



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

**D. JAIME VELAZQUEZ VIOQUE**, 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 8 de julio de 2004, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR CANAL SATÉLITE DIGITAL, S.L. CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE FECHA 30 DE OCTUBRE DE 2003, POR LA QUE SE PONE FIN AL PERIODO DE INFORMACIÓN PREVIA RELATIVO A UN PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE SOGECABLE DE DETERMINADAS CONDICIONES IMPUESTAS POR EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2002, ASÍ COMO DEL ARTÍCULO 7B) Y C) DE LA LEY 17/1997, DE 3 DE MAYO.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Canal Satélite Digital, S.L. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 30 de octubre de 2003 por la que se pone fin al periodo de información previa relativo a un presunto incumplimiento por parte de Sogecable de determinadas condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 29 de noviembre de 2002, así como del artículo 7, letras b) y c) de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 27/04, la siguiente:

Resolución de 8 de julio de 2004, recaída en el expediente AJ 2004/118.

### **HECHOS**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de octubre de 2003, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la Resolución por la que se puso fin al periodo de información previa relativo a un presunto incumplimiento por parte de Sogecable de determinadas condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 29 de noviembre de 2002, así como del artículo 7, letras b) y c) de la Ley 17/1997, de 3 de mayo (Expediente AJ 2003/1187), disponiendo lo siguiente:

*“PRIMERO.- Por ello, de las diligencias llevadas a cabo en el periodo de información previa objeto de este expediente, hay que concluir que no procede la apertura de procedimiento alguno sobre la base de las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 17/1997.*

*SEGUNDO.- Iniciar de oficio un procedimiento con el fin de analizar el cumplimiento de la totalidad de las condiciones establecidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, al objeto de emitir el informe anual que está previsto en la condición vigésimo segunda del citado Acuerdo.*

*TERCERO.- Requerir a AUNA la subsanación del escrito por el que solicita la iniciación del arbitraje, a fin de dotarlo del contenido y fundamento que exige el artículo 12 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.*

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de fecha 23 de enero de 2004, con entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día, la entidad Canal Satélite Digital, S.L. (en adelante, CSD) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución antes referida al considerar que la misma no era conforme a Derecho.

El citado recurso de reposición de CSD se fundamenta en los siguientes motivos:

1. Indefensión de CSD por falta de audiencia en el procedimiento.

CSD alega que, a pesar de ser el interesado principal y directo en las actuaciones practicadas y en la Resolución recurrida, sin embargo, el *“procedimiento administrativo cuyas resoluciones se recurren, y que afectan frontalmente a los intereses de CSD (...) se ha tramitado por la CMT sin la necesaria audiencia de la misma, y sin que hayan sido tenidos en cuenta, por tanto, las alegaciones que deberíamos haber y habríamos realizado”.*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En opinión de la recurrente, esta Comisión debería haber considerado que *“cualquier decisión que pudiera adoptarse incidiría directamente, como así ocurre, en los derechos e intereses legítimos de CSD”*.

Por todo lo anterior, CSD concluye que la omisión del trámite de audiencia previsto 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 (en adelante, LRJPAC), en la adopción de la Resolución recurrida, le ha producido indefensión, solicitando, en consecuencia, la anulación de la misma, *“con retroacción de las actuaciones al tiempo en que tal defecto concurrió, esto es, al tiempo de la presentación de los escritos iniciales por AUNA y los demás denunciantes”*.

2. Incompetencia de la CMT para resolver, mediante arbitraje, las denuncias formuladas.

CSD señala que conforme lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 *“resulta evidente que la ejecución y cumplimiento de lo establecido en el Acuerdo antes citado corresponde al Servicio de Defensa de la Competencia (...) mientras que a la CMT le compete tan sólo, en su caso, el arbitraje para la resolución de los conflictos de naturaleza privada que, entre particulares, puedan surgir en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales que se hayan establecido en aplicación de las condiciones establecidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros (...) Obligadamente, la vigilancia y control sobre el cumplimiento o incumplimiento de esas normas se atribuye a un órgano administrativo, en este caso, el Servicio de Defensa de la Competencia. Bajo ningún concepto, en ningún caso, en consecuencia, si se han incumplido o no esas normas, y en qué consista el incumplimiento, y cuáles sean las consecuencias del mismo, y qué conductas o sanciones deban adoptarse o imponerse es algo que pueda discutirse y resolverse en un procedimiento arbitral, de Derecho privado, regido por el principio dispositivo, y que (...) no puede versar sobre materias indisponibles.”*

En opinión de CSD, la realización de un arbitraje sobre *“materias indisponibles”* por esta Comisión *“es, sencillamente, ilegal y, en consecuencia, nulo de pleno derecho pues, además y como efecto de todo lo anterior, priva a un órgano administrativo de competencias legalmente atribuidas, y priva a los administrados*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*de una específica y reforzada tutela jurisdiccional, la tutela contencioso administrativo”.*

De conformidad con lo anterior, la recurrente solicita la anulación de “*la Resolución de 30 de octubre de 2003, en todos los puntos, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento en que se presentaron los escritos de denuncia por AUNA, AOC y FACUA, anulando en todo caso el punto tercero de la misma y procediendo al inmediato archivo de las actuaciones arbitrales que hayan podido realizarse por falta absoluta de jurisdicción arbitral de la CMT sobre la materia.*”

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones, entre otros actos, 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.

A pesar de que el recurrente no califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, ha de indicarse que, considerando la solicitud de anulación de la Resolución de 30 de octubre de 2003 contenida en el mismo, las alegaciones efectuadas, y con base en el principio antiformalista derivado del artículo 110.2 de la LRPJPAC, cabe calificar el escrito presentado por CSD como recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución, al amparo de lo establecido en el artículo 107.1 de la citada Ley.

#### **SEGUNDO.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. 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 misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC exige, como requisito indispensable para la interposición del recurso potestativo de reposición, que el recurrente tenga la condición de interesado.

A estos efectos, resulta imprescindible llevar a cabo un análisis respecto a si concurre en CSD, en su calidad de recurrente, la condición de interesado que exige el artículo 107.1 de la LRJPAC.

Para ello, hay que partir del período de información previa (y no procedimiento administrativo, como confunde CSD) iniciado en esta Comisión bajo la referencia RO 2003/1187, dado que es la Resolución que puso fin al citado período la que ha sido impugnada por CSD.

Pues bien, el citado período de información previa se inició como consecuencia de las denuncias presentadas por AUNA, la Asociación de Operadores de Cable, A.I.E. (en adelante, AOC), la Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía (en adelante, FACUA), así como una serie de escritos remitidos por la Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y por la Oficina de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Torremolinos, que corresponden a diferentes usuarios de DIGITAL+ mediante los cuales se ponen en conocimiento de esta Comisión determinadas actuaciones llevadas a cabo por SOGECABLE tras la operación de concentración con VÍA DIGITAL.

Concretamente, AUNA denunció el incumplimiento de las condiciones primera, novena y décima del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, 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 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), publicado mediante la Orden ECO/19/2003, de 8 de enero. La AOC se adhirió a esta denuncia.

Ha de indicarse que AUNA, en un segundo escrito remitido a esta Comisión concretó el “petitum” de su escrito inicial y, por lo que se refiere a las Condiciones



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

novena, décima y undécima del Acuerdo del Consejo de Ministros, solicitó que las cuestiones denunciadas objeto de conflicto fueran resueltas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en ejercicio de las funciones de arbitraje que tiene asumidas en la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones (en vigor en la fecha de la Resolución) y en la Condición vigésimo primera del Acuerdo referido.

Asimismo, AUNA, además de los incumplimientos del Acuerdo del Consejo de Ministros denunciados, puso en conocimiento de esta Comisión una presunta infracción de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, y aprueba medidas adicionales para la liberalización del sector, modificada por el Real Decreto 16/1997, de 13 de septiembre.

Por su parte, FACUA y los usuarios de DIGITAL+ denunciaron el incumplimiento de la Condición decimoctava del Acuerdo del Consejo de Ministros citado.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en fecha 30 de octubre de 2003, puso fin al período de información previa, en los términos siguientes:

“PRIMERO.- Por ello, de las diligencias llevada a cabo en el período de información previa objeto de este expediente, hay que concluir que no procede la apertura de procedimiento alguno sobre la base de las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 17/1997.

SEGUNDO.- Iniciar de oficio un procedimiento con el fin de analizar el cumplimiento de la totalidad de las condiciones establecidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, al objeto de emitir el informe anual que está previsto en la condición vigésimo segunda del citado Acuerdo.

TERCERO.- Requerir a AUNA la subsanación del escrito por el que solicita la iniciación del arbitraje, a fin de dotarlo del contenido y fundamento que exige el artículo 12 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, la Resolución ahora recurrida puso fin al período de información previa iniciado para conocer con mayor detalle las circunstancias concretas de las denuncias presentadas contra SOGECABLE y, consecuentemente, la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo. En concreto, se trataba de examinar las siguientes circunstancias:

- Existencia o no de incumplimientos del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, a los efectos de proceder a la emisión de los informes generales o singulares que en ese Acuerdo se prevén y a la activación de mecanismo de arbitraje a cargo de esta Comisión, de conformidad con las Condiciones vigésimo primera y vigésimo segunda del citado Acuerdo.
- Existencia de situaciones de conflicto que deban resolverse de conformidad con los presupuestos de aplicación y procedimientos previstos en la Ley 17/1997, de 3 de mayo.
- Situaciones de abuso de posición dominante por parte de la entidad SOGECABLE que pudieran resolverse mediante la aplicación de la Ley 17/1997 antes aludida.

Todo ello, de conformidad con la habilitación competencial de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones transcrita en la Resolución recurrida.

Una vez analizada brevemente la Resolución ahora recurrida, procede determinar si, como CSD alega, esta entidad ostentaba la condición de interesado en el procedimiento cuya Resolución es objeto de recurso y, en consecuencia, si se produjo la alegada indefensión por no habersele dado audiencia en el mismo.

CSD alega en su escrito que el “*procedimiento*” se ha tramitado “*sin la necesaria audiencia de la misma, y sin que hayan sido tenidas en cuenta, por tanto, las alegaciones que deberíamos haber y habríamos realizado.*” En opinión de CSD, esta omisión del trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la LRJPAC, le ha producido indefensión.

Al respecto, ha de indicarse que ante las denuncias presentadas, esta Comisión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.2 de la LRJPAC, acordó abrir un período de información previa tramitado con la referencia RO 2003/1187, y que finalizó con la Resolución ahora recurrida.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 69 de la LRJPAC, al regular la iniciación de oficio de los procedimientos administrativos, establece en su apartado segundo, la posibilidad de que la Administración, con anterioridad al inicio del procedimiento en cuestión, proceda a la apertura de un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el citado procedimiento.

A tenor de lo anterior, tal y como ha destacado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Ss. de 24 de septiembre y 2 de octubre de 1976, Ar 4971) **el período de información previa no forma parte propiamente del procedimiento administrativo, sino que es un simple precedente y tiene carácter potestativo**, incluso en los procedimientos sancionadores, si bien en éstos es sumamente conveniente, a fin de evitar la incoación precipitada de un procedimiento sancionador con las consecuencias de orden social que conlleva.

Como su propio nombre indica, se trata de un período que se abre con anterioridad al acuerdo de iniciación de oficio de un procedimiento que tiene, como finalidad, determinar la conveniencia o no de proceder a la apertura de un expediente administrativo. Pues bien, dada la naturaleza de este período de información previa, no cabe entender la existencia ni de trámite de audiencia ni de interesados en el mismo.

Aún más, y, sin perjuicio de lo anterior, carece de cualquier fundamento la alegación de indefensión, ya que CSD no tiene derechos o intereses legítimos que puedan verse afectados por la resolución definitiva, no considerándose interesado, tal y como a continuación se analiza.

EL artículo 31.1 de la LRJPAC establece que se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) “Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no hay recaído resolución definitiva.”





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con respecto al primer supuesto contemplado en el artículo 31.1 a) de la LRJPAC, resulta evidente que CSD no promovió el expediente RO 2003/1187, puesto que ni siquiera puede hablarse de un procedimiento administrativo, al tratarse de una información previa y, por tanto, se acordó de oficio por esta Comisión.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, esto es, artículo 31.1 b), CSD no es titular de derecho alguno que pudiera haber resultado afectado por la decisión adoptada en la Resolución recurrida.

En efecto, como ya se ha indicado, la Resolución ahora recurrida tiene su origen en un período de información previa iniciado como consecuencia de una serie de denuncias mediante las cuales se pone en conocimiento de esta Comisión el presunto incumplimiento de SOGECABLE del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, así como de la Ley 17/1997, de 3 de mayo. Ha de remarcarse el hecho de que todas las denuncias presentadas hacen referencia a SOGECABLE y no a CSD, siendo ésta la razón por la que únicamente se dio traslado de los escritos presentados en esta Comisión a SOGECABLE.

Pues bien, ante las denuncias presentadas, esta Comisión inició un período de información previa que concluyó con la Resolución ahora recurrida en la que se resuelve, por un lado, proceder a la apertura de un procedimiento administrativo al objeto de emitir un informe al Servicio de Defensa de la Competencia y, por otro, archivar la denuncia relativa al incumplimiento de la Ley 17/1997, al no haber quedado acreditado el mismo. Asimismo, se requiere a AUNA para que subsane el escrito por que el solicita la iniciación del procedimiento de arbitraje a fin de dotarlo del contenido que exige el Reglamento de esta Comisión.

Analizada, pues, la parte dispositiva de la Resolución recurrida y los motivos de impugnación alegados por la entidad recurrente, se llega a la conclusión de que CSD no tiene la condición de interesado para poder impugnar la Resolución de 30 de octubre de 2003, por cuanto que la anulación de la misma no es susceptible de producir efectos, positivos o negativos, en la entidad recurrente. Máxime teniendo en cuenta que la Resolución recurrida procede a iniciar un procedimiento para informar a otro órgano administrativo acerca del cumplimiento por parte de SOGECABLE de las condiciones a las que el Consejo de Ministros supeditó la autorización de la operación de concentración consistente en la integración de VÍA DIGITAL en SOGECABLE.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia<sup>1</sup> ya se ha manifestado señalando que para reconocer la legitimación de los recurrentes es necesario que éstos obtengan de la estimación del recurso algún beneficio o ventaja, sea éste de carácter material o moral. Sin embargo, en el presente caso, no existe una especial vinculación entre el interés invocado por CSD y el mandato de la Resolución impugnada, limitándose CSD a invocar unos genéricos perjuicios, faltos de identificación alguna, que en modo alguno justifican su condición de interesado en los términos legalmente requeridos.

Así, CSD a lo largo de su escrito alude a sus “*intereses y derechos legítimos*” pero sin aportar prueba alguna que acredite los mismos, y sin determinar en qué medida han quedado afectados por el hecho de que se haya iniciado un procedimiento para informar al Servicio de Defensa de la Competencia sobre el cumplimiento por SOGECABLE del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002. Pues bien, no se observa derecho alguno que pueda ostentar CSD para impugnar la resolución referida en los términos ya señalados.

Finalmente, y en lo referente al tercer criterio contemplado en el artículo 31.1 c) de la LRJPAC, no concurre ninguno de los dos requisitos exigidos para otorgar la condición de interesado a su amparo. En efecto, por las razones anteriormente expuestas, no concurre ningún interés legítimo de CSD que pudiera resultar afectado por la resolución que finalmente se adoptó y que ahora es recurrida. Pero, es más, CSD no se personó en el expediente RO 2003/1187 en tanto no recayó resolución definitiva, por lo que tampoco se cumple en el presente caso el segundo de los requisitos exigidos por el artículo 31.1 c) de la LRJPAC para adquirir la condición de interesado en un procedimiento administrativo.

Cabe concluir, en consecuencia, que CSD no ostentó la condición de interesado en el período de información previa del que trae causa el presente recurso, no existiendo circunstancia que suponga variación alguna respecto de dicha condición con respecto al recurso ahora planteado al no haberse producido alteración en los derechos subjetivos ni en los intereses legítimos que pudieran verse afectados por la resolución que recayese, de admitirse a trámite el recurso.

De conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos, procede declarar la inadmisibilidad del recurso por no ostentar CSD la condición de interesado para interponer recurso contra la Resolución de 30 de octubre de 2003.

---

<sup>1</sup> Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fechas 13 de septiembre de 2000 (Ar. 7761), 28 de enero de 2000 (Ar. 1580) y 2 de febrero de 2000 (Ar. 1586).



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Inadmitir a trámite el recurso de reposición interpuesto por la entidad Canal Satélite Digital, S.L., contra la Resolución de esta Comisión de fecha 30 de octubre de 2003, por la que se pone fin al periodo de información previa relativo a un presunto incumplimiento por parte de SOGECABLE de determinadas condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, así como el artículo 7, letras b) y c) de la Ley 17/1997, de 3 de mayo.

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

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque