



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 02/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 18 de enero de 2007, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL SECRETARIO DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 21 DE NOVIEMBRE DE 2006 POR LA QUE SE DECLARA PARCIALMENTE LA CONFIDENCIALIDAD DEL ESCRITO DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE FECHA 20 DE JULIO DE 2006 (MTZ 2006/1217)**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de noviembre de 2006 por la que se declara parcialmente la confidencialidad del escrito de Telefónica de España, S.A.U. de fecha 20 de julio de 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 18 de enero de 2007, recaída en el expediente AJ 2006/1506.

### HECHOS

**PRIMERO.-** En el marco del procedimiento seguido en esta Comisión con el objeto de analizar la comercialización por parte de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) de nuevos productos minoristas simultáneamente a la puesta a disposición de terceros operadores de un nuevo servicio mayorista de alquiler de la línea telefónica (en adelante, "BVA" Bucle Virtual de Abonado), TESAU, en su escrito de 20 de julio de 2006, solicitó la declaración de confidencialidad tanto del escrito presentado como de sus documentos anexos.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

**SEGUNDO.-** Con fecha 21 de noviembre de 2006 el Secretario de esta Comisión dictó Resolución en la que accedía parcialmente a la declaración de confidencialidad solicitada.

En concreto en la Resolución se estableció que quedarían afectos de confidencialidad tanto los escritos de fechas 20 de julio y 16 de octubre de 2006, como la información contenida en los Anexos 1, 1b, 2, 2b, 3, 3b y apartado 1.3 del Anexo 4 del escrito de 20 de julio de 2006.

Por el contrario, esta Comisión estimó que no procedía la declaración de confidencialidad del Anexo 4 (excepto en su apartado 1.3) del escrito de 20 de julio de 2006.

**TERCERO.-** Con fecha 12 de diciembre de 2006 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de TESAU por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior. El motivo del recurso interpuesto es no haber estimado su solicitud de confidencialidad del Anexo 4 (excepto en su apartado 1.3) del escrito de 20 de julio de 2006.

Manifiesta que no haber declarado la confidencialidad del Anexo 4 del citado escrito resulta contrario a la normativa vigente y perjudicial para sus intereses, y en consecuencia, interpone recurso potestativo de reposición que fundamenta en los siguientes motivos:

- 1) Sobre la declaración de no confidencialidad del Anexo 4 del escrito de 20 de julio.

Manifiesta que la divulgación o puesta en conocimiento a terceros operadores del mencionado Anexo 4, que contiene precisamente la descripción del servicio BVA, *“creará unas expectativas infundadas entre los clientes del segmento de operadores de Telefónica de España, lo cual podría ser perjudicial para la relación comercial que mi representada mantiene con dichos operadores”*.

Señala que se considerarían expectativas infundadas ya que si bien ha considerado el lanzamiento público de una Oferta comercial de alquiler mayorista de la línea telefónica, ésta estaría condicionada a la aprobación de los servicios minoristas descritos en los anexos del mismo escrito de 20 de julio, por lo que, de paralizar esta Comisión el lanzamiento de cualquiera de estos servicios, dejaría de tener sentido adoptar dicha iniciativa y en consecuencia, no procedería a ello.

De conformidad con lo anterior, pone de manifiesto que el Anexo 4 que se incorpora en el escrito de 20 de julio describe el servicio BVA y las condiciones en las que, en su caso, sería comercializado por TESAU y por tanto, contiene



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información de carácter estratégico que, de ser conocida por el resto de los operadores del sector, podría vulnerarse su derecho al secreto comercial.

- 2) Sobre la falta de motivación de la declaración de no confidencialidad del Anexo 4.

La recurrente alega que esta Comisión no ha motivado suficientemente su decisión de no declarar como información confidencial el Anexo 4 de su escrito de 20 de julio.

Esto es, que el haber basado únicamente la declaración de confidencialidad en que *“Esta Comisión ha decidido, sin embargo, no estimar la solicitud de confidencialidad para terceros interesados en relación con el Anexo 4 (excepto en su apartado 1.3) del escrito de 20 de julio de 2006, ya que no se ha encontrado que su divulgación a terceros operadores pueda causar un daño irreparable a TESAU por no constituir materia protegida por el secreto comercial”* no es suficiente y en consecuencia, se está incumpliendo con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a cuándo debe considerarse que un acto administrativo se encuentra suficientemente motivado, vulnerando asimismo lo establecido en la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

En virtud de todo lo anterior, solicita que se tenga por presentado recurso de reposición contra el acto administrativo por el que se declara no confidencial el Anexo 4 (excepto en su apartado 1.3) del escrito de 20 de julio de TESAU, proceda a declarar confidencial la información contenida en el mismo y asimismo que, hasta que no se resuelva el recurso interpuesto, se abstenga de publicar en la página web de esta Comisión la declaración de confidencialidad impugnada.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

##### Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) establece que contra las resoluciones y los 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, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 como recurso de reposición y de su análisis se desprende la corrección de dicha calificación. En efecto, el acto recurrido, aún tratándose de un acto de trámite, constituye un trámite cualificado de los mencionados más arriba, por cuanto que su no impugnación supondría la invariabilidad posterior por vía ordinaria de su contenido, además de ser susceptible de afectar, hipotéticamente, a derechos del recurrente, como es su derecho al secreto industrial y comercial.

### **Segundo.- Admisión a trámite.**

El recurso 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 fecha 18 de diciembre de 1997<sup>1</sup> se aprobaron una serie de delegaciones de competencias, entre las que se encontraba la de *“Delegar en el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de los actos de instrucción o trámite que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior, con excepción de los actos en que se adopten medidas cautelares y las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá, en cualquier caso, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.”*

Posteriormente, mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de junio de 2006<sup>2</sup> se aprobó la modificación de la Resolución a la que se refiere el párrafo anterior acordándose *“Delegar en el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de los actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior, con excepción de los actos en los que se adopten medidas cautelares y las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá en cualquier caso, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

<sup>1</sup> Resolución publicada en el BOE el día 29 de enero de 1998.

<sup>2</sup> Resolución publicada en el BOE el día 18 de julio de 2006.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Según establece el artículo 116 de la LRJPAC, los actos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado.

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

Teniendo en cuenta que la Resolución de fecha 21 de noviembre de 2006 recurrida por TESAU fue dictada por el Secretario de esta Comisión mediante delegación del Consejo, el órgano encargado de resolver el presente recurso de reposición será el Consejo de esta Comisión.

Por otra parte, 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.

### **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 por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

## **II. - Fundamentos jurídicos materiales.**

### **PRIMERO.- 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.**

El artículo 9.1 de la LGTel y el 21 del Reglamento del Servicio Universal<sup>3</sup> establecen el deber de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

También en el ámbito comunitario, la garantía de confidencialidad se prevé en los artículos 287 del Tratado de la Comunidad Europea y en los artículos 27 y

---

<sup>3</sup> Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

28 del Reglamento de la Comisión Europea 1/2003<sup>4</sup>. En concreto, en el apartado segundo del citado artículo 27 se establece expresamente que *“No se podrá acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros”*. Asimismo, en el artículo 28 se contempla la obligación de la Comisión y de las autoridades de la competencia de los Estados miembros, de no divulgar la información amparada por el secreto profesional.

No obstante, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Por tanto, 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<sup>5</sup> relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, 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.

Así, la Comisión Europea establece que tendrá carácter de secreto comercial la información sobre la actividad económica de una empresa que pueda causarle un perjuicio grave, tales como, por ejemplo, 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, y otras.

En un sentido similar, desarrollando el marco normativo en el que se desenvuelve el ámbito comunitario la obligación de comunicar a las partes la documentación obrante en un expediente en materia de competencia, la propia Comisión dio determinadas disposiciones, que sobrepasaban las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia. Dichas normas están contenidas en su Duodécimo Informe sobre política de competencia, que, en síntesis, venían a determinar que *“la Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa: los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas; los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial, como, por ejemplo aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión (Europea) con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos”*.

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

---

<sup>4</sup> Reglamento de la Comisión Europea 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>5</sup> Comunicación 2005/C 325/07 publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de diciembre de 2005.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 LGTel 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 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 LGTel 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.

Respecto al alcance del concepto *“secreto comercial e industrial”*, esta Comisión se ha pronunciado en numerosas ocasiones<sup>6</sup>. En estas Resoluciones se afirma lo siguiente:

*“(…) el principio de transparencia en la actuación de la Administración tiene su límite en el respeto al secreto comercial o industrial de las empresas. Sin embargo, no existe en el Ordenamiento Jurídico español una normativa que expresamente identifique cuáles son los datos o informaciones que pueden quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y, por tanto, que sirva para identificar los documentos que pueden ser declarados confidenciales.*

*Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un documento, que las partes del mismo reivindicuen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal*

---

<sup>6</sup> 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

*reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento con 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.”*

No obstante, en relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado en el ámbito sectorial de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos -de forma analógica y con efectos meramente interpretativos- al ejemplo que utiliza el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998<sup>7</sup>, que establecía el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares. En el mismo, se incluye dentro del concepto de información amparada por el secreto profesional, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

En la anterior línea se manifiesta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94, que en su fundamento jurídico tercero señala:

*“¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideren confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)? Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales, han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la representación procesal de los recurrentes en Súplica. Pues bien, aunque los recurrentes en Súplica no indicaron (ni ahora indican) los motivos concretos e individualizados por los que cada uno de los documentos aportados y que constituyen la denominada pieza confidencial deben estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que ampara a todas las partes del proceso ha analizado detalladamente todos los documentos que el Director General de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) indicó como documentos confidenciales al remitir a esta Sala el expediente administrativo, (folios ...) y resulta que ninguno de los documentos examinados, -en este caso concreto- pueden considerarse desde la jurisdicción revisora, documentos confidenciales al extremo de que sean sustraídos al análisis de los demandantes a los efectos de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda.”*

---

<sup>7</sup> Vigente hasta el 30 de abril de 2005.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es decir, que al tratar la confidencialidad 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 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.

Por otro lado, cabe constatar que esta Comisión se ha alineado con la práctica de la administración comunitaria<sup>8</sup> que desde el primer momento ha considerado como confidencial todo tipo de información sensible que evidenciara el posicionamiento competitivo de las empresas. A este respecto, conviene tomar en consideración lo establecido en la citada Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005 en el punto 3.2.1:

*“Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (3). Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos 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”.*

En ese sentido, desde un punto de vista de la jurisprudencia comunitaria, se ha de tener en cuenta la Sentencia de 18 de septiembre de 1996 en el asunto T-353/94, Postbank NV/Comisión, apartado 87, en la que se considera que una información reviste el carácter de secreto comercial, cuando puede acreditarse que la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave.

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

---

<sup>8</sup> Decisiones de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003 DOCE 2003 L263/03 y de 16 de julio de 2003.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que pretende velar por su efectiva competencia a través, entre otros mecanismos, de la transparencia de su funcionamiento.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el siguiente fundamento se analizará si efectivamente, la solicitud declarada como confidencial revestía dicho carácter y procede la anulabilidad de la Resolución recurrida.

### **SEGUNDO.- Análisis de las alegaciones de la Recurrente.**

Según lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones, los operadores pueden indicar justificadamente la información que consideren de trascendencia comercial o industrial y cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad.

TESAU, en su escrito de fecha 20 de julio de 2006, se limita a solicitar la íntegra declaración de confidencialidad tanto del escrito presentado como de sus Anexos, justificando únicamente su solicitud en la siguiente afirmación:

*“dado el carácter estrictamente sensible de la información que figura en el presente escrito y sus Anexos”.*

No ha sido sino hasta la interposición del recurso de reposición que ha dado lugar a la presente Resolución, cuando ha procedido a justificar la solicitud realizada. Y la citada justificación se fundamenta en la consideración de que la divulgación o puesta en conocimiento a terceros operadores del mencionado Anexo 4 que contiene precisamente la descripción del BVA, creará unas expectativas infundadas entre los clientes del segmento de operadores de TESAU, ya que el lanzamiento de la oferta contenida en el citado Anexo está condicionada, en todo caso, a la aprobación de los servicios minoristas aportados junto a la citada Oferta. Señala que la generación de las citadas expectativas infundadas podría ser perjudicial para la relación comercial que mantiene con los operadores que podrían ser beneficiarios de la oferta de continua referencia en el caso que fuese aprobada.

Respecto a las alegaciones de la recurrente es preciso poner de manifiesto que la información respecto a la cual solicita la declaración de confidencialidad consiste en la mera descripción de un servicio. Servicio al que, si bien le han aplicado una serie de particularidades que la diferencian del resto de BVA que puedan estar ofreciendo otros operadores a los que se les ha identificado como operadores con poder significativo de mercado en la Unión Europea, no deja por ello de ser la definición de un servicio que se pretende prestar.

Asimismo procede señalar que la recurrente se ha comprometido a no comercializar las ofertas minoristas contenidas en su escrito de fecha 20 de julio de 2006 hasta que esta Comisión no apruebe la oferta de alquiler BVA.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Pues bien, esta Comisión, para poder aprobar y resolver sobre la propuesta de la recurrente, deberá ponderar tanto las alegaciones de ésta, suministrando la información necesaria para que dicha aprobación pueda llevarse a cabo, como los comentarios de los operadores beneficiarios de la oferta del BVA, máxime cuando serán éstos los que contraten el servicio de referencia y puedan aportar información en relación a la experiencia adquirida en un servicio muy relacionado con el BVA como es la preasignación.

Por tanto, carecería de sentido que los operadores beneficiarios de la oferta de continua referencia no pudieran conocer las características del servicio propuesto por TESAÚ, especialmente cuando éste será un servicio necesario para emular los productos que empaqueten los servicios de acceso y tráfico telefónico en aquellas zonas donde los operadores alternativos no dispongan de red propia o no hayan desagregado completamente el bucle de abonado.

En consecuencia, del análisis realizado en atención al principio de proporcionalidad, se llega a la conclusión de que ningún perjuicio se produce a la recurrente porque otros operadores ejerzan su derecho de acceso a la información de continua referencia, ya que, salvo el apartado 1.3 que contiene los precios de la oferta, ésta no constituye secreto comercial alguno de la recurrente. Esto es, la información contenida en el Anexo 4, relativa a la descripción del servicio BVA, no tiene carácter estratégico para TESAÚ, en tanto no contiene datos relativos a las características de los servicios minoristas que desea comercializar y cuya divulgación, por el contrario sí podría vulnerar su derecho al secreto comercial.

Por último, y en relación con lo manifestado por la recurrente en relación con que, de conocerse la descripción del servicio BVA por el resto de los operadores, se crearían unas expectativas infundadas, lo que podría ser perjudicial para su relación comercial con éstos, es preciso poner de manifiesto que dicha alegación carece de fundamento, ya que la citada oferta aún no ha sido puesta en el mercado, esto es, los operadores en ningún momento han disfrutado de la misma y, en consecuencia, aún no han podido verse afectados ni por sus ventajas ni sus inconvenientes, por lo que difícilmente, en el supuesto de que finalmente no llegue a ser puesta a disposición de los mismos, se podrán producir perjuicios de ningún tipo.

### **Tercero.- Sobre la ausencia de motivación de la Resolución recurrida.**

La recurrente manifiesta que la Resolución adolece de una adecuada motivación incumpliendo en consecuencia con lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la necesaria motivación de los actos administrativos.

Respecto a lo alegado por la recurrente procede asimismo poner de manifiesto jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se establece cuándo debe



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerarse que un acto administrativo se encuentra suficientemente motivado.

En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), señalaba lo siguiente:

*“El deber de motivación de los actos administrativos tiene por finalidad, según se refiere en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2003 (RC 3905/2000 [RJ 2003\9526]), que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto”.*

Asimismo, en la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918) se establecía lo siguiente:

*“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo, no puede confundirse con su falta de motivación”.*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia expuesta, en modo alguno puede admitirse la alegación de la recurrente, al haberse establecido en la Resolución impugnada la decisión que determinó el acto recurrido, esto es, *“ya que no se ha encontrado que su divulgación a terceros operadores pueda causar un daño irreparable a TESAU por no constituir materia protegida por el secreto comercial”.*

Esto es, esta Comisión consideró que no existía perjuicio alguno por la puesta a disposición al resto de los operadores de la información solicitada como confidencial, todo lo contrario, ésta debía ser puesta a disposición de los mismos para que pudieran alegar sobre la misma y con ello permitir a esta Comisión decidir sobre su conveniencia y condiciones.

Dicho lo anterior procede desestimar la alegación de la recurrente ya que parece estar confundiendo la falta de motivación con el hecho de no compartir el criterio establecido por esta Comisión, al haberse determinado el proceso lógico y jurídico de su decisión, siendo la mejor muestra de la existencia de tal motivación precisamente, el recurso de reposición interpuesto por TESAU en el que se rebaten los distintos argumentos esgrimidos por esta Comisión en la Resolución impugnada.

### **Cuarto.- Sobre la solicitud de no publicación de la Resolución recurrida en la página web de esta Comisión.**

La recurrente solicita que no se proceda a la publicación de la Resolución impugnada en la página web hasta la Resolución del recurso de reposición interpuesto



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a la solicitud de la recurrente es preciso poner de manifiesto que la Resolución impugnada no es objeto de publicación en la página web de esta Comisión.

Esto es, esta Comisión considera que al resto de operadores que no son interesados en un procedimiento administrativo no les supone beneficio o perjuicio alguno el acceso al contenido de las Resoluciones relativas a las declaraciones de confidencialidad y en consecuencia, no se estima oportuno la publicación de las mismas en la página web de esta Comisión.

Sin perjuicio de lo anterior cabe significar que en las Resoluciones por las que se pone fin a los procedimientos administrativos tramitados por esta Comisión, Resoluciones que sí son objeto de publicación de acuerdo con el principio de transparencia de actuación de la Administración contenido en el artículo 3.5 de la LRJPAC, se contienen todos los antecedentes de hecho de la Resolución final, por lo que asimismo se contienen las referencias a las correspondientes declaraciones de confidencialidad que se hayan podido dictar a lo largo del procedimiento. De manera que, en el caso que una persona, ya sea física o jurídica, al tener conocimiento de la Resolución final publicada en la página web, quiera tener acceso a las posibles declaraciones de confidencialidad a las que se haga referencia en la misma, no necesitará nada más que ejercitar su derecho de acceso a los expedientes administrativos previsto en el artículo 37 de la LRJPAC.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 21 de noviembre de 2006 por la que se declara parcialmente la confidencialidad del escrito de Telefónica de España, S.A.U. de fecha 20 de julio de 2006 (MTZ 2006/1217)

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera