



Roj: **SAN 3107/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3107**

Id Cendoj: **28079230062022100370**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2022**

Nº de Recurso: **442/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000442 /2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 4513/2018

Demandante: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U

Procurador: DOÑA ANA LLORENS PARDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veintidós.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **442/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, representada por la procuradora doña Ana Llorens Pardo contra la resolución de 5 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que confirmaba el acuerdo de la Dirección de Competencia de 28 de febrero de 2018, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por TELEFÓNICA relativa a la alegación tercera, primer párrafo, de su escrito de alegaciones frente a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018 en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «*[D] eclare la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Consejo de la CNMC de 5 de junio de 2018, por el que se desestimó el recurso interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el acuerdo de la DC de 28 de febrero de 2018, por el que se deniega parcialmente la confidencialidad solicitada por TELEFÓNICA, relativa a la alegación tercera, primer párrafo, de su escrito de alegaciones frente a la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 24 de enero de 2018 en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.*

(ii) Ordene a la CNMC retrotraer las actuaciones al momento procesal en que la DC adoptó el citado Acuerdo de 28 de febrero de 2018, por medio de los cuales dio traslado de la información confidencial de mi representada a los operadores en el expediente de vigilancia VC/0612/14. [...].»

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 18 de mayo del año en curso, en que tuvo lugar.

QUINTO.- Este litigio ha sido deliberado en sucesivas sesiones junto con el recurso 684/2015 con el que está relacionado.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) la resolución de 5 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictada al amparo del artículo 47 de la LDC, que confirmaba el acuerdo de la Dirección de Competencia de 28 de febrero de 2018, por el que se denegaba parcialmente la confidencialidad solicitada por TELEFÓNICA relativa a la alegación tercera, primer párrafo, de su escrito de alegaciones frente a la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018 en el expediente VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS. El rechazo de la confidencialidad recaía sobre las cifras totales de los costes de producción de los canales de motor en la oferta mayorista.

Como antecedentes relevantes para la resolución del litigio podemos destacar los siguientes:

1.- El 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.- La resolución encomendaba a la Dirección de Competencia (DC) la vigilancia, conforme a lo previsto en el artículo 71.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, lo que dio lugar a la apertura del expediente VC/0612/14.

3. El 11 de mayo de 2016 y dentro del expediente, 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.

4. 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 realizado por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su oferta mayorista, que fue desestimado por resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 21 de julio de 2016,

5.- Contrás esa decisión TELEFÓNICA interpuso ante la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº 507/2016, desestimado por la sentencia de 30 de mayo de 2022.

6.- El 24 de enero de 2018, la DC remitió telemáticamente a TELEFÓNICA la propuesta de informe parcial de vigilancia (IPV) 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 considerara pertinentes en relación con la misma.
- 7.- El 25 de enero de 2018, al amparo del artículo 39.1 de la LDC, la DC remitió telemáticamente requerimiento a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y OBWAN, en los que se les solicitan observaciones en relación con una 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.
- 8.- El 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 (expte. R/AJ/022/18, TELEFÓNICA), que fue desestimado por resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 10 de mayo de 2018.
- 9.- El 23 de febrero de 2018 TELEFÓNICA presentó alegaciones a la propuesta de IPV incluyendo dos versiones. En la versión no confidencial aportada por TELEFÓNICA en la alegación tercera, primer párrafo, solicita que se declare confidencial la cita de los costes de producción de los canales de motor de la oferta mayorista que se recoge en el párrafo 179 de la propuesta de informe parcial de vigilancia de 24 de enero de 2018.
- 10.- El 28 de febrero de 2018, la DC dictó acuerdo de denegación parcial de la confidencialidad relativa a la alegación tercera, primer párrafo, del escrito de alegaciones de TELEFÓNICA de 23 de febrero de 2018.
- 11.- El 7 de marzo de 2018, TELEFÓNICA interpuso recurso contra el acuerdo de la DC de 28 de febrero de 2018 (expte. R/AJ/032/18, TELEFÓNICA 2).
- 12.- El 12 de marzo de 2018, la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el punto 10, conforme a lo indicado en el artículo 24 del RDC, en el que considera que procede la desestimación del recurso, en la medida en que los actos recurridos no han otorgado la condición de interesado a VODAFONE 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.
- 13.- La Sala de Competencia, tras las alegaciones formulada por TELEFÓNICA, el 5 de junio de 2018 dictó resolución desestimatoria frente a la que se ha dirigido el presente recurso contencioso-administrativo.
- SEGUNDO.-** TELEFÓNICA en su escrito de demanda solicita la anulación de la resolución impugnada. (i) Comienza por negar la condición de interesados de entidades ajenas; la propia normativa prevé que la condición de interesado en un expediente de vigilancia de una operación de concentración esté limitada a la parte que tiene que cumplir con las obligaciones establecidas en el marco del expediente de control de concentraciones, y cita para ello diferentes antecedentes del propio órgano regulador.
- (ii) En cuanto al fondo del asunto, se centra en la denegación de la confidencialidad solicitada por TELEFÓNICA en relación con a los costes de producción de los canales de motor de la segunda oferta mayorista que se recogen en el párrafo 179 de la citada propuesta de Informe Parcial de Vigilancia. Se pretendía analizar si la actora había cumplido adecuadamente los compromisos impuestos por la resolución de 22 de abril de 2015 en relación con la oferta mayorista de canales *premium* propios de Telefónica y, en particular, en relación con la fijación y distribución, entre los distintos operadores de televisión de pago, del coste mínimo garantizado de los canales de motor (Fórmula 1 o Moto GP) de la segunda oferta mayorista de mi representada para la temporada 2016/2017. La propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 24 de enero de 2018 elaborada por la DC concluyó que, en la fijación y distribución del coste mínimo garantizado que afecta a los canales de fútbol y motor (Fórmula 1 o Moto GP) de la oferta mayorista publicada en julio de 2016, que la recurrente debía introducir una serie de ajustes. Toda la información de los cuadros de la versión no confidencial de la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de 24 de enero de 2018 relativa al coste mínimo garantizado de los canales de fútbol y motor de la segunda oferta mayorista es información confidencial, a diferencia de lo alegado por la CNMC. La CNMC había dado traslado dicha información a TELECABLE, VODAFONE, ORANGE Y OBWAN con el objeto de que formularan las alegaciones, este cuadro contenía información confidencial y sensible, extremo que fue rechazado por la CNMC sobre el postulado de que era información de otros años y conocida. Sin embargo, la demanda niega que en ningún momento haya hecho público ningún dato de los canales de motor (ni de Movistar Fórmula 1 ni de Movistar Moto GP), de mismo modo que nunca ha revelado los ingresos de publicidad, los costes de producción, edición y personal que deben de ser imputados a cada canal de fútbol o motor de la oferta mayorista de TELEFÓNICA en la temporada 2016/2017, y se trata de datos exactos y no de meras estimaciones, lo que conlleva que estamos ante un acto nulo y susceptible de impugnación por el artículo 47 de la LDC por la indefensión que le ha generado, acto que también vulnera el principio de proporcionalidad.



Por el Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso por razones análogas a las expresadas por la resolución impugnada.

TERCERO.- Como advertíamos en la relación de hechos relevantes que esta Sala ha resuelto en la SAN de 30 de mayo de 2022, recurso 507/2016, una pretensión análoga de TELEFÓNICA, que dirigió con la resolución de 21 de julio de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que desestimaba el recurso que la recurrente había interpuesto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra los Acuerdos de la Dirección de Competencia dictados en fecha 11 de mayo de 2016 en el expediente de vigilancia VC/0612/14 por los que se acordó dar traslado de la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U., ORANGE ESPAGNE, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., OPEN CABLE TELECOMUNICACIONES, S.L. y TELECABLE ASTURIAS, S.A. en relación con el cálculo efectuado por TELEFÓNICA del coste mínimo garantizado repercutido a cada operador de los canales de fútbol de su oferta mayorista.

La única diferencia con la anterior es que en el presente recurso también se denegó la confidencialidad respecto de la información relativa a los canales del motor (Fórmula 1 o Moto GP); sin embargo, tanto la disputa, el razonar de la Administración y las quejas de la actora son, esencialmente, coincidentes. Por ello, no hay razón alguna que justifique ahora que nos apartemos de lo que ya hemos dicho, bastando con la remisión a lo ya resuelto para dar respuesta al presente recurso.

Decíamos en la citada sentencia que « [C]UARTO. En primer lugar, la recurrente sostiene que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016 le han causado perjuicios que son irreparables en la medida en que se ha dado traslado a diversos operadores, que no pueden tener la consideración de interesados en un procedimiento de vigilancia, de la versión no confidencial de la propuesta de Informe Parcial de Vigilancia en la que se contenían datos confidenciales y secretos comerciales de la recurrente, tales como costes de producción imputados a cada canal mayorista así como los ingresos obtenidos por publicidad derivados de la comercialización de las dos ofertas mayoristas. Datos que, al no ser públicos, llevan a la recurrente a concluir que la información facilitada en la propuesta de informe parcial de vigilancia constituía secreto comercial de carácter confidencial en cuanto que se trataba de una información relativa a la estructura de costes de la empresa que no es pública ni es conocida por terceros operadores. Y, además, considera que se 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 y ello le ha causado un perjuicio irreparable al debilitar su posición competitiva o desvelar su posición negociadora e, incluso, ha reducido indebidamente la incertidumbre del mercado respecto a su comportamiento competitivo.

Frente a esa argumentación, la CNMC considera que no se le han ocasionado perjuicios irreparables, diciendo: "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 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 sospechada 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". Y la CNMC concluye: "No puede acogerse, por tanto, 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. A la vista de lo anterior, esta Sala concluye que los Acuerdos de la DC recurridos constituyen un acto debido para el órgano de instrucción en el marco del expediente de vigilancia VC/0612/14, necesario para el correcto desarrollo de las funciones de la DC, y que no es un acto por se susceptible de haber producido el perjuicio irreparable alegado por TELEFÓNICA".



Esta Sala no comparte los argumentos de la recurrente y anticipa que los Acuerdos de la Dirección de Competencia de 11 de mayo de 2016 impugnados no le han causado perjuicios irreparables como así se exige en el artículo 47 de la LDC para estimar el recurso que contra dichos Acuerdos había interpuesto. No es cierto que la Dirección de Competencia al dictar los Acuerdos de 11 de mayo de 2016 haya considerado a los operadores que adquirieron los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica como partes interesadas en el procedimiento de vigilancia en el que exclusivamente se persigue comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de la operación de concentración TELEFONICA/DTS y que únicamente afecta a la entidad que está obligada a su cumplimiento, como es Telefónica. Tal como se recoge en los Acuerdos de 11 de mayo de 2016 se comunica a los operadores adquirentes de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica que efectúen observaciones respecto de la versión no confidencial de la propuesta de Informe parcial de vigilancia relativo al expediente VC/0612/14 en cumplimiento de la obligación de colaboración exigida a todas las personas prevista en el artículo 39.1 de la LDC en el que se dice: "Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley". Colaboración que, en ningún caso, implica que se adquiera la condición de parte interesada en un procedimiento cuando, además, en esa colaboración solo se les ha pedido que efectúen observaciones ya que no se les ha dado la oportunidad de solicitar la realización de pruebas ni han tenido acceso al expediente administrativo. Observaciones que, además, eran en relación con un aspecto muy concreto como era con los cálculos realizados por Telefónica para determinar el coste mínimo garantizado que cada operador debía abonar por la adquisición de los canales de fútbol de la oferta mayorista de Telefónica en la temporada 2015/2016 que se correspondía con la oferta mayorista "Abono Fútbol" denominado comercialmente Canal+Liga y la oferta mayorista "Abono Fútbol 1" denominado comercialmente Canal+ Partidazo. Y la DC justificó esa colaboración indicando que "...teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones suscitadas y la interrelación 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".

Además, ese traslado a los operadores para que hicieran observaciones tiene aún más sentido cuando, como es el caso, la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia ponía de manifiesto que Telefónica había aplicado de manera incorrecta los criterios de cálculo y de reparto de los costes mínimos garantizados de los canales de fútbol de la oferta mayorista.

QUINTO. Asimismo, la recurrente indica que los Acuerdos impugnados de 11 de mayo de 2016 le han ocasionado perjuicios irreparables por cuanto que se ha dado traslado a los operadores adquirentes de los canales de fútbol de datos que, según dice, son confidenciales y son secretos comerciales de la recurrente cuyo conocimiento por parte de los operadores perjudica la capacidad competitiva de Telefónica.

La recurrente para alcanzar esa conclusión recoge en su escrito de demanda el complejo sistema para determinar el coste mínimo garantizado, así cómo el procedimiento para su cálculo y como luego se distribuye entre los distintos operadores de televisión de pago. En este sentido, expone que el coste mínimo garantizado se calcula con el fin de compartir el riesgo que asume Telefónica en la adquisición de los derechos de emisión exclusiva en España de contenidos audiovisuales de terceros, en este expediente de vigilancia de fútbol de los canales ofertados a nivel mayorista, y a la vez evitar generar una exclusión de facto en el acceso al canal por parte de los operadores de televisión de pago más pequeños o nuevos entrantes. El Anexo I (apartado 1.1.a) de los compromisos de Telefónica contenidos en la Resolución de autorizando la operación de concentración establece la forma en que deberá realizarse el cálculo del coste mínimo garantizado aplicable a la contratación de determinados canales de televisión de pago de la oferta mayorista de Telefónica. Y para el cálculo del coste mínimo garantizado debían tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1. Telefónica está obligada a configurar una oferta mayorista de canales de televisión con contenido premium, y a poner esta oferta a disposición de los operadores de televisión de pago que quieran comercializar dichos canales a sus abonados.
2. El precio de la oferta mayorista de Telefónica se determina en función del tipo de canal.
3. En lo que aquí interesa, el precio de los canales de fútbol se basa en la suma de dos conceptos: el coste mínimo garantizado y el precio variable por abonado final.
4. Para calcular el coste mínimo garantizado, será necesario sumar la parte fija del coste de adquisición de los derechos de emisión en exclusiva de los contenidos (eventos deportivos) que se incluyen en el canal, y de los costes de producción comunes a la oferta mayorista y minorista que se devenguen en cada temporada en relación con los eventos deportivos incluidos en el canal, lo que arrojará un coste fijo.



5. El coste mínimo garantizado será el que resulte de repartir este coste fijo entre Telefónica y todos los demás operadores de televisión de pago que acepten la oferta mayorista, sobre la base de tres parámetros de cálculo:

- La cuota de abonados recurrentes de televisión de pago (75% del coste mínimo garantizado).
- La cuota de accesos de banda ancha fija comercializados aptos para servicios de televisión de pago (20% del coste mínimo garantizado).
- La cuota de accesos de televisión de pago potenciales (5% del coste mínimo garantizado).

Y, según expone la recurrente, cuando la DC ha dado traslado a los operadores para efectuar observaciones en relación con la determinación del coste mínimo garantizado, les ha proporcionado datos que son confidenciales y secretos comerciales cuyo conocimiento por parte de los operadores perjudica la capacidad competitiva de Telefónica. Datos confidenciales que concreta señalando que, en la versión no confidencial de la propuesta del informe parcial de vigilancia, se entregaron a los operadores dos cuadros que contienen, a su juicio, datos que no son públicos tales como: (i) en el acuerdo suscrito con la Liga Nacional de Fútbol Profesional se determina de forma pública que Telefónica debía abonar un total de 600 millones de euros, pero en el mismo no se recogía un desglose pormenorizado de los costes imputables a cada uno de los canales mayoristas - Canal + Liga y Canal+ Partidazo- que si se especifican en el cuadro mientras que, según refiere Telefónica, el reparto de los costes de adquisición a imputar a cada canal mayorista se ajustaba a unos criterios internos de Telefónica que no eran públicos; (ii) además, ese cuadro contiene un desglose relativo a los derechos de emisión en exclusiva, a los costes de producción comunes y a los ingresos estimados por publicidad obtenidos por Telefónica en la comercialización de estos dos canales mayoristas que responde a un desglose realizado por ella y que se ha facilitado a la CNMC en el marco del expediente de vigilancia pero que no son públicos. Y por ello, concluye, que, en definitiva, la información que ha revelado la DC de la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia constituye un secreto comercial de carácter confidencial, en tanto y cuanto supone, a su juicio, una información relativa a la estructura de costes y de ingresos por publicidad de la empresa que no es pública y que no tiene por qué conocerse por terceros operadores.

Esta Sala no comparte las alegaciones de Telefónica ya que entendemos que no puede calificarse como de información estratégica la remitida a los operadores por parte de la DC a través de los cuadros que se incluían en la versión no confidencial de la propuesta de informe parcial de vigilancia a los operadores por cuanto que, no permitía conocer a los operadores cuáles eran las estrategias de mercado de Telefónica ya que los datos económicos proporcionados a los operadores eran datos que se limitaban a fijar una cuantía económica de forma conjunta y global sin que, en ningún caso, se estuviera ante cifras de negocio desagregadas que permitieran a los operadores conocer que clientes concretos permitían a Telefónica los ingresos de publicidad, ni cual era el precio que abonaban ni tampoco cual era el concepto que se incluía en los costes de producción. Todos los datos económicos proporcionados a los operadores eran datos que reflejaban cuantías totales y en conjunto y sin ninguna especificación ni individualización. Para calificar una información con el carácter de estratégica podemos acudir como referencia a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal aprobadas por la Comisión Europea (Comunicación 2011/ C 11/01 de 14 de enero 2011). Y en esas Directrices se considera información estratégica cuando se habla de precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones, o rebajas), lista de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocio, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas I+D y los resultados de estos. Y nada de esto consta en los cuadros proporcionados por la DC a los operadores.

SEXO. Asimismo, la entidad recurrente sostiene que el Acuerdo de la DC de 11 de mayo de 2016 le ha ocasionado indefensión por cuanto que no se le ha dado traslado de las observaciones efectuadas por los operadores. Es esta una alegación de indefensión que no puede dirigirse contra el Acuerdo de 11 de mayo de 2016 en cuanto que este se ha limitado a requerir a los operadores que hagan observaciones. Lo sucedido después no afecta ya al acto ahora impugnado, sin perjuicio de que pueda invocarse contra la resolución que ponga fin al expediente de vigilancia si así lo entendiera oportuno.

Finalmente, justifica la estimación del recurso interpuesto al amparo del artículo 47 de la LDC alegando que el Acuerdo impugnado dictado en fecha 11 de mayo de 2016 vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto, según refiere, la DC pudo utilizar otras vías menos agresivas para la recurrente. En este sentido compartimos los razonamientos de la CNMC cuando afirma: "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 sobre las cuestiones suscitadas. Coincide asimismo esta Sala de Competencia con el órgano de instrucción en señalar 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 MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE, esta Sala de Competencia juzga perfectamente proporcionados los Acuerdos que, acompañando una versión no confidencial de tal informe parcial de vigilancia, requieren de observaciones a los precitados operadores terceros, concediéndoles a tal efecto un plazo ampliado de 15 días.

MEDIAPRO, ORANGE, VODAFONE, OPENCABLE y TELECABLE 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". [...]>

CUARTO.- Como decimos, el criterio ya fijado por esta Sala nos conduce la desestimación del recurso, pero por las diferencias entre aquel recurso y el presente requiere hacer algunas precisiones. El que aquí nos ocupa se centra exclusivamente en las cifras totales de los costes de producción de los canales de motor en la oferta mayorista, y la denegación parcial solo afectaba VODAFONE y OBWAN (en este último caso, sólo frente a los costes de producción del canal Movistar Moto GP), no al resto de operadores mencionados (ORANGE y TELECABLE).

La discriminación que hace la DC es perfectamente coherente con la condición de interesadas de las empresas, ya que la no confidencialidad se tuvo en cuenta solo respecto a VODAFONE y OBWAN. Resulta también coherente y razonable que conozca la cifra final de los costes de producción de los canales de motor cuyos costes comparten con TELEFÓNICA, y respetan los principios de equidad, transparencia y no discriminación previstos en los compromisos que especifican que el cálculo del coste mínimo garantizado a los canales de motor para TELEFÓNICA.

En cuanto al contenido de la información no ha quedado acreditado por la actora que fuera especialmente sensible, puesto que los criterios de reparto del coste mínimo garantizado son públicos, y los datos del número de abonados a la televisión de pago y de acceso de banda ancha por tecnología y operador tampoco son confidenciales, puesto que la CNMC los publica trimestralmente de forma desagregada.

QUINTO.- La remisión que hacemos y los anteriores razonamientos nos llevan a la íntegra desestimación del recurso, con expresa condena en costas la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra resolución de 5 de julio de 2018 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con expresa condena en costas a la demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.