



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOZOLA, 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 33/99 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 23 de septiembre de 1999, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba

RESOLUCIÓN DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1999, RELATIVA AL ESCRITO PRESENTADO POR MADRITEL COMUNICACIONES S.A. SOLICITANDO EL ACCESO A LAS CONDICIONES ACORDADAS EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE CONTENIDOS FIRMADOS ENTRE SOGECABLE Y CABLEUROPA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Con fecha 24 de mayo de 1999 se recibió por esta Comisión escrito de Don Javier Gerbolés, en nombre y representación de MADRITEL COMUNICACIONES, S.A. (en adelante, MADRITEL), en el que, tras hacer alusión a los compromisos de Canal + y Sogecable de celebrar negociaciones con los distribuidores por cable españoles para los programas de cuyos derechos de distribución son titulares, así como para la distribución de esos programas en condiciones equitativas y no discriminatorias, solicitó acceder a los acuerdos de distribución de contenidos firmados por SOGECABLE y CABLEUROPA.

Segundo.- Dichos acuerdos habían sido remitidos a la CMT por CABLEUROPA en virtud de un requerimiento de información realizado el 30 de septiembre de 1998 por el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), al amparo del artículo 30 del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre.

Tercero.- Una vez instruido el procedimiento sobre la petición de MADRITEL de acceder a los acuerdos de distribución de contenidos entre SOGECABLE Y CABLEEUROPA, mediante escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de julio de 1999, se puso de manifiesto el expediente a las entidades interesadas para que, de conformidad con 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, y en el plazo máximo de diez días, pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

No obstante, finalizado el plazo legalmente establecido, ninguna de las entidades interesadas ha presentado alegaciones al expediente tramitado.

Cuarto.- Con fecha 30 de julio de 1999, el Secretario de esta Comisión, se dirigió a las entidades interesadas, comunicándolas que, conforme a lo previsto en los artículos 49.1 y 42.6 de la Ley 30/1992, se acordaba una ampliación del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento en un mes adicional, el cual se computaría a partir de la fecha en que hubiese concluido el plazo ordinario.

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- MADRITEL en su escrito fundamenta su solicitud en el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC).

Dicho artículo establece:

"Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud".



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este artículo, que consagra el principio de transparencia en la actuación administrativa, tiene su corolario en el artículo 105 b) de la Constitución Española:

"La Ley regulará:

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas."

Segundo.- A juicio de esta Comisión, y por las razones que a continuación van a ser expuestas, no se considera conveniente por parte de esta Comisión permitir a MADRITEL el acceso a los documentos solicitados.

El párrafo 5º del citado artículo 37 de la LRJAP-PAC establece que el derecho al acceso a los documentos que formen parte de procedimientos terminados no podrá ser ejercido por los ciudadanos en determinados casos, entre los que se incluye:

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

Esta Comisión estima que los documentos solicitados por MADRITEL pueden encuadrarse en la categoría de documentos *"relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial"*.

No existe, en el Ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial. El mencionado concepto jurídico viene contemplado básicamente, dentro del Ordenamiento jurídico español y para materias específicas, en el artículo 32 del Código de Comercio y en las leyes 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.

En cualquier caso, el fundamento del secreto comercial e industrial se encuentra en el principio constitucional de libertad de empresa, y su función es la de proteger el interés competencial de los operadores económicos. La salvaguarda del secreto comercial e industrial únicamente está justificada, en la medida en que la publicidad lesione dicho interés. Así, en el sistema de economía de mercado, ha de garantizarse la confidencialidad de una serie de informaciones relativas al funcionamiento de las empresas, esto es, las llamadas "estrategias comerciales". En el caso de que las estrategias de una determinada empresa fueran conocidas por las empresas competidoras, aquélla estaría en una situación de inferioridad, falseándose las propias reglas de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Aplicando estos principios al ámbito de la Administración Pública, ésta obtiene información de las empresas por muy distintos cauces (remisión obligatoria de datos, adjudicación de títulos, actas de inspección...). Pues bien, en todos estos casos, a fin de no falsear las reglas de la competencia, es indispensable la protección del secreto comercial e industrial, no permitiendo el acceso a las informaciones confidenciales que las empresas entregan a la Administración Pública. Esta actuación permitirá preservar las necesarias relaciones de confianza entre el sector privado y la Administración, pues de lo contrario podría comprometerse la capacidad misma de la Administración de obtener la información indispensable para el cumplimiento de sus fines.

Se trata, pues, de conciliar dos principios aparentemente contrapuestos; por un lado, el interés legítimo, de las empresas que aportan una determinada información, de evitar que no se produzca una vulneración esencial a sus intereses comerciales; por otro, el interés, también legítimo, de los ciudadanos, de acceder a los archivos y registros administrativos.

A estas mismas conclusiones puede llegarse al analizar la Jurisprudencia Comunitaria en materia de peticiones de tratamiento confidencial de determinados documentos aportados por los intervinientes en un proceso. Así, en el Auto del Tribunal de Primera Instancia de 15 de noviembre de 1990 (*Rhone-Poulenc y otros vs. Comisión*) el Tribunal declaró que debía *"resolver un conflicto entre dos principios contrapuestos, que son, por una parte, el respeto de los secretos empresariales y, por otra, el respeto del carácter contradictorio del debate procesal entre las distintas partes con intereses posiblemente divergentes"*. A dicho fin, el Tribunal señalaba que en cada caso debe de valorarse cuál de ambos principios debe prevalecer en el concreto supuesto.

Tercero.- En relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado al ámbito de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos -de forma analógica- al ejemplo que utiliza el artículo 20 de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, que incluye dentro de las materias protegidas por el secreto profesional, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

En el mismo sentido, el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, que establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares, incluye dentro del concepto de información amparada por el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

secreto profesional, en particular, información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

Cuarto.- En el ámbito de la Comisión y del Consejo Europeo, el 6 de diciembre de 1993, se aprobó el "Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión" (DOCE nº L 340, de 31 de diciembre de 1993). Dicho Código sienta un principio general: el público tendrá el mayor acceso posible a los documentos que posean la Comisión y el Consejo.

No obstante, dicho Código establece la prohibición de acceso respecto a los documentos *"cuya divulgación pueda suponer un perjuicio para:, la protección del secreto en materia comercial e industrial. , la protección de la confidencialidad que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información ..."*.

Se trata de unas pautas que, según la mención específica de dicho Código, no suponen una modificación de las prácticas existentes ni de las obligaciones de los Gobiernos de los Estados miembros con respecto a sus Parlamentos, sino que deben aplicarse *"dentro del estricto cumplimiento de las disposiciones relativas a las informaciones clasificadas"*. No obstante, ha de ponerse de manifiesto que en dichas pautas se contienen las mismas ideas mantenidas por la Doctrina española citada y la Jurisprudencia Comunitaria respecto a la cuestión que se está analizando en el presente documento.

Asimismo, con objeto de identificar las características que definen la información que debe ser calificada como confidencial por afectar al secreto comercial o industrial de las empresas resulta de interés 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, que desarrolla la práctica de ésta sobre la información confidencial.

En efecto, la Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación, que *"constituyen secretos comerciales las informaciones (documentos o partes de documentos) respecto de los cuales una empresa ha reivindicado el mantenimiento del "secreto comercial" y que la Comisión reconoce como tal"*. Asimismo, continua manifestando que *"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 esenciales 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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."*

Quinto.- En el derecho comparado el tratamiento al concepto del "secreto comercial e industrial", es muy similar al mantenido por nuestra Doctrina y por las instituciones comunitarias.

En Estados Unidos, la materia se rige por la *Freedom of Information Act* de 4 de julio de 1966 (FOIA). De acuerdo con dicha norma, las empresas que participan en la contratación pública o que actúan en sectores sometidos a reglamentación están obligadas a facilitar toda una serie de informaciones a la agencia con la cual se relacionan. No obstante, la FOIA autoriza la no comunicación de los *"secretos de negocios y de las informaciones comerciales o financieras obtenidas de una persona y privilegiadas o confidenciales"*.

A estos efectos, los tribunales estadounidenses han entendido que una información ha de entenderse confidencial cuando su divulgación pueda comprometer la capacidad de la Administración de obtener la información indispensable a su acción o pueda causar un perjuicio sustancial a la competitividad de la empresa. En el momento presente, en el que muchas empresas invocan la FOIA para obtener información confidencial de sus competidores, las empresas afectadas acuden a los tribunales para impedir la comunicación a terceros de dicha información; Esto ha provocado una corriente jurisprudencial muy favorable a la protección de la confidencialidad de las empresas.

En Francia la cuestión se regula principalmente por la Ley de Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos de 17 de julio de 1978, y la Ley de Archivos Públicos de 3 de enero de 1979. En la primera de ellas existe un supuesto similar al artículo 37.5.d) de la LRJAP-PAC, considerándose como una excepción al acceso a documentos administrativos, las comunicaciones que afecten al secreto comercial e industrial de las empresas. La CADA (Comisión de Acceso a Documentos Administrativos), interpretando el concepto de "secreto comercial e industrial", ha incluido en el mismo tres nociones que afectan directamente a la salvaguarda de la libre competencia entre los operadores económicos: el secreto de los procedimientos de fabricación, el secreto de las informaciones económicas y financieras y el secreto de las estrategias comerciales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En Italia, la Ley 241/1990, de 7 de agosto, por la que se aprueban normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos, contiene una regulación similar al artículo 37 de la LRJAP-PAC. El Reglamento 352/1992, de 27 de junio, que desarrolla dicha Ley, configura como causa de exclusión del derecho de acceso a los documentos públicos, los intereses comerciales, financieros y empresariales.

Sexto.- 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 e 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 lo tanto, que sirva para identificar los documentos que deben 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 determinado documento, que las partes firmantes 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, debiendo ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma.

En el caso que nos ocupa, CABLEEUROPA, en escrito de 15 de octubre de 1998, declaró que *"el contenido de la documentación requerida afecta al secreto comercial o industrial de CABLEEUROPA, S.A. a efectos de lo prevenido en el artículo 37.5 d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, en consecuencia, CABLEEUROPA, S.A., tiene interés en salvaguardar especialmente la confidencialidad de algunos extremos de dicha documentación y, en cualquier caso, solicita que toda la información que, en su caso, se pudiera facilitar a esa Comisión sea tratada con carácter confidencial y no se dé acceso a terceros al conocimiento de la misma"*.

De la solicitud de CABLEEUROPA, así como del análisis de los acuerdos entre SOGECABLE y CABLEEUROPA realizado por la CMT, se deduce, en efecto, que se trata de documentos que contienen información sobre dichas empresas y sobre las relaciones comerciales de las mismas, por lo que podría entenderse que podrían afectar al secreto comercial e industrial de las mismas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otro lado, la finalidad perseguida por MADRITEL en su petición de acceder a dichos documentos es conocer la posible existencia de discriminación en la distribución de los programas de titularidad de CANAL+ y de SOGECABLE.

A este respecto, ha de señalarse que no existe proporcionalidad en la medida solicitada, ya que existen otros medios que le permitirían a MADRITEL obtener la finalidad deseada. Es la CMT, de acuerdo con la normativa que le es aplicable, el organismo al que se le encomienda la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos (artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones).

Por tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad nos lleva a la conclusión de que esta Comisión no está obligada a permitir el acceso a MADRITEL a los acuerdos entre CABLEEUROPA y SOGECABLE.

Así, lo más adecuado a la finalidad perseguida por MADRITEL es la presentación ante la CMT de una denuncia para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, mediante el correspondiente escrito en el que MADRITEL exponga las razones en las que fundamenta su denuncia. Con ello, se lograría realmente lo que MADRITEL pretende, esto es, la determinación de la existencia o inexistencia de discriminación en los acuerdos de distribución entre CABLEEUROPA y SOGECABLE.

Por todo lo anterior, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

RESUELVE

UNICO.- Desestimar la solicitud de MADRITEL de acceder a los acuerdos de distribución de contenidos firmados por SOGECABLE y CABLEEUROPA.

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado podrá 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola