



## 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.19/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 22 de mayo de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ACCESO FORMULADA POR “EUSKALTEL, S.A.” A LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LA OFERTA COMERCIAL TRIO FAMILIAR 3MB DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (AJ 2008/14)**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 27 de diciembre de 2007 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, la Comisión) un escrito presentado en nombre y representación de EUSKALTEL, S.A., (en adelante, EUSKALTEL) por el que solicitaba el acceso a la documentación relativa a la oferta comercial TRIO FAMILIAR 3MB de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TESAU) con objeto de averiguar la legalidad de esa oferta. En concreto solicitaba:

*“(...) conceda a Euskaltel el acceso a las condiciones comerciales comunicadas por Telefónica a la CMT en relación a la oferta referida en el presente escrito, al objeto de analizar su legalidad dado su ámbito geográfico limitado.”*

En cumplimiento de lo establecido por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunicó a los



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interesados de la apertura del procedimiento de solicitud de acceso para que, en su caso, presentaran cuantas alegaciones, documentos u otros elementos de juicio que consideren oportunos y que se tendrán en cuenta en la presente resolución.

**Segundo.-** Con fecha 19 de febrero de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de TESAU, por el que presenta alegaciones por las que manifiesta que las condiciones comerciales comunicadas de la oferta sobre la que EUSKALTEL solicitó a esta Comisión su acceso, se refiere a la promoción Trío Familiar 3MB, oferta que fue debidamente comunicada ante esta comisión por medio de escrito, de fecha 31 de agosto de 2007, en cumplimiento de la obligación de transparencia impuesta a este operador en la Resolución de esta Comisión, de fecha 1 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea.(AEM 2005/1454).

En dicho escrito, TESAU calificó el procedimiento como de conflicto y solicitaba el archivo del mismo sin oponerse a la solicitud de acceso realizada por EUSKALTEL.

**Tercero.-** Con fecha 6 de marzo ha tenido entrada en el registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de EUSKALTEL por el que se aportaban los siguientes documentos:

- Impresión de la página web [www.telefonicapromociones.com](http://www.telefonicapromociones.com) tal y como aparecía publicada en la semana del 25 de febrero, según EUSKALTEL, impresión que contiene información relativa a una oferta exclusiva dirigida a nueva altas y portabilidades residentes en Valencia.
- Impresión de la misma página web tal y como constaba a fecha 3 de marzo de 2008, donde aparecía la misma oferta pero limitada a portabilidades de residentes en Valencia.
- Carta remitida por TESAU a distintos domicilios particulares de Valencia ofreciendo las ofertas "Duo" y "Trio" en promoción exclusiva para residentes en Valencia y en donde figuran unas tablas comparativas de las tarifas de dicha promoción para Valencia y para el resto del territorio nacional.

**Cuarto.-** En cumplimiento de lo establecido por el artículo 84, en relación con el 37.5 de la LRJPAC, se comunicó a los interesados en fecha 31 de marzo de 2008, de la apertura del trámite de audiencia remitiéndoles copia del Informe de los Servicios de esta Comisión para que, si lo estimasen conveniente, en un



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

plazo de 10 días efectuaran alegaciones y aportaran los documentos que valorasen pertinentes.

**Quinto.-** Con fecha 20 de abril de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de TESAU por el que presenta alegaciones en las que se reitera en su calificación como de conflicto del presente procedimiento. Así mismo, en referencia a la solicitud de acceso efectuada por EUSKALTEL, solicita que se le deniegue el acceso a los costes (coste del Módem router inalámbrico) que conlleva la oferta y que han sido comunicados por TESAU manteniendo la confidencialidad sobre los mismos por entender que esa información no forma parte de las condiciones comerciales por lo que continuaría amparada por el secreto comercial e industrial además de que EUSKALTEL carecería de interés legítimo para conocer esa información.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

##### **Primero. Calificación del escrito presentado por EUSKALTEL.**

La solicitud de EUSKALTEL debe entenderse realizada al amparo de lo establecido en los artículos 35.h) y 37 de la LRJPAC, preceptos en los que se reconoce a los ciudadanos el derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, en los términos que están previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española.

En consecuencia, cabe calificar el escrito de EUSKALTEL como una solicitud de acceso a los archivos y registros de esta Comisión, efectuada al amparo de lo establecido en el artículo 37<sup>1</sup> de la LRJPAC. En el apartado quinto del mismo artículo de la LRJPAC, se recogen los tipos de expedientes sobre los que no cabrá ejercer este Derecho. En este sentido, la letra D) de dicho apartado se refiere a los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial por lo que esta Comisión habrá de ponderar el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros de EUSKALTEL con los límites que han sido establecidos legalmente al citado derecho.

---

<sup>1</sup> El artículo 37 de la LRJPAC recoge el Derecho de acceso a los Archivos y Registros. En su apartado primero se establece que *“Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.”*



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, aunque el escrito de EUSKALTEL se haga mención al cumplimiento por parte de TESAU de las obligaciones de los operadores sobre transparencia y publicidad de sus ofertas contenidas en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, Reglamento 424), tanto esa información como la aportada por TESAU sobre el mismo aspecto, se escapa al objeto del presente procedimiento y se tendrá en cuenta por esta Comisión, en el procedimiento que se inicie, en su caso, con objeto de valorar el cumplimiento por parte de TESAU de dichas obligaciones.

### **Segundo. Competencia para resolver.**

La información remitida por TESAU y sobre la que se solicita el acceso por parte de EUSKALTEL, ha sido entregada a esta Comisión en cumplimiento de una obligación impuesta a TESAU en virtud del artículo 48.2 e) de la LGTel. Al respecto, hay que tener en consideración que las solicitudes de acceso a los registros y documentos que obren en los archivos de la Comisión es un derecho de todo ciudadano de acceso a la documentación que obra en los registros y archivos de las Administraciones Públicas y encuentra cobertura legal en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, con las excepciones previstas en la propia Ley.

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 LGTel, atribuyen expresamente al Consejo todas aquellas funciones atribuidas al Organismo en la legislación vigente. Por lo tanto, a la luz de ponderar esas excepciones previstas en la Ley para resolver sobre el acceso a la información solicitada, el Consejo de esta Comisión es el órgano competente para resolver al respecto.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **Primero.- Sobre la confidencialidad del contenido de los documentos sobre los que se pretende ejercer el derecho de acceso.**

A la luz del artículo 37.5 d) de la LRJPAC se desprende que una cuestión indudablemente relacionada con el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración, es el análisis de la confidencialidad de los documentos cuyo acceso se solicita. La normativa regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, 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 documentos que obren en sus archivos, concretamente sobre los que aquí se pretende el derecho de acceso, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíban que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos. Esta potestad puede ser igualmente ejercida de oficio por esta Comisión, al señalar tanto el artículo 9 de la LGTel como el artículo 21.1 del 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, genéricamente, que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

En orden al cumplimiento de esta disposición, esta Comisión habrá de apreciar los presupuestos de hecho de este supuesto a fin de decidir si concurren los caracteres propios del secreto comercial e industrial.

### **Segundo.- Normativa sobre acceso a archivos y registros de las Administraciones Públicas.**

El fundamento del derecho de acceso a archivos y registros reconocido en la LRJPAC lo encontramos en el artículo 105.b) de nuestra Carta Magna. Dicho artículo constituye no sólo un mandato constitucional, sino también un auténtico derecho, de manera que cualquier actuación de los poderes públicos debe estar dirigida a favorecer la efectividad del derecho reconocido en el citado artículo.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La solicitud de acceso de EUSKALTEL a los informes a la oferta de TESAU comunicada a esta Comisión, puede entenderse realizada al amparo de los artículos 35 letra h) y 37 de la LRJPAC, por lo que, dichos preceptos en consonancia con el artículo 105 de la Constitución, determinan el régimen jurídico básico aplicable al presente procedimiento.

Procede señalar que, ni el artículo 37 ni el 38 de la LRJPC establecen qué debe entenderse por registro o documento administrativo, lo que conduce a considerar como tales, a los efectos de la LRJPAC, a los registros o documentos que tengan su origen o dependan de la Administración Pública entendida tal y como establece el artículo 2 de la LRJPC.

En la LRJPAC se articulan dos sistemas diferentes de publicidad de la actuación administrativa respecto de los particulares, de un lado la personación en el procedimiento en concepto de interesado (artículo 31 y 35.a) y, de otro lado, el acceso a los archivos y registros de los ciudadanos (artículos 35.h y 37). Cada uno de los sistemas normalizados está sometido a unos determinados requisitos, diferentes entre si.

Por lo que respecta a la normativa sobre acceso a archivos y registros de las Administraciones Públicas aplicable a la cuestión planteada, cabe decir que el artículo 35, letra h) de la LRJPAC reconoce a los ciudadanos el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, en los términos que están previstos en la Constitución y la legislación vigente. Tales términos son precisados por el artículo 37 de la LRJPAC, que dispone lo siguiente:

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

*[...]*

*3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.*

*[...]*

*5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: [...]*

*d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial [...]*”



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por ello, el derecho de acceso al expediente que solicita EUSKALTEL está sometido a las siguientes condiciones, concurrentes en el presente caso:

- a) El procedimiento debe estar terminado a la fecha de la solicitud.
- b) El acceso se permite con carácter general para todos los ciudadanos.
- c) Existe la posibilidad de limitación del acceso en determinados supuestos establecidos en la Ley, entre otros, y a los efectos que interesan en el presente procedimiento, cuando el documento contenga materia protegida por el secreto comercial o industrial.

De este modo, en cumplimiento de dichas condiciones, debemos apuntar que la documentación sobre la que EUSKALTEL solicita acceso, se refiere a un expediente terminado en la fecha de solicitud, 20 de diciembre de 2007 y que EUSKALTEL tiene plena capacidad para su solicitud.

No obstante, respecto de la condición "c)", TESAU ha solicitado que se limite el acceso a la información solicitada únicamente sobre aquellos datos relativos a las condiciones comerciales comunicadas y no a los costes que se acompañan a la misma por entender que los costes incurridos implícitos en esa oferta, no participan de la calificación de "condiciones comerciales" sobre las que pretende su acceso EUSKALTEL.

### **Tercero. Régimen jurídico del secreto comercial e industrial.**

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos no goza de un valor absoluto y es por ello que la Ley ha establecido ciertos límites al mismo, como lo hace la propia Constitución en el artículo 105.b), límites que han sido establecidos con carácter excepcional para evitar el vaciamiento de contenido del citado derecho.

Respecto al límite que se ha de valorar en la presente Resolución, esto es el secreto comercial e industrial configurado en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC, esta Comisión se ha pronunciado a propósito del acceso a sus archivos y registros en diversas Resoluciones<sup>2</sup> en las cuales se afirma lo siguiente:

---

<sup>2</sup> 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; 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.; 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.; Resolución de fecha 3 de marzo de 2005 relativa al escrito presentado por Auna Telecomunicaciones, S.A. solicitando el acceso al expediente sobre el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2002 propuesto por Telefónica de España, S.A.U. y la Resolución de fecha 28 de julio de 2005 relativa a la solicitud de acceso de Conduit Europe, S.A. a los expedientes: OM 2003/525 relativo a determinadas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U. en el suministro de datos de sus abonados para la prestación de dichos servicios de directorios de abonados y MTZ 2000/3671 en relación con las solicitudes de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“(...) 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 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.”*

Por otro lado y dado que no existe en el ordenamiento jurídico español, una normativa que especifique de una manera exhaustiva la información que está protegida por el secreto comercial o industrial, ni una normativa que especifique el contenido de estos conceptos, procede hacer referencia a las definiciones contenidas sobre dichos conceptos en la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo (en adelante, la Comunicación)<sup>3</sup>, publicada el día 22 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La Comisión establece en el punto 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 (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”.*

Asimismo, 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

---

intervención de Sonera Corporation y Telegate España, S.A. sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de Telefónica de España, S.A.U.

<sup>3</sup> El término “acceso al expediente” se utiliza en la Comunicación exclusivamente para designar el acceso concedido a las personas, empresas y asociaciones de empresas a las que la Comisión ha enviado un pliego de cargos en calidad de destinatarias.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

533/94, en relación con que datos o documentos deben ser considerados confidenciales en el marco del procedimiento contencioso-administrativo ha manifestado lo siguiente:

*“¿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.”*

Por tanto, al tratar la confidencialidad nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración en cuyos archivos obre la documentación, valorando de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento, el beneficio que se causa dando acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

Siguiendo los criterios del régimen jurídico expresado, esta Comisión ha de resolver sobre la confidencialidad de los documentos que forman parte de los expedientes en cuestión.

### **Cuarto.- Sobre la procedencia de dar acceso a EUSKALTEL a la información solicitada.**

Como ya se ha indicado a lo largo del presente acuerdo, la actual obligación de comunicación de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de banda ancha y sus modificaciones a la que está sometida TESAU, viene establecida en la Resolución de esta Comisión, con fecha 1 de junio de 2006, por la que se aprobó la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea.(AEM 2005/1454), establece lo siguiente:

- b) “Comunicación por TESAU a la CMT de los precios y condiciones aplicables a los servicios minoristas de banda ancha y sus modificaciones, incluyendo a clientes finales del Grupo Telefónica, así como el desglose de los precios en el caso de paquetes. (Arts. 13.1 e) de la LGTel Y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)

*Se entenderán sujeta a la obligación anterior las tarifas y condiciones aplicadas por TESAU o cualquier empresa de su Grupo, así como todo tipo de reducciones sobre las mismas, bonos de descuento, planes de precios, paquetes de servicios y tarifas especiales o moduladas en el marco de ofertas minoristas de acceso de banda ancha. Igualmente aplicará la obligación anterior sobre cualquier modificación de las ofertas ya existentes.*

*Esta obligación implica que TESAU o cualquier empresa de su Grupo está obligado comunicar a la CMT, con un mínimo de diez días de antelación, a su aplicación/comercialización efectiva.*

- c) Comunicación por TESAU a la CMT de los nuevos servicios así como de la modificación de las condiciones de prestación aplicables a los servicios minoristas de banda ancha con suficiente antelación. (Arts. 13.1 e) de la LGTel Y 11 del Reglamento de Mercados; art. 13 de la Directiva de Acceso)

*En el caso de desaparición o lanzamiento de modalidades técnicas en los servicios minoristas de banda ancha ofrecidos por TESAU o cualquier empresa de su Grupo empresarial, este operador deberá presentar a esta Comisión con al menos 3 meses de antelación a su comercialización una propuesta para modificar la OBA, de manera que, de ser necesario, se puedan introducir en esta oferta los cambios necesarios que permitan a los operadores alternativos competir en igualdad de condiciones con la oferta minorista de TESAU.”*

Se desprende del tenor literal del propio texto transcrito, que la medida impuesta trae causa en la obligación de transparencia en la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha a la que está sometida TESAU en el mercado de referencia.

La habilitación competencial de la Comisión para la imposición de dicha obligación, la encontramos en el artículo 13.1 e) de la LGTel, al establecer lo siguiente:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados de referencia.*

1. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la forma y en las condiciones que se determinen en desarrollo del apartado 6 del artículo 10, podrá imponer a los operadores que, de conformidad con dicho artículo, hayan sido declarados con poder significativo en el mercado obligaciones en materia de:*
  - e. *Control de precios, tales como la orientación de los precios en función de los costes, y contabilidad de costes, para evitar precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.*

En cuanto al concreto contenido de las ofertas y promociones propuestas por TESAU en su momento, y sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, tras analizar antes de su comercialización la información contenida en dichas propuestas de ofertas y promociones para sus servicios minoristas, se consideró que dicha información debía de ser declarada confidencial con carácter general por contener datos susceptibles de ser amparados por el secreto comercial e industrial de TESAU al contener información que podría revelar su estrategia comercial en el mercado minorista de banda ancha.

Así pues, la comunicación sobre la que EUSKALTEL solicitó acceso en su momento, consistía en una promoción para el mercado minorista propuesta por TESAU a esta Comisión para que autorizase o no su comercialización. La documentación que contenía esa propuesta de promoción, estaba protegida por el secreto comercial o industrial en tanto en cuanto esta Comisión no hubiera decidido sobre la misma.

Ahora bien, para el caso en el que esta Comisión hubiera decidido paralizar la comercialización de la promoción propuesta por parte de TESAU o, en caso de aun no paralizándola, TESAU no hubiera procedido a su comercialización, la documentación aportada por TESAU conteniendo la promoción, seguiría estando protegida por el secreto comercial o industrial al ser susceptible de revelar la estrategia comercial del operador y no haber decidido éste hacerla pública. Cuando esta Comisión no paraliza la comercialización de las ofertas y promociones de TESAU en la prestación de servicios minoristas de banda ancha y TESAU posteriormente procede a su comercialización, las razones por las que la documentación venía estando protegida por el secreto comercial o industrial dejan de existir con carácter general, por lo que esta Comisión procederá a hacer un nuevo análisis de la documentación sobre la que se pretende su acceso para constatar que los datos contenidos en esa documentación, no sea susceptible de revelar las estrategias comerciales o



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

industriales de TESAU implícitas en una oferta que esta Comisión ha constatado como replicable o emulable por el resto de operadores.

En virtud de lo anterior, tras verificar esta Comisión que EUSKALTEL tiene plena capacidad para ejercer este derecho y que la solicitud de acceso versa sobre un expediente a la fecha terminado y, teniendo en cuenta la solicitud de TESAU de limitar el acceso a las condiciones comerciales de la oferta excluyendo así los costes en que incurre la operadora para efectuar la oferta, en concreto, los costes del Módem router inalámbrico, esta Comisión ha concluido que la protección por el secreto comercial o industrial sobre dicha información con carácter general, ha cesado pasando a ser accesible por quienes lo soliciten previa verificación sobre la confidencialidad de cada uno de los datos contenidos en dicha documentación.

Por lo tanto, tras verificar los datos contenidos en las promociones comunicadas por TESAU a esta Comisión, se ha constatado que a pesar de que la consideración de las promociones como confidenciales con carácter general ha dejado de tener sentido, efectivamente hay determinados datos sobre los que debe permanecer la consideración de datos confidenciales dado que los mismos son susceptibles de revelar el secreto comercial o industrial de la operadora puesto que reflejan costes del equipamiento incluido en dichas ofertas siendo estos consecuencia de distintas compras efectuadas por la operadora por lo que se escapan de la calificación de "condiciones comerciales", condiciones éstas y no otras sobre las que solicita su acceso EUSKALTEL.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**UNICO.-** Dar acceso a EUSKALTEL a la comunicación de la promoción presentada por TESAU relativa a las condiciones comerciales comunicadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación a la oferta TRIO FAMILIAR 3 MB con excepción de la información relativa al coste en que incurre TESAU para la adquisición del Módem router inalámbrico.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº  
EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu