TELEFÓNICA con la Liga Nacional de Fútbol Profesional para adquirir la exclusiva de los derechos de emisión en España en televisión de pago de partidos de Liga de primera y segunda división y Copa de S.M. el Rey de fútbol en la temporada 2015/2016 ha sido revelado por la propia TELEFÓNICA.

A su vez, los criterios de reparto del coste mínimo garantizado son públicos y los datos de cuota de mercado de televisión de pago y banda ancha fija son publicados trimestralmente de forma desagregada para los principales operadores por la CNMC.

De esta manera, cada operador podía estimar con muy elevada certeza cuál es el valor de los costes mínimos garantizados, tanto en términos totales para cada canal como

para cada operador, extrapolando, a partir de los costes mínimos garantizados que le ha asignado TELEFÓNICA para cada canal, su cuota y la de sus competidores derivada de los criterios de reparto. Adicionalmente, comparando el valor total que derivaba de sus cálculos con el coste antes mencionado publicado por TELEFÓNICA, los operadores están en posición de estimar cuáles son los costes de producción de los canales, así como el valor asignado por TELEFÓNICA a los derechos de segunda división de fútbol.

Se da la circunstancia de que las posibles diferencias en los cálculos de los operadores con la realidad tienen su origen precisamente en la aplicación inadecuada por parte de TELEFÓNICA de los criterios de cálculo y reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de su oferta mayorista.

En su informe de 20 de febrero de 2018 la DC aclara también cómo los elementos de hecho de este mercado hacen que los operadores puedan estimar sin dificultad los ingresos publicitarios y los costes de producción aplicados a cada canal, por lo que tampoco en este extremo se han desvelado datos contractuales confidenciales de TELEFÓNICA.

Por ello, la pretensión de TELEFÓNICA relativa a que los acuerdos recurridos han debilitado su posición competitiva al desvelar su estrategia negociadora y reducir la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo no puede ser acogida por la Sala.

Por otra parte, la alegación de TELEFÓNICA referida a la existencia de un perjuicio irreparable derivado del hecho de mantener las alegaciones de los operadores en el expediente VC/0612/14 tampoco puede prosperar. En sus alegaciones TELEFÓNICA basa la existencia de dicho perjuicio irreparable en que los operadores han formulado sus observaciones vulnerando el procedimiento legalmente establecido y el derecho de confidencialidad que asiste a TELEFÓNICA. Dado que, como acaba de examinarse, la Sala estima que no se ha producido tal vulneración de la confidencialidad de los secretos comerciales de TELEFÓNICA ni tampoco que la DC haya incumplido el procedimiento legalmente establecido en el RDC, la alegación de TELEFÓNICA respecto a este perjuicio irreparable derivado de la permanencia de los escritos de contestación de los operadores en el expediente también debe decaer.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que los acuerdos de la DC hayan podido causar un perjuicio irreparable a TELEFÓNICA.

II.- Ausencia de indefensión.

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 14 de febrero de 2018, ni en sus alegaciones de 21 de marzo de 2018, por lo que no resultaría necesario analizar su posible concurrencia.

Según dispone el Tribunal Supremo en las citadas sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), “*no cabe en*

el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionado perjuicios irreparables. El resto de motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador”.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución 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).

En el presente caso, los acuerdos recurridos no han supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que no tiene aptitud para tal indefensión.

El hecho de que TELEFÓNICA haya podido tanto recurrir los acuerdos de la DC de 25 de enero de 2018 como efectuar alegaciones complementarias al informe de la DC de 20 de febrero de 2018, pone de manifiesto que no se ha causado ni se ha podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que los acuerdos de la Dirección de Competencia de fecha de 25 de enero de 2018, por los que se solicitaban observaciones a los operadores TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN en relación con la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia emitida en el expediente VC/0612/14, relativa al cálculo por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su segunda oferta mayorista de julio 2016, ocasionen indefensión a TELEFÓNICA.

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 propuesta de informe parcial de vigilancia que los operadores TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN hayan podido haber remitido a la Dirección de Competencia

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra los acuerdos de la DC de 25 de enero de 2018, por el que se da traslado de las respectivas versiones no confidenciales de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018 a una serie de operadores sin la condición de interesados.

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.