



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 nº 39/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de noviembre de 2007, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LOS RECURSOS POTESTATIVOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS POR VODAFONE ESPAÑA, S.A. CONTRA LAS RESOLUCIONES DE FECHAS 18 DE JULIO Y 14 DE SEPTIEMBRE DE 2007 POR LAS QUE SE DECLARA LA CONFIDENCIALIDAD DE DETERMINADOS DATOS A APORTAR EN EL MARCO DEL PRIMER Y SEGUNDO INFORME TRIMESTRAL DEL AÑO 2007 (AJ 2007/1059).

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por la entidad Vodafone España, S.A. contra las Resoluciones del Secretario de esta Comisión de fechas 18 de julio y 14 de septiembre de 2007 por las que se declara la confidencialidad de determinados datos a aportar por los operadores en el marco del primer y segundo informe trimestral del año 2007, emitidos por esta Comisión, sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales (respectivamente EST 2007/494 y EST 2007/760), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 39/07 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 18 de julio de 2007, el Secretario de esta Comisión dictó Resolución por la que determinó qué datos de los aportados por las entidades del sector de las telecomunicaciones y audiovisual en el marco de la elaboración del primer Informe Trimestral del año 2007 tendrían la consideración de confidenciales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La citada Resolución hace referencia a los fundamentos jurídicos que habilitan a esta Comisión para declarar confidencial determinada información aportada por los operadores así como a los criterios en los que se fundamenta para declarar la misma, procediendo, en segundo lugar, a determinar qué tipo de información de la que es requerida a aquellos no será publicada por ser susceptible de afectar al secreto comercial de los mismos.

SEGUNDO.- Con fecha 29 de agosto de 2007 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Doña Maria Luisa Belda Cuesta en nombre y representación de Vodafone España, S.A. (en adelante, Vodafone) por el que interpone recurso de reposición parcial contra la declaración de confidencialidad a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

El recurso interpuesto se fundamenta en una única alegación en la que expone básicamente lo siguiente:

La recurrente manifiesta su discrepancia respecto “de la valoración que hace la Comisión en su escrito sobre la circunstancia tenida en cuenta para declarar confidenciales ciertos datos e informaciones, como es el gran dinamismo del mercado cuya regulación tiene encomendada este organismo y que hace que se incremente la necesidad de proveer transparencia informativa al mercado en aras de proteger más eficazmente la competencia efectiva, sin tener en cuenta los daños que el conocimiento de la misma pueda irrogar al propietario de la información.”

Considera que la información confidencial que las empresas le facilitan debe mantenerse secreta y que sólo cuando los intereses generales aconsejan claramente su conocimiento por terceros, puede ser revelada. Señala que, de otro modo, podría perjudicarse la “*colaboración fluida*” entre esta Comisión y los operadores de telecomunicaciones ya que, dado el volumen y variedad de información considerada secreta por los operadores a la que tiene acceso “*podría convertirse en un centro de información cualificado de los negocios, sistemas, mecanismos de negociación, etc.. de los diferentes operadores*” .

Partiendo de lo anterior considera que se debería haber otorgado especialmente la consideración de confidencial a la siguiente información:

- Apartado IV.1.3.1.1.2 relativo al “Servicio de Terminación en Clientes de OMV- revendedor.
- Apartado IV.1.3.3 relativo a los “Servicios de acceso en red móvil por cuenta de OMV”.

A lo anterior añade que, la declaración de confidencialidad debería realizarse con anterioridad suficiente a la publicación de los informes trimestrales de esta Comisión, de forma que exista plazo suficiente para que no se produzca indefensión a los operadores y que, todos los datos estadísticos publicados deben serlo a nivel global sin que en ningún caso se puedan identificar como operador móvil virtual, (en adelante, OMV).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2007, el Secretario de esta Comisión dictó Resolución en la que determinó qué datos de los aportados por las entidades del sector de las telecomunicaciones y audiovisual en el marco de la elaboración del segundo Informe Trimestral del año 2007 tendrían la consideración de confidenciales teniendo la citada Resolución la misma estructura que la referenciada en el antecedente de hecho PRIMERO de la presente Resolución.

CUARTO.- Con fecha 1 de octubre de 2007 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de Vodafone por el que interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente plantea el recurso en idénticos términos a los alegados en el descrito en el antecedente de hecho SEGUNDO de la presente Resolución, por lo que se dan aquí por reproducidas las alegaciones referenciadas en aquél.

QUINTO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 23 de octubre de 2007 se cumplió el trámite de información al interesado, previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y se acordó la acumulación del recurso referenciado en el antecedente de hecho anterior de la presente Resolución al interpuesto por la misma entidad con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 29 de agosto de 2007 (antecedente de hecho SEGUNDO de la presente Resolución).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que, contra las resoluciones y los actos de trámite si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente califica expresamente sus escritos, con fechas de entradas en el Registro de esta Comisión de 29 de agosto y 1 de octubre de 2007, como recursos de reposición, y de su análisis se desprende la corrección de dicha calificación. En efecto, los actos recurridos, aún tratándose de actos de trámite, constituyen un trámite cualificado de los mencionados más arriba, por cuanto su no impugnación supondría la invariabilidad posterior por vía ordinaria de su contenido, además de afectar hipotéticamente a derechos del recurrente, como es el derecho al secreto industrial y comercial.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

Los recursos de reposición han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se han interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede su admisión a trámite.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 22 de junio de 2006¹ se aprobó *“Delegar en el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de los actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión no comprendidos en el apartado anterior, con excepción de los actos en los que se adopten medidas cautelares y las resoluciones por las que se dé por finalizado cualquier procedimiento, cuya adopción corresponderá en cualquier caso, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

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

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

Teniendo en cuenta que las Resoluciones de fechas 18 de julio y 14 de septiembre de 2007 recurridas por Vodafone fueron dictadas por el Secretario de esta Comisión por delegación del Consejo, el órgano competente para resolver los presentes recursos de reposición es el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

¹ Resolución publicada en el BOE el día 18 de julio de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, los presentes recursos deberán ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Dado que las Resoluciones recurridas pueden afectar a los derechos e intereses legítimos de la recurrente al determinarse en éstas qué tipo de información de la aportada por ésta tendrá el carácter de confidencial, procede reconocer legitimación activa a la recurrente para la interposición de los recursos de reposición interpuestos.

Quinto.- Acumulación.

El artículo 73 de la LRJPAC establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Dado que, por un lado, el objeto de las dos Resoluciones recurridas es el mismo, a saber, la determinación de los datos aportados por los operadores que tendrán la consideración de confidenciales en el marco de la emisión de los informes trimestrales de esta Comisión y por otro, que los recursos interpuestos contra las dos Resoluciones recurridas se han basado en los mismos fundamentos, se considera ajustado a Derecho el acuerdo de acumulación de los dos recursos, al existir entre ellos la identidad sustancial referida anteriormente.

II. - Fundamentos jurídicos materiales.

PRIMERO.- Sobre el concepto de secreto comercial o industrial y su aplicación a la información aportada a las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el ejercicio de sus funciones legales.

El artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece el deber de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

También en el ámbito comunitario, la garantía de confidencialidad se prevé en los artículos 214 TCEE y 20 del Reglamento 17/62, así como el Reglamento Comunitario 3384/1994, de 21 de diciembre. Este último, en particular, señala que *“no se comunicará ni se hará accesible la información, incluidos documentos, que contengan secretos comerciales de cualquier persona o empresa, incluidas las partes notificantes, otras partes afectadas y terceros, así como ningún otro dato confidencial cuya divulgación la Comisión no considere necesaria a los efectos del procedimiento y ningún documento interno de la Administración”*. Dichas normas se complementan con el deber de las autoridades y funcionarios a guardar secreto de los hechos que conozcan por razón de sus cargos.

No obstante, tal y como se expone en los actos recurridos, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Es criterio de esta Comisión remitirse, con carácter orientativo a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, 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.

Así, la Comisión Europea considera que tendrá carácter de secreto comercial la información sobre la actividad económica de una empresa que pueda causarle un perjuicio grave, tales como, por ejemplo, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, y otras.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

En este sentido, la Disposición adicional cuarta de la LGTel establece que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores cuando así se considere por la trascendencia comercial o industrial de los mismos.

Respecto al alcance del concepto “secreto comercial e industrial”, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado en numerosas ocasiones². En estas resoluciones se afirma lo siguiente:

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

Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas

² Entre otras resoluciones, cabe destacar su Resolución de 23 de septiembre de 1999, relativa a la solicitud de Madritel Comunicaciones, S.A. de acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa; su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. de acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 20 de noviembre de 1998 por Airtel Móvil, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A. y su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. solicitando el acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 19 de noviembre de 1998 por Telefónica Servicios Móviles, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

informaciones contenidas en un documento, que las partes del mismo reivindiquen 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.”

No obstante, en relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado en el ámbito sectorial de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos -de forma analógica y con efectos meramente interpretativos- al ejemplo que utiliza el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998³, que establecía el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares. En el mismo, se incluye dentro del concepto de información amparada por el secreto profesional, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

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

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

³ Vigente hasta el 30 de abril de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda.”

Es decir, que al tratar la confidencialidad nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración receptora de los datos, valorando de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada dato, el beneficio que se causa dando acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

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

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

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

SEGUNDO.- Análisis de las alegaciones de la recurrente.

La recurrente muestra su disconformidad respecto al tratamiento otorgado por esta Comisión a la información requerida relativa al volumen de ingresos obtenido (tanto en millones de euros como en minutos) en los servicios de acceso y terminación prestados a los OMV, por lo que estima que debería otorgarse el carácter de confidencial a los siguientes apartados de las Resoluciones recurridas:

- Apartado IV. 1.3.1.1.2 relativo al “Servicio de Terminación en Clientes de OMV- revendedor”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Apartado IV.1.3.3. relativo a los “Servicios de acceso en red móvil por cuenta de OMV”

Asimismo considera que la declaración de confidencialidad debería realizarse con anterioridad suficiente a la publicación de los informes trimestrales de esta Comisión para de esta forma, no producir indefensión a los operadores y solicita que los datos sean publicados a nivel global no pudiéndose identificar como OMV.

Respecto a las alegaciones efectuadas por la recurrente procede realizar las siguientes consideraciones:

La información objeto de la presente Resolución le fue requerida a la recurrente, al amparo del artículo 9.1 de la LGTel con el objeto de poder emitir los dos primeros informes trimestrales del presente año sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

Esta Comisión, partiendo de la información recibida por los operadores, emitiendo sendas Resoluciones en el marco de la publicación de los citados informes trimestrales, sobre los datos aportados por aquéllos que no serían objeto de publicación por resultar afectos a la condición de confidenciales.

Vodafone ha recurrido las Resoluciones a las que se refiere el párrafo anterior, sin embargo, en ambos recursos se limita a solicitar la declaración de confidencialidad de determinada información sin fundamentar en absoluto dicha solicitud, limitándose a señalar que *“la publicación de la información cuya revelación se decide en el acto recurrido puede irrogar perjuicios a mi representada”*, sin especificar qué clase de perjuicios le podría ocasionar la revelación de tal información. Esto es, no manifiesta en modo alguno en que forma puede afectar a su secreto comercial que otros operadores puedan conocer la información respecto de la cual solicita la confidencialidad ni en qué medida esa información podría tener un carácter estratégico por evidenciar las tendencias de la empresa.

En relación con las solicitudes de confidencialidad y con carácter general para todos los operadores cabe señalar que, en el análisis de la información aportada por éstos para su posterior declaración como confidencial o no, deben enfrentarse detenidamente el interés general que su conocimiento puede aportar con la consiguiente mejora en la transparencia del mercado y en su competencia, y el legítimo interés de los operadores de proteger aquella información que pueda perjudicar a la persona a quién se refiera.

Tampoco debe perderse de vista que la publicación de la información requerida a los operadores no se configura en la normativa comunitaria como una opción, sino como una verdadera obligación para las autoridades nacionales de reglamentación, en la medida que, tal y como establece el artículo 5.4 de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Directiva Marco⁴, esa publicación *“pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo”*.

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

Se ha de tener en cuenta que la búsqueda de transparencia en los mercados regulados, función inherente a esta Comisión a tenor de las diversas disposiciones normativas vigentes, es una motivación suficiente para otorgar, manteniendo la confidencialidad de los datos que así deban ser tenidos en cuenta, una mayor relevancia al interés público que supone la publicación de determinados datos de ciertos operadores, sobre el interés privado de Vodafone en considerar la generalidad de los mismos como afectos al secreto comercial.

La alegación formulada por Vodafone de no prevalencia del interés público en el conocimiento de ciertos datos sobre su interés privado, también debe ponerse en relación con el hecho de que la Comisión Europea en sus diversos informes de Implementación insista en la transparencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, no solo en los procesos de toma de decisiones, sino también en sus resoluciones, en las que resulta importante que se aporte información suficiente para rivales y consumidores para que las condiciones de entrada al mercado y el grado de funcionamiento de los mercados y de las medidas regulatorias sean claras para cualquier entrante real o potencial.

De acuerdo con lo anterior, esta Comisión considera necesario establecer una política de publicidad de ciertos datos, no intrusiva, pero sí suficiente para garantizar la transparencia en el mercado español en cuanto a las variables básicas de cualquier mercado, para que entrantes reales o potenciales puedan evaluar minimamente el funcionamiento y la situación de partida en cada mercado, minorista o mayorista. En este sentido, es necesario poder publicar algunos datos a nivel mayorista y minorista para que cualquiera pueda evaluar el grado de desarrollo de estos mercados, y así también conocer el grado de eficacia y efectos de las medidas regulatorias sobre el desarrollo de los mercados y operadores.

⁴ 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Partiendo de lo anterior se procederá a analizar si las declaraciones de confidencialidad dictadas por esta Comisión son ajustadas a Derecho.

- Sobre la información relativa a los servicios de acceso.

En lo que concierne a los ingresos obtenidos por los servicios de acceso prestados a los OMV procede poner de manifiesto que, en lo que respecta al primer informe trimestral emitido por esta Comisión en el presente año, se produjo un error en el listado que recoge el detalle de mediciones declaradas como confidenciales ya que, aunque los ingresos obtenidos por dicho concepto no se solicitaron, se incluyó una casilla para dicha información en la declaración de confidencialidad, información que por supuesto se encontraba clasificada como confidencial.

No obstante, el citado error fue subsanado en la declaración de confidencialidad concerniente al segundo informe trimestral emitido por esta Comisión en el presente año, en el que correctamente, se suprimió la casilla referente a la citada información⁵.

En relación con los minutos de acceso prestados a los OMV, tal y como puede comprobarse atendiendo a los dos informes trimestrales publicados por esta Comisión, la publicación se realiza de forma agregada, esto es, sin especificar los minutos de acceso prestados por cada operador móvil con red, constando por tanto, la suma total de los minutos de tráfico prestados por todos los operadores móviles con red a todos los OMV.

En relación con la citada publicación agregada procede traer a colación lo establecido por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas⁶ :

“38 En cambio, está claro que los cuadros mencionados sólo contienen datos agregados, reproducidos en forma de gráficos, relativos a las actividades comerciales de BUPA Ireland en 2002, tales como en particular la edad media de los asegurados en BUPA Ireland, las primas pagadas para “planes BUPA” y la frecuencia de las peticiones de reembolso. Pues bien, las demandantes no han probado de manera concluyente cómo, sobre la base de estos datos agregados y, además, bastante antiguos, sería concebible que un tercero pudiera deducir informaciones concretas, perjudiciales para sus intereses comerciales⁷, en cuanto al volumen de negocios, a la contabilidad y, finalmente, a la rentabilidad actual de BUPA Ireland (...). Por último, las demandantes tampoco precisan en qué medida la conjugación de estos datos “con otras

⁵ Véase página 25 de la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 14 de septiembre de 2007 (EST 2007/760).

⁶ Auto de fecha 4 de marzo de 2005 (TJCE 2005/388).

⁷ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

informaciones”, de las que no especifican el posible contenido, podría permitir determinar la rentabilidad de la actividad comercial actual de BUPA Ireland.”

Teniendo en cuenta lo establecido por el citado Tribunal procede señalar que en la información respecto de la que la recurrente solicita la declaración de confidencialidad, información obrante en los Informes Trimestrales emitidos y publicados por esta Comisión, no se hacen públicos los datos referidos a este servicio de forma desagregada, esto es, individualizados para cada operador, sino que se publica la suma de los minutos de acceso prestados por todos los operadores móviles de red a todos los OMV.

Por tanto, tal y como sucede en el fragmento del Auto expuesto, esta Comisión considera que en modo alguno la publicación agregada de la información objeto del presente apartado puede revelar secreto comercial alguno de la recurrente, debiendo ser desestimada la alegación efectuada en el presente apartado.

- Sobre la información relativa a los servicios de terminación

Al igual que con los servicios de acceso, en el presente apartado se volverá a diferenciar entre los datos relativos a los minutos prestados por el servicio de terminación a los OMV y los relativos a los ingresos obtenidos por la prestación de dicho servicio.

En lo que respecta a los datos relativos a los minutos de terminación prestados a los OMV, procede dar aquí por reproducidas las consideraciones realizadas para los servicios de acceso ya que, al igual que con aquéllos, dicha información se publica de forma agregada para el conjunto de operadores móviles con red que prestan los servicios de terminación al conjunto de OMV, por lo que, en modo alguno con la publicación de dicha información podría revelarse secreto comercial alguno de la recurrente.

En lo que concierne a los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios de terminación procede señalar que, si bien la publicación de dicha información al igual que las anteriores, se realiza de forma agregada, no revelándose secreto comercial alguno, la regulación prevista para la obtención de dichos ingresos difiere enormemente de la prevista para los servicios de acceso. En este sentido procede recordar que el mercado de terminación de llamadas en redes móviles constituye un mercado regulado en el que se han identificado determinados operadores con peso significativo de mercado y a los que se les han impuesto en virtud de tal condición determinadas obligaciones, tal y como igualmente sucedía en el mercado de acceso.

Una de las citadas obligaciones consiste en ofrecer precios orientados a costes a aquéllos operadores que quieran finalizar las llamadas en sus redes, precios que han sido fijados previamente por esta Comisión, como resultado de una propuesta efectuada por los operadores identificados con peso significativo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

mercado. Por tanto, aún en el caso que la publicación de dicha información se hiciera en relación con los ingresos obtenidos por cada operador móvil de red, tampoco se estaría revelando estrategia comercial alguna, ya que, por un lado, los ingresos obtenidos provienen de la aplicación de precios fijados por esta Comisión (precios que son resultado de la propuesta de los operadores) y por otro, los minutos obtenidos por la prestación del servicio de terminación, provienen del cumplimiento de una obligación que les ha sido impuesta por esta Comisión, no habiendo podido en consecuencia, la recurrente, aplicar estrategia comercial alguna.

Tercero.- Sobre la realización de las declaraciones de confidencialidad con anterioridad suficiente a la publicación de los informes trimestrales.

La recurrente manifiesta que las declaraciones de confidencialidad relativas a los informes trimestrales deberían efectuarse con anterioridad suficiente a la publicación de los mismos a efectos de que no se les produzca indefensión con dicha publicación.

En relación con la alegación efectuada procede poner de manifiesto que en lo que respecta al segundo informe trimestral, de acuerdo con la información obrante en el expediente, la recurrente recibió la notificación de la declaración de confidencialidad relativa al mismo con fecha 19 de septiembre del presente año, y su publicación se produjo el día 28 del mismo mes y año, esto es, con antelación suficiente respecto de la publicación del informe trimestral. En lo que concierne al primero de los citados informes, la notificación de la declaración de confidencialidad de los datos aportados al mismo no se produjo hasta el día 25 de julio, habiéndose producido la publicación del primer informe trimestral el día 23 del mismo mes y año.

Sin perjuicio de lo que se establecerá a continuación, procede poner de manifiesto que en ambos casos las Resoluciones por las que se declaró la confidencialidad de los citados informes fueron dictadas con anterioridad a que se produjera la publicación de los mismos, esto es, para el primer y segundo informe trimestral respectivamente, las declaraciones de confidencialidad se produjeron con fechas de 18 de julio de 2007 y de 14 de septiembre del mismo año.

Pues bien, aún habiéndose producido, en lo que concierne al primer informe trimestral, la publicación del mismo con anterioridad a que Vodafone hubiera recibido la declaración de confidencialidad, procede poner de manifiesto que el retraso de dicha notificación no se encuentra comprendida en ninguna de las causas previstas en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC que determinarían la posible nulidad o anulabilidad de la Resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por último, en relación con la indefensión alegada por la recurrente procede señalar que, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 15 de junio de 2004⁸, recordando palabras del Tribunal Constitucional, *“la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción”*

Asimismo el Tribunal Supremo en relación con la posible indefensión causada por la omisión del trámite de audiencia en un procedimiento administrativo ha establecido que⁹:

“Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa”

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta y tal y como puede apreciarse, Vodafone en los recursos interpuestos ha expresado las razones por las que estima que se le ha producido indefensión y en las que fundamenta su derecho a solicitar la confidencialidad de los datos aportados y su disconformidad con lo establecido por esta Comisión en relación a los mismos, no pudiendo en consecuencia apreciar que se haya producido limitación alguna de sus medios de defensa, procediendo en consecuencia desestimar la alegación efectuada.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

⁸ Sentencia de fecha 15 de junio de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). RJ 2004/7632.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 11 de julio de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). RJ 2003/5433.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Desestimar los recursos potestativos de reposición interpuestos por la entidad Vodafone España, S.A. contra las Resoluciones del Secretario de esta Comisión de fechas 18 de julio y 14 de septiembre de 2007 por las que se declara la confidencialidad de determinados datos a aportar por los operadores en el marco del primer y segundo informe trimestral del año 2007, emitidos por esta Comisión, sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera