



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de septiembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE INTERVENCIÓN PRESENTADA POR SOGECABLE, S.A. RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE DETERMINADAS MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL SECTOR DE LA TELEVISIÓN DIGITAL DE ÁMBITO ESTATAL Y EL DERECHO DE LOS USUARIOS DE ACCEDER A LA PLURALIDAD DE OFERTAS EXISTENTES EN EL MERCADO

En relación con el escrito presentado por la entidad Sogecable, S.A. por el que solicita la adopción de determinadas medidas tendentes a garantizar la libre competencia en la prestación de servicios de la sociedad de la información en el sector de la televisión digital de ámbito estatal y el derecho de los usuarios de acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 34/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 28 de septiembre de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/2751.

HECHOS



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

PRIMERO.- Por Resolución de 6 de abril de 2000, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las funciones que tiene legalmente reconocidas y en aplicación de lo establecido en la Ley 17/1997, de 3 de mayo (modificada por el Real Decreto-Ley 16/1997, de 13 de septiembre), por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, resolvió inscribir a la entidad “Quiero Televisión, S.A.” en el libro principal del Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional para la Televisión Digital.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de mayo del año en curso ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito del representante legal de Sogecable, S.A. por el que solicita lo siguiente:

1º- La apertura de expediente informativo sobre Interfaces de Programación de Aplicaciones (APIs) prevista por la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 6 de abril de 2000, recaída en el expediente AU 1999/1731, y que tiene por objeto comprobar en qué medida los APIs pueden limitar el desarrollo de la libre competencia o condicionar el derecho de los ciudadanos a acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado.

2º- Que por esta Comisión se inste al Ministerio de Ciencia y Tecnología a que notifique a la Comisión de la U.E. el pliego de bases y prescripciones técnicas por el que había de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión digital terrenal (aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de enero de 1999, que hace público la Resolución de 11 de enero de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones), por haber permitido que “Quiero Televisión, S.A.” – adjudicatario de la concesión- haya optado, unilateralmente, en materia de API, por un sistema propietario, imponiéndolo de hecho, debido a su capacidad espectral y al porcentaje de canales múltiples de explotación permitida a nivel nacional que Quiero Televisión, S.A. está en condiciones de explotar.

3º- Que se proceda a levantar la declaración de confidencialidad de la documentación que versa sobre el proceso de migración del API Open TV, solución propietaria escogida por Quiero Televisión con carácter transitorio, al DVB-MHP, o, al menos, de los elementos fundamentales de este proceso (momento de inicio, duración, fases, costes medios estimados), documentación que fue aportada por Quiero Televisión, S.A. con objeto de su solicitud de inscripción en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional.

TERCERO.- Con fecha 19 de junio de 2000 se notificó a Quiero Televisión, S.A. la solicitud formulada por Sogecable y la apertura del correspondiente procedimiento administrativo concediéndole un plazo de diez días para que, si a su derecho interesaba, presentara las alegaciones y documentos que estimara convenientes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La representación legal de Quiero Televisión, presentó, dentro del plazo concedido, escrito de alegaciones en el que se opone a los puntos segundo y tercero de la solicitud y en cuanto al primero, manifiesta lo siguiente:

“En caso de que esa Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considere conveniente la apertura de un expediente informativo, éste, de conformidad con el Acuerdo de Inscripción de Quiero TV en el Registro de Operadores de Acceso Condicional, tenga por finalidad comprobar en qué medida los sistemas operativos de los APIS que se insertan en los descodificadores inscritos en el Libro Auxiliar del Registro de Operadores de Acceso Condicional a solicitud de los distintos Operadores de Acceso Condicional, pueden limitar el desarrollo de la libre competencia o condicionar el derecho de los ciudadanos a acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado.”

CUARTO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), se puso de manifiesto el expediente a los interesados para que, en el plazo máximo de diez días pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

Finalizado el citado plazo, ninguna de las entidades interesadas ha presentado alegaciones.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la solicitud de apertura de expediente informativo relativo a los Interfaces de Programación de Aplicaciones.

Sogecable, S.A. solicita que se proceda a la apertura de expediente informativo prevista en la Resolución de esta Comisión de 6 de abril de 2000 (relativa a la inscripción de Quiero Televisión, S.A. en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional). En esta Resolución, se significaba la conveniencia de abrir un expediente informativo a fin de comprobar en qué medida la implantación de determinados sistemas operativos para los APIs puede limitar la libre competencia en el mercado de los servicios de acceso condicional o el derecho de los usuarios a acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin perjuicio de la labor que se realiza en el seno de esta Comisión acerca de los APIs (al objeto de determinar cuáles son las previsiones sobre su desarrollo y la posterior presentación de conclusiones), las razones ya aludidas en la Resolución de 6 de abril de 2000, determinan la conveniencia de que se proceda a la apertura del expediente de información previa solicitado, con la finalidad de analizar cómo puede incidir en el desarrollo adecuado de la competencia la implantación de los sistemas operativos mencionados.

SEGUNDO.- Sobre la solicitud de que por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se inste al Ministerio de Ciencia y Tecnología a que comunique a la Comisión de las Comunidades Europeas el pliego de bases y prescripciones técnicas que ha permitido que Quiero Televisión, S.A. haya impuesto de *facto* un sistema propietario.

En lo concerniente a la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de información, cumple señalar que el procedimiento para la mencionada remisión se encuentra regulado en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, que da cumplimiento a la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, modificada por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio, Directivas a las que alude el interesado en su solicitud. Este Real Decreto regula lo relativo a esta materia de remisión de información en relación a normas y programas de normalización, reglamentos técnicos y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de información y a las exenciones a la regla de remisión de información. En cuanto a la forma en que se articula, en esta materia, el procedimiento para la remisión de información a la Comisión Europea, el art. 5 del Real Decreto dice en su apartado 1:

“Las Administraciones públicas, a través de la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea, creada por Real Decreto 1567/1985, de 2 de septiembre, notificarán a la Comisión Europea en los términos del artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo proyecto de reglamento técnico y de reglamento relativo a los servicios, indicando las razones por las cuales es necesaria su adopción, a menos que se deduzcan del propio proyecto. No obstante, cuando se trate de una mera transposición íntegra de una norma internacional o europea, será suficiente una simple información referente a dicha norma.

Asimismo, se acompañará el texto de las disposiciones legales y reglamentarias en que se fundamenta de modo principal y directo, cuando el conocimiento de dichas disposiciones sea necesario para apreciar el alcance del proyecto de reglamento relativo a los servicios, salvo que ya se hubieran remitido con ocasión de una notificación anterior.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por su parte, el apartado 2 del art. 6 de este Real Decreto señala:

“La Secretaría de la Comisión Interministerial remitirá a la Comisión Europea, los proyectos de reglamentos técnicos o de reglamentos relativos a los servicios recibidos, acompañados en cada caso de los documentos a los que se hace referencia en el artículo 5 y en el apartado anterior.

La remisión habrá de realizarse en el plazo de un mes contado desde la recepción del proyecto y la información complementaria en la Secretaría de la Comisión Interministerial.”

De esta forma, el procedimiento de remisión de información se articula en la fase de proyecto del “reglamento técnico” a aprobar; es decir, cuando en el organismo público competente exista la previsión de imponer o permitir que se impongan unas determinadas especificaciones técnicas. Así, resulta claramente de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1337/1999: *“Asimismo se instrumenta la comunicación previa a la Comisión Europea de los proyectos de reglamentos técnicos y de los reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de información que las Administraciones públicas se propongan aprobar. Dada la pluralidad de órganos públicos que ostentan competencia para dictarlos, se canalizará a través de una instancia única, la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea, la comunicación de proyectos y el intercambio de información con la Comisión Europea”.*

A propósito de la remisión de información, el solicitante se refiere a la Resolución de 11 de enero de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones, por haber permitido que Quiero Televisión, S.A. – adjudicatario de la concesión- haya optado, unilateralmente, por un sistema propietario, imponiéndolo de hecho, debido, alega, a su capacidad espectral y al porcentaje de canales múltiples de explotación permitida a nivel nacional que Quiero Televisión, S.A. está en condiciones de explotar, lo que, según el solicitante, convertiría a este pliego, y al acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de junio de 1999 (que hace público la Resolución de 2 de septiembre de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones) por el que se resuelve el concurso, en un “reglamento técnico”, expresión entendida como *“especificaciones técnicas u otros requisitos o las disposiciones relativas a los servicios, incluidas las disposiciones administrativas que sean de aplicación, cuyo cumplimiento sea obligatorio, de iure o de facto, para la comercialización, prestación de servicio o establecimiento de un operador de servicios o la utilización en un Estado miembro de la Comunidad Europea de o en gran parte del mismo,...”* (art.2 del Real Decreto 1337/1999).

El Real Decreto mencionado, que como se ha expuesto, se refiere a la remisión de *proyectos* de reglamentos técnicos, entró en vigor el día 5 de agosto de 1999, con posterioridad a la publicación de la Resolución de 11 de enero de 1999 de la Secretaría General de Comunicaciones a la que el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitante se refiere. Por su parte, el Real Decreto 1168/1995, de 7 de julio, que fue derogado por el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, que lo sustituye, contenía unas normas equivalentes a los preceptos transcritos. En cualquier caso, es de destacar en este punto que la obligación de remitir información, tanto de conformidad con el Real Decreto vigente al tiempo de la aprobación de la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones como de conformidad con la normativa vigente actualmente, recae sobre el organismo público que pretenda adoptar lo que de acuerdo con las Directivas europeas y Decretos mencionados es un “reglamento técnico”, sin que haya competencia alguna de esta Comisión que le permita instar a ese organismo una actuación al respecto.

Por ello, no corresponde a esta Comisión atender la solicitud relativa a la materia de remisión de información formulada por Sogecable, S.A., sin perjuicio, como se le advirtió al interesado en la Resolución de esta Comisión de 6 de abril de 2000, por la que se resolvía inscribir a Quiero Televisión, S.A. en el libro principal del Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional para la Televisión Digital, de su derecho a acudir al órgano de la Administración General del Estado competente en la materia de normas y reglamentaciones técnicas de la televisión digital terrenal (Ministerio de Ciencia y Tecnología), que es a quien correspondería remitir (en su caso), a través de esa Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea, los proyectos de reglamentos técnicos que apruebe en esta materia.

A mayor abundamiento, cabe señalar que tanto la Directiva 98/34/CE (en la redacción dada por la Directiva 98/48/CE) como, por lo que se refiere a la normativa española, el Real Decreto 1337/1999 excluyen del concepto de “reglamento técnico” a los pliegos de condiciones de los contratos públicos. En este sentido, en el párrafo segundo del artículo 2.12 del Real Decreto mencionado se declara:

“Constituyen especialmente reglamentos técnicos de “facto”:

(...)

*b) Los acuerdos voluntarios de los que sean parte contratante los poderes públicos y cuyo objetivo sea el cumplimiento, por razones de interés general, de las especificaciones técnicas u otros requisitos, o de reglamentos relativos a los servicios, **con exclusión de los pliegos de condiciones de los contratos públicos.***

(...)”

De este modo, la normativa de remisión de información a la Comisión Europea en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información no alcanza al pliego de bases y prescripciones técnicas a que alude Sogecable (pliego por el que había de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

explotación del servicio público de la televisión digital terrenal, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de enero de 1999).

TERCERO.- Sobre la solicitud de que se levante la declaración de confidencialidad de los documentos aportados por Quiero Televisión, S.A. relativos al proceso de migración al DVB-MHP.

En relación a la solicitud formulada por Sogecable, S.A. de que se levante la declaración de confidencialidad de la documentación aportada por Quiero Televisión, S.A. sobre el proceso de migración al DVB-MHP, o al menos de los elementos fundamentales de este proceso de migración (“momento de inicio del mismo, duración, fases, costes medios estimados etc.”), cumple señalar que el art. 37.5 de la LRJPAC, en lo concerniente al derecho de los ciudadanos de acceso a los archivos y registros administrativos, dispone:

“El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

(...)

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

(...)”

En lo relativo al régimen jurídico del secreto comercial e industrial, de acuerdo con la normativa vigente aplicable a la cuestión planteada, y de conformidad con la línea seguida por esta Comisión en materia de declaración de confidencialidad de los documentos presentados ante la misma, hay que concluir que no existe, en el ordenamiento jurídico español, una normativa que especifique de una manera exhaustiva la información que está protegida por el secreto comercial o industrial, ni una normativa que especifique el contenido de estos conceptos. Por tanto, se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración en cuyos Registros obre esta documentación, valorando, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la necesidad o utilidad para el solicitante del acceso a la misma y el daño que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

Es manifestación de esta línea argumental la Resolución de la Comisión de 4 de febrero de 1999, sobre la declaración de confidencialidad de los anexos 2C y 3C del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre Telefónica, S.A. y Lince Telecomunicaciones, S.A. el día 22 de julio de 1998 (entre otras muchas), en la que se afirma:

“A la vista de lo anterior, cabe concluir que ni la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, ni la reguladora del secreto comercial o industrial, determinan con precisión y con carácter previo cuáles son las características que deben reunir los documentos para poder calificarlos como confidenciales.

(...)”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Consecuentemente, las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, partirían de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un acuerdo de interconexión que las partes del mismo reivindiquen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento y la aplicación del principio de proporcionalidad.”

En apoyo de estas consideraciones, la Resolución mencionada se hace eco de la jurisprudencia existente en este punto: Así, el Auto del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1995, Sección Tercera de la Sala Tercera, recaído en el recurso nº 533/94 (Auto al que se alude en posteriores resoluciones de la Comisión relativas a declaraciones de confidencialidad recaídas en acuerdos de interconexión), señala:

“¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideran confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)? Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales han de compaginarse han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la representación procesal de los recurrentes en Súplica...”

Esta misma línea argumental, en materia de secreto comercial e industrial, también se ha recogido a propósito del acceso a archivos y registros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, concretamente, en la Resolución de esta Comisión de 23 de septiembre de 1999, relativa al escrito presentado por Madritel Comunicaciones, S.A. solicitando acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa. En esta resolución se afirma:

“De todo lo anteriormente expuesto puede deducirse que el principio de transparencia en la actuación de la Administración tiene su límite en el respeto al secreto comercial o industrial de las empresas. Sin embargo, no existe en el Ordenamiento Jurídico español una normativa que expresamente identifique cuáles son los datos o informaciones que pueden quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y, por tanto, que sirva par identificar los documentos que pueden ser declarados confidenciales.

Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un documento, que las partes del mismo reivindiquen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento la aplicación del principio de proporcionalidad,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debiendo ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma.”

Teniendo presente todo lo anterior, a efectos de determinar, para el objeto de la presente solicitud, el contenido de los conceptos de secreto comercial e industrial, conviene tomar en consideración la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo; Comunicación que desarrolla la práctica de la Comisión Europea sobre la información confidencial. En esta Comunicación se afirma: *“La no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses comerciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros”*. En la nota a pie de página número 9 aclara que tales indicaciones estratégicas *“pueden tratarse, por ejemplo, de los métodos de evaluación de los costes de fabricación y de distribución, de los secretos y métodos de fabricación, de las fuentes de abastecimiento, de las cantidades producidas y vendidas y de las cuotas de mercado, de los ficheros de clientes y distribuidores, de la estrategia comercial, de la estructura del precio de coste y de la política de ventas y de informaciones relativas a la organización interna de la empresa”*.

Tomando en cuenta todas las consideraciones anteriores, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá su competencia para decidir la confidencialidad de los documentos que se le presenten.

Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones esta competencia, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíben que esta misma Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los documentos que se le presentan; así, en materia de interconexión, o en materia de registro de las solicitudes presentadas para la obtención de un título habilitante. Específicamente, en materia de acceso a archivos y registros administrativos, el art. 37.5 de la Ley de Procedimiento, precepto al que anteriormente se ha aludido, prohíbe a las Administraciones Públicas, y particularmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dar acceso a los ciudadanos a los expedientes, o las partes de los mismos, que estén protegidos por el secreto comercial o industrial, con lo que no podrá revelar información amparada por el mismo, así, información sobre las relaciones comerciales de las empresas o los componentes de los costes de las mismas, o los elementos definidores de su estrategia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En orden al cumplimiento de esta disposición, la Comisión ha de apreciar los presupuestos de hecho a fin de decidir si concurren los caracteres propios del secreto comercial e industrial, según lo que antes se ha expuesto (indicaciones estratégicas sobre intereses comerciales, sobre la marcha o desarrollo de los negocios, o sobre la estrategia de mercado; información sobre relaciones comerciales o los componentes de los costes).

Estas consideraciones encuentran apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de junio de 1986, sobre el asunto 53/85, en que se manifiesta que, dada la normativa que obliga a la Comisión Europea a tener en cuenta, en lo que se refiere a la publicación de ciertas comunicaciones y decisiones, el interés legítimo de las empresas en que sus secretos comerciales no sean divulgados, corresponde, consecuentemente, a esa Comisión apreciar si determinado documento contiene o no secretos comerciales. En este sentido, la Sentencia mencionada, dice:

“El artículo 19, apartado 3, que prevé la publicación de comunicaciones de forma previa a la expedición de declaraciones negativas o de excepciones, y el artículo 21, que prevé la publicación de ciertas decisiones, imponen, tanto en un caso como en otro, a la Comisión la obligación de tener en cuenta el interés legítimo de las empresas en que sus secretos comerciales no sean divulgados. De esta forma, se concede una protección muy especial a los secretos comerciales. Estas disposiciones, aun cuando se refieren a hipótesis particulares, deben ser consideradas como expresión de un principio general que tiene aplicación durante el desarrollo del procedimiento administrativo. De ello resulta que el tercero reclamante no puede recibir en ningún caso comunicación de documentos que contengan secretos comerciales. Cualquier otra solución llevaría al inadmisibles resultado de que una empresa pudiera verse tentada a plantear una reclamación ante la Comisión únicamente con vistas a tener acceso a los secretos comerciales de los competidores. Corresponde ciertamente a la Comisión apreciar si determinado documento contiene o no secretos comerciales. Luego de haber proporcionado a la empresa la posibilidad de exponer su punto de vista, está obligada a adoptar en esta materia una decisión motivada que debe comunicarse a la empresa. Habida cuenta del perjuicio en extremo grave que podría resultar de la comunicación irregular de documentos a un competidor, la Comisión debe, antes de ejecutar su decisión, dar a la empresa la posibilidad de acudir al Tribunal para que se revisen las apreciaciones de que se trata e impedir de esta forma que se efectúe la comunicación.”

Por lo tanto, la competencia para calificar la confidencialidad de los documentos que se le presenten corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin perjuicio de la revisión de su criterio ante la Jurisdicción ordinaria.

Por lo que se refiere al análisis concreto de la confidencialidad de los documentos a que la solicitud se refiere, cabe manifestar lo siguiente:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de las normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, prevé en el art. 1.2:

“Con el fin de conocer el cumplimiento de las especificaciones técnicas contenidas en esta Ley, los operadores de los servicios de acceso condicional deberán inscribirse en el registro que, para ello, se crea en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Este Registro, que tendrá carácter público, contendrá los datos personales de los operadores, las características de los medios técnicos que empleen y la declaración responsable por ellos formulada de ajustarse a las citadas especificaciones técnicas, a las que se unirá la oportuna documentación que lo acredite. Su estructura y funcionamiento se establecerán mediante Real Decreto.”

Ahora bien, esta Ley 17/1997 no se refiere expresamente a los APIs, de los que trata la documentación cuya confidencialidad el interesado solicita que se levante. Tampoco se refiere expresamente a ellos la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, Directiva que incorpora la Ley antes mencionada. En este sentido, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social, y el Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 1999 (1999/540), que contiene Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE, señala:

“...Las API constituyen un elemento muy dinámico del mercado que aún no ha alcanzado madurez suficiente para la normalización –MHEG es una norma, pero las API patentados más recientes son más avanzados según sus defensores. Los partidarios del MHEG aducen que podrán emigrar muy rápidamente hacia el API DVB, basado en Java, cuando esté disponible (nota a pie de página 45)-, *aunque podría ser posible definir procedimientos de interoperabilidad. Se trata de otro ejemplo de retraso en la apertura e interoperabilidad respecto al progreso tecnológico.*

Aunque actualmente las API no están reguladas expresamente en la Directiva, una autoridad nacional de reglamentación, Oftel, regula las API en el marco del acceso condicional, utilizando los criterios de “condiciones justas, razonables y no discriminatorias” –OFTTEL basó su enfoque en el hecho de que BskyB aplicó su API como una subfunción del SAC, caso que no se da siempre (nota a pie de página 46)-. Parece conveniente la aplicación de estos criterios a las API. La experiencia ha demostrado que las entidades de radiodifusión de libre acceso necesitan cada vez más acceso a los recursos de las plataformas de televisión de pago como SAC y API. Cada vez es más frecuente que dichas entidades tengan que codificar sus servicios para limitar la recepción por razones de propiedad intelectual, para lo cual utilizan el SAC de los operadores de televisión de pago vía satélite –por ejemplo, la BBC y la ORF (nota a pie de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

página 47)-. *Para ofrecer servicios interactivos necesitarán cada vez más acceso a las API. Actualmente, las entidades de radiodifusión de libre acceso que deseen utilizar los recursos de SAC o API de las plataformas de televisión de pago deben entablar negociaciones comerciales con el operador de la plataforma. La Directiva tenía por objeto la independencia de estas entidades de radiodifusión respecto a dichos recursos, partiendo de la idea de que no tendrían que utilizarlos –la letra a) del artículo 4 requiere que todos los descodificadores puedan transmitir los servicios de acceso libre que reciban, independientemente del SAC utilizado (nota a pie de página 48)-.*”

En atención a todo esto, en esta Comisión se propone estudiar, entre otras cuestiones, la incidencia de las APIs en la televisión digital (su impacto sobre el desarrollo del mercado, el fortalecimiento de posiciones de dominio, la creación de estándares de *facto* y la migración hacia soluciones estándares, así como su impacto, coste y plazo). A la espera de las conclusiones a que se llegue, no parece conveniente que esta Comisión, como ya señaló en la Resolución de 6 de abril de 2000, sobre la solicitud de inscripción de Quiero Televisión, S.A. en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional para la Televisión Digital, altere el criterio mantenido en las diferentes resoluciones que ha dictado acordando la inscripción de operadores de acceso condicional, en las que no ha procedido a la inscripción de ningún sistema operativo relativo a los APIs, en orden a que se mantenga un criterio uniforme a este respecto; sin perjuicio de la posibilidad de que, si así se considera conveniente, se procedan a revisar las inscripciones practicadas para que los mencionados procedimientos lógicos se hagan constar en el Registro de operadores y sistemas de acceso condicional, con el necesario levantamiento de la declaración de confidencialidad que afecte a los documentos relativos a los mismos.

Por tanto, se habrá de mantener el criterio actual de calificar la documentación relativa a los APIs como confidencial y no proceder, consecuentemente, a hacerla constar en el Registro.

Este criterio se funda en las siguientes consideraciones:

1ª-). El conocimiento de la información contenida en la documentación calificada como confidencial que se refiere al proceso de migración del API propietario escogido por Quiero Televisión, S.A. al estándar MHP, pudiera incidir en la estrategia comercial de este operador; así lo consideró esta entidad cuando solicitó de esta Comisión la declaración de confidencialidad de tales documentos. Las relaciones contractuales entre Quiero Televisión y su proveedor de API a propósito del desarrollo del estándar MHP previsto (con incidencia en materia de precio, plazo de puesta a disposición y otras previsiones sobre el desarrollo del proyecto), a que se refiere la documentación calificada como confidencial, parecen elementos que configuran tanto la estrategia de mercado que el operador de acceso condicional mencionado se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

propone desarrollar en el futuro como los aspectos técnicos en los que la misma estrategia descansará.

Todo lo cual justifica la declaración de la confidencialidad de esa documentación, sobre la base de la protección del derecho de los operadores a configurar una opción de mercado que les individualice frente a los consumidores, lo que tiene su apoyo en el principio de la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 de la Constitución Española, y lo que, por otra parte, refuerza la confianza del solicitante de inscripción registral en la Administración, en el entendido de que el uso que la Administración hará de los documentos que se le remiten no permitirá obtener ventajas no justificadas a sus competidores, evitando que se dé conocimiento a los mismos de secretos comerciales e industriales contenidos en esa documentación.

De acuerdo con esto, haciendo un juicio de proporcionalidad, y sin perjuicio de las actuaciones que (como consecuencia de las conclusiones a que llegue el grupo de trabajo sobre los APIs) esta Comisión considere necesarias para salvaguardar la competencia del mercado, la lesión que se podría ocasionar en la estrategia de Quiero Televisión por la revelación de la información contenida en los documentos justifica que no se levante la confidencialidad.

2ª). Las alegaciones de Sogecable, S.A. sobre la existencia de una imposición de hecho, por parte de Quiero Televisión, S.A., de un sistema propietario (API Open TV), debido a la capacidad espectral que tiene asignada este operador, no son obstáculo para el mantenimiento de la confidencialidad de la documentación relativa a la migración al API DVB-MHP.

En el pliego de bases y prescripciones técnicas por el que había de regirse el concurso público del que resultó adjudicatario Quiero Televisión, S.A. se señala en el apartado 4.2 de la base 9:

“Para facilitar el acceso de los usuarios a los servicios de Televisión Digital Terrenal, el licitador deberá comprometerse a establecer un sistema capaz de gestionar los distintos servicios que se presten a través de los canales múltiples objeto de esta concesión. Este sistema deberá dimensionarse de tal modo que pueda ser ofrecido para su uso por otras entidades habilitadas para la explotación de servicios de Televisión Digital Terrenal, en condiciones no discriminatorias. Igualmente, el licitador se debe obligar a asumir la información necesaria que permita el funcionamiento correcto de los receptores de TV digital conforme a la normativa que para ellos se establezca, incluyendo las revisiones de las versiones que se vayan produciendo el futuro, para lo que deberá modificar, en su caso, su red. De especial importancia en este aspecto se consideran los siguientes elementos:

- a) Navegadores básicos.*
- b) Guías electrónicas de programas.*
- c) Interfaz de programación de Aplicaciones (API).*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

d) Sistema de acceso condicional abierto y compatible.”

Por tanto, el sistema que se haya escogido establecer debe ser ofrecido a las demás entidades habilitadas para la explotación de los servicios de la Televisión Digital Terrenal, y, además, deberá atenerse a las especificaciones técnicas que las normas aprueben. En relación a esto último, y por lo que se refiere a los API, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social, y el Comité de las Regiones, de 10 de noviembre de 1999 (1999/540), que contiene Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE, manifiesta: *“Las API actuales no son compatibles entre sí, por lo que las aplicaciones deberían en el futuro reescribirse o convertirse mediante un algoritmo adecuado”*.

Todas estas prescripciones sujetan a Quiero Televisión, S.A., en su calidad de adjudicatario del concurso mencionado. Así, Quiero Televisión, habrá de sujetarse a la normativa que le sea de aplicación, respetando las prescripciones establecidas en el art. 7 de la Ley 17/1997 y demás normativa que le vincula como concesionario del servicio público esencial de televisión y como operador de acceso condicional. En particular, Quiero Televisión, S.A. deberá respetar la normativa sobre especificaciones técnicas que resulte aprobada por los organismos de normalización en orden a garantizar la compatibilidad de los procedimientos vinculados al sistema de acceso condicional; asimismo, deberá sujetarse a la normativa relativa a la celebración de acuerdos en materia de compatibilidad del sistema de acceso condicional, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, como forma de garantizar, por vía comercial, la compatibilidad de los procedimientos.

Existen, de esta forma, mecanismos arbitrados por el ordenamiento jurídico para conseguir los objetivos de la Ley 17/1997, sin necesidad de pasar por el levantamiento de la declaración de confidencialidad de la documentación a que la solicitud de Sogecable, S.A. se refiere.

Ahora bien, en el marco de la normativa vigente actualmente, se permite la elección de sistemas propietarios, previéndose la migración desde los mismos a soluciones estandarizadas.

En su solicitud de inscripción, que es de fecha 3 de diciembre de 1999 (documento 0 del expediente AU 1999/1731), Quiero Televisión, S.A. declaró que utilizaría el Application Programm Interface DVB-MHP, una vez éste hubiera sido debidamente aprobado por el organismo competente, y existieran implementaciones disponibles en el mercado para su comercialización. Sin perjuicio de ello, y hasta que se produjeran las circunstancias indicadas, Quiero Televisión, S.A. utilizaría el API Open TV, como solución transitoria comercialmente disponible que permite tecnológicamente una migración hacia la solución DVB-MHP.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como Sogecable, S.A. manifiesta en su solicitud, el estándar de MHP (Multimedia Home Platform) fue aprobado en el seno del foro de normalización DVB (*Digital Video Broadcasting*), el 22 de febrero de 2000.

Precisamente, a lograr la mencionada migración se refieren los documentos a que el solicitante alude. Como se ha señalado, la documentación confidencial se refiere a un proyecto de migración del API propietario, que Quiero Televisión, S.A. ha escogido en el marco de la legislación vigente, al API estándar aprobado por la DVB.

Si resultara, en un momento dado, que se incumple por Quiero Televisión, S.A. la normativa que le es de aplicación como operador de acceso condicional del servicio público esencial de televisión, en su modalidad de Televisión Digital Terrenal, o que el carácter abierto y compatible de un sistema de acceso condicional, no resultando de las características técnicas del mismo, no resultara tampoco del acuerdo entre operadores, podría imponerse una determinada solución por esta Comisión.

De acuerdo con lo expuesto, se considera conveniente mantener la declaración de confidencialidad de los documentos nº 1 y 2 adjuntos al apartado 2.1 del Anexo II del documento 0 del expediente AU 1999/1731, relativos al proceso de migración al DVB-MHP, todo lo que se entiende sin perjuicio de las competencias que corresponden a esta Comisión en materia de acceso condicional de conformidad con la Ley 17/1997.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Acceder a la solicitud relativa a la apertura de expediente de información previa a fin de comprobar en qué medida la implantación de determinados sistemas operativos para los APIs puede limitar la libre competencia en el mercado de los servicios de acceso condicional o el derecho de los usuarios a acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado.

Segundo.- Denegar la solicitud de Sogecable, S.A. para que esta Comisión inste al Ministerio de Ciencia y Tecnología para que notifique a la Comisión de la Unión Europea determinadas disposiciones administrativas.

Tercero.- Mantener la declaración de confidencialidad de los documentos aportados por Quiero Televisión, S.A. acompañando a su solicitud de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

inscripción en el Registro de Operadores de Acceso Condicional y que se refieren al proceso de migración al DVB-MHP.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 del 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,

José Giménez Cervantes.

José María Vázquez Quintana.