



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 44/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 12 de diciembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR RO 2008/17 INCOADO A LA ENTIDAD AUDIOVISUAL SPORT, S.L. POR RESOLUCIÓN DE 31 DE ENERO DE 2008 POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN FORMULADOS POR ESTA COMISIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

Finalizada la instrucción del expediente sancionador RO 2008/17, incoado a Audiovisual Sport, S.L., por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 31 de enero de 2008 y, vistas la Propuesta de Resolución elevada a este Consejo por la Instructora del citado procedimiento sancionador y las alegaciones formuladas por la entidad inculpada, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 44/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de MEDIAPRODUCCIÓN, S.L. (en adelante, Mediapro) por el que denunciaba un incumplimiento de las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (en adelante, el Acuerdo de Consejo de Ministros) por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de “DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A.” (Vía Digital) en “Sogecable, S.A.” (Sogecable).

SEGUNDO.- Con fecha 20 de noviembre de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar de oficio un procedimiento con el fin de analizar el presunto incumplimiento por parte de SOGECABLE, S.A. (en adelante, Sogecable) de las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros (Expediente RO 2007/1352).

TERCERO.- Mediante escrito del Presidente de esta Comisión de 20 de noviembre de 2007 (Doc.6.1) se requirió a AUDIOVISUAL SPORT, S.L. (en adelante, AVS) para que en el plazo de diez días previsto en el artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) remitiesen a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la siguiente información:

- Contrato de fecha 21 de julio de 1999 suscrito entre el Real Madrid Club de Fútbol y Gestport, S.L. así como los correspondientes anexos y adendas al mismo.
- Contratos o acuerdos en virtud de los cuales Gestport, S.L. cedió los derechos derivados del contrato de 21 de julio de 1999 del Real Madrid Club de Fútbol a AVS.
- Explicación y justificación desagregada del coste del Apartado A.4 de la Cuenta de pérdidas y ganancias “*Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado*” de las Cuentas Anuales de AVS correspondientes al ejercicio 2006.
- El apartado (1) Naturaleza de la Sociedad y actividad principal in fine de la Memoria explicativa de las Cuentas Anuales e Informe de Gestión correspondientes al ejercicio 2006 de Audiovisual Sport, S.L. dispone “*Durante los años 2005 y 2006, los socios de la Sociedad y ésta llevaron a cabo las negociaciones y firmaron los distintos acuerdos con los clubes de fútbol y otras sociedades para renovar los contratos en vigor durante la temporada 2005/2006, adquiriendo los derechos audiovisuales y televisivos de los encuentros de fútbol del Campeonato Nacional de la Liga y la Copa S.M. el Rey (excepto la final), durante un nuevo periodo de, como mínimo, tres temporadas a partir de la 2006/2007, hasta 2008/2009 inclusive*”.

Conforme a lo anterior, se requirió copia de los acuerdos suscritos con los clubes de fútbol y otras sociedades a que se refiere este apartado, por los que adquiere derechos audiovisuales y televisivos de los encuentros de fútbol del Campeonato Nacional de la Liga y la Copa S.M. el Rey (excepto la final), durante un nuevo periodo de,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

como mínimo, tres temporadas a partir de la 2006/2007, hasta 2008/2009 inclusive.

- Contratos suscritos entre Audiovisual Sport, S.L. y clubes de fútbol de la 1ª y 2ª División de la Liga española cuyos derechos, conforme al Comunicado de prensa de Audiovisual Sport, S.L. de 5 julio de 2007, se extienden hasta la temporada 2012/2013.

CUARTO.- Con fecha 30 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.2) por el que solicita la ampliación del plazo inicialmente otorgado, lo que se le concede mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 3 diciembre de 2007 (Doc.6.3).

QUINTO.- Con fecha 13 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.4) por el que, sin aportar la información requerida por esta Comisión, se remite a lo manifestado por Sogecable en su escrito de contestación al requerimiento de información formulado a esta última entidad por el Presidente de esta Comisión en la misma fecha.

En estos escritos Sogecable indica que parte de la información requerida por esta Comisión fue suministrada al Servicio de Defensa de la Competencia¹ en el marco de diferentes procedimientos de vigilancia del cumplimiento del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 y en el marco del procedimiento relativo a la concentración Sogecable/AVS.

SEXTO.- Mediante escrito del Presidente de esta Comisión (Doc.6.5) de 20 de diciembre de 2007 notificado a AVS el 24 de diciembre de 2007, se procedió a reiterar el citado requerimiento de información.

En dicho reitero se advierte a esa entidad que, en el caso de que no cumplimente el mismo, por parte de esta Comisión se procedería a la incoación de un procedimiento sancionador.

SÉPTIMO.- Con fecha 27 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.6) por el que solicita la ampliación del plazo inicialmente otorgado, lo que se le concede mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 28 de diciembre de 2007 (Doc.6.7).

OCTAVO.- Con fecha 9 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.8) en el que formula una serie de alegaciones al requerimiento de información, no aporta la información requerida por esta Comisión y presenta recurso de reposición frente al requerimiento de información.

¹ Actual Comisión Nacional de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

NOVENO.- Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 31 de enero de 2008 se acordó la apertura de un procedimiento sancionador contra AVS por el presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones (Doc.1).

Dicha Resolución fue debidamente notificada a AVS con fecha 5 de febrero de 2008 (Doc.2.1), informándole de que disponía de un plazo de un mes contado a partir de la notificación del Acuerdo de incoación para proponer la práctica de todas aquellas pruebas que estimara convenientes para su defensa, así como presentar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estimara oportunos.

Asimismo, dicha Resolución fue debidamente notificada a la Instructora en fecha 4 de febrero de 2008 (Doc.2.2).

DÉCIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 19 de febrero de 2008 (Doc.3) se comunicó a la Instructora que, con fecha 18 de febrero de 2008 y en el marco del expediente RO 2007/1352, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) remitió los contratos entre Sogecable y los clubes de fútbol que habían sido aportados por Sogecable a ese organismo.

UNDÉCIMO.- Con fecha 28 de febrero de 2008 el Consejo de esta Comisión resolvió el recurso de reposición presentado por AVS contra el requerimiento de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de diciembre de 2007 en relación con el control del cumplimiento de las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, que aprobó la operación de concentración económica de integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. en Sogecable.

DÉCIMO SEGUNDO.- Con fecha 5 de marzo de 2008 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.4) por el que formula sus alegaciones a la incoación del expediente sancionador.

En el citado escrito, y en relación con los hechos y fundamentos jurídicos que constituyen el expediente de referencia, AVS alega lo siguiente:

- AVS no está sujeta a las condiciones del Acuerdo de Consejo de Ministros ni es una empresa sometida al ámbito de competencia de esta Comisión.

En su escrito AVS señala que *“no está siquiera mencionada en el Acuerdo del Consejo de Ministros ACM/20, ni es una empresa dependiente de otra que sí este sujeta a dicho Acuerdo”*.

- Falta de motivación en la insistencia en los requerimientos al no contestar siquiera sucintamente a las alegaciones de esta parte.

Para AVS existe una contradicción ya que en el escrito por el que se le requiere determinada información *“se dice que se toma de oficio”* pero también se indica que *“un competidor ha presentado una denuncia”* lo que denota que esta Comisión no tiene competencia para tramitar el procedimiento. Por ello, AVS señala que los requerimientos de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información formulados por esta Comisión no dejan claro si actúa *“mediando en un conflicto entre competidores – y atendiendo a lo que uno de ellos le pide antes de escuchar al otro -o actúa de oficio”*.

Por otra parte, según AVS, esta Comisión no procedió a explicar por qué, pese a las alegaciones realizadas por esa entidad en el primer requerimiento de información, se reiteró el requerimiento inicial.

- Ejercicio extemporáneo del *ius puniendi* antes de comprobar las alegaciones de esta parte.

Según AVS, el presente procedimiento se inicia sin comprobar previamente que la documentación requerida se encuentra *“en su mayor parte en poder de la Administración. [...] Y que se inicia sin perjuicio de lo que resulte de la posterior instrucción del expediente sancionador. [...] Hubiera resultado lógico que, con independencia de la irregularidad que supone exigir documentos que ya obran en poder de la Administración (letra f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, a la hora de iniciar un expediente sancionador se hubiera verificado lo que en la resolución de 31 de enero de 2008 se deja a “la posterior comprobación”. Sólo después de comprobar que no era cierto lo alegado por esta parte tendría sentido ejercer el ius puniendi del Estado”*.

- Esta Comisión no puede solicitar documentos que ya obran en poder de la Administración o que son públicos.

Según AVS el Acuerdo de Consejo de Ministros atribuye a la CNC el cumplimiento y ejecución del referido acuerdo y de sus cláusulas, y el Plan de Actuaciones concreta *“la forma de atender de forma coherente y plena las dos funciones que se atribuyen a dos órganos distintos. Y lo hace disponiendo que para cumplir ambas la forma de hacerlo es presentar los datos, documentos e informaciones al Servicio de Defensa de la Competencia. Se supone que los órganos se coordinan entre sí sin marear al ciudadano. Ese el sentido del Plan aprobado y eso es lo que ha establecido”*.

Asimismo, señala que una parte de la documentación ya obra en poder de la CNC, que otra parte es *“el conocido “pacto de Nochebuena” de 1996”* y del que *“tienen perfecto conocimiento las autoridades españolas y, también la Comisión Europea”*, y que otra parte es pública y figura en el Registro Mercantil.

- Falta de competencia del Presidente de esta Comisión para formular los requerimientos de información por insuficiencia de la delegación.

Según AVS los requerimientos de información formulados por el Presidente de esta Comisión se realizan en base a una delegación de competencias que el Consejo de esta Comisión ha realizado en el Presidente pero que *“no cubre las facultades de requerimiento concreto que efectúa en este caso el Presidente, por lo que, de existir esas facultades, siguen estando en manos del Consejo de la CMT que de ningún modo las ha delegado. Por tanto, el requerimiento del Presidente está realizado por un órgano incompetente a tal efecto y resulta así completamente inválido y debe*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tenerse por no hecho y nulo de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en esta materia”.

- El Plan de Actuaciones ha definido las obligaciones de Sogecable estableciendo a la CNC como el único órgano con el que tiene relación directa en relación con el Acuerdo de Consejo de Ministros relativo a los derechos futbolísticos.

Según AVS el Plan de Actuaciones “distingue perfectamente las competencias del SDC y de la CMT, pero esa distinción no impide que la empresa sujeta al cumplimiento de las condiciones –SOGECABLE y no AVS- haya de dirigirse sólo a uno de los órganos administrativos competentes en materia, siendo cosa de éstos coordinarse luego entre sí [...] A partir del Plan es evidente que se han definido cuáles son las obligaciones de SOGECABLE tanto respecto del SDC como respecto de la CMT. Esas obligaciones se limitan a que el único órgano de relación directa de SOGECABLE con la Administración en relación con el ACM/20 es el Servicio de Defensa de la Competencia. La relación entre los dos órganos es cosa de ellos, de la que queda relevada SOGECABLE [...]”.

- La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), posterior al Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, ha privado a esta Comisión de muchas de las competencias que ostentaba en materia audiovisual.

Según AVS, “el ACM/20 hubo de solucionar el problema que planteaba una regulación de las competencias de la CMT que se confundían con las competencias del SDC y del TDC. Esa confusión –y a la postre esa disfunción- originada en el plano de la regulación legal es lo que motiva que en el ACM/20 (también el ACM/19) se estableciera una solución de compromiso y algo confusa que trataba de no enfrentarse con una regulación equívoca en el plano legal”.

Para AVS tras la aprobación de la LGTel esta Comisión perdió su competencia en materia de servicios audiovisuales, y ello a pesar de que la Disposición Transitoria octava establece que *“seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997”.* Según AVS, funciones de *“fomento de la competencia”* es *“distinto y mucho más reducido que “salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de los servicios audiovisuales”.*

- Incumplimiento del principio de legalidad sancionadora por no estar recogido el tipo de infracción que motiva la apertura del procedimiento en la LGTel.

Según AVS el artículo 53 de la LGTel relativo a las infracciones muy graves hay que ponerlo en relación con el artículo 51 que se refiere a la *“responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones”* así como el artículo 52 que señala que *“las infracciones de las normas*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reguladoras de las telecomunicaciones se clasifican en muy graves, graves y leves”.

Para AVS la LGTel “*está hablando de las infracciones en materia de telecomunicaciones”* y, por tanto, “*el tipo de infracción que se imputa a AVS es improcedente porque no estamos hablando de una actividad de telecomunicaciones ni relacionada con ella. La potestad sancionadora de la CMT sólo existe en relación con la materia de Telecomunicaciones”*, y se fundamenta en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2005.

Además, AVS indica que “*no ha incumplido “reiteradamente” los requerimientos de la CMT sino que los ha atendido explicando que lo que se pide obra en el SDC y dicho Servicio tiene conocimiento de todo lo pedido”* y que, en cualquier caso, cabría cuestionarse por qué es una infracción muy grave del artículo 53 x) y no una infracción leve del artículo 55 d).

Por último, AVS señala que “*cuando un representante de SOGECABLE actuando en representación de aquélla y de AVS, atendiendo la invitación que se le ha formulado para ver el expediente se ha personado en la sede de la CMT ha podido comprobar que hasta el 12 de febrero de 2008, es decir, después de acordado el inicio del expediente sancionador, no figuraba en el expediente otro documento que la propia resolución de 31 de enero de 2008”*. Asimismo, señala que “*tras haber solicitado el acceso al expediente en el que se realizaron los requerimientos de información² [Expediente RO 2007/1352] no se le dio acceso al mismo”* y por ello señala que “*en pleno expediente sancionador desconocemos las concretas imputaciones que hace MEDIAPRO, cuyas diferencias con AVS son públicas y notorias y que sí conoce la CMT que no nos ha oído antes de requerirnos los documentos correspondientes. La negativa a darnos acceso al expediente al que se contrae el requerimiento supone una actuación no neutral en un conflicto que en lo que se refiere a la CMT ha sido promovido por denuncia de una parte, que ha sido tomada en cuenta para formular su requerimiento sin oírnos ni permitirnos, ni siquiera a posteriori, conocerla en esta fase del procedimiento sancionador”*.

DÉCIMO TERCERO.- Mediante escrito de la Instructora de 8 de abril de 2008 (Doc.5) se requirió a la Directora de Regulación de Operadores la incorporación al expediente sancionador de copia compulsada de los requerimientos de información formulados por esta Comisión a AVS así como de las contestaciones de esta entidad a los mismo en el marco del procedimiento RO 2007/1352.

Mediante escrito de la Directora de Regulación de Operadores de 8 de abril de 2008 (Doc.6) se remitió copia compulsada de los citados requerimientos de información.

² Expediente RO 2007/1352: Informe a la Comisión Nacional de la Competencia sobre el cumplimiento por parte de Sogecable, S.A. de las condiciones a las que se subordina la operación de concentración entre Sogecable, S.A. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. en virtud del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (Orden ECO/20/2003).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DÉCIMO CUARTO.- Mediante escrito de la Instructora de 19 de mayo de 2008 (Doc.7) se requirió al Director de Asesoría Jurídica la incorporación al expediente sancionador de copia compulsada de la documentación obrante en el expediente AJ 2008/33 relativo al Recurso de Reposición presentado por AVS contra el requerimiento de información formulado por el Presidente de esta Comisión de 20 de diciembre de 2007.

Mediante escrito del Director de Asesoría Jurídica de 20 de mayo de 2008 (Doc.8) se remitió copia compulsada de la citada documentación.

DÉCIMO QUINTO.- Con fecha 11 de junio de 2008, la Instructora del expediente dictó la correspondiente Propuesta de Resolución (Doc.9.2) en la que propuso lo siguiente:

*“**PRIMERO.** Que se declare responsable directa a AUDIOVISUAL SPORT, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.x) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido reiteradamente los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de noviembre de 2007 y 17 de diciembre de 2007.*

***SEGUNDO.** Que se imponga a AUDIOVISUAL SPORT, S.L. una sanción económica por importe de SETECIENTOS MIL EUROS (700.000 €).”*

DÉCIMO SEXTO.- La Propuesta de Resolución fue notificada a AVS el 13 de junio de 2008, junto con una relación de los documentos obrantes en el procedimiento en cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (en adelante, Reglamento del Procedimiento Sancionador).

DÉCIMO SÉPTIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 30 de julio de 2008 (Doc.10) se comunicó a la Instructora la Resolución del Secretario de 25 de julio de 2008.

DÉCIMO OCTAVO.- Con fecha 30 de julio de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS por el que formula alegaciones a la Propuesta de Resolución (Doc.11).

En el citado escrito, y en relación con los hechos y fundamentos jurídicos que constituyen el expediente de referencia, AVS alega lo siguiente:

- Sobre la no sujeción de AVS a las condiciones impuestas por el Acuerdo de Consejo de Ministros.

Que “no se dan las condiciones para entender que AVS fuese en el momento de efectuarse los requerimientos, ni en el momento de efectuar las presentes alegaciones, una empresa dependiente de Sogecable, estando pendiente de ejecutarse la operación de concentración Sogecable/AVS [...]”.

Que según AVS “la única entidad que queda sujeta en su operación de concentración con DTS es Sogecable. Otra cosa es que ésta última entidad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueda a través de terceros –AVS en este caso- hacer operaciones que puedan ir en contra de las obligaciones que ha adquirido Sogecable en virtud de la concentración, pero eso sólo ocurrirá en relación con los derechos que Sogecable controla a través de AVS, pero no con los derechos de los que AVS es titular originaria y no por derivación o cesión de Sogecable”.

En consecuencia señala AVS que “no es una empresa de telecomunicaciones ni de servicios audiovisuales, no está sujeta a los requerimientos de la CMT y su mención en el Plan de actuaciones sólo tiene sentido en relación con las obligaciones que Sogecable tenga por razón de la concentración, pero no sujeta a AVS de forma indiscriminada a los requerimientos de la CMT”.

- Sobre el Plan de Actuaciones.

AVS entiende que en virtud de lo dispuesto en los dos Planes de Actuación elaborados como consecuencia de los dos Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, “a través de la CMT debía encauzarse toda la relación y remisión de documentación en relación con “otros mercados” y, en cambio, en relación con los acontecimientos futbolísticos el cauce debía ser a través del SDC”. De esta manera, AVS considera que “[l]o que el Plan de Actuaciones establece es que Sogecable suministrará al Servicio de Defensa de la Competencia toda la información necesaria [...]. No dice nada acerca de que la CMT no ejerza competencia alguna. Al contrario, expresamente dice que para el ejercicio de las competencias de la CMT –aparte de las del SDC- se suministrará por Sogecable al SDC la información necesaria”.

- Sobre el expediente RO 2007/1352 relativo al Informe a la CNC sobre el cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones impuestas en virtud del Acuerdo de Consejo de Ministros.

Según AVS la denuncia de Mediapro “no se limita a poner en conocimiento de la CMT determinados hechos para que ésta actúe según proceda en Derecho, sino que formula pretensiones dirigidas a obtener una declaración de la CMT y a que tal declaración se dirija a Mediapro. En apoyo de tales peticiones invoca Mediapro que las cuestiones planteadas constituyen un “conflicto” y por ello solicita la intervención de la CMT. [...] Pues bien si se trata de una instancia de parte en la que el instante pide cosas concretas en su propio interés y que se califica por la propia CMT como expediente iniciado a instancia de parte, no se comprende por qué el Presidente de la CMT afirma después que se trata de un procedimiento de oficio”.

Según AVS, la apertura de un procedimiento de oficio habría permitido a esta Comisión eludir la realización de un “requisito esencial de todo procedimiento como es el de audiencia al interesado en un expediente iniciado a instancia de parte y con ello ha incurrido en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, pues la omisión de la audiencia del interesado según jurisprudencia antigua, constante y reiterada del Tribunal Supremo constituye el supuesto típico de falta total y absoluta del procedimiento que determina la nulidad de pleno Derecho de todo lo actuado”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, afirma AVS que *“[l]a calificación artificiosa de que el procedimiento se inicia de oficio, además de no corresponderse con la verdad, no puede constituir una forma de defraudar las exigencias de la Ley evitando oír al interesado”*.

- Sobre determinados hechos que deberían tenerse en cuenta en la Resolución del presente expediente sancionador.

Según AVS, el hecho de que esta Comisión elaborase finalmente su Informe con la información remitida por la CNC *“prueba que, en efecto, para el cumplimiento de las funciones de la CMT no era necesario el requerimiento formulado por la CMT a mi representada”*.

Que la Propuesta de Resolución de la Instructora debería haber tenido en cuenta que la CNC consideró que Sogecable no había incumplido las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros.

Que *“también hubiera resultado relevante destacar que la denuncia que Mediapro realiza ante la CMT la había realizado, con mucho menos éxito, ante la CNC. Este dato hubiera podido resultar interesante para dar a la actuación de la CMT la trascendencia debida”*.

Que *“la propia propuesta de resolución debería haber destacado que la propia CMT hasta cinco días antes de la pérdida de vigencia de las condiciones del ACM20, no había pedido un solo documento en cinco años a diferencia de lo que había ocurrido con los otros mercados”*.

- Sobre el acceso al expediente RO 2007/1352.

Que los argumentos esgrimidos en la propuesta de resolución en relación con el acceso por parte de AVS al expediente RO 2007/1352 son *“argumentos formales cuando lo cierto es que en marzo de 2008 no se quiso dar acceso a ese expediente original. Ignoramos por qué, pero lo cierto es que mi representada ha visto como se le impedía el acceso al contenido de la denuncia con argumentos formales”*.

- Sobre la motivación de los actos de las Administraciones Públicas.

Según AVS *“una vez puesta en conocimiento de la CMT la existencia de actuaciones de la CNC, la CMT prefirió ignorarlas e insistió en el requerimiento, sin explicación alguna de por qué. En el segundo, sin motivar nada, sin contestar a las razones que le había expuesto AVS para que archivara el expediente, la CMT insiste en su requerimiento. Y aquí no cabe duda que incurre en invalidez e ilegalidad de su conducta”*. De esta manera, para AVS al haber reiterado esta Comisión el requerimiento sin motivarlo estaría conculcando *“el artículo 54 de la Ley 30/1992 que exige motivación de todos los actos de la Administración pública y por tanto dictando un acto inválido”*.

- Sobre la improcedencia de solicitar documentos que ya obren en poder de la Administración o que son públicos.

Para AVS es improcedente solicitar documentos que ya obran en poder de la Administración.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según AVS *“estamos, pues, en un procedimiento de la CNC, de vigilancia del control de concentraciones de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que la CMT hace informes no vinculantes y en un procedimiento en el que el Plan de actuaciones, como se ha visto, ha encargado a la CNC encauzar las relaciones con Sogecable”*.

Asimismo, reitera que parte de la documentación ya obra en poder de la CNC, que otra parte es *“el conocido “pacto de Nochebuena” de 1996”* y del que *“tienen perfecto conocimiento las autoridades españolas y, también la Comisión Europea”*, y que otra parte es pública y figura en el Registro Mercantil.

- Sobre la falta de competencia del Presidente de la Comisión para formular los requerimientos de información en materia audiovisual y sobre la falta de competencia de la propia Comisión.

AVS reitera las alegaciones formuladas al respecto en su escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio al expediente sancionador.

Señala AVS que *“la insuficiencia de la delegación no queda contestada con la cita de alguna sentencia no firme sobre las competencias de la CMT en materia de fomento de los servicios audiovisuales [...] En todo caso una cosa es la determinación abstracta del ámbito de competencias de la CMT mediante interpretaciones expansivas que fuerzan el tenor literal de la letra de la Ley y otra la determinación de qué es lo que ha delegado el Consejo en su Presidente que es de lo que aquí se trata”*.

- Sobre el ejercicio del *ius puniendi* antes de verificar las alegaciones de Sogecable.

Alega AVS que *“ha podido comprobar que un día antes de acordar el inicio del expediente sancionador la CMT se ha dirigido a la CNC para pedirle los documentos, pero sin esperar su contestación que se produjo posteriormente en el mes de febrero, la CMT acordó iniciar el expediente sancionador. Todo ello ratifica la infracción producida al tomar una decisión de inicio de expediente sancionador con indiferencia hacia la necesidad de la documentación pedida que ha resultado innecesaria al haber podido cumplir sus funciones la CMT con la documentación remitida por la CNC”*.

- Sobre los hechos probados.

En relación con los hechos probados AVS considera que *“tratándose de hechos hubiera sido de agradecer que en lugar de hablar de la Comisión como autora del requerimiento se hubiera hablado del Presidente, dado que uno de los elementos en cuestión consiste en saber si el Presidente, que no tiene competencia por sí mismo para hacer requerimientos, actuaba con mandato suficiente para comprometer a la Comisión. Por una cuestión de sensibilidad y rigor al hablar de “hechos” hubiera sido conveniente que la propuesta describiera “hechos”. Y es un “hecho” que el Presidente formuló requerimientos. En cambio no es un “hecho” que lo hiciera la Comisión [...] desde el momento en que una de las objeciones que se hacen por esta parte al requerimiento es que el Presidente no tenían mandato de la Comisión”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, según AVS la Propuesta de Resolución confunde “*hechos probados con opiniones*” y ello porque para AVS “*puede ser un hecho probado que AVS no adjuntó con sus escritos de contestación los documentos que se le solicitaban, esto es un hecho. Pero ese hecho no puede llevar sin explicación alguna a la afirmación como hecho probado de que AVS haya “incumplido el requerimiento” de información formulado por la CMT*”. Para AVS el hecho de presentar sus dos escritos de alegaciones pero sin aportar los documentos, no era un incumplimiento del requerimiento de información, pues “*la conducta consistente en decirle a la CMT que la documentación que se pide ya la tiene el SDC –que es órgano con el que el Plan obliga a Sogecable a relacionarse- desde hace mucho tiempo en algunos casos, no puede ser calificada de incumplimiento*”.

- Sobre el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información.

Según AVS “*en el presente caso, además, se da la circunstancia de que estamos ante un mismo expediente en el que la CMT hace dos requerimientos con idéntico objeto, pero lo que el tipo de infracción exige es que a una persona le sea imputable el haber desobedecido en más de dos ocasiones y en distintos expedientes los requerimientos de la CMT*”. Considera AVS que “[*e*]n el ámbito penal, que inspira toda la regulación sancionadora, la reincidencia (artículo 22.8 del CP) exige la condena previa por un delito distinto. La exigencia de previa condena es lógica, puesto que estamos hablando de una conducta agravada por la plena conciencia de quién la comete de que se ha hecho algo que no sólo se supone que está prohibido, sino de lo que se tiene conciencia de que lo está, puesto que ya se ha sufrido una sanción por otro delito comprendido en el mismo título del Código Penal. Esa exigencia del mismo título tiene que ver con el conocimiento que da el saber por experiencia –por la experiencia de condena previa –que la lesión del mismo bien es constitutiva de delito”.

Asimismo, para AVS “*en el presente expediente la CMT aplica una interpretación que deja en su mano de forma arbitraria subir o bajar la sanción. La infracción no depende de la sanción firme previa sino de cuántas veces se le requiera en un mismo expediente para un misma finalidad o con el mismo objeto*”.

- Sobre la ausencia de tipo de infracción en relación con los acontecimientos futbolísticos.

AVS considera que no existe el tipo de infracción en relación con los acontecimientos futbolísticos y reitera las alegaciones formuladas al respecto con ocasión del Acuerdo de inicio al procedimiento sancionador.

Respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2008, AVS considera que “*las consideraciones que se hicieron en nuestro escrito que acaban de citarse siguen siendo válidas*”. Y ello porque, según AVS, “*la reciente sentencia de 8 de julio de 2008 se produce en un supuesto en que la norma vigente era tanto la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones de ese año como la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones. Y se da*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la circunstancia de que una y otra están hoy derogadas y por tanto los términos que ha servido al Tribunal Supremo –al margen de su correspondencia con el contenido esencial del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25 de la Constitución- para llegar a la conclusión a que ha llegado se vinculan con una redacción de los textos legales vigentes en el momento de dictarse la resolución recurrida que nada tienen que ver con la situación actual. Para empezar, como se ha dicho, ambas leyes –la LGTel y la Ley 12/1997- están derogadas y es en esas normas derogadas y en su concreta redacción en las que se basa la sentencia de 8 de julio de 2008 [...] Por otra parte, la competencia de la CMT se circunscribe ahora al “fomento de la competencia en los mercados de servicios audiovisuales” que es función mucho más reducida que la que la CMT tenía en la Ley 11/1997”.

- Sobre la sanción que se pretende imponer.

Señala AVS que la sanción propuesta “no valora la innecesariedad de los documentos que pedía que se ha puesto de manifiesto en el informe que le remitió el 17 de abril de 2008 la CMT a la CNC. Tampoco ha valorado que no hay infracción de las condiciones segunda y tercera”.

DÉCIMO NOVENO.- En fecha 18 de noviembre de 2008 la Instructora del presente procedimiento sancionador dio traslado al Secretario de esta Comisión de la propuesta de resolución, junto con el expediente administrativo instruido y el escrito de alegaciones presentado por AVS (Doc.12).

II.- HECHOS PROBADOS

De la documentación obrante en el expediente han quedado probados, a los efectos del procedimiento de referencia, los siguientes hechos:

PRIMERO.- Que mediante escrito del Presidente de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2007 se requirió determinada información a AVS y que esta entidad no aportó dicha información.

Según consta en las actuaciones realizadas y en los documentos incorporados a la instrucción del presente procedimiento sancionador, este hecho probado resulta de lo siguiente:

Mediante escrito del Presidente de esta Comisión de fecha 20 de noviembre de 2007 (Doc. 6.1) se requirió a AVS la siguiente información:

- Contrato de fecha 21 de julio de 1999 suscrito entre el Real Madrid Club de Fútbol y Gestport, S.L. así como los correspondientes anexos y adendas al mismo.
- Contratos o acuerdos en virtud de los cuales Gestport, S.L. cedió los derechos derivados del contrato de 21 de julio de 1999 del Real Madrid Club de Fútbol a Audiovisual Sport, S.L.
- Explicación y justificación desagregada del coste del Apartado A.4 de la Cuenta de pérdidas y ganancias “Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado” de las Cuentas Anuales de Audiovisual Sport, S.L. correspondientes al ejercicio 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- El apartado (1) *Naturaleza de la Sociedad y actividad principal in fine* de la Memoria explicativa de las Cuentas Anuales e Informe de Gestión correspondientes al ejercicio 2006 de Audiovisual Sport, S.L. dispone “*Durante los años 2005 y 2006, los socios de la Sociedad y ésta llevaron a cabo las negociaciones y firmaron los distintos acuerdos con los clubes de fútbol y otras sociedades para renovar los contratos en vigor durante la temporada 2005/2006, adquiriendo los derechos audiovisuales y televisivos de los encuentros de fútbol del Campeonato Nacional de la Liga y la Copa S.M. el Rey (excepto la final), durante un nuevo periodo de, como mínimo, tres temporadas a partir de la 2006/2007, hasta 2008/2009 inclusive*”.
- Conforme a lo anterior, se requirió copia de los acuerdos suscritos con los clubes de fútbol y otras sociedades a que se refiere este apartado, por los que adquiere derechos audiovisuales y televisivos de los encuentros de fútbol del Campeonato Nacional de la Liga y la Copa S.M. el Rey (excepto la final), durante un nuevo periodo de, como mínimo, tres temporadas a partir de la 2006/2007, hasta 2008/2009 inclusive.
- Contratos suscritos entre Audiovisual Sport, S.L. y clubes de fútbol de la 1ª y 2ª División de la Liga española cuyos derechos, conforme al Comunicado de prensa de Audiovisual Sport, S.L. de 5 julio de 2007, se extienden hasta la temporada 2012/2013.

Dicho requerimiento de información fue notificado a AVS el 21 de noviembre de 2007. Con fecha 30 de noviembre de 2007 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.2) por el que solicita la ampliación del plazo inicialmente concedido, lo que se otorga mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 3 de diciembre de 2007 (Doc.6.3).

Con fecha 12 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.4) por el que, sin aportar la información requerida por esta Comisión, se remite a lo manifestado por Sogecable en su escrito de contestación al requerimiento de información formulado a esta última entidad por el Presidente de esta Comisión el 20 de noviembre de 2007.

En consecuencia, queda probado que AVS no ha aportado la información requerida y que, por tanto, ha incumplido el requerimiento de información de 20 de noviembre de 2007 formulado por esta Comisión.

SEGUNDO.- Que mediante escrito del Presidente de esta Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 se reiteró el requerimiento de información formulado con fecha 20 de noviembre de 2007 a AVS y que esta entidad no aportó dicha información.

Mediante escrito del Presidente de esta Comisión de 20 de diciembre de 2007³ (Doc.6.5) se procedió a reiterar a AVS el requerimiento de información

³ Si bien en el requerimiento consta, por error, como fecha del mismo el 20 noviembre de 2007, debe entenderse realizado el 20 de diciembre de 2007.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

formulado por esta Comisión el 20 de noviembre de 2007. En dicho reitero de requerimiento se advirtió a AVS que, en el caso de que no cumplimentara el mismo, por parte de esta Comisión se procedería a la incoación de un procedimiento sancionador. Dicho requerimiento fue notificado a AVS con fecha 24 de diciembre de 2007.

Con fecha 27 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.6) por el que solicita ampliación del plazo inicialmente concedido, lo que se otorga mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 28 de diciembre 2007 (Doc.6.7).

Con fecha 9 de enero de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de AVS (Doc.6.8) en el que sin aportar la información requerida, formula una serie de alegaciones y presenta recurso de reposición al requerimiento de información realizado por el Presidente de esta Comisión de 20 de diciembre de 2007.

En consecuencia, queda probado que AVS no ha aportado la información requerida reiteradamente y que, por tanto, ha incumplido de nuevo el requerimiento de información formulado por esta Comisión.

III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver el presente procedimiento sancionador.

El Pleno del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano competente para incoar y resolver el presente procedimiento sancionador, a tenor de lo establecido en el artículo 58.a).1º) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel). De acuerdo con este precepto, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Consejo, el ejercicio de la competencia sancionadora cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54.

SEGUNDA.- Tipificación de los hechos probados.

El presente procedimiento sancionador se inició ante la posible comisión de una infracción tipificada en el artículo 53.x) de la LGTel, que califica como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus funciones.

Del análisis llevado a cabo y de las consideraciones que se han vertido en el Apartado II de los Hechos Probados, se ha concluido que AVS, al no haber



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aportado la información requerida por esta Comisión ha incumplido reiteradamente los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el marco del procedimiento administrativo RO 2007/1352 de fecha 20 de noviembre de 2007 (Hecho Probado Primero) y 20 de diciembre de 2007 (Hecho Probado Segundo), incurriendo con ello en el tipo de infracción del artículo 53.x) de la LGTel.

En efecto, si atendemos al Hecho Probado Primero, ha resultado probado que AVS no aportó la información requerida por esta Comisión en su requerimiento efectuado por esta Comisión con fecha 20 de noviembre de 2007, sino que únicamente presentó, como respuesta al mismo, escrito con fecha de entrada el 12 de diciembre de 2007 por el que, sin aportar la información requerida por esta Comisión, se remite a lo manifestado por Sogecable en su escrito de contestación al requerimiento de información formulado por el Presidente de esta Comisión en la misma fecha.

Y por su parte, si atendemos al Hecho Probado Segundo, ha resultado probado que AVS no aportó la información requerida por esta Comisión en su reitero del requerimiento anterior efectuado por esta Comisión con fecha 20 de diciembre de 2007, sino que únicamente presentó, como respuesta al mismo, escrito con fecha de entrada el 9 de enero de 2008 por el que, sin aportar la información requerida, formula una serie de alegaciones y presenta recurso de reposición al requerimiento de información realizado por el Presidente de esta Comisión el 20 de diciembre de 2007.

Concorre, por tanto, tipicidad en la conducta de AVS al no haber aportado la información requerida por esta Comisión mediante los requerimientos de información formulados al efecto.

Se procede a continuación a contestar las alegaciones formuladas por AVS, relativas al incumplimiento del principio de legalidad sancionadora:

Sobre la falta de competencia del Presidente de la Comisión por insuficiencia de la delegación y falta de competencia de la propia Comisión.

AVS insiste en afirmar en sus alegaciones que el Presidente de esta Comisión no había recibido del Consejo delegación suficiente para realizar requerimientos de información en materia audiovisual.

Para AVS el Acuerdo de 22 de julio de 2004 de delegación de competencias del Consejo en el Presidente únicamente le habilitaría para realizar requerimientos en materia de telecomunicaciones, y para ello vuelve a citar de nuevo los artículos y argumentos ya utilizados en su escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

Tal y como se señalaba en la Propuesta de Resolución, la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de julio de 2004 acordó “[d]elegar en el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la competencia para efectuar requerimientos de información atribuida al Consejo en los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

artículos 9.1 y 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y 30 del Reglamento de la Comisión”. Desde entonces y en virtud de la citada delegación de competencias, el Presidente de esta Comisión tiene habilitación competencial para realizar requerimientos de información en materia de telecomunicaciones y en materia audiovisual.

Contrariamente a lo indicado por AVS, la Audiencia Nacional ha confirmado en numerosas ocasiones la competencia de esta Comisión para realizar requerimientos de información en materia audiovisual (Sentencia de 20 de septiembre de 2006, 26 de enero de 2007, 27 de marzo de 2007, 30 de marzo de 2007 entre otras). Por todas, la Sentencia de 27 de marzo de 2007 establece en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente:

“Por otra parte, si bien la Disposición Derogatoria Única de la Ley 32/2003, deroga la Ley 12/1997, la Disposición Transitoria Octava de la citada Ley General de Telecomunicaciones prevé expresamente que la CMT seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que el atribuye la Ley 12/97 en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual. Pues bien, la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones atribuía a la CMT la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en los mercados de los servicios audiovisuales, según resultaba del Artículo 1.Dos.1 de la citada Ley 12/1997 que estableció como objeto de la CMT “... salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos...”. Es decir, la competencia de la CMT, conforme a la citada Ley se extiende no sólo a los operadores de telecomunicaciones sino también a aquellos que, aun no teniendo tal condición, prestan servicios audiovisuales y televisivos ya que la citada Ley amplió el objeto que de la CMT había previsto el Real Decreto Ley 6/96. Si la atribución de competencias a la CMT, para salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, se limitase a los operadores de telecomunicaciones, como esgrime la representación procesal de la actora, no se hubiera producido la ampliación operada por la Ley 12/97, en relación con el Real Decreto 6/96. Y, en tal sentido, el artículo 30 del Real Decreto 1994/96 debe interpretarse a la luz de la regulación pautada en la Ley 12/97, de forma que la potestad de la CMT de recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones se extiende no sólo a los operadores de telecomunicaciones sino también a las entidades que prestan servicios audiovisuales”⁴.

La Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de julio de 2004 en su resuelve primero estableció “[d]elegar en el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de la competencia para efectuar requerimientos de información atribuida al Consejo en los artículo 9.1 y 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y el 30 del Reglamento de la

⁴ Subrayado añadido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión⁵. Como se acaba de indicar, la Audiencia Nacional ha declarado que la competencia para realizar requerimientos de información reconocida en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión se extiende no sólo a los operadores de telecomunicaciones sino también a las entidades que prestan servicios audiovisuales. En consecuencia, al haberse delegado el ejercicio de la competencia para efectuar requerimientos de información atribuida al Consejo en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión, esa delegación de competencias en el Presidente incluye la de realizar requerimientos de información a las entidades que prestan servicios audiovisuales y, por tanto, a AVS, por lo que no cabe aceptar esta alegación.

AVS alega que las citadas sentencias no son firmes. Pues bien, recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2008 confirma en casación la competencia de esta Comisión para realizar requerimientos de información a entidades que sin ser operadores de telecomunicaciones prestan servicios audiovisuales y televisivos. En efecto, la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo señala lo siguiente:

“En cuanto a si los requerimientos están hechos dentro del marco de las competencias materiales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es una cuestión que la Sentencia admite, al reconocer que este organismo tiene como una de sus misiones velar por la competencia en el sector de los servicios audiovisuales [...]. Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene tales competencias en el sector audiovisual, concurrentes con las del Tribunal de Defensa de la Competencia y con límites que no es ahora necesario examinar, es sin duda correcto, puesto que así lo estipula de manera expresa y terminante el ya citado artículo 1.dos.1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, antes transcrito.

Así pues, efectuados los requerimientos causantes de la sanción en el marco de las competencias sustantivas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [...]”.

AVS señala que “no es una empresa de telecomunicaciones ni de servicios audiovisuales” y que, por tanto, no está sujeta a los requerimientos de información que esta Comisión le realice. Pues bien, las sentencias de la Audiencia Nacional citadas señalan que la potestad de recabar información recogida en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión incluye no sólo a los operadores de telecomunicaciones sino también “a las entidades que prestan servicios audiovisuales”, en sentido amplio, no distinguiendo, como parece pretender AVS, entre aquellas entidades que realizan actividades de difusión y aquéllas que realizan actividades distintas de la de difusión. Tal y como se ha indicado anteriormente, AVS es una compañía cuya principal actividad es la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol y, en consecuencia, debe entenderse incluida entre aquellas entidades que prestan servicios audiovisuales, y por tanto, sometida a los requerimientos de información que esta Comisión le formule.

⁵ Subrayado añadido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a la alegada falta de competencia de esta Comisión en materia audiovisual hay que señalar que conforme al artículo 48.2 de la LGTel esta Comisión tiene por objeto, entre otros, “*el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales*”. Si bien la Disposición Derogatoria de la misma deroga la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/1997), la Disposición Transitoria Octava la mantiene vigente en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual. En concreto, la Disposición Transitoria Octava establece “*[la] Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual*”. En consecuencia, esta Comisión seguirá ejerciendo las funciones en los términos previstos en la Ley 12/1997, esto es, salvaguardando “*en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos*”, y así ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 27 de marzo de 2007, entre otras..

No cabe, por tanto, aceptar esta alegación por cuanto esta Comisión no sólo puede actuar en fomento de las condiciones de competencia en los mercados de los servicios audiovisuales sino también salvaguardando las condiciones de competencia efectiva en el mercado de los servicios audiovisuales.

Por otro lado, el artículo 48.3.m) de la LGTel establece entre las funciones de esta Comisión “*[c]ualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología*” y conforme a la Condición octava del Acuerdo de Consejo de Ministros esta Comisión tiene como función la de vigilar el cumplimiento de las condiciones por parte de Sogecable, pudiendo elaborar un informe sobre cualquier conflicto o incidencia relativa al Acuerdo con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente.

Si bien cuando se aprobó el Acuerdo de Consejo de Ministros no estaba vigente la actual Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la legislación vigente en aquel momento se pronunciaba en términos similares. Así, el artículo 1.Dos.2, g), j) y ñ) de la Ley 12/1997, establecía lo siguiente:

“Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá, entre otras, las siguientes funciones: [...]

g) Ejercer el control sobre los procesos de concentración de empresas de las participaciones en el capital y de los acuerdos entre los agentes participantes en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, al objeto de garantizar, cuando proceda, el cumplimiento del deber de notificación obligatorio al Servicio de Defensa de la Competencia en los términos establecidos en los artículos 14 y siguientes de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[...]

j) *Asesorar al Gobierno y al Ministro de Fomento a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones y de los servicios a que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado.[...]*

ñ) *Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministro de Fomento”.*

En consecuencia, tanto la legislación vigente en el momento de aprobación del Acuerdo de Consejo de Ministros como la vigente en la actualidad habilitan a esta Comisión para ejercer la función de vigilancia encomendada por el propio Acuerdo, para cuyo correcto desempeño esta Comisión tiene que realizar requerimientos de información, por lo que no procede de nuevo aceptar la alegación de AVS al respecto.

En consecuencia, se desestiman las alegaciones de AVS sobre la falta de competencia de esta Comisión y sobre la insuficiente delegación de competencias en el Presidente.

Sobre la ausencia de tipo de infracción en relación con los requerimientos de información en materia audiovisual.

Por último, AVS considera que no existe el tipo de infracción en relación con los requerimientos de información en materia audiovisual.

AVS reitera las alegaciones formuladas al Acuerdo de inicio del presente sancionador. Así, según AVS, la actual LGTel deroga la Ley 12/1997 careciendo, por tanto, esta Comisión de potestad sancionadora, asimismo señala AVS que los artículos 52 a 55 de la LGTel relativos a las infracciones únicamente “*son infracciones a las normas reguladoras de las telecomunicaciones*”. AVS considera que “*los preceptos que se invocan en la propuesta de resolución están referidos a la infracción de normas reguladoras de telecomunicaciones es evidente que no estamos en ese campo*”.

A este respecto únicamente cabe reproducir lo manifestado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2008 por la que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008 que estimaba el recurso promovido por Gestevisión Telecinco, S.A. contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 24 de julio de 2003 por el que se aprueba la resolución del expediente sancionador iniciado contra Antena 3 Televisión, S.A. y Gestevisión Telecinco, S.A. por incumplimiento reiterado de requerimientos de información efectuados por esta Comisión en el marco del expediente tramitado por la denuncia presentada por la empresa European Home Shopping EHS, S.L. por supuestas prácticas anticompetitivas y discriminatorias. En dicha Sentencia el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado y señala:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“La primera de las citadas cuestiones sobre la que se pronuncia la Sala –si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede sancionar a los operadores audiovisuales que no sean titulares de infraestructuras de red utilizadas como soporte de servicios de radiodifusión sonora y de televisión- no es relevante para el presente asunto y no precisa de una decisión al respecto. En efecto, debe recordarse que la sanción no se impuso por una infracción del derecho de la competencia –en ningún ámbito: ni en el de las telecomunicaciones ni en el del sector audiovisual-, por el contrario, por no atender los requerimientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones –éstos sí, en relación con la libre competencia en el sector audiovisual-. Por lo que resulta claro que la misma nada tiene que ver de manera directa con la competencia material de fondo (telecomunicaciones o ámbito audiovisual), sino que se trata de una sanción impuesta por una infracción configurada en defensa de la autoridad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Por consiguiente, en ningún caso resulta necesario pronunciarse sobre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede o no sancionar infracciones de derecho de la competencia en el ámbito de los servicios audiovisuales, puesto que ninguna sanción se le ha impuesto por ello a la sociedad recurrente. Por el contrario, la legalidad de la sanción dependerá exclusivamente de que los requerimientos fuesen efectuados en el ámbito de la competencia material de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En resumen, debemos verificar que el regulador tenía competencia para sancionar la no atención a requerimientos efectuados en el marco de sus competencias materiales en el ámbito audiovisual y, en fin, que el tipo infractor aplicado satisfacía las exigencias constitucionales.

En cuanto a si los requerimientos están hechos dentro del marco de las competencias materiales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es cuestión que la Sentencia admite, al reconocer que este organismo tiene como una de sus misiones velar por la competencia en el sector de los servicios audiovisuales, aun cuando entienda que dicha función no comprenda la potestad sancionadora. Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene tales competencias en el sector audiovisual, concurrentes con las del Tribunal de Defensa de la Competencia y con límites que no es ahora necesario examinar, es sin duda correcto, puesto que así lo estipula de manera expresa y terminante el ya citado artículo 1.dos.1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, antes transcrito.

Así pues, efectuados los requerimientos causantes de la sanción en el marco de las competencias sustantivas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, lo que resta es comprobar si la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones posee la competencia para sancionar dicha infracción y si la infracción por la que se impuso la sanción cumple las exigencias del artículo 25 de la Constitución, cuestiones que en definitiva se configuran como la ratio decidendi de la Sentencia de instancia. Pues bien, en contra de lo que afirma la Sentencia recurrida, la respuesta a ambas cuestiones es claramente afirmativa.

La sentencia recurrida viene a sostener en primer lugar, en el fundamento de derecho sexto, que los artículos 1.dos.2 l) de la Ley de Liberalización de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones y el artículo 84 de la Ley General de las Telecomunicaciones atribuyen competencias sancionadoras a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pero que no establecen tipo infractor ni consecuencia sancionadora; y en cuanto a los apartados 14 a 17 del artículo 79 de la Ley General de las Telecomunicaciones, que serían tipos sólo aplicables a las competencias de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por parte de operadores de televisión que presten servicios de soporte de difusión televisiva, pues lo contrario sería una interpretación analógica *in malam partem* en materia sancionadora. En definitiva, según la Sentencia de instancia la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no ostentaría competencia para imponer la sanción aplicada puesto que el único tipo infractor existente al respecto (el artículo 79.17 de la Ley General de Telecomunicaciones) no sería aplicable a los requerimientos dictados en el ámbito audiovisual.

Lo cierto es, sin embargo, que ambas leyes atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia sancionadora en materia de aseguramiento del cumplimiento de todas sus funciones, y que existe un preciso tipo infractor para el supuesto de los requerimientos. En efecto, en cuanto a la competencia sancionadora, la misma viene reconocida por dos veces, por un lado, en términos genéricos, en el artículo 1.dos.2 I) de la Ley 12/97 y, por otro, especificando el órgano de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que tiene atribuida la potestad sancionadora en función de la gravedad de la infracción, en el artículo 84 de la Ley 11/1998. En ambos casos está específicamente atribuida la potestad sancionadora para el incumplimiento de los requerimientos de información dictados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones –de cualquiera de ellas- de forma absolutamente clara y que en modo alguno queda condicionada a que tales requerimientos sean en ámbitos en los que también posea potestad sancionadora material, como afirma la Sentencia recurrida. En particular, en el artículo 1.dos.2 I) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones los diversos incisos han de entenderse de manera autónoma: la potestad sancionadora abarca el incumplimiento de instrucciones en el mercado de telecomunicaciones, de las resoluciones y acuerdos en cualquiera de sus funciones y de los requerimientos de información, igualmente, en la generalidad de tales funciones. Sólo en el caso del incumplimiento de instrucciones hay en este precepto una restricción de la potestad sancionadora al ámbito de las telecomunicaciones. La generalidad en el supuesto de los requerimientos de información que nos ocupan es lógica, puesto que se trata de una potestad que pretende garantizar que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda cumplir eficazmente sus funciones en cualquier ámbito, y también las tiene este regulador en el sector audiovisual, aunque sean más limitadas que en el de las telecomunicaciones.

Tampoco es preciso dilucidar si la citada atribución de competencia sancionadora en ambos preceptos incorpora o no una definición suficiente del tipo infractor (la no atención a requerimientos dictados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el marco de sus funciones), habida cuenta de que el artículo 79.17 de la Ley General de Telecomunicaciones prevé una infracción consistente precisamente en dicha conducta. Baste reiterar aquí que el tipo –como los contenidos en los números 14 y 15 en relación con instrucciones y resoluciones, respectivamente- está referido a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cualquier requerimiento de la Comisión en el ejercicio de sus funciones, como lo eran en el supuesto de autos los que no fueron atendidos por la sociedad sancionada en relación con la función de garantizar la libre competencia en el sector audiovisual.

En definitiva, esta Sentencia viene a confirmar la potestad sancionadora de esta Comisión por el incumplimiento de requerimientos de información formulados a entidades que sin ser operadores de telecomunicaciones, operan en el sector audiovisual y la existencia de tipo infractor del mismo en la normativa de telecomunicaciones. En consecuencia se rechaza la alegación de AVS al respecto.

A pesar de lo anterior, AVS considera que *“las consideraciones que se hicieron en nuestro escrito que acaban de citarse siguen siendo válidas”* y ello porque, según AVS, *“la reciente sentencia de 8 de julio de 2008 se produce en un supuesto en que la norma vigente era tanto la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones de ese año como la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones. Y se da la circunstancia de que una y otra están hoy derogadas y por tanto los términos que ha servido al Tribunal Supremo –al margen de su correspondencia con el contenido esencial del derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25 de la Constitución– para llegar a la conclusión a que ha llegado se vinculan con una redacción de los textos legales vigentes en el momento de dictarse la resolución recurrida que nada tienen que ver con la situación actual. Para empezar, como se ha dicho, ambas leyes –la LGTel y la Ley 12/1997– están derogadas y es en esas normas derogadas y en su concreta redacción en las que se basa la sentencia de 8 de julio de 2008 [...] Por otra parte, la competencia de la CMT se circunscribe ahora al “fomento de la competencia en los mercados de servicios audiovisuales” que es función mucho más reducida que la que la CMT tenía en la Ley 11/1997”*.

En primer lugar y contrariamente a lo indicado por AVS, la Ley 12/1997 no se encuentra derogada. En efecto, tal y como se ha indicado anteriormente, si bien la Disposición Derogatoria de la vigente LGTel deroga la Ley 12/1997, la Disposición Transitoria Octava la mantiene vigente en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual. En concreto, la Disposición Transitoria Octava establece *“[la] Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual”*. En consecuencia, al no haber entrado en vigor la nueva legislación del sector audiovisual, esta Comisión seguirá ejerciendo las funciones de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales en los términos previstos en la Ley 12/1997, esto es, salvaguardando *“en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado [...] de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos”* y, por tanto, seguirá ejerciendo la potestad sancionadora recogida en esa Ley *“por el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, si bien como señala AVS, la Ley 11/1998 ha sido derogada por la vigente LGTel, la actual LGTel establece en su artículo 58 que “[l]a competencia sancionadora corresponderá: a) A la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando se trate de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, infracciones graves tipificadas en el párrafo p) y, en el ámbito material de su actuación, en el párrafo q) del artículo 54, e infracciones leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respectos de los requerimientos por ella formulados. Dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de sanciones corresponderá: 1º Al Consejo, respecto de las infracciones muy graves y graves; 2º Al Presidente, en cuanto a las leves”.

Por su parte el artículo 53 x) de la LGTel califica como infracción muy grave “el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones”.

Siguiendo por tanto el mismo razonamiento que la citada Sentencia del Tribunal Supremo, esta Comisión tendría competencia sancionadora reconocida por dos veces: por un lado, en términos genéricos en el artículo 1.dos.2 l) de la Ley 12/1997, y por otra, especificando el órgano de esta Comisión que tiene atribuida la potestad sancionadora en función de la gravedad de la infracción, en el artículo 58 de la vigente LGTel.

En ambas normas está específicamente atribuida la potestad sancionadora para el incumplimiento de los requerimientos de información dictados por la Comisión en el ejercicio de sus funciones, de cualquiera de sus funciones, de esta manera en ambas normas queda recogido el tipo de forma absolutamente clara y en ningún modo condicionada a que tales requerimientos sean realizados en ámbitos en los que también posea potestad sancionadora.

Por ello, si entre las funciones de esta Comisión se encuentra la de “*fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales*”, conforme al artículo 48.2 de la LGTel; la de “*salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*”, conforme a la Ley 12/1997; y ejercer “*cualquier otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología*” conforme al artículo 48.3. m) de la LGTel, entre las que se encuentra la función de vigilancia del cumplimiento de la condiciones impuestas por el Consejo de Ministros en su Acuerdo de 29 de noviembre de 2002, esta Comisión tiene, por tanto, potestad sancionadora por el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados en el ejercicio de las mismas.

En efecto, los requerimientos de información formulados por esta Comisión se realizaron en cumplimiento del ejercicio de una función concreta, encomendada, conforme a lo dispuesto por el artículo 48.3.m) de la LGTel, por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, y que consistía en la vigilancia del cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones impuestas por dicho Acuerdo, para cuya realización esta Comisión precisaba realizar requerimientos de información a AVS. En consecuencia, el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones a AVS se encuentra dentro de la infracción recogida en la letra x) del artículo 53 de la LGTel.

Por tanto, se rechaza esta alegación de AVS.

Sobre los hechos probados

Según AVS la Propuesta de Resolución confunde “*hechos probados con opiniones*” y ello porque para AVS “*puede ser un hecho probado que AVS no adjuntó con sus escritos de contestación los documentos que se le solicitaban, esto es un hecho. Pero ese hecho no puede llevar sin explicación alguna a la afirmación como hecho probado de que AVS haya “incumplido el requerimiento” de información formulado por la CMT*”. Para AVS el hecho de presentar sus dos escritos de alegaciones pero sin aportar los documentos, no era un incumplimiento del requerimiento de información, pues “*la conducta consistente en decirle a la CMT que la documentación que se pide ya la tiene el SDC –que es órgano con el que el Plan obliga a Sogecable a relacionarse- desde hace mucho tiempo en algunos casos, no puede ser calificada de incumplimiento*”.

Señala además AVS que “*la descripción de la tipicidad adolece de manifiesto error cuando firma en la página 27: “Concorre, por tanto, tipicidad en la conducta de Sogecable al no haber contestado los requerimientos de información formulados por esta Comisión [...] Ahora la tipicidad consiste en no haber contestado los requerimientos de información formulados por esta Comisión”*”.

Pues bien, a este respecto procede señalar que el objeto de todo requerimiento de información es la obtención de la información requerida, por lo que la presentación de un escrito formulando una serie de alegaciones sin aportar dicha información no puede considerarse como un cumplimiento del citado requerimiento, sino un incumplimiento del mismo. La conducta típica de la infracción tiene lugar, por tanto, cuando no se aportan los documentos requeridos, independientemente de si se ha presentado un escrito formulando una serie de alegaciones pero sin aportar a esta Comisión la citada información.

Según AVS “*el segundo requerimiento es un requerimiento ilegal al no explicar las razones por las que la CMT considera que da igual que la documentación esté en poder de la CNC y que Sogecable está obligada a reiterar el envío de la misma a la CMT*”.

Tal y como se ha indicado anteriormente, procede señalar que un requerimiento de información no es el acto administrativo apropiado para dar contestación a alegaciones realizadas, sino el acto adecuado para que el órgano instructor determine, conozca y compruebe los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse en la resolución, por lo que en ningún caso no dar contestación a las alegaciones de AVS en el reitero del requerimiento de información invalida el mismo, como pretende AVS, y en modo alguno le exime de su debido cumplimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, AVS considera que no hay reiteración porque *“la contestación al primer requerimiento no es un primer incumplimiento, sino una aclaración de que lo que se pide ya lo tiene CNC. La contestación al segundo tampoco es un incumplimiento, pero aunque se viera así, en ningún caso hay reiteración, puesto que sería la primera vez en que, en el peor de los casos –y a efectos puramente dialécticos-, podría hablarse de incumplimiento, dado que la contestación al primer requerimiento no es ni puede ser bajo ningún concepto un incumplimiento”*.

Tal y como se ha indicado anteriormente, al ser el objeto de todo requerimiento de información la obtención de dicha información requerida, la no aportación de la misma es un incumplimiento. Asimismo y en consecuencia, la no aportación de la información ante un segundo requerimiento de información, constituye una reiteración en el incumplimiento. Por tanto, se rechaza esta alegación de AVS.

El tipo de infracción. El incumplimiento reiterado de los requerimientos de información

Según AVS *“en el presente caso, además, se da la circunstancia de que estamos ante un mismo expediente en el que la CMT hace dos requerimientos con idéntico objeto, pero lo que el tipo de infracción exige es que a una persona le sea imputable el haber desobedecido en más de dos ocasiones y en distintos expedientes los requerimientos de la CMT”*. Considera AVS que *“[e]n el ámbito penal, que inspira toda la regulación sancionadora, la reincidencia (artículo 22.8 del CP) exige la condena previa por un delito distinto. La exigencia de previa condena es lógica, puesto que estamos hablando de una conducta agravada por la plena conciencia de quién la comete de que se ha hecho algo que no sólo se supone que está prohibido, sino de lo que se tiene conciencia de que lo está, puesto que ya se ha sufrido una sanción por otro delito comprendido en el mismo título del Código Penal. Esa exigencia del mismo título tiene que ver con el conocimiento que da el saber por experiencia –por la experiencia de condena previa –que la lesión del mismo bien es constitutiva de delito”*.

A este respecto, hay que indicar que una cosa es la circunstancia agravante de *reincidencia* recogida en el artículo 22 del Código Penal y otra muy distinta la *reiteración* recogida en el tipo de la infracción 53 x) de la LGTel.

El artículo 22.8 del Código Penal establece que *“Son circunstancias agravantes: [...] 8ª) Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo”*.

La circunstancia agravante de reincidencia se fundamenta en razones de prevención especial, de modo que la respuesta punitiva anterior que dispensó el ordenamiento jurídico no cumplió con la finalidad de la pena, y el delito fue cometido de nuevo, razón por la cual el legislador ha previsto en tal caso una circunstancia modificativa que supone un agravamiento de la penalidad que resulte aplicable.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, en el presente procedimiento no estamos ante ninguna circunstancia agravante sino que la reiteración aparece recogida en el propio tipo de la infracción al exigir “*el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados*”. Al no haber aportado la información requerida repetidamente por esta Comisión, AVS estaría incurriendo en el tipo recogido en el artículo 53 x) de la LGTel.

Todo ello sin perjuicio de que se pudiese apreciar la circunstancia agravante de reincidencia en el caso de que AVS volviese a cometer la misma infracción en el término de un año, tal y como señala el artículo 131 de la LRJPAC.

Por todo lo anterior, no cabe aceptar la alegación de AVS.

Por otro lado, según AVS “*si se entiende que basta con volver a formular el mismo requerimiento para elevar la gravedad de la conducta, entonces queda en manos de la CMT a su arbitrio decidir cuál es la gravedad de la infracción, de forma que pueda elevarla artificialmente así como la sanción sin más que con repetir el requerimiento cuantas veces quiera*”.

Pues bien, esta Comisión formula los requerimientos de información en el ejercicio de sus funciones y con el objeto legítimo de obtener la información necesaria para poder desarrollarlas correctamente, por lo que si no obtiene esa información debe realizar un nuevo requerimiento de información, otorgando un nuevo plazo para contestarlo y, por tanto, dando una nueva oportunidad al administrado para atenderlo.

En consecuencia, procede rechazar esta alegación de AVS.

TERCERO.- Alegaciones relacionadas con el presente expediente sancionador

1. Sobre la motivación de los requerimientos de información.

Según AVS “*una vez puesta en conocimiento de la CMT la existencia de actuaciones de la CNC, la CMT prefirió ignorarlas e insistió en el requerimiento, sin explicación alguna de por qué. En el segundo, sin motivar nada, sin contestar a las razones que le había expuesto AVS para que archivara el expediente, la CMT insiste en su requerimiento. Y aquí no cabe duda que incurre en invalidez e ilegalidad de su conducta*”. De esta manera, para AVS al haber reiterado esta Comisión el requerimiento sin motivarlo estaría conculcando “*el artículo 54 de la Ley 30/1992 que exige motivación de todos los actos de la Administración pública y por tanto dictando un acto inválido*”.

Pues bien, el artículo 78 de la LRJPAC establece que “[l]os actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento [...]”. Los requerimientos de información formulados a AVS tenían por objeto averiguar los hechos ocurridos en orden a informar debidamente a la CNC, y constituyen un elemento imprescindible para cumplir la función de esta Comisión impuesta por el Acuerdo de Consejo de Ministros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con la motivación de los requerimientos de información el Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones. Entre ellas, destaca la Sentencia de 16 de mayo de 2006 en la que el Tribunal Supremo señalaba lo siguiente:

“El segundo motivo de casación, que se funda en la infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser acogido, al apreciarse que la Sala de instancia enjuició con rigor jurídico la justificación del requerimiento de información practicado por el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Resulta oportuno recordar que en la mencionada Sentencia de 9 de marzo de 2006, en el fundamento jurídico tercero, se rechaza este mismo motivo de casación, con la exposición de los siguientes argumentos:

«Es necesario tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo o bien en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos, como dice el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persiguen –acopio de material instructorio–, y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

Con base en esto, puede señalarse que el acto de requerimiento, tal cual señala la sentencia de instancia, tiene la motivación suficiente, con referencia a hechos –publicación de la noticia del concurso en la prensa–, y fundamentos de derecho –relación de potestades que determinan el requerimiento–, lo que unido a desarrollarse el trámite dentro de un determinado procedimiento informativo con un objeto concreto, hay que considerar cumplido el requisito del artículo 54 mencionado, que solo exige «sucinta» referencia a hechos y fundamentos de derecho»⁶.

El requerimiento de información formulado a AVS, y su posterior reitero, fueron formulados en el marco del procedimiento iniciado por esta Comisión para informar a la CNC sobre el cumplimiento o no por parte de Sogecable de las Condiciones del Acuerdo de Consejo de Ministros y a los efectos de vigilancia que recoge la propia Condición octava, como así constaba en los citados requerimientos. Asimismo, en ellos se exponía el objeto del procedimiento, la habilitación competencial para su ejercicio y la información requerida necesaria para que esta Comisión valorase correctamente los hechos, por lo que en ningún caso se puede aducir falta de motivación que invalide dichos

⁶ Subrayado añadido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requerimientos, pues cumple con los requisitos exigidos por la Ley y así confirmados por la jurisprudencia.

En efecto, en los requerimientos de información formulados por esta Comisión se indicaba lo siguiente “[c]on fecha 11 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de MEDIAPRODUCCIÓN, S.L. por el que denuncia un incumplimiento de las Condiciones Segunda y Tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (en adelante, el Acuerdo de Consejo de Ministros) por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de “DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A.” (Vía Digital) en “Sogecable, S.A.” (Sogecable). Con fecha 20 de noviembre de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha acordado iniciar de oficio un procedimiento con el fin de analizar presunto incumplimiento de las Condiciones Segunda y Tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros [...] La Condición octava del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, dispone que: “Octava.- A los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidas y de forma especial sobre la condición quinta. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto e incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente en este ámbito.” Es decir, se indicaba cual era el objeto del procedimiento iniciado por esta Comisión, para cuyo cumplimiento se requería a AVS determinada información que esta Comisión consideraba imprescindible.

Asimismo, en los citados requerimientos se citaba la habilitación competencial que servía de base para realizar esta función al señalar que “[e]l artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, en relación con lo dispuesto en el artículo 1. Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, establece que esta Comisión podrá recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, que están obligadas a suministrarla. La Disposición transitoria octava de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual”.

En consecuencia, debe rechazarse esta alegación de AVS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2. Sobre la improcedencia de solicitar documentos que ya obren en poder de la Administración o que son públicos.

AVS considera improcedente solicitar documentos que ya obran en poder de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 35 f) de la LRJPAC.

Como ya se indicaba en la Propuesta de Resolución, el artículo 35 f) de la LRJPAC establece que “[l]os ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: [...] f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”. En este sentido, el artículo 2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la LRJPAC las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, establece que “cuando los documentos exigidos a los interesados por la normativa aplicable ya estuvieran en poder de cualquier órgano de la Administración actuante, el solicitante podrá acogerse a lo establecido en el apartado f) del artículo 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siempre que haga constar la fecha y el órgano o dependencia en que fueron presentados o, en su caso, emitidos, y cuando no hayan transcurrido más de cinco años desde la finalización del procedimiento a que correspondan”.

Por tanto, para poder acogerse a este derecho reconocido en la LRJPAC resulta imprescindible que se trate de la misma Administración actuante. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es un organismo público dotado de personalidad jurídica e independiente de otras Administraciones y organismos estatales, conforme a lo previsto en el artículo 48.1 de la LGTel y la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y está adscrita al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a diferencia de la CNC, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda.

Sin embargo, para AVS “ese argumento resulta insólito en un procedimiento en que la Administración actuante es la Administración del Estado que actúa, como dice el artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE) con personalidad jurídica única. Pues bien, en el presente caso resulta que el expediente de la CMT (RO2007/1352) que da lugar al presente expediente sancionador se inserta con naturalidad en un expediente de la CNC. La resolución de 17 de abril de 2008 lo pone de manifiesto cuando pone fin al expediente al aprobar la CMT un informe sobre el cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones del acuerdo ACM20”.

Como bien señala AVS, la Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única, tal y como dispone el artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sin embargo, este hecho no tiene nada que ver con lo que aquí nos ocupa.

La LRJPAC permite a los ciudadanos no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. Si bien el informe elaborado por esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo de Ministros tenía como destinatario a la CNC, ello no implica que se trate de la misma Administración actuante ni del mismo procedimiento como pretende AVS y, por lo tanto, no puede eximirse de su obligación de atender los requerimientos de información formulados por esta Comisión.

AVS entiende que su obligación de remitir la documentación requerida decae por haber sido parte de dicha información entregada por Sogecable a la CNC. Como se ha indicado, únicamente podría negarse a suministrarla si dicha información se encontrase en poder de esta Comisión, por ser la Administración actuante en el presente caso, o ser documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, sin embargo, la información requerida por esta Comisión era imprescindible para llevar a cabo la función de esta Comisión -en este caso encomendada por el Acuerdo de Consejo de Ministros-, fue requerida conforme a la habilitación competencial correspondiente, y se trataba de información que no obraba en poder de esta Comisión, por lo que AVS no puede justificar su negativa a atender los requerimientos formulados por los motivos expuestos.

Por otro lado, conviene aclarar que, en todo caso y tal como se indicó en la Resolución de 20 de diciembre de 2007 por la que se resolvió el recurso potestativo de reposición formulado por AVS al requerimiento de información, el cumplimiento de los requerimientos de información ha de ser directo y no cabe remitirse a que se tienen noticias de que otra empresa haya aportado la misma información para eludir su obligación.

Contrariamente a lo señalado por AVS, el Informe elaborado por esta Comisión ni fue iniciado a petición de la CNC ni se enmarca en ningún procedimiento tramitado en ese organismo. Tal y como se ha indicado, esta Comisión acordó de oficio la apertura del correspondiente procedimiento como consecuencia de la denuncia presentada por Mediapro, siendo la única administración actuante en el cumplimiento de su función.

En efecto, el informe elaborado por esta Comisión en cumplimiento de su función de vigilancia del Acuerdo de Consejo de Ministros es independiente del procedimiento que se tramite, en su caso, en la CNC, que decidirá la apertura o no de su correspondiente procedimiento sobre la base del informe elaborado por esta Comisión. Cuestión distinta sería si la CNC acordase la apertura de un procedimiento sancionador contra Sogecable por incumplimiento de las condiciones impuestas, y en el marco de ese procedimiento sancionador se solicitase informe a esta Comisión, el cual, este sí, se emitiría en el marco de las actuaciones realizadas por ese organismo.

El hecho de que la finalidad de las actuaciones tanto de la CNC como de esta Comisión en el marco del Acuerdo de Consejo de Ministros sea la misma, esto es, comprobar el grado de cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones impuestas con el objeto de aprobar la operación de concentración, no hace que la actuación de esta Comisión se enmarque en el procedimiento



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la CNC. Se trata de dos procedimientos distintos, realizados por dos Administraciones distintas, que pueden utilizar medios distintos para cumplir sus funciones y por ello se decidió sujetar la actuación de Sogecable a la vigilancia de dos organismos distintos.

Sea como fuere, AVS reconoce que parte de la información requerida por esta Comisión ni siquiera había sido entregada por Sogecable a la CNC, y que no la remitió por estar depositada en el Registro Mercantil, por ser conocida con carácter general y por estar disponible en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Esta información es la siguiente:

- Contratos o acuerdos en virtud de los cuales Gestport, S.L. cedió los derechos derivados del contrato de 21 de julio de 1999 del Real Madrid Club de Fútbol a Audiovisual Sport, S.L.
- Explicación y justificación desagregada del coste del Apartado A.4 de la Cuenta de pérdidas y ganancias "*Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado*" de las Cuentas Anuales de Audiovisual Sport, S.L. correspondientes al ejercicio 2006.

Pues bien, tal y como se expondrá a continuación, esta información era fundamental para que esta Comisión pudiese valorar el cumplimiento por parte de Sogecable de la Condición segunda, es decir, para que esta Comisión pudiese conocer si Sogecable había ejercido o no el derecho de opción de compra (cedido a AVS) que Sogecable ostentaba sobre una temporada del Real Madrid Club de Fútbol, cuyo ejercicio estaba prohibido durante la vigencia del Acuerdo de Consejo de Ministros.

Los contratos o acuerdos en virtud de los cuales Gestport, S.L. cedió los derechos derivados del contrato de 21 de julio de 1999 del Real Madrid Club de Fútbol a Audiovisual Sport, S.L. eran necesarios pues podían contener modificaciones al mencionado derecho de opción de compra, y se trataba de un contrato que Sogecable no había remitido ni siquiera a la CNC y así lo reconoce expresamente AVS. A este contrato, nunca tuvo acceso esta Comisión, no pudiendo por tanto comprobar, de manera directa, si se habían producido los citados cambios.

Con la explicación y justificación desagregada del coste del Apartado A.4 de la Cuenta de pérdidas y ganancias "*Dotaciones para amortizaciones de inmovilizado*" de las Cuentas Anuales de Audiovisual Sport, S.L. correspondientes al ejercicio 2006, se pretendía obtener una explicación y justificación del citado apartado sobre el que se basaba la denuncia de Mediapro y del que parecía desprenderse el posible ejercicio del derecho de opción de compra. Esta explicación, sin la cual esta Comisión no podía valorar el cumplimiento o no de la Condición segunda, es decir, no podía valorar si Sogecable había ejercido o no el derecho de la opción de compra durante la vigencia de las condiciones del Acuerdo de Consejo de Ministros, únicamente podía obtenerse de la propia AVS o de Sogecable, en tanto poseedora del 80%



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

del accionariado de AVS, en tanto que la misma no constaba en ningún registro público.

Lo anterior obligó a esta Comisión a solicitar la colaboración del Real Madrid Club de Fútbol, quien finalmente informó a esta Comisión de que sí que se había ejercitado la opción de compra y de la fecha en que se había ejercitado, permitiendo a esta Comisión valorar el cumplimiento de esa Condición. Ante la no remisión por parte de Sogecable de la información requerida, sin la colaboración del Real Madrid, esta Comisión no habría podido valorar este elemento esencial del expediente.

En definitiva, a pesar de que, como se acaba de indicar, el hecho de haber aportado parte de la información a la CNC no eximiría en ningún caso a Sogecable de la obligación de remitir la información a esta Comisión, la propia AVS reconoce que hubo parte de la información, que como terminamos de exponer, era esencial para la elaboración del Informe, que no remitió a ese organismo, por lo que su argumentación decae desde el momento en que parte de la información ni siquiera la ha remitido al órgano con el que, según AVS, Sogecable está obligado a relacionarse en virtud del Plan de Actuaciones.

En el mismo sentido, el hecho de que esta Comisión elaborase finamente el informe, no prueba, como pretende AVS que *“para el cumplimiento de las funciones de la CMT no era necesario el requerimiento formulado por la CMT”*, pues, tal y como se ha expuesto, fue precisamente la obtención a través de terceros (la CNC y el Real Madrid), de dicha información, lo que permitió la elaboración del informe.

Sobre el ejercicio del ius puniendi antes de verificar las alegaciones de AVS.

Alega AVS que tras haber accedido al expediente RO 2007/1352 *“ha podido comprobar que un día antes de acordar el inicio del expediente sancionador la CMT se ha dirigido a la CNC para pedirle los documentos, pero sin esperar su contestación que se produjo posteriormente en el mes de febrero, la CMT acordó iniciar el expediente sancionador. Todo ello ratifica la infracción producida al tomar una decisión de inicio de expediente sancionador con indiferencia hacia la necesidad de la documentación pedida que ha resultado innecesaria al haber podido cumplir sus funciones la CMT con la documentación remitida por la CNC”*.

Pues bien, tal y como se ha indicado anteriormente, además de que el hecho de que la información se encontrase en poder de la CNC no exime a AVS de la obligación de atender debidamente los requerimientos de información formulados por esta Comisión. La CNC y esta Comisión son dos organismos distintos, e incluso adscritos a dos organismos distintos, por lo que en ningún caso el hecho de haber sido entregada la información a la CNC exime a AVS de cumplir con los requerimientos de información formulados por esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión. Pero es más, tal y como se acaba de indicar y así reconoce Sogecable, parte de la información requerida ni siquiera fue entregada a la CNC.

El tipo infractor establecido en el artículo 53 x) de la LGTel califica como infracción muy grave “*el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de sus funciones*”. Es decir, la infracción se consuma desde el momento en que AVS incumple reiteradamente los requerimientos de información formulados por esta Comisión, y con ella se pretende defender la autoridad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, independientemente de si la información requerida fue entregada o no a otro organismo distinto a esta Comisión en el marco de otro procedimiento. En consecuencia, no se puede aceptar esta alegación de AVS.

CUARTO.- Culpabilidad en la comisión de la infracción y ausencia de eximentes de responsabilidad.

Una vez acreditada la existencia de una infracción tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable, y en consecuencia, es preciso analizar si en virtud de los hechos probados concurre el elemento de la culpabilidad en la conducta llevada a cabo por AVS.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial, el legislador español ha recogido el principio de culpabilidad al regular la potestad sancionadora de la Administración. Así, el artículo 130.1 de la LRJPAC establece que “*[s]ólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia*”.

Como se ha señalado por la jurisprudencia y doctrina aplicables, y por esta Comisión en ocasiones anteriores, se entiende que el sujeto es culpable si la infracción es consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor –esto es, si no se dan en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar-, al menos por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (entre otras, sentencias del TS de 22 de febrero de 1992, de 9 de julio de 1994).

Esto es, la imputabilidad de la conducta puede serlo a título de dolo o culpa, si bien no se exige dolo. Actúa culposamente quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma (STS de 22 de noviembre de 2004) y dolosamente quien conoce y quiere realizar el hecho ilícito.

En este sentido, resulta que la consideración de lo dispuesto por el artículo 130.1 de la LRJPAC lleva a concluir que en el cumplimiento de las obligaciones ha de ponerse aquella diligencia que resulte exigible en función de la propia naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. En consecuencia, cabe atribuir responsabilidad a título de negligencia,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

entendida como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Es decir, la culpa se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado y el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se ha previsto, o inconsciente, cuando no se ha previsto el resultado pero éste era previsible.

Por otro lado, nos encontramos ante la figura del dolo cuando se cumplen los dos elementos que lo integran: el intelectual y el volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción así como de su significación antijurídica, mientras que el segundo supone el querer realizar el hecho ilícito.

Como ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia, por todas, la STS de 3 de marzo de 2003, *“en Derecho Administrativo Sancionador [...] por regla basta la imprudencia para que se entienda cometida la infracción y, salvo advertencia legal expresa en contrario, no es exigible el dolo que de otra suerte, caso de haberse dado, únicamente opera como elemento de graduación (agravante) de la sanción [...]”*⁷.

En la normativa sectorial de telecomunicaciones, el tipo de infracción contenido en el artículo 53.x) de la LGTel exige la concurrencia de dolo como un elemento subjetivo del tipo de forma expresa, pues la sola reiteración del incumplimiento del requerimiento de información es requisito imprescindible de la infracción que exige la intencionalidad de la conducta, por lo que sólo puede imputarse con carácter doloso.

El elemento de la culpabilidad descrito, esto es, el dolo, concurre en la actuación realizada por AVS en el presente caso que ha sido calificada como infracción muy grave, al quedar probado a título doloso su intención (elemento volitivo) de no aportar la información requerida por esta Comisión mediante los requerimientos de información reiteradamente, siendo consciente de las consecuencias de su conducta, al haber sido advertido incluso de las mismas en el reitero del requerimiento (elemento intelectual), a pesar de lo cual no cumplió con su deber de aportar los datos requeridos, siendo plenamente consciente de que tal incumplimiento constituía una infracción del ordenamiento jurídico.

La anterior conclusión no se ve afectada por la existencia de circunstancia alguna de exención o exclusión de la responsabilidad de AVS. Tales circunstancias eximentes, reguladas en el Derecho Penal, que son de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador, tal y como ha señalado reiteradamente la Jurisprudencia y la doctrina, no concurren en el presente supuesto, pues o bien se refieren a circunstancias subjetivas que sólo pueden concurrir en las personas físicas y no en las jurídicas (alteraciones psíquicas en la percepción, minoría de edad), o bien se refieren a la existencia de causas que excluyen el nexo causal del sujeto con la acción (caso fortuito o fuerza

⁷ A. Nieto, Derecho Administrativo Sancionador, pág. 391, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mayor), o a la concurrencia de un error (conocimiento equivocado de los elementos de la conducta típica) o a circunstancias de estado de necesidad o miedo insuperable, no desprendiéndose la existencia de ninguna de estas causas de los Hechos Probados.

QUINTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad infractora.

De acuerdo con los criterios de graduación contenidos tanto en el artículo 56.2 de la LGTel como en el artículo 131.3 de la LRJPAC, se considera que no concurre en el presente caso ninguna causa de agravación ni de atenuación de la responsabilidad.

SEXTO.- Sanción aplicable a la infracción.

La LGTel fija unas reglas para fijar la máxima cuantía que puede imponerse en la sanción de infracciones, aunque sólo se establece una cuantía mínima en caso de que pueda cuantificarse la sanción con arreglo al beneficio económico obtenido por el infractor. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1.b) de la LGTel “[p]or la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros. Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”.

En aplicación de los anteriores criterios de graduación de las sanciones y de las actuaciones habidas en el presente procedimiento, los límites de la sanción que puede ser impuesta a los denunciados por la comisión de la infracción objeto del presente procedimiento son los siguientes:

- En cuanto a la cuantía de la sanción máxima, procede señalar que no resulta posible determinar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción por cuanto que la infracción cometida no reporta ningún beneficio para el infractor, al ser un incumplimiento de requerimientos de información. Por tanto, la sanción máxima que se podría imponer es de dos millones de euros.
- No existe límite, en el presente caso, para el establecimiento de la cuantía de la sanción mínima, habida cuenta de la inexistencia de beneficio para el infractor.

El artículo 131.2 de la LRJPAC dispone que el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

infringidas. En consecuencia, ha de tenerse en cuenta esta previsión legal a la hora de establecer la sanción correspondiente.

Hay que tener en cuenta que *“la Administración debe guardar la debida proporcionalidad entre la sanción impuesta, la infracción cometida y las circunstancias de toda índole que en ella concurren”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998, RJ 1998\2361). Este principio de proporcionalidad *“se entiende cumplido cuando las facultades de la Administración para determinar la cuantía de la sanción concretada en la multa (...) han sido desarrolladas, en ponderación de los datos obrantes en el expediente, dentro de los límites máximos y mínimos permisibles para la gravedad de la infracción”* (Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1991).

Por todo lo anterior, la Propuesta de Resolución en aplicación del principio de proporcionalidad que debe presidir la actividad sancionadora de la Administración y a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131.3 de la LRJPAC y en el artículo 56.2 de la LGTel, a la vista de que la actividad infractora no ha reportado a AVS beneficio bruto alguno, consideró que procedía imponer a AVS la sanción de setecientos mil (700.000) euros.

Para AVS esta sanción *“no valora la innecesariedad de los documentos que pedía que se ha puesto de manifiesto en el informe que le remitió el 17 de abril de 2008 la CMT a la CNC. Tampoco ha valorado que no hay infracción de las condiciones segunda y tercera”*.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el hecho de que esta Comisión hubiese realizado el Informe a la CNC en el marco del cual se realizaron los requerimientos sin que AVS hubiese aportado la información requerida, no implica, como pretende AVS, que los requerimientos de información fuesen innecesarios. En orden a cumplir con la función encomendada por el Acuerdo de Consejo de Ministros esta Comisión tuvo que solicitar a la CNC la información que, según decía AVS, Sogecable había remitido a ese organismo, lo que demuestra que la información no sólo era necesaria sino imprescindible.

Por otro lado, el presente procedimiento sancionador tiene por objeto analizar la conducta de AVS consistente en no remitir la documentación que ésta le requería, y eso es lo único que se debe tener en cuenta. La valoración que esta Comisión emitió en su Informe a la CNC de 17 de abril de 2008 y, por supuesto, la resolución final emitida por la CNC son procedimientos absolutamente ajenos a este procedimiento sancionador y que, por tanto, no han de ser valorados.

Hay que tener en cuenta que la LGTel fija en 2 millones de euros el límite máximo para esta infracción, sin embargo, al no existir circunstancias agravantes ni atenuantes que modifiquen la responsabilidad infractora, esta Comisión considera proporcionado fijar la sanción dentro de la mitad inferior. Por todo ello, se considera proporcionado imponer a AVS la sanción de setecientos mil (700.000) euros.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Alegaciones no relacionadas con el expediente que se resuelve.

En este apartado se procede a dar contestación a aquellas alegaciones de AVS que, si bien han sido formuladas en el seno del presente procedimiento sancionador, se refieren a cuestiones ajenas al mismo aunque relacionadas con el procedimiento en el cual se emitieron los requerimientos de información a AVS (RO 2007/1352).

Sobre el sometimiento de AVS al Acuerdo de Consejo de Ministros.

Para AVS no se dan las condiciones para entender que AVS “*fuese en el momento de efectuarse los requerimientos, ni en el momento de efectuar las presentes alegaciones, una empresa dependiente de Sogecable, estando pendiente de ejecutarse la operación de concentración Sogecable/AVS [...]*”.

Según AVS la única entidad que queda sujeta en su operación de concentración con DTS es Sogecable y que “[*o]tra cosa es que ésta última entidad pueda a través de terceros –AVS en este caso- hacer operaciones que puedan ir en contra de las obligaciones que ha adquirido Sogecable en virtud de la concentración, pero eso sólo ocurrirá en relación con los derechos que Sogecable controla a través de AVS, pero no con los derechos de los que AVS es titular originaria y no por derivación o cesión de Sogecable”* .

La Condición segunda del Acuerdo establece que “*Sogecable no podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o de prórroga que posee o controla, tanto directamente como indirectamente, a través de Audiovisual Sport o de cualquier otra forma, en la negociación para la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S.M. el Rey*”⁸.

El Plan de Actuación también se refiere a AVS en numerosas ocasiones. Por citar sólo algunas en relación con la Condición segunda, el Plan establece “[*e]n lo que se refiere a los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o de prórroga que SOGECABLE controla a través de AUDIOVISUAL SPORT, SOGECABLE ejercerá sus derechos de voto en dicha sociedad en un sentido acorde con la presente Condición, de manera que AVS no ejerza tales derechos en la negociación para la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S.M. el Rey*”.

Asimismo, la Condición cuarta del Plan de Actuaciones señala que “[*...*] con excepción del contrato suscrito con el Atlético de Madrid, S.A.D., referido Infra, SOGECABLE, ADMIRA y AVS no tienen suscritos contratos con otros clubes relativos a las temporadas posteriores a la temporada 2002/03. Una vez aprobado el presente Plan de Actuaciones por el Servicio, SOGECABLE Y AUDIOVISUAL SPORT (quien tiene cedidos los derechos de contrato con el F.C. Barcelona) comunicarán a los terceros interesados su disposición para abrir negociaciones con vistas a la concesión de sublicencias para la explotación por UMTS e Internet de los derechos de los

⁸ Subrayado añadido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

referidos contratos. [...] AUDIOVISUAL SPORT ejercerá los derechos correspondientes a GMAF en el citado Contrato de cesión de derechos audiovisuales suscrito con el Atlético de Madrid, S.A.D (de 17 de enero) en virtud de otro Contrato de esa misma fecha, por el cual GMAF cede y transmite a AVS [...].

Pues bien, AVS es una compañía cuya principal actividad es la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol, cuyos accionistas actuales⁹ son Sogecable, con un 80%, y TVC Multimedia, S.L., con un 20%.

AVS es una empresa titular o cesionaria de derechos de retransmisión de determinados clubes de fútbol y, como se acaba de indicar, expresamente citada tanto en el propio Acuerdo de Consejo de Ministros como en el Plan de Actuaciones, a través de la cual Sogecable disponía de derechos de adquisición preferente cuyo ejercicio estaba prohibido por el propio Acuerdo durante su vigencia.

En consecuencia, AVS, como empresa a través de la cual Sogecable debía cumplir con las condiciones establecidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros, quedaba sometida al propio Acuerdo y, por tanto, quedaba sometida a la función de vigilancia encomendada por el Acuerdo a esta Comisión, pudiendo requerirle la información que considerase necesaria para el correcto desempeño de dicha función.

Sobre el Plan de Actuaciones

AVS compara en sus alegaciones lo dispuesto en el Plan de Actuaciones elaborado por Sogecable en cumplimiento de lo dispuesto en la Condición Sexta del Acuerdo de Consejo de Ministros relativo a retransmisión de derechos futbolísticos (Orden ECO/20/2003) con lo dispuesto en el Plan de Actuaciones elaborado en cumplimiento de la Condición vigésima del Acuerdo de Consejo de Ministros relativo a *otros derechos* (Orden ECO/19/2003).

AVS entiende que según lo dispuesto en ambos Planes de Actuaciones “a través de la CMT debía encauzarse toda la relación y remisión de documentación en relación con “otros mercados” y, en cambio, en relación con los acontecimientos futbolísticos el cauce debía ser a través del SDC”. De esta manera, AVS realiza la siguiente interpretación del Plan de Actuaciones: “[I]o que el Plan de Actuaciones establece es que Sogecable suministrará al Servicio de Defensa de la Competencia toda la información necesaria [...]. No dice nada acerca de que la CMT no ejerza competencia alguna. Al contrario expresamente dice que para el ejercicio de las competencias de la CMT-aparte de las del SDC- se suministrará por Sogecable al SDC la información necesaria”.

⁹ Al margen de lo que resulte de las controversias surgidas entre Sogecable y Mediapro a raíz del Contrato de 24 de julio de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según AVS el Plan de Actuaciones “*expresa una voluntad conforme sobre cómo debe ser interpretada y aplicada la decisión del Gobierno que es determinante de la decisión de las empresas de seguir adelante con la concentración. Es por ello que el Plan de Actuación es el que en último término obliga a las empresas que se concentran, porque es el Plan lo que en realidad aceptan –aprobado por la Administración por otra parte- para concentrarse y lo que les lleva a la concentración. Si las empresas no aceptan el Plan –a lo que equivale que no aceptan las modificaciones que les propone la Administración – la concentración, que es una decisión empresarial en último término, no se lleva a cabo. Pero si las empresas aceptan las modificaciones que les propone la Administración y ésta, entonces, aprueba el Plan, éste se erige en el criterio de interpretación de las obligaciones impuestas y asumidas por las empresas”.*

Asimismo, según AVS esta Comisión tendría una suerte de prejuicio contra el Plan de Actuaciones pretendiendo minusvalorar lo dispuesto en el mismo e insinuando que el Plan de Actuaciones sería contrario al propio Acuerdo de Consejo de Ministros.

Pues bien, con carácter previo resulta imprescindible diferenciar las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros en el Acuerdo de 29 de noviembre de 2002 y a las que se subordina la integración de Vía Digital en Sogecable, del Plan de Actuaciones elaborado por Sogecable en cumplimiento de dichas condiciones y aprobado por el Servicio de Defensa de la Competencia mediante Resolución del Director General de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2003.

Conforme al artículo 17 b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia¹⁰ “[e]l Tribunal de Defensa de la Competencia remitirá su dictamen al Ministro de Economía para que lo eleve al Gobierno, que en el plazo máximo de un mes podrá decidir: [...] b) Subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones. En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autorizar su modificación en tanto se ejecuta y en los términos fijados en el mismo”¹¹.

En cumplimiento de este artículo, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 se decidió subordinar a la observancia de condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de «DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, Sociedad Anónima» (Vía Digital) en «Sogecable, Sociedad Anónima» (Sogecable) (Orden ECO/20/2003)¹². Entre estas Condiciones, la Condición

¹⁰ Actualmente derogada por la Ley 15/2007, de de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹¹ Subrayado añadido.

¹² La aprobación de la operación de concentración económica consistente en la integración de «DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, Sociedad Anónima» (Vía Digital) en «Sogecable, Sociedad



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sexta del Acuerdo de Consejo de Ministros establecía que “[e]n el plazo de dos meses desde la notificación del presente Acuerdo a Sogecable, este deberá presentar ante este Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas [...]”¹³.

En consecuencia, es el propio Acuerdo de Consejo de Ministros el que impone las condiciones a las que se sujeta la operación, condiciones que Sogecable debe cumplir en todo caso si quiere que la operación de concentración se lleve a cabo, mientras que el Plan de Actuaciones es una instrumentación de dicho Acuerdo a cuya realización estaba obligada Sogecable en virtud del propio Acuerdo de Consejo de Ministros.

Una vez establecida esta distinción entre el Acuerdo de Consejo de Ministros y el Plan de Actuaciones, se procede a contestar las alegaciones de AVS.

Según AVS el Plan de Actuaciones obliga a Sogecable a relacionarse únicamente con un organismo, ya sea con esta Comisión en el marco del Acuerdo de Consejo de Ministros de *otros mercados* o con la CNC en el marco del Acuerdo de Consejo de Ministros de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos, ignorando los requerimientos de información que le formule el otro organismo, y en consecuencia, ignorando la función de vigilancia encomendada por ambos Acuerdos tanto a esta Comisión como a la CNC.

Esta Comisión no sólo no puede aceptar esta interpretación excluyente del Plan de Actuaciones, sino que si se analiza lo dispuesto en ambos Planes de Actuaciones, se comprueba que el Plan de Actuaciones relativo a derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos difiere del Plan de Actuaciones relativo a *otros derechos* únicamente en relación con la información que Sogecable debía suministrar periódicamente durante la vigencia del Acuerdo de Consejo de Ministros, y en ningún caso impidiendo ni a esta Comisión ni a la CNC que pudieran formular requerimientos de información en el ejercicio de sus funciones ni excusando a Sogecable atender dichos requerimientos.

En efecto, conforme al Plan de Actuaciones relativo a *otros derechos* Sogecable debía presentar “[p]ara el ejercicio de las funciones de ejecución y cumplimiento que la condición Vigésimo tercera atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia y vigilancia e informe que la Condición Vigésimo segunda atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, durante el período de vigencia de esta condición, Sogecable suministrará a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones toda la información necesaria para el correcto desempeño de sus función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquélla que contenga secretos comerciales. En concreto, Sogecable presentará a la Comisión informes

Anónima» (Sogecable) se subordinó a dos Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de noviembre, uno relativo a derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos publicado mediante la Orden ECO/20/2003 y otro relativo a “otros derechos” publicado mediante Orden ECO/19/2003.

¹³ En el mismo sentido se pronunciaba la Condición vigésima del Acuerdo de Consejo de Ministros relativo a *otros derechos*: “En el plazo de dos meses desde la notificación del presente Acuerdo a Sogecable, ésta deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él establecidas [...]”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

antes del 31 de octubre de 2003 y del 30 de abril de 2004 sobre el cumplimiento de todas las condiciones. A partir de 2005, Sogecable, presentará a la Comisión un informe anual antes del 30 de abril sobre el cumplimiento de todas las condiciones. Todo ello sin perjuicio de la prestación de toda la colaboración que fuera requerida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o el Servicio de Defensa de la Competencia para el desempeño de sus funciones”.

Por su parte, el Plan de Actuaciones relativo a derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos concreta que “[p]ara el ejercicio de las funciones de ejecución y cumplimiento que la condición novena atribuye al Servicio de Defensa de la Competencia y vigilancia e informe que la Condición octava atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, durante el período de vigencia de esta condición, Sogecable suministrará al Servicio de Defensa de la Competencia toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquélla que contenga secretos comerciales. En concreto, Sogecable presentará al Servicio informes antes del 31 de octubre de 2003 y del 30 de abril de 2004 sobre el cumplimiento de las condiciones. A partir de 2005, Sogecable presentará al Servicio un informe anual antes del 30 de abril sobre el cumplimiento de las condiciones. Todo ello sin perjuicio de la prestación de toda la colaboración que fuera requerida por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o el Servicio de Defensa de la Competencia para el desempeño de sus funciones”.

Por ello, el hecho de que los suministros periódicos de información que Sogecable debía realizar durante la vigencia de ambos Acuerdos de Consejo de Ministros estuviesen dirigidos bien a esta Comisión o bien a la CNC, en función del Acuerdo que se tratase, no implicaba que Sogecable y AVS pudiesen desatender los requerimientos de información que tanto la CNC como esta Comisión pudieran realizar en cumplimiento de la función de vigilancia que los propios Acuerdos atribuyen a ambos organismos.

En efecto, una cuestión es que Sogecable debiese aportar información periódica -informes semestrales primero y, posteriormente, a partir del año 2005, informes anuales- sobre el cumplimiento de las condiciones a las que estaba sujeta su operación de concentración, y otra muy distinta que esta Comisión, en ejercicio de las funciones encomendadas por dichos Acuerdos de Consejo de Ministros y sus correspondientes Planes de Actuación, no pudiera requerir información a la empresa cuyo comportamiento debía vigilar realizando los informes pertinentes sobre su cumplimiento, tal y como dispone el propio Acuerdo de Consejo de Ministros, ni a la empresa a través de la cual Sogecable disponía de derechos de adquisición preferente cuyo ejercicio estaba prohibido por el propio Acuerdo durante su vigencia.

Asimismo, el Plan de Actuaciones de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos preveía el suministro periódico de información relativo al cumplimiento de las condiciones a la CNC, a diferencia de lo dispuesto en el Plan de Actuaciones relativo a *otros derechos* en el que dicha información se entregaba a esta Comisión. Pues bien, este hecho dota de mayor importancia a los requerimientos de información que realizase esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión para el ejercicio de la función encomendada por el Acuerdo de Consejo de Ministros, al ser éste el único instrumento del que se podía valer para ejercer la misma.

Según esta entidad las competencias que esta Comisión debía desarrollar en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de Consejo de Ministros se debían ejercer en función de la información que Sogecable remitía a la CNC, sin que esta Comisión pudiera requerir más información a Sogecable y a AVS, fuese o no coincidente con la que esta entidad suministraba a la CNC. Precisamente, tal y como se ha indicado anteriormente y así reconoce la propia AVS hubo parte de la información Sogecable ni siquiera había suministrado a la CNC, por lo que no puede aceptarse esta interpretación de AVS que coartaría la libertad de actuación de esta Comisión en el ejercicio legítimo de sus funciones.

La finalidad de las actuaciones tanto de la CNC como de esta Comisión en el marco del Acuerdo de Consejo de Ministros es la misma, esto es, comprobar el grado de cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones impuestas en el Acuerdo de Consejo de Ministros. Sin embargo, los medios para llevar a cabo tales actuaciones pueden ser distintos, y por ello se decidió que la actuación de Sogecable –y en consecuencia la de AVS- fuese vigilada por dos organismos distintos. Si bien esta Comisión únicamente podía emitir informes, era sobre la base de esos informes sobre los que la CNC ordenaba a Sogecable corregir su conducta y, llegado el caso, abrir un procedimiento sancionador. En efecto, no hay que olvidar que la Condición novena del Acuerdo de Consejo de Ministros encomendaba a la CNC la ejecución y el cumplimiento del Acuerdo sobre la base de los informes elaborados por esta Comisión, por lo que estos informes eran imprescindibles para la correcta ejecución y cumplimiento del propio Acuerdo de Consejo de Ministros.

En consecuencia, no puede aceptarse esta alegación de AVS.

Sobre el expediente RO 2007/1352 relativo al Informe a la CNC sobre el cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones impuestas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (Orden ECO/20/2003).

Según AVS la denuncia de Mediapro “no se limita a poner en conocimiento de la CMT determinados hechos para que ésta actúe según proceda en Derecho, sino que formula pretensiones dirigidas a obtener una declaración de la CMT y a que tal declaración se dirija a Mediapro. En apoyo de tales peticiones invoca Mediapro que las cuestiones planteadas constituyen un “conflicto” y por ello solicita la intervención de la CMT. [...] Pues bien si se trata de una instancia de parte en la que el instante pide cosas concretas en su propio interés y que se califica por la propia CMT como expediente iniciado a instancia de parte, no se comprende por qué el Presidente de la CMT afirma después que se trata de un procedimiento de oficio”.

En primer lugar, es necesario recordar que los requerimientos de información formulados a AVS -y cuyo incumplimiento dieron origen al presente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

procedimiento sancionador- se realizaron en el seno del expediente de emisión del Informe a la CNC, procedimiento distinto e independiente del presente procedimiento sancionador, por lo que no es en este procedimiento el marco adecuado para debatir sobre si el expediente por el que se informó a la CNC se inició de oficio o debía haberse iniciado a instancia de parte, como señala AVS. A pesar de lo anterior, se procederá a contestar esta alegación.

Con fecha 11 de octubre de 2007 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Mediapro por el que denunciaba un presunto incumplimiento por parte de Sogecable de las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros. Con fecha 20 de noviembre de 2007 la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó iniciar de oficio un procedimiento con el fin de analizar el presunto incumplimiento de las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros, procedimiento que se tramitó con el número RO 2007/1352, y que consistía, conforme dispone la Condición octava, en emitir un Informe a la CNC.

Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 17 de abril de 2008 se aprobó el Informe a la CNC sobre el cumplimiento por parte de Sogecable de las condiciones a las que se subordina la operación de concentración entre Sogecable y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., en virtud del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (Orden ECO/20/2003).

El Informe a la CNC, en el marco del cual se realizaron los requerimientos de información, fue un procedimiento iniciado de oficio, pues conforme el artículo 69 de la LRJPAC *“los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia”*.

La Condición octava del Acuerdo de Consejo de Ministros establece que *“[a] los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidas y de forma especial sobre la condición quinta. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las emitidas previstas”*.

Una denuncia es una manifestación voluntaria y espontánea en virtud de la cual se pone en conocimiento del órgano administrativo competente la concurrencia de determinados hechos para que éste acuerde de oficio el inicio del correspondiente procedimiento administrativo.

La denuncia de Mediapro puso de manifiesto determinados hechos que podían implicar un incumplimiento por parte de Sogecable de las Condiciones impuestas en el Acuerdo de Consejo de Ministros y, por ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 de la LRJPAC, esta Comisión acordó de oficio la apertura del correspondiente procedimiento administrativo, el cual, conforme a la citada Condición octava, tenía por objeto un Informe a la CNC, durante cuya tramitación se trataría de dilucidar si efectivamente hubo o no un



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incumplimiento por parte de Sogecable de las Condiciones del Acuerdo de Consejo de Ministros.

Por otra parte, para AVS la apertura del procedimiento de oficio habría permitido a esta Comisión eludir *“un requisito esencial de todo procedimiento como es el de audiencia al interesado en un expediente iniciado a instancia de parte y con ello ha incurrido en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, pues la omisión de la audiencia del interesado según jurisprudencia antigua, constante y reiterada del Tribunal Supremo constituye el supuesto típico de falta total y absoluta del procedimiento que determina la nulidad de pleno Derecho de todo lo actuado”*. Termina AVS esta parte de sus alegaciones afirmando que *“[l]a calificación artificiosa de que el procedimiento se inicia de oficio, además de no corresponderse con la verdad, no puede constituir una forma de defraudar las exigencias de la Ley evitando oír al interesado”*.

Pues bien, es necesario aclarar que el inicio de un procedimiento de oficio o a instancia de parte no determina la apertura de un trámite de audiencia, como señala AVS.

En efecto, el trámite de audiencia recogido en el artículo 84 de la LRJPAC se configura como un acto esencial de instrucción previo a la redacción de la propuesta de resolución en expresión de la garantía del derecho de defensa del interesado. No obstante, esta exigencia no actúa de modo indiscriminado o absoluto sino que atiende a la naturaleza y circunstancias del acto administrativo, no pudiendo esgrimirse con un rigor formalista, pues el propio artículo 84 de la LRJPAC excepciona este trámite *“cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”*.

En definitiva, la existencia o no de un trámite de audiencia no depende del modo en que se inicia un procedimiento sino de la necesidad del mismo que se evidencia en la instrucción del procedimiento como salvaguarda del derecho de defensa del interesado.

No obstante, en el procedimiento iniciado para la elaboración del Informe a la CNC no se dio audiencia a AVS no porque fuese iniciado de oficio, sino porque la elaboración de informes a otros órganos de la Administración no se pueden calificar como procedimientos típicos que culminen con una declaración de voluntad creadora de una situación jurídica, sino que son una manifestación de conocimiento o juicio, la cual preceptiva o no, vinculante o no, no crea ni modifica por sí misma situaciones jurídicas, careciendo de efectos imperativos o decisorios, para cuya adopción sería necesaria -o no, siempre que se cumplan los requisitos- la apertura de un trámite de audiencia.

En consecuencia, la ausencia del trámite de audiencia no determina como pretende AVS la nulidad del Informe elaborado por esta Comisión, por lo que procede por tanto rechazar esta alegación de AVS.

Por otra parte, esta Comisión no comprende la insistencia de AVS en afirmar que el procedimiento iniciado en esta Comisión tras la denuncia de Mediapro



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debería haber sido un conflicto y no un Informe a la CNC, pues como bien sabe AVS, conforme al Acuerdo de Consejo de Ministros esta Comisión únicamente podía elaborar un informe a la CNC y es ese organismo el que, en su caso, debía proceder a la apertura del correspondiente procedimiento.

Por último, en sus alegaciones AVS hace hincapié en el hecho de que los requerimientos de información se realizaron cinco días antes de que finalizase la vigencia del Acuerdo de Consejo de Ministros. A este respecto, hay que señalar que si bien a partir del 29 de noviembre de 2007 Sogecable dejaba de estar sometido a las condiciones impuestas en el Acuerdo de Consejo de Ministros, los hechos que se pusieron en conocimiento de esta Comisión mediante la denuncia de Mediapro tuvieron lugar durante la vigencia del Acuerdo y, por tanto, estando Sogecable y, en consecuencia, AVS, en tanto empresa a través de la cual Sogecable disponía de derechos de adquisición preferente y podía adquirir nuevos derechos, sometido a su cumplimiento. Es más, aunque los requerimientos se hubieran formulado una vez finalizada la vigencia del mismo, siempre y cuando se refiriesen a hechos cometidos durante la vigencia del Acuerdo y no hubieran prescrito, los requerimientos de información serían válidos.

Sobre determinados hechos que según AVS se deberían tener en cuenta en la Resolución del presente expediente sancionador.

En primer lugar, AVS señala que la Propuesta de Resolución elaborada por la Instructora debería haber tenido en cuenta que la CNC consideró finalmente que Sogecable no había incumplido las Condiciones segunda y tercera del Acuerdo de Consejo de Ministros. Pues bien, el presente procedimiento sancionador tiene por objeto analizar la conducta de AVS consistente en no remitir a esta Comisión la documentación que ésta le requería y esto es lo único que se debe tener en cuenta. La valoración que esta Comisión emitió en su Informe a la CNC de 17 de abril de 2008 y, por supuesto, la resolución final emitida por la CNC, son procedimientos absolutamente ajenos a este procedimiento sancionador y que, por tanto, no serán valorados. En consecuencia, se rechaza esta alegación de AVS.

En segundo lugar, señala AVS que *“también hubiera resultado relevante destacar que la denuncia que Mediapro realiza ante la CMT la había realizado, con mucho menos éxito, ante la CNC. Este dato hubiera podido resultar interesante para dar a la actuación de la CMT la transcendencia debida”*.

Pues bien, es preciso recordar a AVS que el Acuerdo de Consejo de Ministros establecía en su Condición octava que *“[a] los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidas. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente en este ámbito”*. Por tanto, con independencia de si Mediapro presentó la misma denuncia en otro organismo, esta Comisión, en cumplimiento de sus



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

funciones, inició el correspondiente procedimiento, que consistía en la elaboración de un Informe a la CNC. Se rechaza por tanto esta alegación.

Por último, señala AVS que *“la propia propuesta de resolución debería haber destacado que la propia CMT hasta cinco días antes de la pérdida de vigencia de las condiciones del ACM20, no había pedido un solo documento en cinco años a diferencia de lo que había ocurrido con los otros mercados”*.

La propuesta únicamente tuvo en cuenta la falta de aportación de la documentación requerida por parte de AVS a los requerimientos de información formulados por esta Comisión en cumplimiento de la función encomendada por el Acuerdo de Consejo de Ministros. Tal y como se ha indicado, la denuncia de Mediapro se refería a hechos acaecidos durante la vigencia del Acuerdo de Consejo de Ministros y, por tanto, estando Sogecable y, en consecuencia, AVS, en tanto empresa a través de la cual Sogecable disponía de derechos de adquisición preferente y podía adquirir nuevos derechos, sometido a su cumplimiento, independientemente de cuándo se realizaran los requerimientos de información.

Sobre el acceso al expediente RO 2007/1352.

AVS señalaba en su escrito de alegaciones al Acuerdo de inicio al procedimiento sancionador que, tras haber solicitado el acceso al expediente RO 2007/1352 en el que se realizaron los requerimientos de información, no se le dio acceso al mismo y por ello señalaba que *“en pleno procedimiento sancionador desconocemos las concretas imputaciones que nos hace un competidor cuyas diferencias con AVS, empresa participada por SOGECABLE, son públicas y notorias y que sí conoce la CMT que no nos ha oído antes de requerirnos los documentos correspondientes. La negativa a darnos acceso al expediente al que se contrae el requerimiento supone una actuación no neutral en un conflicto que en lo que se refiere a la CMT ha sido promovido por un competidor, que ha sido tomada en cuenta para formular su requerimiento sin oírnos ni permitirnos, ni siquiera a posteriori, conocerla en esta fase del procedimiento sancionador”*.

Tal y como se indicó en la Propuesta de Resolución, en primer lugar, hay que señalar que conforme a la autorización para tener acceso al expediente aportada por el representante, éste únicamente actuaba en nombre Sogecable y no en nombre de AVS, por lo que únicamente tuvo acceso al expediente sancionador incoado a Sogecable, tramitado con el número RO 2008/12, y no tuvo acceso al presente expediente sancionador incoado contra AVS, tramitado con el número RO 2008/17.

Por otro lado, AVS parece confundir el expediente RO 2007/1352 relativo al Informe a la Comisión Nacional de la Competencia sobre el cumplimiento por parte de Sogecable, S.A. de las condiciones a las que se subordina la operación de concentración entre Sogecable, S.A. y DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. en virtud del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (Orden ECO/20/2003), en el seno del cual se realizaron los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

requerimientos de información, con el procedimiento sancionador abierto como consecuencia de la negativa de AVS a atender dichos requerimientos.

Si bien el procedimiento sancionador tiene su origen en el procedimiento relativo al Informe a la CNC, se trata de dos expedientes distintos. La denuncia presentada por Mediapro con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 11 de octubre de 2007 es una cuestión ajena al motivo que da inicio a este expediente sancionador, que no es otro que el incumplimiento por parte de AVS de los requerimientos de información formulados por esta Comisión.

En cualquier caso, conforme lo dispuesto en la autorización firmada por el representante de Sogecable únicamente se autorizaba para acceder al expediente RO 2008/12, esto es, el expediente sancionador incoado a Sogecable por presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión. Es decir, el representante no sólo actuaba en nombre de Sogecable, y no en el de AVS, sino que únicamente estaba autorizado para acceder al expediente sancionador de Sogecable, y no al expediente relativo al Informe a la CNC, por lo que además de tratarse de dos expedientes distintos tampoco podría haber accedido al mismo, pues no estaba autorizado.

Señala ahora AVS, en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, que los anteriores son *“argumentos formales cuando lo cierto es que en marzo de 2008 no se quiso dar acceso a ese expediente original. Ignoramos por qué, pero lo cierto es que a mi representada ha visto como se le impedía el acceso al contenido de la denuncia con argumentos formales”*.

Pues bien, según consta en el Documento nº 10, mediante Resolución del Secretario de esta Comisión de 25 de julio de 2008 se estimó la solicitud de acceso de Sogecable al expediente RO 2007/1352, relativo al Informe a la CNC en relación con el presunto incumplimiento de algunas condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por el que se autorizó, con condiciones, la operación de concentración económica de integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. en SOGECABLE, S.A. y al expediente AJ 2008/33, relativo al procedimiento de resolución del recurso de reposición de la entidad AUDIOVISUAL SPORT, S.L. contra el requerimiento de información practicado en el marco de las actuaciones del expediente RO 2007/1352. En consecuencia, esta alegación queda vacía de contenido y debe ser rechazada.

Vistos los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho y, vistas, asimismo, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto y demás normas de aplicación, el Consejo de esta Comisión,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

PRIMERO. Que se declare responsable directa a AUDIOVISUAL SPORT, S.L. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 53.x) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, por haber incumplido reiteradamente los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 20 de noviembre de 2007 y 17 de diciembre de 2007.

SEGUNDO. Que se imponga a AUDIOVISUAL SPORT, S.L. una sanción económica por importe de SETECIENTOS MIL (700.000) EUROS.

El pago de la sanción deberá efectuarse mediante ingreso en la cuenta número 0049 1548 68 2810188091 abierta al efecto en el Banco Santander. Una vez efectuado el ingreso, se remitirá un ejemplar del recibo de ingreso a esta Comisión para su archivo. El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62.2, apartados a y b, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dependiendo del día en que se reciba la notificación de la presente resolución. En el supuesto de no efectuar el ingreso en el plazo concedido, se procederá a su exacción por la vía de apremio.

El presente Certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº. Bº. EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera