



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 número 26/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad “Telefónica de España, S.A.U.” contra la Resolución de 14 de abril de 2010 por la que declaraba la no confidencialidad de determinados datos y documentos suministrados a esta Comisión (AJ 2010/1443).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Declaración de no confidencialidad de 14 de abril de 2010.

Con fecha 22 de enero de 2009 el Consejo de esta Comisión aprobó la resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 42 de 18 de febrero de 2009 (expediente número MTZ 2008/626).

En dicha Resolución se impusieron a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) una serie de obligaciones regulatorias recogidas en sus Anexos 1, 2 y 3, entre las cuales están las obligaciones de acceso a bucles y subbucles (Anexo 1), a los recursos asociados de infraestructuras de obra civil (Anexo 2), y las obligaciones de transparencia, que incluyen la obligación de aportar a esta Comisión ciertas informaciones y datos en relación con la Oferta de Referencia y también las relativas a la transformación de su red (Anexo 1.2.b) y a las infraestructuras de obra civil (Anexo 2.2.b).

En el marco de dichas obligaciones regulatorias de remisión periódica de cierta información y datos, con fecha 24 de abril de 2009, se envió a TESAU un requerimiento de información, reiterado mediante otro escrito remitido el día 14 de julio de 2009.



Con fechas 21 de mayo de 2009, 10 de junio de 2009 y 4 de agosto de 2009 tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión 3 escritos de TESAU dando respuesta al citado requerimiento de información, y en los cuales, sobre la base de lo establecido en el artículo 37.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), solicitaba que se considerasen confidenciales los Anexos de los escritos remitidos por considerar que contienen información de carácter sensible que puede afectar a la estrategia comercial de la empresa, pues incluyen información sobre los costes y la marcha o desarrollo de los negocios cuyo conocimiento por terceros competidores pudiera resultarle perjudicial.

Mediante la Resolución del Secretario de esta Comisión de 14 de abril de 2010, se declaró la no confidencialidad de las informaciones y datos contenidos en los Anexos de los escritos remitidos por TESAU, así como en las actualizaciones de los mismos enviadas mensualmente a esta Comisión, por estar vigente una obligación regulatoria de acceso y de transparencia, por no apreciarse la concurrencia de las causas de confidencialidad invocadas ni la existencia de perjuicio alguno, así como por haberse publicado algunos de los datos por la solicitante.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 21 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro Electrónico de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones un escrito de TESAU en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 14 de abril de 2009 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente muestra su disconformidad con la citada Resolución por considerarla contraria a la normativa vigente y por ser lesiva a sus intereses, sobre la base de, fundamentalmente, las siguientes alegaciones:

A) Vulneración innecesaria del secreto comercial e industrial de TESAU.

TESAU muestra con carácter general su disconformidad con el procedimiento seguido para declarar la no confidencialidad de la información de los Anexos de sus escritos pues, por una parte, se produce tras más de un año de remitir los mismos y por otra parte se habría vulnerado la normativa vigente en materia de secreto comercial e industrial, sin que se haya justificado el motivo ni la necesidad:

- La recurrente alega que la información declarada no confidencial sí afecta al secreto empresarial, comercial e industrial por contener detalles sensibles de los planes de despliegue de su red FTTH a nivel de central, a corto plazo (6 meses) y actualizada de manera periódica (mensualmente), que puede ser aprovechada por sus competidores (especialmente para los operadores de cable con sus redes actualizadas a la tecnología DOCSIS 3.0) para adelantar sus despliegues y ofertas comerciales en esas zonas. No obstante lo anterior, la recurrente cambia su solicitud inicial de confidencialidad de toda la información contenida en los Anexos, y en su recurso reduce dicha solicitud a la siguiente información: a) Datos de despliegue actual FTTH: Número de fincas pasadas, y número de unidades inmobiliarias



pasadas; y b) Datos de despliegue previsto a 6 meses: Fincas previstas en 6 meses, y unidades inmobiliarias previstas en 6 meses.

- También afirma que la información declarada no confidencial no es necesaria para el normal desarrollo de los servicios de los demás interesados en el procedimiento, pues disponen de servicios indirectos y de la oferta MARCo para poder replicar servicios y desplegar sus propias redes FTTH en condiciones competitivas, y señala que a su juicio en este tipo de servicios no existe asimetría en el mercado que justifique esta asimetría regulatoria ya que se trata de redes y servicios nuevos, por lo que desvelar sus planes comerciales y de despliegue a los demás competidores no estaría justificado y además desincentivaría las inversiones previstas.

B) Motivación errónea e insuficiente, causando indefensión.

TESAU señala asimismo que la motivación de la Resolución recurrida parte de un error, ya que la comunicación en Prensa de sus planes de despliegue de red FTTH se hizo de manera general, es decir, a nivel global para toda España para un periodo de tiempo de unos 3-5 años, no de manera detallada a corto plazo (6 meses) ni a nivel de central. Además, considera que la motivación es, en todo caso, insuficiente, lo que le causa indefensión.

C) Existencia de un perjuicio económico y comercial para TESAU.

Por último, la recurrente alega la existencia de un perjuicio derivado de la divulgación de la información declarada no confidencial a sus competidores por su carácter sensible, ya que tendría un alto valor comercial, económico y competitivo al desvelar sus planes comerciales y de inversión, por lo que su conocimiento por sus competidores puede ser aprovechado por éstos para adelantar sus despliegues y ofertas comerciales en las zonas afectadas.

Por todo lo anterior TESAU solicita que se anule parcialmente la Resolución del Secretario de esta Comisión de 14 de abril de 2010 por la que se declaró la no confidencialidad de las informaciones y datos contenidos en los Anexos de los escritos remitidos por TESAU, así como en las actualizaciones de los mismos enviadas mensualmente a esta Comisión, y en concreto solicita que se declare la confidencialidad de la siguiente información:

- a) Datos de despliegue actual FTTH: Número de fincas pasadas, y número de unidades inmobiliarias pasadas.
- b) Datos de despliegue previsto a 6 meses: Fincas previstas en 6 meses, y unidades inmobiliarias previstas en 6 meses.

Asimismo solicita que mientras se tramita y resuelve el recurso de reposición, y sobre la base de lo establecido en el artículo 111 de la LRJPAC, se adopten las medidas cautelares necesarias para que suspenda la efectividad de la declaración de no confidencialidad recurrida y, en consecuencia, no se ponga a disposición de los operadores alternativos la información señalada como confidencial por la recurrente, es decir, los Anexos de los escritos recibidos en esta Comisión los días 21 de mayo 10 de junio y 4 de agosto de 2009



dando respuesta al requerimiento de información de 24 de abril de 2009, reiterado el día 14 de julio de 2009; así como las actualizaciones mensuales remitidas posteriormente.

Para fundamentar su solicitud TESAU argumenta que concurren los dos requisitos previstos en el artículo 111.2 de la LRJPAC: la posibilidad de que la ejecución del acto recurrido cause perjuicios, y que su recurso está basado en causas de nulidad de pleno derecho.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO 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 cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé 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, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente es interesada directa en el procedimiento administrativo número MTZ 2008/626 en el marco del cual se dictó el acto impugnado, que es firme en vía administrativa; califica expresamente su escrito como recurso de reposición e invocando determinadas causas de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC; y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, y teniendo en cuenta que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa (artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; en adelante, LGTel), procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 21 de mayo de 2010 como recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución del Consejo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de abril de 2010 declarando la no confidencialidad de los Anexos de sus escritos de 21 de mayo de 2009, 10 de junio de 2009 y 4 de agosto de 2009 dando contestación al requerimiento de información de 24 de abril de 2009 reiterado el 14 de julio de 2009.

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 número



MTZ 2008/626 y es el operador destinatario de las obligaciones regulatorias adoptadas en el mismo, y en concreto del requerimiento de información a resultados del cual se dictó la declaración de no confidencialidad impugnada. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

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.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en varios motivos de nulidad y anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la misma Ley; concretamente se invoca el incumplimiento de la normativa vigente en materia de secreto comercial e industrial, lo que le causaría un perjuicio económico y comercial; y la existencia de indefensión por no haberse motivado suficientemente el acto recurrido (motivos de nulidad y anulabilidad previstos en los artículos 62.1, letras a) y f), y 63.1 de la LRJPAC).

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de TESAU.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU objeto de la presente Resolución corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de TESAU, y de acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación vigente a esta Comisión, el artículo 48.4 de la LGTel y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (en adelante, el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión), atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del Organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la vista de la necesidad de alcanzar una mayor agilidad y eficacia en la tramitación de los procedimientos, y al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJPAC que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Secretario 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*" (Resuelve Segundo, letra a), de la Resolución del Consejo de 8 de mayo de 2008, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 142 de 12 de junio de 2008). En consecuencia, el acto recurrido, en cuanto acto de trámite cualificado, fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas



por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, 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.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la presunta vulneración del secreto comercial e industrial de TESAU.

TESAU alega que se ha vulnerado la normativa vigente en materia de secreto comercial e industrial, ya que esa información, que, según la recurrente, hasta ahora había sido confidencial pues en la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los denominados “Mercados 4 y 5” no se establecía como obligación facilitar la misma a los operadores alternativos, posteriormente ha sido declarada no confidencial por esta Comisión sin que exista justificación ni necesidad para ello; en concreto la recurrente afirma que levantar el secreto de los datos de despliegue actual FTTH relativos al número de fincas pasadas y número de unidades inmobiliarias pasadas, y los datos de despliegue futuro de red a nivel de fincas y de unidades inmobiliarias pasadas previstas en 6 meses, sí afectarían al secreto empresarial, comercial e industrial de la recurrente por contener detalles sensibles y estratégicos de los planes de despliegue de su red FTTH a nivel de central, a corto plazo (6 meses) y actualizada de manera periódica (mensualmente).

Hay que poner de manifiesto, en primer lugar, que la recurrente parte de una premisa errónea ya que la resolución impugnada, en ningún momento levanta la confidencialidad de una información declarada con anterioridad como confidencial como pretende la entidad recurrente. En efecto, el hecho de que la Resolución de 22 de enero de 2009 no estableciera expresamente la obligación de facilitar la información de continua referencia a los operadores alternativos, no convierte a dicha información en confidencial como interesadamente afirma TESAU. La información será confidencial, y será tratada como tal, si reúne los requisitos para ello establecidos en la normativa de aplicación al efecto y ha sido declarada como tal por el órgano competente (en este caso esta Comisión), cuestión esta en la que nos detendremos más adelante. La declaración de confidencialidad se puede hacer de oficio o a instancia de la parte interesada. Precisamente lo que hizo la Resolución impugnada es resolver sobre la confidencialidad solicitada por la Recurrente negando que la información tuviera el carácter de confidencial solicitado por TESAU. Por tanto, la información nunca ha tenido la consideración de confidencial.

Para fundamentar, en vía del presente recurso, el carácter sensible, estratégico y confidencial de dicha información sobre su despliegue actual y futuro a corto plazo, la recurrente alega que los operadores alternativos no necesitan la misma para el normal despliegue de las redes y desarrollo de los servicios de los demás interesados en el procedimiento, pues disponen de servicios indirectos y de la oferta MARCo para poder



replicar servicios y desplegar sus propias redes FTTH en condiciones competitivas, y señala que a su juicio en este tipo de servicios no existe asimetría en el mercado que justifique esta asimetría regulatoria ya que se trata de redes y servicios nuevos, y tanto la recurrente como los operadores alternativos pueden hacer estudios de mercado en igualdad de condiciones.

Por tanto estima que desvelar los planes comerciales y de despliegue de TESAU a corto plazo a los demás competidores no estaría justificado, ya que si se les ofrece a los operadores alternativos esa información con una antelación de 6 meses se les daría una ventaja competitiva que la recurrente no puede ni debe desvelar, pues la podrían aprovechar para adelantar sus despliegues y ofertas comerciales en esas zonas de cobertura con sus propias redes FTTH, y los operadores de cable con sus redes de tecnología DOCSIS 3.0 (de despliegue más rápido que las redes FTTH), con lo que unos y otros captarían gran parte del mercado potencial de redes ultrarrápidas; todo ello desincentivaría a TESAU para ejecutar las inversiones previstas pues ya no serían rentables ni viables en un mercado saturado y le causarían un perjuicio económico irreparable. Para fundamentar sus afirmaciones TESAU alude a “estudios de mercado” (de manera genérica) y a un informe de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 21 de mayo de 2009 sobre la viabilidad de la competencia en infraestructuras, el primer operador que llega con la nueva red ultrarrápida a una zona es el que conseguiría captar un alto porcentaje de los clientes y tendría una ventaja competitiva respecto al resto de competidores, que se reflejará en los plazos de recuperación de sus inversiones.

Frente a estas alegaciones hay que responder lo siguiente:

A) Obligación de transparencia.

Con carácter general la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 a la que se hace referencia en el requerimiento de información de 24 de abril de 2009 para justificar la solicitud de información y datos concretos sobre despliegue de la red FTTH, mencionan también que los datos requeridos deben estar a disposición de los operadores en cumplimiento de principio de transparencia.

Efectivamente, en el requerimiento de información la petición de la información relativa al despliegue FTTH se justifica por el cumplimiento de la obligación impuesta en el Anexo 2.2.b) de la citada Resolución de que se comuniquen a esta Comisión y de la necesidad de que los operadores también conozcan dicha información, para cumplir con el principio de transparencia respecto de los planes de TESAU de despliegue de la redes de acceso de nueva generación, transparencia necesaria para asegurar una transición efectiva señalada expresamente en el análisis de los Mercados 4 y 5. En cualquier caso debe precisarse que los datos solicitados a través del requerimiento de información se ajustan a las obligaciones de suministro de información establecidas en dicha Resolución de los Mercados 4 y 5 y no están en contradicción alguna con la misma.

B) No confidencialidad de los datos requeridos.

Analizando las alegaciones concretas de TESAU sobre la presunta confidencialidad de los datos requeridos, hay que poner de manifiesto que en el recurso de reposición que interpuso



contra la citada Resolución de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5 (expediente número AJ 2009/296), la recurrente ya manifestó su disconformidad con la obligación de información sobre su despliegue de red FTTH, considerándola desproporcionada al desvelar a terceros competidores información sobre su despliegue comercial. La Resolución del Consejo de esta Comisión de 26 de mayo de 2009 dió contestación a las citadas alegaciones en sus páginas 27 y 28, rechazando las alegaciones sobre su presunta confidencialidad de la siguiente manera:

“Tras efectuar un juicio de razonabilidad, en la Resolución recurrida se llega a la conclusión de que la información que TESAU debe anticipar es información imprescindible para la correcta evolución del mercado.

En relación con los planes de despliegue FTTH, la obligación se extiende exclusivamente a las centrales cabecera de TESAU, y está limitada a datos objetivos como son su situación, área de cobertura (centrales convencionales absorbidas) y momento en que dichas centrales estarán operativas. Es decir, en línea con las propias manifestaciones de TESAU, la información requerida en relación con los planes de despliegue FTTH se centra en las centrales cabecera de TESAU, elemento que la propia entidad reconoce imprescindible para que los operadores alternativos puedan ir migrando los elementos necesarios hacia las nuevas centrales.

Con respecto al área de cobertura, la información requerida no exige que TESAU deba suministrar a terceros información sobre las áreas o los usuarios concretos que van a ser servidos a través de la red “NGA”, sino simplemente información sobre las centrales que están contenidas en dichas áreas y que van a ser absorbidas. Esta información es, de nuevo, necesaria a fin de que los operadores terceros puedan tener constancia de las centrales que tendrán áreas servidas mediante fibra óptica, y puedan planificar la transición hacia el nuevo entorno creado por el despliegue de la red “NGA” de TESAU.”

En este sentido, la información sobre el número de fincas y hogares pasados (actual y previsiones a 6 meses), agregado por central de cobre o por central cabecera FTTH, no desvela las localizaciones, áreas o usuarios concretos conectados a la red NGA de TESAU, sino que se trata de una información complementaria sobre las centrales de cobre y centrales cabecera de TESAU, de carácter agregado y a nivel de centrales, cuyo ámbito geográfico de cobertura es en todo caso lo suficientemente extenso como para no desvelar las calles, barrios o áreas concretas en los que TESAU tiene previsto focalizar su despliegue a corto plazo.

Por tanto, no cabe afirmar que sea una información sensible para TESAU y que afecte a su secreto comercial e industrial, pues su carácter agregado a nivel de central no otorga ninguna ventaja competitiva concreta a los operadores alternativos que accedan a esos datos. En relación con la alegación sobre la supuesta utilización que podrían hacer los operadores de cable de dicha información, cabe señalar que el despliegue de la tecnología DOCSIS 3.0 es más rápido que el de fibra óptica porque supone sólo un cambio de tecnología y de equipos, pero ello exclusivamente en el caso de que la red de cable esté ya desplegada; y permite mejorar la capacidad y ofrecer en poco tiempo anchos de banda más altos en zonas ya cubiertas, pero no supone un nuevo despliegue de infraestructuras ni dotar de cobertura a nuevas zonas, y como ya se ha indicado anteriormente, la



disponibilidad de los datos agregados por central no implica que los operadores de cable puedan conocer las calles y áreas concretas en las que TESAU va a realizar el despliegue de su red FTTH a corto plazo, ni si éste coincide con la red del operador de cable ya desplegada o si por el contrario cubre áreas en las que no tienen red propia de cable desplegada, caso éste último en que la actualización de la misma a DOCSIS 3.0 no supondría ventaja competitiva alguna.

C) Relevancia y necesidad de los datos requeridos.

Por otra parte, los datos cuya confidencialidad se denegó mediante la Resolución recurrida son relevantes y necesarios para los operadores alternativos, por las siguientes razones:

- Porque esa información muestra el número potencial de usuarios accesibles a través de servicios mayoristas de acceso indirecto sobre la red FTTH de TESAU, y asimismo hay que tener en cuenta que, como ya se argumentó en la declaración de no confidencialidad recurrida, en general los datos de número de fincas y unidades inmobiliarias pasadas, e incluso los datos concretos que identifican a cada finca, forman parte de la base de datos necesaria para la solicitud de servicios de acceso indirecto sobre la red FTTH de TESAU, y por lo tanto tienen que ser necesariamente accesibles para los operadores.
- Porque los datos agregados de previsiones de despliegue de red FTTH a 6 meses, además de no desvelar información concreta sobre localizaciones, usuarios y calles en los que TESAU va a realizar el despliegue, son una información necesaria para los operadores para asegurar la transparencia en el proceso de transformación de la red de acceso que realiza la recurrente en la actualidad y que esta Comisión ya consideró en las mencionadas Resoluciones del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 de definición y análisis de los Mercados 4 y 5, y de 26 de mayo de 2009 sobre los recursos de reposición contra la primera, que debían estar disponibles para los operadores, como ya se ha señalado en párrafos aludidos anteriormente.
- Porque dichos datos están relacionados con parámetros que se han fijado para autorizar a TESAU el cierre de centrales convencionales de cobre, y por tanto son totalmente relevantes para que los operadores alternativos puedan conocer la evolución del proceso de transformación de la red y puedan planificar sus inversiones en acceso desagregado o indirecto del bucle de abonado de forma acorde con dicha transformación. Por consiguiente, el dato de previsiones de fincas y hogares pasados actual y previsto a 6 meses es esencial en esa planificación de sus inversiones, pues los operadores alternativos necesitan conocer la intensidad de la transformación de la red de cobre a fibra óptica y el impacto que supondrá sobre sus inversiones en acceso desagregado o indirecto, o en despliegue de red propia de fibra u otra tecnología.

D) Sobre las definiciones legales del secreto empresarial, comercial e industrial.

TESAU cita para fundamentar sus alegaciones el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, así como varias definiciones doctrinales (sin citar autores concretos) y judiciales del secreto empresarial, comercial e industrial (dos Sentencias de la



Sección 15ª de la Audiencia Provincia de Barcelona, y una de la Sección 8ª de la sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional).

Sin embargo esta Comisión estima que en su Resolución no ha aplicado la normativa de competencia desleal (para lo cual son competentes exclusivamente los Jueces y Tribunales ordinarios, artículos 32 a 36 de la Ley 3/1991), sino que la resolución recurrida se ajusta a la legalidad general y sectorial vigente en materia de regulación del secreto empresarial, comercial e industrial, que es la siguiente:

- Con carácter general, el artículo 37 de la LRJPAC regula el derecho de acceso a Archivos y Registros y que establece en su Apartado 5.d) que *“el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: (...) d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial”*; es decir, que las Administraciones Públicas deberán salvaguardar la confidencialidad de las materias y datos protegidos por el secreto comercial e industrial que obren en los expedientes, archivos y registros administrativos, pero no se especifica qué se entiende por *“materias protegidas por el secreto comercial e industrial”*.
- Al no existir en el Ordenamiento jurídico español una norma que regule de forma directa y exhaustiva el contenido del llamado secreto comercial o industrial, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, 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) 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial:
 - En el punto 18 del apartado 3.2.1 de la citada Comunicación 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.”*;
 - Y en el punto 19 del apartado 3.2.2 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 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.”

- A nivel sectorial la LGTel dispone, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en su redacción dada por la Directiva 2009/140/CE), lo siguiente:
 - 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 decidirá, de forma motivada y a través de resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.
 - El artículo 9.1 de la LGTel señala en su último inciso que *“Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial”*; la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en cuanto que es Autoridad Nacional de Reglamentación (artículo 46 de la LGTel), es competente para analizar si efectivamente la difusión de la información citada podría perjudicar a dicha operadora en el presente procedimiento por afectar a su secreto comercial o industrial.

En cumplimiento de la normativa general y sectorial antes mencionada, reguladora del secreto empresarial, comercial e industrial, la Resolución del Secretario de esta Comisión de 14 de abril de 2010 declaró la no confidencialidad de las informaciones y datos contenidos en los Anexos de los escritos remitidos por TESAU, así como en las actualizaciones de los mismos enviadas mensualmente a esta Comisión, por estar vigente una obligación regulatoria de acceso y de transparencia, por no apreciarse la concurrencia de las causas de confidencialidad invocadas ni la existencia de perjuicio alguno, así como por haberse publicado algunos de los datos por la solicitante.

Por lo tanto, lo que se estableció en el procedimiento objeto de recurso era la existencia o no del secreto empresarial, comercial e industrial, y no la presunta concurrencia de competencia desleal, por lo que carece de sentido alegar de manera genérica, sin aportar prueba alguna y prescindiendo del procedimiento legalmente establecido para ello, la vigencia de la normativa reguladora de la competencia desleal y de algunas sentencias al respecto.



SEGUNDO.- Sobre la motivación del acto recurrido.

TESAU alega que la motivación de la Resolución recurrida sería insuficiente y errónea, ya que la comunicación en Prensa de sus planes de despliegue de red FTTH se hizo de manera general, es decir, a nivel global para toda España para un periodo de tiempo de unos 3-5 años, no de manera detallada a corto plazo (6 meses) ni a nivel de central.

Frente a esas alegaciones de falta de motivación hay que contestar, en primer lugar, que la recurrente se limita a efectuar dichas alegaciones de manera genérica y sin aportar prueba alguna al respecto, ni rebatir de ninguna manera el hecho patente de que parte de los planes de despliegue sobre los que se solicita la confidencialidad habían sido publicitados previamente, por lo que no cabe sino reiterar que la Resolución del Secretario de 14 de abril de 2010 cuenta con la suficiente motivación jurídica, y se adoptó en el ejercicio de las competencias regulatorias previstas en el artículo 48 de la LGTel así como la normativa de desarrollo de la misma, y de conformidad con lo establecido en la LRJPAC, en especial en su artículo 37.

En concreto, en lo referente a la fundamentación de la Resolución recurrida, la alegación de TESAU carece de rigor, ya que del simple análisis sucinto de la Resolución se observa que en ella se argumentan suficientemente los tres motivos por los que se decide denegar la confidencialidad de los datos interesados antes citados:

- a) Por estar vigente una obligación regulatoria de acceso y de transparencia.
- b) Por no apreciarse la concurrencia de las causas de confidencialidad invocadas ni la existencia de perjuicio grave.
- c) Por haberse publicado algunos de los datos por la solicitante.

Por todo lo anterior no cabe apreciar un incumplimiento ni del artículo 54.1 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos¹, que exige *“una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión”* para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero *“sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”*.

Cuestión diferente es que la recurrente comparta o no la decisión de denegar la confidencialidad solicitada adoptada por esta Comisión en la Resolución recurrida, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación de la decisión.

TERCERO.- Sobre la alegación de indefensión.

TESAU alega que la motivación presuntamente insuficiente y errónea de la Resolución recurrida antes analizada le habría causado indefensión, al vulnerarse lo dispuesto en los

¹ Ver las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9526), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998/4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



artículos 54 de la LRJPAC y en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y por lo tanto se habría incurrido en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 62 de la misma LRJPAC.

Frente a la alegación de indefensión de la recurrente basta reiterar, una vez más, los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia², no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que la resolución del mismo es impugnabile en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

En este sentido cabe indicar que TESAU ha tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa, y en todo caso en vía contencioso-administrativa (hay que recordar que recurrir en reposición es potestativo, como establece el artículo 116.1 de la LRJPAC) la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

En definitiva, no resulta procedente atender a la alegación de que haya existido indefensión derivada de la Resolución del Secretario de 14 de abril de 2010 recurrida ya que del contenido de la misma se desprende claramente que se ha respetado en todo momento la legalidad vigente y la interpretación jurisprudencial de la misma, tanto a nivel procedimental general como en la aplicación del Derecho sectorial.

CUARTO.- Sobre la solicitud de medida cautelar.

Por último, la recurrente alega la existencia de un perjuicio derivado de la divulgación de la información declarada no confidencial a sus competidores por su carácter sensible, ya que tendría un alto valor comercial, económico y competitivo al desvelar sus planes comerciales y de inversión, por lo que su conocimiento por sus competidores puede ser aprovechado por éstos para adelantar sus despliegues y ofertas comerciales en las zonas afectadas; y por todo ello solicita que se adopten las medidas cautelares necesarias para que suspenda la efectividad de la declaración de no confidencialidad recurrida y, en consecuencia, no se ponga a disposición de los operadores alternativos la información señalada como confidencial por la recurrente al amparo de lo dispuesto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC y sobre la base de los siguientes motivos:

- Existencia de una norma jurídica que permita la adopción de la medida cautelar: La recurrente cita el artículo 111.2 de la LRJPAC.

² Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).



- Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): Según la recurrente le ampara su derecho al secreto comercial e industrial de su información sensible y el vicio de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida.
- Necesidad y urgencia de la medida cautelar (*periculum in mora*): Según la recurrente, denegar la confidencialidad de esos datos para sus competidores les daría una ventaja competitiva de imposible reparación por una Resolución posterior estimatoria, y provocando perjuicios comerciales irreparables para TESAU.
- Ponderación de los intereses en juego: Según la recurrente la medida cautelar solicitada sería proporcionada al fin de asegurar la eficacia de la resolución definitiva, no perturbaría gravemente el interés general y no vulneraría ningún derecho de terceros.

Con respecto a esta solicitud de medida cautelar, debemos indicar, en primer lugar, que la recurrente confunde los efectos que la suspensión de la Resolución impugnada tendría en cuanto a la posible puesta a disposición de terceros de la información objeto de su solicitud de confidencialidad. El efecto de la Resolución impugnada, en cuanto a la naturaleza de la información, no es como pretende la recurrente que se declarara no confidencial una información que antes había sido declarada confidencial, en cuyo caso, la suspensión de la resolución impugnada significaría que la información volvería a tener carácter confidencial hasta que se resolviera el recurso y por lo tanto, no podía ser puesta a disposición de terceros interesados. Antes al contrario, la ejecución de la resolución impugnada tiene como efecto mantener la condición originaria de no confidencial de la información. Por lo tanto, lo que está pidiendo la Recurrente en sede de recurso, es que se adopte una medida cautelar de declaración de la confidencialidad solicitada en tanto se resuelve el procedimiento y no la suspensión del acto impugnado a la que se refiere el artículo 111 de la LRJPAC

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que se ha limitado a alegar genéricamente la concurrencia de los motivos alegados de apariencia de buen derecho, necesidad y urgencia de la medida y existencia de daños y perjuicios irreparables, sin haber probado de manera válida en Derecho la concurrencia de los motivos alegados; y que en todo caso la presente Resolución pone fin al procedimiento y decide de forma definitiva sobre todas las cuestiones derivadas del recurso de reposición (artículos 89 y 113 de la LRJPAC), por lo que no procede analizar ni resolver sobre su solicitud de medida cautelar.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 14 de abril de 2010 declarando la no confidencialidad de determinados datos y documentos suministrados a esta Comisión en el marco de las obligaciones regulatorias establecidas por la Resolución del Consejo de esta Comisión de 22 de enero de 2009 por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso



compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (expediente número MTZ 2008/626), por estar la misma plenamente ajustada a Derecho.

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 por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.