



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**D. ALFONSO RAMOS DE MOLINS SAINZ DE BARANDA**, 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 19/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 26 de mayo de 2005, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICION INTERPUESTO POR SOGECABLE, S.A., CONTRA EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN EFECTUADO POR LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES CON FECHA 17 DE ENERO DE 2005, POR EL QUE SE REITERA PARCIALMENTE EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL TERCER INFORME TRIMESTRAL DE 2004 SOBRE EL DESARROLLO DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LOS SERVICIOS AUDIOVISUALES.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por Sogecable, S.A. (en adelante, Sogecable) contra el citado requerimiento de información de 17 de enero de 2005, el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su sesión núm 19/05, la siguiente Resolución:

Resolución de 26 de mayo de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/134.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.** Con fecha 17 de enero de 2005, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones efectuó un requerimiento de información a la entidad Sogecable, S.A. (en adelante Sogecable) en el seno del expediente para la elaboración del Tercer Informe Trimestral 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales (MTZ 2004/1835), en el que reiteraba parcialmente el efectuado con fecha de 25 de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

noviembre de 2004. Sogecable recibió el requerimiento de información del Presidente de esta Comisión con fecha 18 de enero de 2005.

**SEGUNDO.** Con fecha 20 de enero de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Sogecable en el que interponía recurso potestativo de reposición contra el requerimiento de información de 17 de enero de 2005 arriba referido.

En el citado escrito de interposición se expone una única alegación; a saber:

- Ausencia de justificación suficiente para requerir determinada información.

En esta alegación el recurrente estima que *“el tipo de información estratégica que se requiere, que es además provisional, así como el grado de desagregación de la misma, vulnera claramente el principio de proporcionalidad exigido”* en el artículo 9 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel).

Sogecable hace especial hincapié en el requerimiento de datos desagregados tanto de ingresos como de número de contrataciones de pay per view. En efecto, esta entidad considera que *“se trata de información esencial sobre la marcha del grupo cuyo acceso por parte de terceros así como su revelación irregular al mercado podría causar graves perjuicios a esta sociedad en razón de su condición de cabecera de grupo admitida a cotización.”*

De igual forma, hace referencia a la preocupación por la posible revelación de la referida información desagregada de pay per view, por lo que menciona que la normativa establece la necesidad de proteger la información de carácter comercial o industrial. No obstante, la recurrente señala la *“preocupación por la posible revelación de esta información relativa al número de contrataciones en pago por visión no es infundada, ya que, por ejemplo, recientemente se ha podido ver publicado en la prensa información desglosada al respecto”*. A tal efecto, adjunta la noticia de prensa referida.

Por otro lado, estima que el formato de solicitud de información trimestral que utiliza esta Comisión puede generar confusión en el mercado sobre la cuantificación de ciertas variables.

Por todo ello, la recurrente afirma que el referido reitero parcial de 17 de enero de 2005 y el requerimiento de información de 25 de noviembre de 2004 vulneran el principio de proporcionalidad y solicita la revocación de los mismos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**TERCERO.** Mediante escrito notificado con fecha 10 de febrero de 2005, esta Comisión comunicó a Sogecable inicio del procedimiento correspondiente conforme a lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

### II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS PROCEDIMENTALES.

##### PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las *“resoluciones y actos de trámite, si estos últimos deciden directa e indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos”*, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito, con fecha de entrada en esta Comisión de 20 de enero de 2005, como recurso de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que tanto el reitero parcial de información realizado por esta Comisión con fecha 17 de enero de 2005, como el requerimiento inicial de 25 de noviembre de 2004 son actos de trámite cualificados, procede que puedan ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, de conformidad con el artículo 116 de la LRJPAC.

##### SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

##### TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión de 27 de julio de 2004, publicado en el BOE de 12 de agosto de 2004, se aprobó la delegación de competencia del Consejo de esta Comisión en su Presidente para efectuar requerimientos de información.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, el artículo 13.4 de la LRJPAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Teniendo en cuenta que el reitero parcial de información de 17 de enero de 2005 y el inicial requerimiento de 25 de noviembre de 2004 recurridos por Sogecable fueron efectuados por el Presidente de esta Comisión mediante delegación del Consejo aprobada por Acuerdo del mismo de fecha 22 de julio de 2004, el órgano encargado de resolver el presente recurso de reposición será el Consejo de esta Comisión.

El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJPAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

### **CUARTO. Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada al haber sido una de las requeridas para aportar información por los actos de trámite cualificados objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

## **B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **Único.- Sobre la ausencia de justificación suficiente para requerir determinada información.**

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes de Hecho, en el recurso de reposición presentado por Sogecable, la sociedad estima que *“el tipo de información estratégica que se requiere, que es además provisional, así como el grado de desagregación de la misma, vulnera claramente el principio de proporcionalidad exigido”* en el artículo 9 de la LGTel. En este sentido, la recurrente considera como muy relevantes los perjuicios que se le podría ocasionar en el ejercicio por esta Comisión de la facultad de requerir determinada información.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con lo anterior, esta Comisión considera que desde una perspectiva estrictamente jurídica, la justificación para requerir información a los operadores descansa en determinados preceptos. Así, se debe acudir al artículo 30 del RD 1994/1996, de 6 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el que se contempla expresamente 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, que estarán obligadas a suministrarla”*.

Dentro del nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas y audiovisual, los requerimientos de información se regulan tanto en normativa comunitaria como nacional. En efecto, respecto a la normativa comunitaria, cabe destacar el artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, en cuyo apartado primero se señala lo siguiente:

*“Los Estados miembros velarán por que las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas faciliten toda la información, incluso financiera, necesaria para que las autoridades nacionales de reglamentación puedan comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva o en las directivas específicas, o de las decisiones adoptadas con acuerdo a ellas. Cuando se les solicite, estas empresas facilitarán dicha información rápidamente, respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por las autoridades nacionales de reglamentación. La información solicitada por las autoridades nacionales de reglamentación deberá guardar proporción con el cumplimiento de la misión. Las autoridades nacionales de reglamentación motivarán sus solicitudes de información.”*

En cuanto a la normativa nacional se ha de hacer especial referencia al artículo 9 de la LGTel. De acuerdo con el mismo, en la calidad de Autoridad Nacional de Reglamentación que le establece el artículo 46 de la referida norma, esta Comisión podrá requerir de las entidades que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, información necesaria para el cumplimiento de ciertas finalidades siempre que garantice la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar a su secreto comercial o industrial, siendo dichos requerimientos, motivados y proporcionales al fin perseguido.

Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, el citado artículo 9 de la LGTel, en sus apartados 1b), d) y e), contempla la posibilidad de que esta Comisión,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el ámbito de su actuación, cumplidos los requisitos antes referidos, pueda requerir a los operadores la información necesaria para la satisfacción de necesidades estadísticas o de análisis, la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios y, por último, la elaboración de análisis que permitan la definición de los mercados de referencia, la determinación de los operadores encargados de prestar el servicio universal y el establecimiento de condiciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado en aquéllos.

Por tanto, desde esta aproximación no cabe la posibilidad de discutir la potestad que en cuanto a la capacidad de pedir información a los operadores posee esta Comisión.

Esto es, de acuerdo con esta normativa, esta Comisión cuenta con la competencia necesaria para requerir información que le lleve a la realización de informes o estudios de la situación de los distintos mercados que confluyen en la prestación de servicios y explotación de redes del sector de las comunicaciones electrónicas y audiovisual, como es el Tercer Informe Trimestral 2004 en cuyo seno se encuentran como actos de trámite cualificados, los requerimientos recurridos. En este sentido, en referencia al supuesto concreto aquí analizado, la Comisión requiere el suministro de información de los principales operadores que actúan en distintos mercados -y en el caso de Sogecable, no puede obviarse su relevancia en el mercado de la televisión de pago- ante la necesidad que tiene como regulador de conocer las principales variables que, en cada modelo de negocio, resultan imprescindibles para la supervisión del correcto desarrollo de la competencia en el mercado en cuestión. Ello encuentra su justificación, en última instancia, en el objeto de esta Comisión que aparece en el artículo 48.2 de la LGTel, de fomentar la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales.

Por consiguiente, esta Comisión entiende que la solicitud de información desagregada sobre los distintos tipos de ingresos que obtienen los operadores, o sobre el número de abonados o sobre el tipo de contrataciones de pago por visión, constituyen elementos esenciales de cuyo conocimiento necesita para el ejercicio de sus funciones y cuya petición, en modo alguno conculca el principio de proporcionalidad invocado por el recurrente.

Por otro lado, la existencia de una clara proporcionalidad entre la información solicitada en los requerimientos recurridos y la finalidad perseguida por los mismos, no afecta a las obligaciones de mantenimiento de la confidencialidad de los datos que esta Comisión así considere. En este sentido, cabe recordar que la normativa regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela, correspondiendo a la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Administración que pueda divulgar su contenido, la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de hecho necesarios para calificar el documento, o parte de él, como confidencial por constituir secreto comercial o industrial y el reconocimiento de dicha confidencialidad.

En efecto, de conformidad con la Disposición adicional cuarta de la LGTel, *“[l]as entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

Por tanto, tal y como se ha puesto de manifiesto previamente, la consideración de esta Comisión como Autoridad Nacional de Reglamentación que señala el artículo 46.1.d) de la LGTel trae como consecuencia su competencia para la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores cuando así se considere por la trascendencia comercial o industrial de los mismos. Así, siempre que esta Comisión considere que ciertos datos de los aportados por el recurrente, al igual que por el resto de operadores que contestaron el requerimiento de información recurrido, hayan de ser considerados como secreto comercial e industrial serán, de acuerdo con la normativa en vigor, tenidos por confidenciales. En relación con este aspecto, cabe señalar que los datos requeridos a los que se refiere Sogecable, a saber, *“datos desagregados de ingresos y minutos de publicidad, de ingresos por abonados, información detallada de ingresos por contrataciones de pay per view y número de contrataciones por fútbol, películas, etc”*, en todo momento han sido tomados por esta Comisión por confidenciales.

En efecto, en el Tercer Informe Trimestral 2004 aparecen en el mercado audiovisual, únicamente los siguientes datos desagregados:

- Total de ingresos por servicio audiovisuales
- Número total de abonados en el periodo de referencia.

En este sentido, con respecto a la falta de proporcionalidad que señala Sogecable entre la información mucho más desagregada solicitada en el requerimiento de información y la que aparece ya de forma agregada en el Tercer Informe Trimestral del 2004, esta Comisión considera que,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

efectivamente, la no aparición de determinados datos o variables, está normalmente ligado a la necesidad de preservar su confidencialidad en la medida en que su revelación pública puede causar eventuales perjuicios al operador desde un punto de vista comercial o industrial, y por tanto afectar negativamente a sus intereses y por ende al correcto desarrollo mercado. Por ello, tal y como ya se ha puesto de manifiesto, en el mercado de los servicios de audiovisual, la mayoría de los datos que aparecen en el Tercer Informe Trimestral de 2004 son datos agregados del sector, considerándose estos datos de forma desagregada por operador como datos confidenciales. Estos datos desagregados, sin embargo, son requeridos por esta Comisión a efectos de la realización de estudios, informes o estadísticas habiendo respetado, en todo caso, la proporcionalidad exigida por la normativa. Incluso, se ha de tener en cuenta que los ciudadanos, dentro de su derecho de acceso a archivos y registros, una vez que haya finalizado la tramitación del expediente, tendrán limitado el acceso al conjunto de estos datos. Esto es, son datos aportados por el recurrente para la realización por esta Comisión de funciones de análisis e investigación dentro de los que no cabe el acceso por terceros a los mismos al no tratarse de un procedimiento administrativo stricto sensu.

No obstante, la no aparición de los datos en el Tercer Informe Trimestral 2004 por que sean considerados confidenciales o por que simplemente no se estime oportuno en el informe o estudio que se esté llevando a cabo, no conlleva que el regulador no deba conocer esa información si estima, como es el caso, que dicho conocimiento resulta necesario para el seguimiento del mercado en cuestión. Esto es, todos aquellos datos que esta Comisión estime necesarios para realizar análisis, estudios o informes con la finalidad de que el mercado de las comunicaciones electrónicas y audiovisual cuente con mayor transparencia, como es el caso del expediente MTZ 2004/1835 para la elaboración del Tercer Informe Trimestral 2004 en cuyo seno se encuentran los recurridos requerimientos de información, cumplirán con la proporcionalidad que exige la normativa en vigor y habrán de ser contestados por los operadores requeridos.

Por otra parte, respecto a la consideración por parte de Sogecable de la provisionalidad de los datos requeridos, siendo cierto este aspecto lo que conlleva una no consolidación de los datos, ello por sí solo no impide que se puedan requerir los mismos, ser tratados y analizados, con la lógica salvaguarda de la provisionalidad intrínseca de esas variables.

Teniendo todo ello en cuenta, los operadores, en este caso Sogecable, están obligados al cumplimiento de los requerimientos que se realicen con los requisitos que se vienen analizando. Por tanto, no se ha de olvidar que cuando se produzca un incumplimiento reiterado de los requerimientos de información será considerado infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 53.p) de la





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

LGTel objeto, por consiguiente, de sanción muy grave como señala el artículo 56.1.b) de la misma norma. Este artículo pone de manifiesto lo siguiente:

*“1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones:*

*b) Por 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 la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.”*

En consecuencia, a juicio de esta Comisión, la alegación esgrimida por el recurrente de ausencia de proporcionalidad suficiente para requerir determinada información, no debe ser estimada, al contar este organismo con la potestad para requerir aquella información que estime necesaria para el desarrollo competitivo de los mercados de comunicaciones electrónicas y audiovisual.

Por otro lado, Sogecable hace referencia a la preocupación por la posible revelación por esta Comisión de información relativa al número de contrataciones en pago por visión, aportando una tabla con información al respecto publicada dentro de un artículo de La Gaceta de los Negocios de 10/1/2005.

Respecto a la eventual revelación de datos que la recurrente sostiene que se ha producido, debe hacerse notar que en los datos adjuntos a esa noticia, referidos por un lado, a un desglose de abonados por tecnologías y por otro, al desglose de contrataciones en modalidad de pago por visión, no aparece en ningún momento como fuente esta Comisión.

De igual forma, Sogecable parece no haber percibido que estas tablas son de público conocimiento y difusión desde el momento en que se incluyeron en la versión impresa del Informe Anual 2003, publicado el mes de julio del pasado año. Concretamente, estos datos de carácter público, se encuentran



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contenidos en las páginas 364 y 368 (tablas nº 212 y 227 respectivamente) del mismo.

Abundando más en este aspecto, se debe constatar que los datos que aparecen recogidos en las tablas a las que viene haciendo referencia Sogecable son datos anuales y de carácter agregado, no desagregando en ningún caso la información relativa a la recurrente.

En definitiva, se trata de una información pública, no sujeta a secreto comercial o industrial, ya que se ha estimado que la variable que representa el número de contrataciones en pago por visión puede ser objeto de publicación siempre y cuando la misma tenga un carácter agregado, como en el caso que acontece, y por tanto, no se proceda a delimitar este parámetro operador por operador.

Por último, Sogecable menciona en su recurso que debido al formato utilizado por esta Comisión, la información requerida podría generar confusión en el mercado sobre la cuantificación de determinadas variables. En relación con este aspecto, el recurrente no especifica de qué manera se puede generar confusión, cuáles son aquellas variables o aspectos del formato que inducen a tal situación y en definitiva, cuáles son los efectos de esa eventual confusión.

En este sentido, Sogecable, tal y como pone de manifiesto en su recurso de reposición, ha presentado con fecha 13 de octubre de 2004 escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de fecha 29 de julio del mismo año por la que se declara parcialmente la confidencialidad de los datos aportados por las entidades del sector de las telecomunicaciones y audiovisual para la elaboración del Primer Informe Trimestral 2004. Será en el seno de este recurso contencioso-administrativo donde se entren a valorar los argumentos que, en su caso, alegue Sogecable para esgrimir la confusión creada con el formato utilizado por la Comisión en los Informes Trimestrales 2004, no concretados de ningún modo en el presente recurso de reposición.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

## RESUELVE



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Sogecable, S.A. contra el requerimiento de información efectuado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con fecha 17 de enero de 2005, por el que se reitera parcialmente el requerimiento de información para la elaboración del Tercer Informe Trimestral de 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, 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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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 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 LRJPAC, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Alfonso Ramos de Molins Sainz de Baranda

Reinaldo Rodríguez Illera