



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/014/19 VODAFONE

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

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 20 de junio de 2019

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 en el expediente R/AJ/014/19 VODAFONE, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por la mercantil VODAFONE ESPAÑA, S.A. y VODAFONE ONO S.A.U ("VODAFONE"), 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 19 de febrero de 2019, de denegación de la condición de interesado en el expediente de vigilancia VC/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 10 de octubre de 2018, tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de VODAFONE en el que solicitaba que se le otorgara la condición de parte interesada en el expediente de vigilancia VC/0612/14, referido a la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, dictada en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, que autorizó la citada operación de concentración, subordinándola al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por Telefónica de España, S.A.U el 14 de abril de 2015.

2. Con fecha 19 de febrero de 2019, la Dirección de Competencia (DC) dictó acuerdo en el que se deniega la condición de interesado solicitada por VODAFONE.
3. Con fecha 7 de marzo de 2019, tuvo entrada en la CNMC recurso de VODAFONE contra el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019.
4. Con fecha 14 de marzo de 2019, 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.
5. Con fecha 18 de marzo de 2019, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 3. En dicho informe la DC considera que procede desestimar el recurso interpuesto por VODAFONE, así como denegar el acceso al expediente que está en tramitación, incluyendo la información no confidencialidad obrante en el mismo.
6. Con fecha 21 de marzo de 2019, la Sala de Competencia acordó admitir a trámite el recurso de VODAFONE, concediéndole un plazo de 15 días, para que previo acceso al expediente pudiera formular alegaciones.
7. El día 22 de marzo de 2019, la representación de VODAFONE tuvo acceso al expediente.
8. Con fecha 12 de abril de 2019, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones complementarias de VODAFONE.
9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 20 de junio de 2019.
10. Es interesado en este expediente VODAFONE ESPAÑA, S.A. y VODAFONE ONO S.A.U (VODAFONE).

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 el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019, que deniega la condición de interesado solicitada por VODAFONE en el expediente de Vigilancia VC/0612/14.

El citado expediente de vigilancia tiene su origen en la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14

TELEFONICA/DTS, que encomienda a la DC la vigilancia de lo establecido en la citada resolución, que autorizó la citada operación de concentración, subordinándola al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por Telefónica de España, S.A.U el 14 de abril de 2015.

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 dictados por 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”*.

A. Pretensiones del recurrente

En su recurso VODAFONE solicita a la Sala de Competencia que dicte resolución por la que se anule el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019, y se reconozca su condición de interesada en el expediente de vigilancia VC/0612/14.

La recurrente basa su pretensión en cuatro motivos que se resumen a continuación:

a) Los propios términos del acuerdo recurrido reconocen el derecho de VODAFONE a ser interesada en el expediente VC/0612/14. Impugnación de los pronunciamientos contenidos en el apartado 3.1 del acuerdo.

VODAFONE alega que solicitó el reconocimiento de la condición de interesada en el expediente de referencia y a ello la DC contesta argumentando que no ha sufrido indefensión. A juicio de la mercantil, el propio acuerdo de la DC que se recurre reconoce en su apartado 3.1 que VODAFONE es interesada en el expediente VC/0612/14, tanto desde un punto de vista sustantivo, como jurídico-formal:

- Desde el punto de vista sustantivo, porque reconoce a su favor el derecho a una devolución por un pago indebido por importe de 29.431.392€, lo que determina la aplicación del supuesto previsto en el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Desde el punto de vista jurídico-formal, porque reconoce de plano que han de ser necesariamente notificadas a VODAFONE determinadas resoluciones adoptadas en el mismo.

VODAFONE alude a la normativa general de procedimiento administrativo en relación con los procesos de defensa de la competencia y afirma que la LDC lleva a cabo una intensa aplicación y delimitación del rol que ha de jugar el interesado en los distintos procedimientos derivados de la misma, pero que no contiene un concepto de interesado como tal, debiendo remitirnos en ese sentido a la normativa general de procedimiento administrativo.

VODAFONE sostiene que la mera condición de competidor no determina un acceso general a todos y cada uno de los expedientes de vigilancia, sino que debe haber un examen individualizado de las circunstancias de cada concreto expediente y, en el caso de los compromisos objeto de vigilancia, las obligaciones para Telefónica afectan directa e inmediatamente a la posición y a los derechos de Vodafone, por lo que resultaba debido su reconocimiento como parte interesada en el expediente.

En opinión de VODAFONE, el acuerdo entra a determinar si hay incumplimiento o no por parte de Telefónica (por el derecho al cobro de 29 millones) cuando lo relevante es el análisis jurídico-formal de la condición de interesado, y que se confunde el reconocimiento de la condición de interesado con si se produjo o no indefensión o en relación a la confidencialidad de determinadas actuaciones, cuando son materias distintas.

Señala VODAFONE, que lo que procede analizar es si los hechos puestos de manifiesto determinan que, del expediente, resulten derechos de VODAFONE que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte en el mismo. A su entender, la propia contestación dada en el acuerdo recurrido muestra de forma absolutamente indiscutible que resulta dicha afección.

Asimismo, manifiesta que el acuerdo recurrido deniega de forma indebida la condición de interesado a quien reúne las condiciones establecidas en el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015, y apunta a que la DC podría haber incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico por la vulneración del referido precepto, aplicable al caso que nos ocupa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la LDC.

Es más, VODAFONE añade que al admitir que los derechos propios del interesado en el procedimiento pueden ser sustituidos por notificaciones puntuales del propio expediente al que se niega acceso, así como que por no haber tenido acceso al expediente se ha producido un menoscabo a sus derechos en más de 29 millones de euros, el acuerdo incurre en un supuesto de nulidad, descrito por el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

b) El análisis de la condición de interesado es distinto del correspondiente a la confidencialidad de las actuaciones. Impugnación de pronunciamientos contenidos en el apartado 3.2 del Acuerdo.

VODAFONE señala que lo que tiene que valorar la Administración es si del expediente resultan actuaciones que afectan a los derechos e intereses de la empresa. Cuestión distinta será que una vez presente en el expediente la Administración deba declarar confidenciales o no determinadas actuaciones.

En su opinión, se está denegando a la empresa de nuevo la aplicación del estatuto jurídico de interesado en base a razonamientos que nada tienen que ver con el atributo establecido en el artículo 4.1.b) que no alude a eficiencia o practicidad, sino a la afección a derechos derivados del expediente, por lo que el acuerdo incurre de nuevo en un supuesto de nulidad por el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015.

- c) Los análisis de replicabilidad y la metodología de reparto de costes aplicada por Telefónica que se han de verificar en el expediente de vigilancia, tienen una incidencia directa en los derechos e intereses de VODAFONE. Impugnación de los pronunciamientos en el apartado 3.3 del Acuerdo.**

VODAFONE reitera que el análisis correcto a realizar es considerar si el cumplimiento de los compromisos de Telefónica afecta a sus derechos legítimos, lo que considera una evidencia. Reprocha que el acuerdo recurrido insista en el argumento de la confidencialidad cuando afirma que *"El acceso de Vodafone como interesado en el expediente, al margen de otras consideraciones, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de la información suministrada posee una naturaleza confidencial y que, en definitiva, requiere de un análisis con disponibilidad de datos y condiciones reales para los periodos analizados [ex post], hacen en la práctica inviables las comprobaciones en tiempo real que Vodafone pretendería poder realizar."*

- d) La posición de la CNMC y el previo pronunciamiento en la sentencia de 20 de enero de 2011 de la Audiencia Nacional. Impugnación de los pronunciamientos contenidos en el apartado 3.4 del acuerdo.**

Con respecto a la sentencia de la Audiencia Nacional 20 de enero de 2011, citada en el acuerdo recurrido para fundamentar la denegación de la solicitud de VODAFONE, la recurrente niega haber argumentado contra la misma ya que considera que dicha sentencia es plenamente aplicable al caso ya que conduce a un análisis particularizado de cada supuesto en el que, en función de las concretas circunstancias del caso, debía valorarse la concurrencia o no, de la condición de interesado.

Según VODAFONE la citada sentencia permite descartar peticiones de personación en calidad pretendidamente de interesado, cuando se basan en aplicaciones genéricas a la defensa de los intereses generales o de la competencia de un determinado sector, pero, en este caso, se ha detallado la afección directa del expediente sobre la posición de VODAFONE. Ello determina un supuesto distinto al descrito en la sentencia de 20 de enero de 2011 e impide que puede utilizarse para denegar la personación.

Para VODAFONE la DC se extralimita en la interpretación de la sentencia y yerra claramente afirmando algo que no es sostenible en derecho, al afirmar que el artículo 71.4 del RDC incorpora un pronunciamiento excluyente en el sentido de que ningún tercero distinto del obligado al cumplimiento de los compromisos, pueda tener acceso al expediente de vigilancia.

Concluye VODAFONE que el acuerdo realiza una interpretación del artículo 71.4 del RDC que de ser admisible situaría al mismo en el supuesto de nulidad de pleno derecho descrito en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015.

De igual forma, VODAFONE estima que la interpretación de la sentencia de 20 de enero de 2011 deroga el concepto legal de interesado en los procedimientos de vigilancia de las operaciones de concentración incurriendo nuevamente en el supuesto de nulidad por el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015. Todo ello, con infracción nuevamente de la calificación legal y del concepto de interesado regulado en el artículo 4 de la Ley 39/2015.

e) La posición del acuerdo en relación a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Impugnación de los pronunciamientos contenidos en el apartado 3.5 del Acuerdo.

VODAFONE entiende que la aplicación del artículo 42 de la LDC no exime a los órganos de competencia del cumplimiento de los artículos 12 y 13 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley de transparencia) y, en consecuencia, dichos artículos deben entenderse vulnerados por inaplicación.

Como **conclusión y resumen de los anteriores argumentos** VODAFONE señala que el acuerdo vulnera sus derechos y le causa indefensión al privarle de acceso a un expediente en el que se están adoptando decisiones que afectan de forma directa a sus derechos e intereses. En concreto, considera que el acuerdo recurrido incurre en las siguientes supuestas vulneraciones:

- Artículo 47.1 de la LDC, en la concurrencia de un supuesto de indefensión y de un perjuicio irreparable.
- Artículo 4 de la Ley 39/2015 (concepto de interesado), en función de lo dispuesto, entre otros, en el artículo 45 de la LDC (supletoriedad de la Ley 30/1992).
- Causa de nulidad descrita en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015 por conexión con el artículo 24 de la Constitución y, vista la interpretación que se lleva a cabo del artículo 71.4 del RDC, la causa de nulidad de pleno derecho descrita en el artículo 47.2 de la propia Ley.
- Artículos 12, 13 y 14 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por errónea interpretación y aplicación de su disposición adicional primera y por errónea aplicación del artículo 42 de la LDC.

B. Posición de la Dirección de Competencia

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 18 de marzo de 2019, que el recurso debe ser desestimado al no reunir los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, en tanto el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019 de denegación de la condición de interesado en el expediente de vigilancia VC/0612/14 en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable, no concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

C. Alegaciones de VODAFONE

En sus alegaciones de 12 de abril de 2019, VODAFONE rechaza las afirmaciones de la DC en relación con su interés en ser parte interesada en el procedimiento ya que considera que en el expediente de vigilancia VC/0612/14 se han analizado actuaciones de Telefónica y adoptado decisiones que han incidido de forma inmediata sobre la posición de VODAFONE. Por ello, más allá de cualquier criterio de automatismo y en función de esa afección directa –que VODAFONE considera admitida por la propia DC en sus escritos- la recurrente estima que procede reconocer, en este concreto supuesto la condición de interesada de VODAFONE.

VODAFONE afirma que se halla en una situación cualificada que se plasma en un interés legítimo concreto en el procedimiento de vigilancia y no en un mero interés particular por el funcionamiento del mercado derivado de la concurrencia en el mismo y de la condición de competidor.

VODAFONE da por íntegramente reproducidos los términos de su escrito de recurso, que considera no han sido desvirtuados por el informe de la DC. Con fundamento en su recurso y en sus ulteriores alegaciones solicita la estimación del mismo en términos de preservación del ordenamiento jurídico y del derecho conculcado de VODAFONE en el acceso e intervención en un expediente respecto del que necesariamente ostenta la condición de parte interesada y en el que se están adoptando decisiones que afectan de forma manifiesta y grave a su posición y a sus intereses patrimoniales, y todo ello sin su intervención.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de las actuaciones de vigilancia y la condición de interesado en las mismas.

En orden a determinar quiénes pueden ostentar la condición de interesado en un expediente administrativo de vigilancia de resoluciones o acuerdos, objeto del recurso al que responde la presente resolución, y antes de examinar los argumentos de VODAFONE en favor de su recurso, la Sala estima necesario analizar la naturaleza de las actuaciones de vigilancia desarrolladas por la CNMC, así como la condición de interesado en las mismas, para precisar la distinción entre dicho procedimiento de vigilancia y el procedimiento de autorización de operaciones de concentración (art. 55-60 LDC) o el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas.(art. 49-54 LDC).

La regulación de dichos procedimientos en la LDC está prevista en distintos capítulos, dentro del Título IV, “De los procedimientos”.

El procedimiento de vigilancia está regulado en el Capítulo I, Sección 2ª, “Facultades de la Comisión Nacional de la Competencia” de la LDC. Dentro de esta sección, el artículo 41 de la LDC atribuye a la Comisión el deber de vigilar la ejecución y el cumplimiento de

las obligaciones previstas en la LDC y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas prohibidas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

Esta previsión se desarrolla en el artículo 42 del RDC, que, de conformidad con el artículo 35.2 c) de la LDC, determina que la Dirección de Investigación (ahora Dirección de Competencia) será la encargada de llevar a cabo las actuaciones necesarias para realizar dicha vigilancia.

La vigilancia se convierte así en un procedimiento que se inicia y desarrolla en ejercicio de la potestad de verificación del cumplimiento y ejecución que ostenta la CNMC sobre las resoluciones que dicta, que se inicia de oficio una vez dictada la resolución, y cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas (o compromisos asumidos) en la resolución correspondiente (sancionadora, de terminación convencional, de medidas cautelares o de control de concentraciones).

Su naturaleza es fundamentalmente ejecutoria, puesto que tiene por finalidad controlar que las partes destinatarias de las obligaciones derivadas de una resolución las cumplen y, en su caso, compeler a su cumplimiento a través de los mecanismos previstos en la LDC.

La función de la DC en materia de vigilancia consiste en asegurar que tales actuaciones son adecuadas y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones y que se ejecutan en tiempo y forma. Y, en función de los casos, elevar a la Sala de Competencia del Consejo una propuesta sobre el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo, compromiso o resolución objeto de vigilancia.

En los expedientes de vigilancia, se restringe el concepto de interesado al responsable de llevar a cabo las obligaciones que han sido impuestas en la resolución objeto de vigilancia, correspondiendo a la Administración dictar los actos administrativos necesarios para ello, y a los tribunales el control de los mismos

En este sentido, el artículo 71.4 del RDC señala que: *“Se considerará interesado en la vigilancia al responsable del cumplimiento de la obligación dispuesta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, o sus normas de desarrollo, resolución o Acuerdo en materia de control de concentraciones sobre la que se esté llevando a cabo la vigilancia”*.

Sobre esta cuestión, se ha pronunciado la Sala de Competencia de la CNMC, entre otras, en su resolución de 21 de junio de 2016 (expte R/AJ/ 025/16 GESDEGAS).

TERCERO.- 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 VODAFONE, supone verificar si el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019, por el que se deniega la condición de interesado de Vodafone en el expediente de vigilancia VC/0612/12 TELEFÓNICA/DTS, 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":

"Quiérese decir, pues, que 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 la citada doctrina del Tribunal Supremo deben examinarse los argumentos expuestos por VODAFONE en relación con la presunta indefensión o perjuicio irreparable causado por el acuerdo de 19 de febrero de 2019 recurrido.

A. Ausencia de indefensión.

Respecto a la posible existencia de indefensión, en su recurso VODAFONE sostiene que el Acuerdo recurrido le genera evidentemente indefensión al privársele de acceso al expediente VC/0612/12 en el que se están adoptando decisiones que afectan de forma directa a sus derechos e intereses.

Sin embargo, tal y como ha señalado este Consejo, en la resolución de 21 de junio de 2016 en el expediente R/AJ/025/16 GESDEGAS:

"Respecto a la posible existencia de indefensión, recordemos que estamos ante un procedimiento de vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones de 30 de julio de 2009 y 20 de diciembre de 2013, adoptadas por el Consejo de la CNC y por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, respectivamente como consecuencia de la tramitación del expediente sancionador 652/07, por lo que no

puede ocasionarse indefensión a GESDEGAS en la medida en que no existe imputación alguna de la que defenderse, y mucho menos si de quien estamos hablando es de un tercero, no responsable de llevar a cabo las obligaciones impuestas en la resolución que se vigila.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras, Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte. R/DC/0013/14 Auditorías de Gestión Integral) “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.

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.”

En sus alegaciones VODAFONE sostiene que esta interpretación, citada por la DC en su informe sobre el recurso, incurre en una defectuosa interpretación del artículo 47 de la LDC, dado que cuando dicho precepto hace referencia a la indefensión, evidentemente se está remitiendo a todos los ámbitos de la indefensión en vía administrativa, no sólo a la descrita en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, sino también a la mencionada en el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 (un defecto de forma que dé lugar a la indefensión de los interesados). Según VODAFONE dicha interpretación es errónea porque circunscribe la posible generación de indefensión al ámbito de la potestad sancionadora de la administración, cuando ni el artículo 47 de la LDC, ni los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, establecen esa acotación. Tal interpretación omite que igualmente se produce indefensión cuando en un procedimiento seguido entre la Administración y un competidor, se detecta un menoscabo patrimonial a otra entidad de más de 29 millones de euros, sin que dicha entidad pueda tomar parte en dicho procedimiento y ejercer sus derechos de defensa, sino que aquellos dependan de la función tuitiva que, sobre el funcionamiento del mercado, tiene la propia CNMC.

Según VODAFONE, en el ordenamiento jurídico español es la parte -y no terceros- quien tiene el derecho y la carga de defender sus propios derechos e intereses legítimos y aunque determinadas garantías derivadas del artículo 24 de la Constitución son específicas del procedimiento sancionador, ahora bien, no lo es menos que la prohibición de indefensión como elemento rector del funcionamiento de las administraciones públicas, no es privativa del mismo.

En el presente caso, tal y como expone la DC en su informe, el acuerdo recurrido no ha supuesto la imputación de cargo alguno a VODAFONE 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. Por tanto, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a VODAFONE.

Pero incluso asumiendo un concepto de indefensión más amplio que el examinado hasta ahora, tampoco la Sala podría considerar acreditada la situación de indefensión que sostiene VODAFONE en su recurso. En las alegaciones presentadas la recurrente reconoce que la DC realizó requerimientos de información donde se dio traslado a VODAFONE de versiones no confidenciales de las propuestas de IPV para conocer sus observaciones a las mismas, todo ello dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en los compromisos. Con esta afirmación VODAFONE viene a reconocer que la cuestión sometida a debate no radica en la posibilidad de presentar alegaciones al expediente, que VODAFONE asume como posible, ni en el desconocimiento de las cuestiones que le afectan directamente en el mismo, sino en la imposibilidad de acceder al expediente a su criterio (salvados los condicionantes que la DC decida sobre la confidencialidad) para tomar conocimiento de mayor información que la ofrecida por la DC.

A la vista de lo anterior, no resulta posible apreciar que el acuerdo recurrido emitido por la DC pueda causar indefensión a VODAFONE.

B. Ausencia de perjuicio irreparable.

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pudiera prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende que es "*aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*" (entre otros, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009 y 124/2012, de 18 de junio de 2012).

Según expone VODAFONE en sus alegaciones el perjuicio irreparable se ha producido en este caso. Considera la recurrente que la DC confunde en su Informe el derecho constitucional vulnerado con el daño patrimonial ya que, aunque 29 millones de euros, son susceptibles de reintegro a la entidad, dicha cantidad pecuniaria no es el derecho vulnerado, sino la consecuencia derivada de una determinada actuación en el orden patrimonial. El derecho constitucional vulnerado viene determinado por el hecho de que VODAFONE no haya podido iniciar un procedimiento de arbitraje o tomar parte en la adopción de un acto administrativo, del que ha resultado el reconocimiento de que se le había producido un daño patrimonial de más de 29 millones de euros y de hecho, que mediante la denegación de su acceso al expediente en condición de parte interesada, deba permanecer ajena a nuevas actuaciones en el seno de dicho expediente, con afección a sus derechos e intereses. La mera imposibilidad de tomar parte en la formación de la voluntad administrativa, mediante la participación en el procedimiento, antes de que aquella ya esté enunciada mediante la notificación de la propuesta de IPV, evidentemente genera un perjuicio irreparable que no se sana por la mera posibilidad de accionar posteriormente y en derecho, frente al acto adoptado, sin su intervención.

Esta Sala, contrariamente a lo alegado por VODAFONE, considera que el acuerdo recurrido no es susceptible de causar un perjuicio irreparable a la recurrente.

De un lado, porque el hecho de no ser interesada en el procedimiento no le ha impedido conocer la forma en que Telefónica estaba cumpliendo con los criterios de cálculo del coste mínimo garantizado establecido en los compromisos y, por tanto, de ello no puede derivarse el daño patrimonial que alega.

Por otro lado, esta Sala tampoco comparte la hipótesis de la recurrente de que de haber sido VODAFONE interesado en el expediente, ello le hubiese facilitado un conocimiento sustancialmente mejor, o con una mayor antelación, de la adecuación de los costes mayoristas por abonado (CPA) a las obligaciones establecidas en los compromisos (2.9.j) y, en definitiva, hubiese mejorado la posición de VODAFONE de cara a poder defender sus intereses con medidas administrativas o ante los tribunales.

Esta Sala está de acuerdo con VODAFONE cuando argumenta que la mera condición de competidor no determina un acceso general a todos y cada uno de los expedientes de vigilancia, sino que debe haber un examen individualizado de las circunstancias de cada concreto expediente.

Sin embargo, discrepa de VODAFONE cuando este operador añade que en el caso de los compromisos objeto de vigilancia, las obligaciones para Telefónica afectan directa e inmediatamente a la posición y a los derechos de VODAFONE, por lo que resultaba debido su reconocimiento como parte interesada en el expediente.

El acuerdo de la DC recurrido realiza un análisis sobre si la vigilancia de los compromisos en el expediente VC/0612/14 daba lugar a que los derechos e intereses legítimos de VODAFONE resultaran dañados, llegando a la conclusión que los derechos e interés legítimos de VODAFONE no resultan afectados, por lo que no se debía otorgar a esta empresa, ahora recurrente, la condición de interesado en el expediente.

El acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019 tiene en cuenta, entre otros, los aspectos esenciales de la información que se había puesto a disposición de VODAFONE y que se han materializado en requerimientos de información donde se dio traslado a VODAFONE de versiones no confidenciales de las propuestas de IPV para conocer sus observaciones a las mismas, todo ello dando cumplimiento a las obligaciones establecidas en los compromisos (y en particular del compromiso 2.9.j) de una oferta mayorista en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Estas acciones por parte de la DC en el expediente de vigilancia han permitido a VODAFONE conocer la forma en que Telefónica estaba cumpliendo con los criterios de cálculo del coste mínimo garantizado establecido en los compromisos y permiten descartar por si mismas que la no consideración de interesado haya generado un perjuicio económico irreparable.

VODAFONE manifiesta que el acuerdo de la DC reconoce implícitamente que VODAFONE es interesada en ese expediente y ello, tanto desde un punto de vista sustantivo, como jurídico-formal.

En cuanto al primer punto de vista, VODAFONE hace referencia principal al ajuste en la resolución de 4 de mayo de 2017 por la que se reconoce a su favor el derecho a una devolución por importe de 29.431.392€, entendiendo VODAFONE que por ello resulta de aplicación el supuesto descrito en el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015.

Considera VODAFONE, por tanto, que el hecho de que la resolución reconozca y establezca unos determinados ajustes en los pagos es consecuencia de no ser interesado y prueba de la existencia de un daño económico.

Pues bien, sobre este punto, coincide esta Sala con la DC en que el desajuste derivó de diferencias de criterio en la implementación detallada de los compromisos, y tuvo una cuantía excepcionalmente alta dadas las condiciones particulares en el reparto del CMG 2015/2016 (el primero que se realizó) y, como se ha visto, fue identificado y puesto en conocimiento de VODAFONE a través de la propuesta de IPV, aunque VODAFONE no ha podido ser resarcido hasta el 11 de enero de 2019, una vez que la Audiencia Nacional había declarado la ejecutividad de la resolución recurrida por Telefónica.

Por tanto, de nuevo, no se considera en este caso que los derechos e intereses de VODAFONE hayan sido afectados por no haber sido interesado en el expediente. De hecho, lo que se muestra en este apartado es que precisamente la resolución del IPV, cuyo borrador fue puesto en conocimiento de VODAFONE, mediante el establecimiento de ajustes vino a evitar la existencia del propio daño económico que la recurrente alega.

Según reiterada jurisprudencia y doctrina de la autoridad de competencia, la noción de interés legítimo del artículo 31 de la LRJPAC (actualmente artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento “*produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...] y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación*” (STS 4 de febrero 1991, y en sentido equivalente, SSTs 17 marzo y 30 junio 1995, 12 febrero 1996, 9 junio 1997).

A la vista de lo anterior, entiende esta Sala que el acuerdo de la DC de 19 de febrero de 2019 no es un acto *per se* capaz de producir un perjuicio irreparable en la esfera de la recurrente.

Por otra parte, con respecto a la petición subsidiaria de acceso por VODAFONE a la información pública obrante en el expediente relativa a las obligaciones de replicabilidad efectiva de sus ofertas minoristas establecidas en los Compromisos, cabe señalar que la disposición adicional primera de la Ley de transparencia, dispone que se regirán por su normativa específica aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, tal como ocurre en el caso de la LDC.

En este sentido, el Consejo Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el acceso a expedientes de la CNMC¹, señalando que toda la información o documentación conseguida por la CNMC como consecuencia de su labor de investigación goza de la condición de información reservada, por expreso mandato legal, y que la disposición adicional primera de la Ley de transparencia, reconoce la aplicación prevalente de su normativa específica a las materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información como es el que caso que nos ocupa.

La información contenida en los expedientes, aún la declarada no confidencial, solo es accesible a los declarados interesados en el expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por la empresa no significa que estos adquieran el carácter de públicos, ya que todos aquellos que tengan acceso a la totalidad de la información contenida en el expediente están sometidos al deber de secreto de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la LDC.

En todo caso, el acuerdo recurrido señala que la mayor parte de la información contenida en el expediente de vigilancia es información confidencial, y que el acceso parcial (en base al artículo 16 de la LTAIBG), resultaría en una información distorsionada o carente de sentido.

En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

Por ello, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de VODAFONE.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por VODAFONE ESPAÑA, S.A. y VODAFONE ONO S.A.U, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 19 de febrero de 2019, por el que se le deniega la condición de interesado en el expediente VC/0612/12 TELEFÓNICA/DTS.

¹ Véase entre otras, la resolución de 15 de septiembre de 2015 (expte R/0147/2015) y la resolución de 25 de agosto de 2017 (expte R/0255/2017).

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, 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.