



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 38/10 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de diciembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

**ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución del recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España SAU contra la declaración de confidencialidad del Secretario de esta Comisión de 6 de octubre de 2010 recaída en el procedimiento DT 2010/1760 de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (AJ 2010/1898).**

**I ANTECEDENTES**

**Primero.- Escrito de Telefónica de España SAU de 27 de septiembre de 2010.**

Con fecha 27 de septiembre de 2010, se recibió en el Registro de esta Comisión, escrito de Telefónica de España S.A.U (en adelante, TESAU) conteniendo una justificación de estructura de costes y propuesta de precios del futuro entorno de pruebas de los WS de NEON. TESAU solicitó en dicho escrito la aplicación de un tratamiento de información confidencial a los Anexos 1, 2 y 3 del citado escrito.

**Segundo.- Resolución del Secretario del Consejo de esta Comisión de 6 de octubre de 2010.**

Mediante Resolución del Secretario del Consejo de fecha 6 de octubre de 2010 recaída en el procedimiento DT 2010/1760, de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado, esta Comisión acordó:

*“Declarar confidenciales los Anexos 2 y 3 en su integridad, puesto que dicha información podría ser utilizada para debilitar competitivamente a dicha entidad en caso de ser pública.*



*Por el contrario, se considera que la información contenida en el Anexo 1 es de necesario conocimiento para los interesados en el procedimiento, por lo que se declara no confidencial.”*

### **Tercero.- El recurso de reposición de TESAU y la solicitud de suspensión contenida en el mismo.**

Mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2010 TESAU interpuso recurso de reposición contra la Resolución de 6 de octubre de 2010 con relación a la denegación de la declaración de confidencialidad del Anexo 1 adjunto al escrito de 27 de septiembre de 2010 presentado por ese operador.

Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

**1º.-** En caso de no declararse confidencial la información contenida en el Anexo 1 del escrito de TESAU de 27 de septiembre de 2010, se ofrecería a los operadores información del resultado y de todas las premisas utilizadas para el cálculo del precio final, existiendo datos procedentes de contratos particulares con suministradores de hardware y software en el marco de relaciones confidenciales con dichos suministradores.

**2º.-** La información excluida de confidencialidad por esta Comisión forma parte del secreto comercial e industrial de la entidad recurrente, en aplicación de la normativa y jurisprudencia vigentes. Concretamente, TESAU cita el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal y las letras a) a c) del artículo 39.2 del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO) sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

**3º.-** La declaración de confidencialidad recurrida no está suficientemente motivada, por lo que se infringe lo dispuesto en los artículos 37.5.d) y 54 LRJPAC, en la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, y se vulneran los artículos 24 y 105 de la Constitución al provocar indefensión a TESAU, lo que implica la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62 LRJPAC.

**4º.-** En el Fundamento Cuarto y en el Otrosí Digo del recurso de reposición el operador impugnante solicita la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada, al amparo del artículo 111.2 a) y b), al estar fundamentado el recurso de reposición en una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y al alegar la concurrencia de un perjuicio de imposible o difícil reparación.

### **Cuarto.- Notificación del inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a los interesados.**

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 29 de octubre de 2010, se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.



## **Quinto.- Resolución de esta Comisión de 11 de noviembre de 2010 denegatoria de la suspensión solicitada por TESAU.**

Mediante Resolución de 11 de noviembre de 2010 el Consejo de esta Comisión acordó:

*“ÚNICO.- Denegar la suspensión solicitada por Telefónica de España SAU en su recurso de reposición de 19 de octubre de 2010 interpuesto contra la declaración de confidencialidad del Secretario de esta Comisión de 6 de octubre de 2010 recaída en el procedimiento DT 2010/1760 de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado.”*

## **II FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

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

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y actos administrativos 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.

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por el operador recurrente como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la declaración de confidencialidad de 6 de octubre de 2010 con relación al Anexo 1 adjunto al escrito de TESAU de 27 de septiembre de 2010.

#### **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 de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento DT 2010/1760 en el que se dictó el acto objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la entidad recurrente para la interposición del presente recurso.



### **Tercero.- Admisión a trámite.**

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

Habida cuenta de que el recurso de reposición de TESAU del día 19 de octubre de 2010 cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo establecido por el artículo 117 de la citada Ley y que se fundamenta en los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, procede su admisión a trámite.

### **Cuarto. Competencia para resolver.**

La competencia para efectuar las declaraciones de confidencialidad fue delegada por el Consejo en el Secretario de esta Comisión mediante Resolución de 8 de mayo de 2008 (BOE 142, de 12 de junio de 2008). Ahora bien, el apartado 4º del artículo 13 de la LRJPAC establece que los actos y resoluciones dictados por delegación se entenderán dictados por el órgano delegante, excluyéndose de la delegación de competencias en el apartado 2 letra c) del mismo artículo 13 la resolución de recursos por parte de los órganos administrativos que dictaron los actos impugnados. Por ello, el Consejo de esta Comisión es el órgano competente para resolver sobre el recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.

## **II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

### **PRIMERO.- Sobre el concepto de secreto comercial o industrial y su aplicación a la información aportada a esta Comisión en el ejercicio de sus funciones legales.**

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado repetidamente esta Comisión y, concretamente, en sus Resoluciones de 13 (AJ 2006/1106) y 21 (AJ 2006/1115) de diciembre de 2006 así como en las de 25 de septiembre de 2008 (AJ 2008/1058), 8 de enero (AJ 2008/2073) y 5 de noviembre (AJ 2009/1663) de 2009 y 21 de enero de 2010 (AJ 2009/2045).

La Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003) establece que

*“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué 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”.*

No existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Es criterio de esta Comisión remitirse, con carácter orientativo, a lo



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005<sup>1</sup>, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial. La posibilidad por parte de esta Comisión de aplicar el derecho comunitario en cuestiones de declaración de confidencialidad ha sido confirmada por los tribunales y, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de marzo<sup>2</sup> y de 16 y 30 de mayo<sup>3</sup> de 2000.

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

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

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

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

No obstante, cabe recordar que la normativa a la que acabamos de referirnos regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela, correspondiendo a la Administración que pueda divulgar su contenido, la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de hecho necesarios para calificar el documento, o parte de él, como confidencial por constituir secreto comercial o industrial y el reconocimiento de dicha confidencialidad.

---

<sup>1</sup> (2005/C 325/07).

<sup>2</sup> RJCA 2000\1418.

<sup>3</sup> JUR 2000\203049 y JUR 2000\203038.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la Ley 32/2003 a esta Comisión y según lo previsto en la anteriormente transcrita disposición adicional cuarta, corresponde a este organismo regulador la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores cuando así se considere por la trascendencia comercial o industrial de los mismos.

El carácter declarativo de los actos dictados por esta Comisión respecto a la confidencialidad ha sido confirmado por los Tribunales y, entre otras por las anteriormente citadas Sentencias de la Audiencia Nacional de 30<sup>4</sup> y 16 de mayo<sup>5</sup> y de 24 de marzo<sup>6</sup> de 2000. En el apartado 5 del Fundamento Segundo de la SAN de 30 de mayo de 2000, la Audiencia manifiesta que:

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

Además, el Tribunal Supremo mediante dos Autos de fechas 5 de octubre<sup>7</sup> y de 13 de julio<sup>8</sup> de 2006 recuerda que la declaración de confidencialidad, una vez realizada por el organismo especializado de la Administración, en este caso, por esta Comisión, continúa vigente, no solamente durante la tramitación administrativa del expediente sino, en caso de recurso, durante la tramitación judicial de dicho recurso, salvo que la misma sea modificada, en su caso, por el tribunal competente a solicitud de alguno de los interesados.

Al tratar la confidencialidad, tal y como ha indicado tanto esta Comisión en numerosas ocasiones<sup>9</sup> como el propio Tribunal Supremo (entre otros, en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94), nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración receptora de los datos, valorando de acuerdo con el principio de 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.

### **SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de la información contenida en el Anexo 1 del escrito de TESAU de 27 de septiembre de 2010 y declarada no confidencial por el acto recurrido.**

En la página 1 de su recurso, TESAU muestra su disconformidad con la denegación de declaración de confidencialidad del Anexo 1 y, en particular en lo que se refiere a los siguientes aspectos:

- Nombre de distintos suministradores de hardware y software.

---

<sup>4</sup> JUR 2000\203049.

<sup>5</sup> JUR 2000\203038.

<sup>6</sup> RJCA 2000\1418.

<sup>7</sup> RJ 2006\8175.

<sup>8</sup> JUR 2006\197518.

<sup>9</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.





## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

- Detalle de distintos costes de hardware y software provenientes de contratos con suministradores de TESAU.

En las páginas 2 y 3 del escrito el operador recurrente aduce como motivos principales para declarar la confidencialidad del citado Anexo 1 que:

- los puntos declarados por dicho operador como confidenciales son datos de contratos particulares con suministradores de hardware y software en el marco de las relaciones confidenciales con dichos proveedores.
- para el resto de operadores el conocimiento de la anterior información no resulta necesario, al disponer de los resultados y de la información de las premisas utilizadas para el cálculo de precios, por lo que no existe motivo que pueda justificar el acceso a dicha información.

Por otro lado, en su recurso aporta una nueva versión del Anexo 1 ampliando aquellas partes no confidenciales del mismo para facilitar a los otros operadores el conocimiento de aspectos de ámbito o carácter general del documento.

Frente a las anteriores alegaciones, debe recordarse que el Secretario de esta Comisión estimó en la resolución recurrida que de los tres anexos aportados por TESAU sólo los números 2 y 3 merecían la consideración de confidenciales, por tratarse de ofertas comerciales emitidas por diferentes proveedores de TESAU sobre las que regiría el secreto comercial e industrial. Sin embargo, el Anexo 1 se refiere a la justificación de las inversiones a realizar para poner en marcha el entorno, junto a los precios finales a satisfacer por su uso por parte de los operadores. Estos operadores, como legítimos interesados en el procedimiento, al ser los futuros usuarios de dicho entorno, y en aras fundamentalmente a observar el principio de transparencia del artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, no pueden ser privados del derecho a examinar esta información sobre la que deben basar sus posibles alegaciones en el procedimiento abierto DT 2010/1760.

Efectivamente, el acceso a dicha información resulta necesario para que los operadores interesados puedan evaluar si los precios propuestos han sido calculados en función de costes, en base a su propia experiencia como clientes de empresas de servicios del tipo de las que desarrollarán el citado entorno para TESAU. Por otro lado, a esta Comisión también le será de suma utilidad conocer las alegaciones de dichos operadores en relación a los costes previstos en el Anexo I, a fin de servir de contraste con lo manifestado por TESAU. Por todo ello, se estimó conveniente declarar dicho Anexo 1 como no confidencial, y lo mismo puede predicarse del Anexo presentado con el recurso de reposición. En efecto, TESAU ha aportado junto con su recurso una nueva versión del Anexo 1, considerado ahora parcialmente confidencial por parte del operador recurrente. Sin embargo, en dicha versión alternativa siguen estimándose confidenciales los valores numéricos de las diferentes partidas económicas, así como, en parte, la estructura definitiva del detalle de costes del entorno. Y dicha información resulta necesaria para que los demás operadores puedan evaluar los precios que TESAU propone para el uso del entorno de pruebas y así poder ejercer de modo efectivo su derecho de alegaciones en el procedimiento DT 2010/1760.

**TERCERO.- Sobre el legítimo interés por parte del resto de operadores del procedimiento DT 2010/1760 en el conocimiento de la información cuya confidencialidad se solicita.**

Dando cumplimiento a su función de definición y análisis de los mercados prevista en los artículos 10,48.2 y 48.3.g) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, con fecha 22 de enero de



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

2009 esta Comisión adoptó la Resolución por la que se aprobó 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, y se acordó su notificación a la Comisión Europea. Dicha Resolución determinó que TESAU tiene individualmente poder significativo en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva 2002/21/CE, y en el Anexo 2, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones. En consecuencia, en dicha Resolución se impusieron a Telefónica una serie de obligaciones, de dar acceso, aplicar unos precios orientados a costes, de transparencia y no discriminación y de separación de cuentas.

De la obligación de transparencia se deriva, según lo previsto en el artículo 13.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, la necesaria publicación, por el operador declarado con poder significativo en el mercado o dominante (TESAU), de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado (OBA) suficientemente desglosada para garantizar que no se exija al resto de operadores el pago por recursos no necesarios para el servicio requerido. Dicha oferta de referencia vincula a TESAU, en el sentido de que constituye un conjunto de prestaciones que el operador dominante está obligado a ofrecer con unos niveles de calidad aceptables, no inferiores a las condiciones de suministro de sus propios servicios minoristas.

Precisamente, la información cuya confidencialidad se solicita por la entidad recurrente ha sido aportada por TESAU mediante escrito de alegaciones de 27 de septiembre de 2010 en el seno del procedimiento DT 2010/1760 de revisión de la OBA, procedimiento abierto al amparo del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración.

Y al tener el procedimiento DT 2010/1760 por finalidad la revisión de la OBA, no solamente resulta destinataria esta Comisión de dicha revisión, sino que también lo son, y muy especialmente, los operadores beneficiarios de la oferta mayorista de TESAU. Unos operadores que se encuentran legitimados como interesados para efectuar alegaciones en el procedimiento DT 2010/1760 y que, por tanto, deben disponer de todos los datos e informaciones necesarios en el procedimiento de revisión.

En el Fundamento anterior se han aducido las distintas razones que, a juicio de esta Comisión, hacen necesario para el resto de operadores interesados, el conocimiento del Anexo 1 del escrito de 27 de septiembre de 2010 cuya confidencialidad solicita TESAU, y, fundamentalmente, para que:

- a) dichos operadores puedan evaluar si los precios propuestos por TESAU han sido calculados en función de costes;
- b) estos operadores estén en condiciones de realizar alegaciones a esta Comisión en el marco del procedimiento DT 2010/1760.

Considerando, por un lado, que la información cuya confidencialidad solicita la recurrente no tiene carácter confidencial según se ha motivado en el Fundamento anterior, y, por otro lado, la especial obligación de transparencia informativa impuesta al operador declarado con poder significativo,





tanto en el ordenamiento sectorial<sup>10</sup> como por los tribunales<sup>11</sup>, esta Comisión entiende que el derecho de los operadores alternativos a conocer la información cuyo acceso pretende vedar la recurrente resulta en este caso preferente.

#### **CUARTO.- Sobre la motivación de la resolución recurrida.**

TESAU alega en el Fundamento Tercero de su recurso la existencia de causa de nulidad basada en el artículo 62.1.a) LRJPAC con relación a los artículos 9.3, 24 y 105 de la Constitución y al artículo 54 LRJPAC. En efecto, en la página 7 de su recurso el operador manifiesta que:

*“al no haber motivado suficientemente su decisión, se genera para TESAU, directamente afectada, indefensión”*

Y en la página 9 del mismo recurso añade el recurrente que:

*“al no haber justificado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ni razonado en ningún punto de la resolución recurrida, los motivos por los que ha considerado necesario declarar no confidencial la información, ni al haber tampoco considerado en qué medida toda esa información afecta al secreto comercial de mi representada, resulta claro que la resolución carece de la motivación suficiente, vulnerando lo dispuesto en el artículo 54 LRJPAC y, por ello, produce indefensión proscrita, entre otros, por el artículo 24.1 de la Constitución, procediendo en consecuencia, su nulidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 LRJPAC.”*

Con relación a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos y resoluciones administrativas, y dada la gravedad de las mismas, los Tribunales han requerido que no solamente sea debidamente razonada su concurrencia sino también oportunamente acreditada. Entre otras, cabe destacar la STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9455, Fundamento 2º) así como la S AN de 21 de abril de 1999 (RJCA 1999\2624, Fundamento 4º). En el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 18 de diciembre de 1991 se dice claramente que:

*“La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido reiteradamente manteniendo **que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación y cautela la teoría jurídica de las nulidades y anulabilidades**, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente y, en fin, cuantas circunstancias concurran, insistiéndose en que la indefensión como vicio del procedimiento ha de ser real y efectiva, no simplemente aparental (...).”*

Con referencia a las alegaciones de TESAU recogidas en el Fundamento Tercero de su recurso, debe recordarse primeramente, respecto a los requisitos de motivación de los actos y resoluciones administrativos, que el artículo 54.1 LRJPAC señala que la motivación requerirá una “*sucinta* referencia de hechos y fundamentos de derecho”. El carácter “*sucinto*” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. Entre otras podemos citar, y con relación a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTS de 9 de marzo de 2006<sup>12</sup> y de de 20 de enero de 2005<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

<sup>11</sup> Véase Fundamento Sexto de la S AN de 25 de febrero de 2003 (JUR 2006\218544).

<sup>12</sup> RJ 2006\1004.

<sup>13</sup> RJ 2005\4.



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

El hecho de que la motivación sea breve o sucinta no significa que sea inexistente. Y en este caso dicha motivación aparece en el apartado Quinto del acto impugnado, recogiendo en el mismo no solamente las razones y fundamentos jurídicos tanto de derecho español como comunitario, sino, además, una ponderación entre el interés de la entidad en que se declare su confidencialidad y el beneficio posible de los operadores autorizados a conocer el contenido de la misma. Ello confiere plena validez al acto impugnado, según la jurisprudencia antes mencionada. En casos de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto. Entre otras pueden citarse las SSTS de 7 de marzo de 2006<sup>14</sup> y de 26 de mayo de 2009<sup>15</sup>.

Debe señalarse, además, que en el propio texto de la resolución y, por tanto, con el mismo grado de brevedad o de presunta falta de motivación denunciado por TESAU en su recurso, esta Comisión accedió también a declarar confidencial la información presentada por el operador recurrente en los Anexos 2 y 3 en su integridad, no habiendo efectuado dicho operador en cambio protesta u oposición algunas al respecto. Por ello, entendemos que la motivación de la resolución impugnada debe considerarse suficiente. Otra cosa distinta es, sin embargo, que la entidad recurrente no comparta los criterios utilizados por esta Comisión, como recuerda la SAN de 26 de febrero de 2007<sup>16</sup> al final de su Fundamento tercero:

*“En suma, podrá compartirse o no la motivación del acto administrativo impugnado, pero no resulta posible negar la evidencia de su existencia”.*

Finalmente, y con relación a la presunta vulneración del derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución, vinculado a la posible causa de nulidad alegada, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han venido señalando que únicamente puede invocarse la presunta vulneración de este precepto o bien en sede de procedimientos judiciales o bien en los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora. Así se declara, entre otras, en las SSTC 175/1987 de 4 de noviembre y 103/1996 de 11 de junio así como en las SSTS de 30 de noviembre de 1999<sup>17</sup> y de 22 de septiembre de 2004<sup>18</sup>. En este caso, sin embargo, no nos hallamos ante un procedimiento de estas características, como se desprende del Fundamento Cuarto de la resolución recurrida DT 2010/1760 de 6 de octubre de 2010, donde se dice que:

*“esta Comisión pone en conocimiento de los interesados que ha quedado iniciado, a instancia de parte, procedimiento administrativo de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA)”.*

Se trata, por tanto, de un procedimiento administrativo de revisión de una oferta mayorista de referencia (la OBA) y no de un procedimiento sancionador, por lo que no resulta procedente alegar en este caso la posible infracción del derecho constitucional de defensa.

Al concurrir la suficiente motivación en la Resolución recurrida debe excluirse cualquier presunto vicio de arbitrariedad en la misma por posible infracción del artículo 9.3 de la Constitución, como

---

<sup>14</sup> RJ 2006\1668.

<sup>15</sup> RC 5583/2006.

<sup>16</sup> JUR 2007\52343.

<sup>17</sup> RJ 2000\3200.

<sup>18</sup> RJ 2004\6286.



se desprende de la jurisprudencia, y entre otras, de la STC 331/2006, de 20 de noviembre<sup>19</sup>, y las SSTs de 17 de diciembre de 2004<sup>20</sup> y de 14 de octubre de 2003<sup>21</sup>.

**QUINTO.- Sobre la necesidad por parte del solicitante de la confidencialidad de acreditar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la divulgación de la información aportada.**

El operador impugnante señala en la página 3 de su recurso que la información cuya confidencialidad solicita:

*“resulta intrínsecamente confidencial, pudiendo su conocimiento por terceros causar grave perjuicio a mi representada.”*

Y en la página 10 del mismo escrito TESAU reitera que:

*“debe tenerse en consideración el grave perjuicio que genera a mi representada el conocimiento por terceros competidores de la información aportada (...)”.*

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

**SEXTO.- Sobre la ponderación de los intereses concurrentes.**

Según se señala en el Auto del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007<sup>22</sup> así como en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 2007<sup>23</sup>, en materia de declaración de confidencialidad debe efectuarse una adecuada ponderación de todos los intereses implicados: el interés del solicitante de la confidencialidad, el interés de otros operadores o agentes económicos sectoriales en acceder a dicha información, y, en su caso, un posible interés público en la divulgación de los datos objeto de solicitud.

En este supuesto, junto al interés de TESAU en mantener la confidencialidad del Anexo 1 de su escrito de 27 de septiembre de 2010, concurren otros dos intereses ; el interés de los operadores usuarios de la OBA por conocer del operador dominante una información de costes lo más completa posible, para poder efectuar alegaciones en el procedimiento DT 2010/1760, y el interés general en la salvaguarda y fomento de la competencia sectorial previsto en el artículo 3 a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, interés considerado tanto objetivo general como principio regulador en la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo<sup>24</sup> (Directiva Marco) y cuya

---

<sup>19</sup> En el Fundamento Segundo de esta Sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que: “*Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos.*”

<sup>20</sup> RJ 2005\388.

<sup>21</sup> RJ 2003\7805.

<sup>22</sup> JUR 2007\87864.

<sup>23</sup> JUR 2007\313885.

<sup>24</sup> Véanse artículos 8.2 y 8.5.c).



## COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

importancia ha sido recordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las SSTJUE de 3 de diciembre de 2009<sup>25</sup>, 13 de noviembre<sup>26</sup> y 31 de enero<sup>27</sup> de 2008.

Como se señala en el Fundamento Cuarto (página 7) de la Resolución de esta Comisión de 9 de junio de 2005 (DT 2005/346) hay una relación directa entre la prestación de los servicios OBA por el operador dominante y el fomento de la competencia en el sector<sup>28</sup>. Y según ha reiterado esta Comisión en repetidas ocasiones, no basta con la publicación de la oferta de referencia (OBA) para que se entienda cumplida la obligación de transparencia del operador dominante, sino que es necesario tener en funcionamiento las herramientas precisas para poder poner en práctica el contenido de la OBA (cumplimiento material y efectivo). Y a estas herramientas pertenecen, precisamente, los sistemas informáticos de soporte de la OBA, cuya revisión da origen al procedimiento DT 2010/1760 y a la resolución recurrida de 6 de octubre de 2010. Un procedimiento de revisión que, para que tenga un resultado positivo, este organismo regulador estima necesario hacer accesible a los operadores alternativos la información contenida en el Anexo 1 aportado por TESAU a los efectos de que efectúen las alegaciones y observaciones útiles oportunas sobre la implementación de la OBA.

En la resolución recurrida, ponderando los intereses en juego antes citados, se acordó la confidencialidad de los Anexos 2 y 3, y en cambio, se declaró la no confidencialidad del Anexo 1. Ello es así, ya que la información contenida en dicho Anexo 1 resulta necesaria para los operadores alternativos usuarios de la OBA en el procedimiento DT 2010/1760, tal y como se expone en el Fundamento Tercero de la presente resolución.

Considerados los anteriores razonamientos y dadas las circunstancias descritas, esta Comisión entiende que debe prevalecer, en este caso, el interés público y el interés de los operadores alternativos en la no declaración de confidencialidad del Anexo 1 del escrito de TESAU de 27 de septiembre de 2010 sobre el interés del citado operador dominante a la declaración de la misma.

---

<sup>25</sup> C-424/07, en cuyo apartado 92 se dice: “En ese contexto, el Tribunal de Justicia ha interpretado el artículo 8 de la Directiva marco en el sentido de que impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que las ANR adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a promover la competencia en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, velando por que no se falsee ni obstaculice la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas y suprimiendo los últimos obstáculos para la prestación de dichos servicios a escala europea (véanse las sentencias de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7, C-380/05, Rec. p. I-349, apartado 81, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Polonia, C-227/07, Rec. p. I-0000, apartado 63).”

<sup>26</sup> C-227/07 apartado 63.

<sup>27</sup> C-380/05 apartado 81.

<sup>28</sup> “Para garantizar una competencia en condiciones equitativas, el primer requisito aplicable a TESAU es el cumplimiento de las obligaciones que le han sido impuestas. El efecto de una provisión de servicios OBA deficiente en plazos y volumen impediría el desarrollo de la necesaria competencia en el mercado del acceso en un momento particularmente clave (...).”



---

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

---

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

**RESUELVE**

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU contra la declaración de confidencialidad del Secretario de esta Comisión de 6 de octubre de 2010 recaída en el procedimiento DT 2010/1760 de revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA).

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a 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, 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, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).***