



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión num. 32/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA EL ACTO DE 24 DE ABRIL DE 2008 DICTADO POR EL SECRETARIO RELATIVO LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD REFERENTE A LOS EXPEDIENTES MTZ 2007/93, DT 2007/639 Y 2008/250.

En relación con el recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra el acto de fecha 24 de abril de 2008 dictado por el secretario relativo a la declaración de confidencialidad referente a los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 32/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 24 de abril de 2008, el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictó un acto, con relación a los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250, en cuya parte dispositiva se dispone:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Por todo ello, se acuerda **no declarar la confidencialidad** de las siguientes partes:*

- *La totalidad de los párrafos marcados como [CONFIDENCIALES] en el escrito de TESAU de respuesta al requerimiento.*
- *Los documentos adjuntados al escrito de Telefónica de respuesta al requerimiento como Anexo 4, 5, 7 y 9*
- *El cuerpo de los documentos adjuntados como Anexos 2, 3 y 8.*

*Por el contrario se acuerda **declarar la confidencialidad** de las siguientes partes:*

- *Los documentos adjuntados al escrito de Telefónica de respuesta al requerimiento como Anexo 1 (comunicaciones entre Telefónica y los operadores), Anexo 10 (esquemas de la arquitectura del acceso desagregado compartido y para los servicios minoristas) y Anexo 11 (características de los splitters utilizados para los servicios minoristas).*
- *La información ubicada bajo el título de Anexos en cada uno de los documentos adjuntados como Anexo 2, 3 y 8 al escrito de Telefónica de contestación al requerimiento.”*

SEGUNDO.- Con fecha 25 de junio de 2008, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU (en adelante, TESAU), en virtud del cual interpone recurso de reposición contra el citado acto administrativo de fecha 24 de abril de 2008.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con el acto impugnado, en concreto, TESAU fundamenta su recurso en los siguientes aspectos:

- Que determinados datos correspondientes al Anexo 4 del escrito de dicha entidad de 10 de abril de 2008 son confidenciales, puesto que, a juicio de la recurrente, facilitan informaciones que permiten conocer el potencial de la demanda comercial de servicios de telecomunicaciones en ámbitos geográficos muy reducidos, teniendo el carácter de “informaciones estratégicas” al proceder de la ejecución o definición del plan comercial para servicios de banda ancha o del desarrollo de acuerdos con organismos públicos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que el Anexo 5 de su escrito de 10 de abril de 2008 contiene datos secretos protegidos por el secreto industrial sobre los que debe mantenerse la confidencialidad de cara a otros operadores porque , de lo contrario, se dejarían al descubierto los valores límite de los parámetros considerados fundamentales para determinar la validez de un par para transportar un servicio concreto (fundamentalmente, el valor de la atenuación). También considera la entidad recurrente que estos datos no son imprescindibles para el normal desarrollo de los servicios de los operadores competidores.
- Que los Anexos 7, 8 y 9 del escrito de TESAU de 10 de abril de 2008 constituyen, de conformidad con el recurrente, especificaciones técnicas de requisitos de elementos y equipos de la red de acceso que, por su propia naturaleza, forman parte del secreto industrial, habiendo recibido tratamiento de información confidencial dentro de TESAU y estando protegidos por los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Que los secretos comerciales e industriales se hallan protegidos por las disposiciones sobre competencia desleal del ordenamiento jurídico español (art. 13 de la Ley 3/1991) así como por las normas internacionales (art.39 letras a) a c) ADPIC), habiendo sido ello ratificado por la jurisprudencia aplicable.
- Que el acto impugnado adolecía de insuficiente motivación.
- Que, en el caso de que la información no declarada confidencial por esta Comisión en la resolución recurrida fuese divulgada, se le causarían graves perjuicios.

Asimismo TESAU, a través del primer otrosí digo y del Fundamento Quinto de su escrito, solicita la suspensión del acto impugnado en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 apartado a) de la LRJPAC, esto es, que su ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación a la entidad recurrente, alegando además de ello:

- Que existe una apariencia de buen derecho subyacente a la pretensión de suspensión.
- Que no concurre un perjuicio para el interés público o para terceros, en el supuesto de acordarse la suspensión.
- Que la inmediata ejecución de la resolución impugnada produciría graves perjuicios a la recurrente



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Mediante Resolución de fecha 17 de julio de 2008 esta Comisión denegó la solicitud de suspensión del acto impugnado en los siguientes términos:

“ÚNICO.- Desestimar la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de declaración de confidencialidad efectuada por el Secretario de esta Comisión en fecha 24 de abril de 2008 y dictada en el marco de los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250.”

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO. Calificación del escrito.

El artículo 107.1 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 su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 32/2003), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la resolución de 24 de abril de 2008 dictada por el Secretario y relativa a la declaración de confidencialidad referente a los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y 2008/250.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO. 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 interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento en el seno de los procedimientos en los que se dictó el acto objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del presente recurso.

TERCERO. Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

Aun cuando la recurrente no alude expresamente a ninguna de las causas de nulidad o anulabilidad previstas en dichos artículos, en virtud del principio antiformalista que rige la actividad de la Administración Pública, corresponde a la Comisión determinar si el acto impugnado incurriría en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad.

Por otra parte, el referido artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En el presente caso se ha interpuesto el recurso contra un acto de trámite cualificado: la declaración de confidencialidad de determinada información aportada por la entidad recurrente en el seno de los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250, acto autónomo que puede considerarse de manera independiente al procedimiento que lo motivó además de ser susceptible de recurso de reposición.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

CUARTO. Competencia para resolver.

En el ámbito de las competencias atribuidas en la legislación vigente a la Comisión, el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión, aprobado mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2007 (en adelante, Reglamento del Régimen Interior) y el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, atribuyen expresamente al Consejo todas aquellas funciones atribuidas al Organismo en la legislación vigente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En relación con lo anterior, la competencia para efectuar las declaraciones de confidencialidad es del Consejo de la Comisión. No obstante, en virtud del artículo 13 de la LRJPAC, esta competencia fue delegada por medio de la Resolución de de 8 de mayo de 2008 (BOE 142, de 12 de junio de 2008). Ahora bien, el apartado 4º del mismo artículo 13 de la LRJPAC establece que las resoluciones dictadas por delegación, se entenderán dictadas por el órgano delegante, por todo ello, el Consejo de esta Comisión es el órgano competente para resolver sobre el presente recurso potestativo de reposición.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA EFECTUAR REQUERIMIENTOS A LOS OPERADORES.

Esta Comisión es competente para realizar requerimientos a los operadores, según prevé tanto el artículo 9 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como el artículo 30 del Real Decreto 1994/1996, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Efectivamente, de un lado, el citado artículo 9.1 de la Ley 32/2003 declara que:

Las Autoridades Nacionales de Reglamentación podrán, en el ámbito de su actuación, requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la información necesaria para el cumplimiento de alguna de las siguientes finalidades:

- a. Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada.*
- b. Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis.*
- c. Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración.*
- d. La publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios.*
- e. Elaborar 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.*
- f. Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

g. Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta Ley.

De otro lado, el anteriormente mencionado artículo 30 del Real Decreto 1994/1996:

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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.

Además, el incumplimiento por parte de los operadores de su obligación de remitir la información requerida puede acarrearles la imposición de sanciones leves o incluso muy graves, según lo previsto en los artículos 53 y 55 de la Ley 32/2003.

En el artículo 55 apartado d) se considera infracción leve:

“No facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas.”

Y en el artículo 53 apartado x) se califica de infracción muy grave

“El incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones.”

Los tribunales, efectuando una interpretación amplia de la potestad de la CMT, ha confirmado la extensión de su competencia para realizar requerimientos a todas las entidades del sector de las telecomunicaciones.

Concretamente, en el Fundamento Segundo de la STS de 6 de junio de 2007 (RJ 2007\5026), que ratifica la anterior S AN de 25 de mayo de 2004 (JUR 2004\316033) se confirma la competencia de esta Comisión para efectuar, incluso, requerimientos a “locutorios”. También existen diversas sentencias de la Audiencia Nacional que avalan la competencia de la CMT para efectuar requerimientos a empresas del sector audiovisual. Así, deben mencionarse, las SS AN de 26 de enero (JUR 2007\52343), de 27 (JUR 2007\104617) y 30 de marzo de 2007 (JUR 2007\109666).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De este modo, en el Fundamento Segundo de la S AN de 26 de enero de 2007 el Tribunal manifiesta que

“(...) la potestad de la CMT de recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones se extiende no sólo a los operadores de telecomunicaciones sino también a las entidades que prestan servicios audiovisuales.”

SEGUNDO.- SOBRE EL CONCEPTO DE SECRETO COMERCIAL O INDUSTRIAL Y SU APLICACIÓN A LA INFORMACIÓN APORTADA A LAS AUTORIDADES NACIONALES DE REGLAMENTACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES LEGALES.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado anteriormente esta Comisión y, concretamente, en sus Resoluciones de 13 de diciembre (AJ 2006/1106) y de 21 de diciembre de 2006 (AJ 2006/1115).

El artículo 9.1 de la Ley 32/2003 establece el deber de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial:

Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

También en el ámbito comunitario, la garantía de confidencialidad y el correlativo deber de la Administración Pública de velar por su salvaguarda, se prevé en los artículos 214 TCEE y 20 del Reglamento 17/62, así como en el Reglamento Comunitario 3384/1994, de 21 de diciembre.

Las anteriores normas se complementan con el deber de las autoridades, funcionarios y, en general, de cualquier empleado público, a guardar secreto de los hechos que conozcan por razón de sus cargos. Esta obligación se halla prevista expresamente en el apartado 12 del artículo 53 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

No obstante, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Es criterio de esta Comisión remitirse, con carácter orientativo, a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005 (2005/C 325/07), 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 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con relación al concepto de “secreto comercial”, se establece en el punto 18 del apartado 3.2.1 de la citada Comunicación de 22 de diciembre de 2005, que

*“cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de **secreto comercial**. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”*

Del mismo modo en el punto 19 del apartado 3.2.2 de anteriormente citada Comunicación y titulado otra “información confidencial” –diferente de los secretos comerciales- dispone que

*“la categoría <<otra **información confidencial**>> incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El tribunal de Primera Instancia y el tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato.”*

No obstante, cabe recordar que la normativa a la que acabamos de referirnos regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela, correspondiendo a la 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 este sentido, la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003) establece que

“Las 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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”.

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la Ley 32/2003 a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores cuando así se considere por la trascendencia comercial o industrial de los mismos. El carácter declarativo de los actos dictados por esta Comisión respecto a la confidencialidad ha sido confirmado por los Tribunales y, entre otras por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2000 (JUR 2000\203049), 16 de mayo de 2000 (JUR 2000\203038) y de 24 de marzo de 2000 (RJCA 2000\1418). En el apartado 5 del Fundamento Segundo de la S AN de 30 de mayo de 2000, la Audiencia manifiesta que:

“(...) la decisión que adopta la Comisión tiene, un carácter declarativo sobre el "tratamiento confidencial" del documento o documentos.”

Además, el Tribunal Supremo mediante dos Autos de fechas 5 de octubre (RJ 2006\8175) y de 13 de julio (JUR 2006\197518) de 2006 recuerda que la declaración de confidencialidad, una vez realizada por el organismo especializado de la Administración, en este caso, por esta Comisión, la misma continúa vigente, no solamente durante la tramitación administrativa del expediente sino, en caso de recurso, durante la tramitación judicial de dicho recurso, salvo que la misma sea modificada, en su caso, por el tribunal competente a solicitud de alguno de los interesados.

Al tratar la confidencialidad, tal y como ha indicado tanto esta Comisión en numerosas ocasiones¹ como el propio Tribunal Supremo (entre otros, en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94), nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración receptora de los datos, valorando de acuerdo con el principio de

¹ Entre otras resoluciones, cabe destacar su Resolución de 23 de septiembre de 1999, relativa a la solicitud de Madritel Comunicaciones, S.A. de acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa; su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. de acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 20 de noviembre de 1998 por Airtel Móvil, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A. y su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. solicitando el acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 19 de noviembre de 1998 por Telefónica Servicios Móviles, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proporcionalidad, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada dato, el beneficio que se causa dando acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

Con carácter general, en el análisis de la información aportada por los operadores para su posterior declaración como confidencial o no, deben enfrentarse detenidamente el interés general que su conocimiento puede aportar, y en concreto, la mejora en la transparencia del mercado, y en definitiva en su competencia, y el legítimo interés de los operadores de proteger aquella información que pueda perjudicarles.

Obviamente, gran parte de la información de una empresa que opera en el mercado es inaccesible al resto de agentes del mismo, en especial sus competidores. Ello, no obstante, no implica que el perjuicio de su revelación deba ser considerado grave o significativamente perjudicial, en cuyo caso casi ningún dato podría ser publicado. Además, esta circunstancia debe ponerse en relación con la especial regulación del mercado de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que pretende velar por su efectiva competencia a través, entre otros mecanismos, de la transparencia de su funcionamiento.

En el caso que nos ocupa (la confidencialidad de los datos requeridos en el seno de los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250) se ha de partir de la base de que nos encontramos ante información aportada en el seno de la Oferta de Referencia para el Acceso al Bucle de Abonado (OBA), información que viene obligado a aportar el recurrente al haber sido declarado operador con poder significativo en el mercado de referencia mediante Resolución de esta Comisión de 11 de mayo de 2006 (AEM 2005/1451), estableciéndose además en la página 34 del Anexo de esta resolución que:

“Con el objeto de realizar el seguimiento de la evolución en la prestación de los servicios basados en el bucle de abonado, TESAU remitirá periódicamente a la CMT información detallada sobre los servicios de acceso al bucle de abonado. El formato y el grado de detalle de la citada información así como los plazos en que se debe suministrar y los periodos de referencia serán los actualmente vigentes (establecidos por la resolución de revisión de la oferta de referencia de fecha 31 de marzo de 2004 y su anexo II), y podrán ser modificados mediante resolución de la CMT.”

Por tanto, y en la medida en que dicha información pueda resultar necesaria para la efectiva puesta en práctica de la OBA y, en definitiva, para el fomento de la competencia sectorial, y con independencia de su naturaleza, debe ser objeto de acceso por parte del resto de operadores. En este sentido, los Tribunales han venido aceptando la prevalencia del principio de transparencia y del fomento de la competencia sobre los secretos industrial y comercial, como se recoge, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 29 de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

febrero de 2000 (recurso 1124/1999) y de 1 de junio de 2000 (Recurso 492/1999).

En el Fundamento Noveno de la S AN de 29 de febrero de 2000, se señala que el interés público prevalece en determinados casos sobre el interés privado de secreto comercial o industrial:

*“En suma, los anexos cuya declaración de reserva o confidencialidad se pretende no ponen de manifiesto datos o circunstancias afectantes al secreto comercial o industrial sino que, por el contrario, se refieren a determinados aspectos de la relación contractual respecto de los cuales se proyecta un interés público, confiado a la tutela de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incompatible con aquel pretendido secreto, en la medida en que **su conocimiento y puesta a disposición de los interesados resulta necesario y proporcional a la satisfacción de los fines de competencia, transparencia y no discriminación, que podrían ser soslayados si un elemento esencial de la relación jurídica, cual es el precio de los elementos y servicios propios de la interconexión, no pudiera ser conocido (...)**”*

Y en el Fundamento Tercero de la S AN de 1 de junio de 2000 se rechaza la pretensión de declarar confidencial determinado documento, al considerar que dicha información resulta necesaria para garantizar la supervisión por parte de la CMT de las obligaciones impuestas al operador dominante:

*“El Anexo recoge los precios de interconexión por servicios de tráfico conmutado (servicios de terminación, acceso y tránsito en horario punta, normal y reducido) y es obvio que **su conocimiento es esencial para garantizar lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Interconexión y siendo TF operador dominante ha de facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas, que sólo podrían garantizarse mediante el conocimiento de los precios contenidos en el Anexo 3C, argumentaciones éstas que llevan a la desestimación del recurso interpuesto.**”*

Por otro lado, el pretendido carácter de “secreto industrial o comercial” de la información cuya confidencialidad se solicita queda cuestionado, como se razonará en el Fundamento siguiente, por la circunstancia de que en los propios Anexos 7,8 y 9 se declara que los mismos se destinan “*para utilización en el servicio de acceso compartido (OBA)*”, esto es, para proveer servicios al resto de operadores usuarios afectados por la OBA. Y ello además de que, como se señalará también en esta Resolución, los presuntos perjuicios derivados de la divulgación de esa información, no ha sido objeto de debida prueba o acreditación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- SOBRE EL LEGÍTIMO INTERÉS EN EL CONOCIMIENTO POR PARTE DEL RESTO DE OPERADORES DE LA INFORMACIÓN CUYA CONFIDENCIALIDAD SE SOLICITA PARA EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE ACCESO AL BUCLE DE ABONADO (OBA).

Como ha reiterado esta Comisión en distintas Resoluciones, no basta con la publicación de la OBA para que se entienda cumplido el deber de transparencia por parte del operador obligado, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de la OBA (cumplimiento material y efectivo). Así, en las páginas 14 a 15 de la Resolución de 26 de junio de 2003 (AJ 2003/81), se decía que

“No obstante, como tal oferta, la mera publicación no puede entenderse por sí sola como cumplimiento de la obligación de disponer de ella en las condiciones establecidas por esta Comisión, sino que dicha publicación ha de ir acompañada de la implementación efectiva de los medios necesarios para atender la demanda de servicios que se pudiera producir por parte de los operadores autorizados.”

En el mismo sentido se pronuncia en sus páginas 66 y 67 la Resolución de 16 de noviembre de 2006 (RO 2004/1811), al declarar que

*“las Resoluciones que modifican la OBA **conlleven la obligación de prestar los servicios** en las condiciones que en las mismas se fijan (..)”*

La importancia de una correcta aplicación de la OBA es fundamental por un doble motivo: no sólo porque se trata de hacer cumplir una resolución de esta Comisión sino también por los efectos que puede tener su incumplimiento para el resto de operadores y para las condiciones de competencia efectiva en el mercado considerado. Así, en el Fundamento Cuarto de la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166) se recalca la trascendencia de esta cuestión:

“del fiel y puntual cumplimiento de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el buen funcionamiento del sector de las telecomunicaciones, sometido como ya se ha indicado antes a una situación de extraordinaria movilidad, lo que otorga una especial gravedad a la deliberada inexecución u obstaculización de dichas resoluciones.”

Es precisamente, la extraordinaria “movilidad” del sector, tal y como expresa el Tribunal Supremo, la que determina la necesidad de hacer cumplir con carácter inmediato las resoluciones dictadas por esta Comisión, para garantizar de modo efectivo el fomento de la competencia y la salvaguarda de la pluralidad de servicios, en cumplimiento de los artículos 3.a) y 48.3.e) de la Ley 32/2003.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346) se recuerda la relación directa entre la prestación de los servicios OBA por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector:

“Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave (...).”

Y constituye un elemento indispensable para el efectivo cumplimiento de la OBA que los operadores alternativos dispongan de la información necesaria para poder solicitar los servicios previstos en la oferta de referencia.

Por tanto, en este caso deberá determinarse, si la información cuya confidencialidad se solicita en el escrito de recurso es realmente necesaria para los operadores alternativos, y concretamente, para que éstos últimos estén en condiciones de solicitar los servicios de la OBA. Como se razonará seguidamente, la información cuyo acceso a los operadores alternativos pretende vedar la entidad recurrente, sí resulta necesaria para la correcta implementación de la OBA.

Por lo que se refiere al **Anexo 4**, analizado en las páginas 2 a 4 del recurso, debe decirse que los operadores alternativos, en orden a solicitar la desagregación de los pares en una central de TESAU, necesitan conocer los pares que dependen de los nodos y no de la central, puesto que puede suceder que los pares sean no desagregables. Por otro lado, en el caso de ofrecer un servicio de acceso indirecto, el operador alternativo necesita también saber los servicios disponibles. Y en el supuesto de que los operadores alternativos estuvieran interesados en ubicación en el subbucle, deberían conocer dónde se encuentran los nodos y a cuántos pares se da servicio.

Con relación al **Anexo 5**, objeto del recurso en sus páginas 4 a 6, se dice (véase página 4) que:

“debe mantenerse la confidencialidad porque ello dejaría al descubierto los valores límite de los parámetros considerados fundamentales para determinar la validez de un par para transportar un servicio concreto (fundamentalmente el valor de atenuación).”

Añadiéndose en la página 5 del recurso que

“No se puede argumentar con rigor que esa información técnica de la atenuación máxima por servicio y señal sea necesaria para los operadores alternativos (...).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, debe recordarse que los operadores alternativos tienen a su alcance solamente los valores teóricos de atenuación fijados en la OBA. Sin embargo no disponen de información sobre la relación entre la atenuación teórica y las velocidades reales susceptibles de ser provisionadas, que dependerán de las condiciones reales de la red. En consecuencia, la información de TESAU sobre los valores límite de los parámetros fundamentales para determinar la validez de un par para transportar un servicio concreto es información necesaria para los operadores alternativos.

Y con referencia a los **Anexos 7, 8 y 9** analizados en las páginas 6 a 8 del recurso, no podemos aceptar como cierto, como pretende la entidad impugnante en la página 7 de su recurso, que los elementos de red a los que se refieren dichos Anexos

“no tienen nada que ver con los servicios mayoristas, pues hacen referencia a elementos y equipos de red para uso interno de los servicios minoristas.”

Precisamente dichos elementos de red son los que TESAU utiliza para prestar servicios mayoristas a los operadores alternativos, reconociéndose así en las Introducciones de cada uno de los Anexos 7, 8 y 9.

Así, en la Introducción del Anexo 7 se dice que *“el presente documento se genera para especificar las características mínimas, tanto funcionales como dimensionales, que deben cumplir los Filtros de Central para el Servicio de Ubicación, en su modalidad de Acceso Compartido”*.

En la Introducción del Anexo 8 también se dice que *“el objetivo del presente documento es presentar los requisitos que deben cumplir los filtros, tanto en la parte de paso bajo como paso alto y línea, empleados en central para suministrar acceso compartido de banda ancha (...)”*.

Finalmente, y más explícita todavía resulta la Introducción correspondiente al Anexo 9, en la que se reconoce que *“este documento tiene por objeto fijar las mínimas características exigibles a los splitter individuales para utilización en el servicio de acceso compartido (OBA)”*.

En este sentido, y con relación a la actuación de la entidad recurrente, puede traerse a colación la llamada *“doctrina de los actos propios”*. La aplicación de la doctrina de los actos propios a los interesados en un procedimiento administrativo viene siendo admitida en la jurisdicción contencioso-administrativa, y así, por ejemplo, cabe citar lo dicho en el Fundamento Décimo de la STS de 28 de septiembre de 2004 (RJ 2004\5977):

“(...) razones derivadas de la doctrina de los actos propios, del criterio de aceptación de las cláusulas cuando se verifica la presentación de proposiciones, y de razones de seguridad jurídica, impiden que, si no se ha impugnado la convocatoria de un concurso ni sus bases, se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

impugne después el resultado de éste cuando le es desfavorable, según una reiterada doctrina jurisprudencial”

Doctrina ya apuntada en su día en la STS de 13 de junio de 1983 (RJ 1983\3173), en cuyo Fundamento Segundo se dice que:

“ (...) la vinculación de los propios actos ha de ser examinada prioritariamente esta cuestión, múltiples veces tratada en relación con la conducta de la Administración, y en menores ocasiones en consideración a la del administrado, aunque suficientes para poder contar hoy con un cuerpo de doctrina, que puede concretarse, según lo que en ella viene declarando, en que, el apotegma «venire contra factum proprium non valet», ha encontrado acogida en la jurisdicción contencioso administrativa” ; (...) que la relación entre los actos propios de los administrados y los actos de la Administración, así como el alcance y las repercusiones que unos tienen en otros, no quedan al arbitrio de las subjetivas apreciaciones de los interesados , sino que han de ser jurídicamente calificados por los Tribunales competentes (...).”

De lo dicho hasta el momento, se desprende la preferencia del interés de los operadores alternativos en conocer la información cuyo acceso a la misma pretende vedar la recurrente sobre el derecho a la confidencialidad de TESAU. Y, en especial considerando la especial “movilidad” del sector de las telecomunicaciones, según se recoge en la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2007\166).

Interés preferente que se halla en consonancia con el interés general en el fomento de la competencia y salvaguarda de la pluralidad de la oferta de servicios de telecomunicaciones (artículos 3 y 48.3.e) de la Ley 32/2003), tal y como se expone al final del Fundamento Segundo de esta resolución.

CUARTO.- SOBRE LA NECESIDAD DE ACREDITAR LOS POSIBLES PERJUICIOS QUE PODRÍAN DERIVARSE DE LA DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN CUYA CONFIDENCIALIDAD SE SOLICITA.

En el Fundamento Cuarto del recurso, la operadora impugnante declara que:

“En todo caso, es necesario resaltar el perjuicio que sufriría Telefónica de España si la información declarada como no confidencial es divulgada.”

También se hace referencia a esta materia el Fundamento Primero del escrito, barajando cifras de “varios millones de euros” (véase página 5) y señalándose, incluso, una supuesta cifra de posibles daños derivada de una hipotética pérdida de cuota de mercado (véase página 4). Sin embargo, no se presenta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con el recurso, dictamen o estudio económico alguno acreditativo de las alegaciones efectuadas sobre el presunto perjuicio que puede irrogarse.

Los tribunales han venido sosteniendo la necesidad, para evitar la efectiva ejecución de un acto o resolución administrativos, de que el afectado por el mismo pruebe la posible causación de los daños. Entre otras, cabe señalar las SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931), de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515) y de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) y de 21 de junio de 2006 (RJ 2006\6722).

En el caso que nos ocupa, la entidad recurrente no ha presentado prueba o indicio algunos, en forma de estudios, informes o dictámenes económicos, que acrediten debidamente sus alegaciones sobre posibles daños o perjuicios. Por ello, la posible causación de dichos daños, como consecuencia de la divulgación de la información cuya confidencialidad se solicita, no puede considerarse probada.

QUINTO.- SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO RECURRIDO.

En el Fundamento Tercero del recurso se alude a una presunta falta de motivación de la resolución impugnada con relación al caso concreto.

Primeramente, debemos recordar que, como prevé el artículo 54 de la Ley 30/1992, la motivación de los actos y resoluciones administrativos únicamente requiere una “sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho”. Ello ha sido confirmado reiteradamente por la jurisprudencia, pudiéndose citar, entre otras, a las SSTS de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006\5702), de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004\5306) y de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003\2971).

En el Fundamento Tercero de la STS de 8 de marzo de 2006 se dice que:

La conclusión debe ser, pues, que el controvertido acto administrativo estuvo suficientemente motivado: porque expresó la fundamentación fáctica y la justificación normativa de su decisión; y porque la medida que encarnó el contenido de dicha decisión fue coherente con la clase de intereses sobre los que se proyecta la regulación invocada en esa justificación normativa.

Y en el Fundamento Sexto de la STS de 20 de marzo de 2003 se señala que el acto impugnado

cumple, pues, la exigencia legal de explicar o exteriorizar el núcleo de la decisión administrativa y facilita, de este modo, el ulterior control jurisdiccional sobre el contenido del acto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso del acto impugnado, concurre una adecuada motivación, tanto desde el punto de vista jurídico como fáctico. En el **aspecto jurídico**, y en las páginas 1 y 2 del acto recurrido se hace referencia explícita y se analiza tanto la normativa española aplicable representada por los artículos 9 y 46 de la Ley 32/2003 y su jurisprudencia, como la normativa europea vigente, representada por la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005. En el aspecto **fáctico**, y contrariamente a lo pretendido por la recurrente, el caso concreto sí es abordado en la página 3 del acto impugnado, donde se dice que la confidencialidad de la información necesaria para los operadores alternativos en el marco de los servicios de la OBA (*“información relativa a la planta de pares y nodos, actuaciones realizadas en la planta, características de los pares y especificaciones de los splitters para los operadores alternativos”*) no ha sido debidamente acreditada por la operadora recurrente.

En vista de lo anterior,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contra el acto de fecha 24 de abril de 2008 dictado por el secretario y relativo a la declaración de confidencialidad referente a los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Reinaldo Rodríguez Illera

EL SECRETARIO

Ignacio Redondo Andreu