



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 05/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de febrero de 2012, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra la Resolución del Secretario, de fecha 20 de diciembre de 2011, por la que se declara la no confidencialidad de determinados documentos obrantes en el expediente número AEM 2011/1982 (AJ 2012/4).**

## **I ANTECEDENTES**

**PRIMERO.- Sobre el procedimiento AEM 2011/1982 y los documentos requeridos a Telefónica de España, SAU.**

Con fecha 2 de septiembre se inicia el procedimiento administrativo, con número de expediente AEM 2011/1982, para la estimación del coste neto del servicio universal en que habría incurrido Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) durante el ejercicio 2009.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 20 de septiembre de 2011, se requirió a TESAU la remisión de información adicional sobre las subvenciones concedidas a TESAU y aplicadas a servicios en el ámbito del Servicio Universal identificadas en la cuenta denominada "Traspasos de subvenciones de capital" en el Sistema de Contabilidad de Costes del ejercicio 2009.

**SEGUNDO.- Sobre la aportación de la información requerida y la declaración de confidencialidad.**

Con fecha 6 de octubre de 2011, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de TESAU por el que daba respuesta al requerimiento de información mencionado en el anterior antecedente y solicitaba la confidencialidad de la información aportada.

Con posterioridad, TESAU presentó tres escritos más aportando información adicional y, asimismo, solicitando también la declaración de confidencialidad de dicha información, así como de los anexos que acompañaban a dichos escritos.



Por medio de escrito del Secretario de la Comisión, de fecha 20 de diciembre de 2011, se declaró confidencial: “(...) *determinada información considerada extremadamente sensible para la estrategia financiera empresarial de la operadora, como es:*

- *el anexo primero aportado junto con el escrito de 6 de octubre de 2011, como respuesta al requerimiento efectuado por esta Comisión en el marco del presente procedimiento;*
- *el anexo segundo aportado junto con el citado escrito de 18 de noviembre de 2011 y las cifras contenidas en la manifestación cuarta del citado escrito;*
- *las cifras aportadas por la operadora en sus manifestaciones de 7 de diciembre de 2011;*
- *Los anexos primero y segundo del escrito presentado con fecha 19 de diciembre de 2001.”*

Asimismo, “*Se estima que no procede declarar el carácter confidencial del resto de la información obrante y anexa en los escritos de TESAU (...)”*

### **TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por TESAU.**

Con fecha 3 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de TESAU por el que interpone un recurso potestativo de reposición contra la declaración de confidencialidad de fecha 20 de diciembre de 2011 a la que se ha hecho referencia en el Antecedente anterior.

La recurrente solicita la reposición del acto recurrido por entender que está incurso en causa de nulidad de pleno derecho de las recogidas en el artículo 62 de la LRJPAC, en particular que vulnera los artículos 37.5 d) de la misma Ley al declarar no confidencial el documento 3 aportado el día 18 de noviembre de 2011, documento que contiene un resumen de extracto de cuenta bancaria de la operadora por lo que considera que se trata de información sensible al afectar a su secreto comercial e industrial, motivo por el que no debería de ser accesible por parte de terceros y, en consecuencia, debe recibir el tratamiento de información confidencial.

TESAU añade que la información contenida en el mencionado documento, no resulta de interés para terceros ni afecta a sus derechos e intereses a diferencia del perjuicio que supondría para TESAU su divulgación. Señala que para determinar la procedencia de declarar la confidencialidad del documento 3, habrá de ponderarse entre el manifestado perjuicio que se ocasionaría a TESAU y la tenue intensidad de la exigencia de ejecutar el acto recurrido en orden a preservar el interés público o de terceros.

Sobre la base de lo anterior, solicita que se declare la confidencialidad del documento 3 del escrito aportado a esta Comisión el día 18 de noviembre de 2011 y que se adopten las medidas cautelares oportunas para que, mientras se resuelve el recurso, la información señalada no se ponga a disposición de terceros.

### **CUARTO.- Notificación de inicio de procedimiento y de adopción de medidas cautelares.**

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, el día 12 de enero de 2012 TESAU fue notificada del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, y de la adopción de las medidas provisionales oportunas, en virtud del artículo 72 de la LRJPAC, para proteger, previo a la resolución del recurso, el interés de TESAU en mantener secreta la información contenida en el mencionado documento 3 adjunto a su escrito de 18 de noviembre de 2011.



## II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

### **PRIMERO.- Calificación del escrito.**

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en su artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, que interpone por entender que determinados aspectos del acto impugnado no resultan ajustados Derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición, que se interpone contra el acto del Secretario, de fecha 20 de diciembre de 2011, de declaración de confidencialidad efectuada en el marco del expediente número AEM 2011/1982.

### **SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. En el presente caso, TESAU ostenta la condición de interesado por cuanto que es el operador titular de la información cuya confidencialidad no ha sido declarada en el acto recurrido.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

### **TERCERO.- Admisión a trámite.**

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

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, se fundamenta en motivos de nulidad o anulabilidad, como es la infracción del artículo 37.5.d) de la LRJPAC, que se refiere a la limitación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que contengan información protegida por el secreto industrial o comercial. Por todo lo anterior, el recurso ha de ser admitido a trámite.



#### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver los recursos de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de TESAU, el artículo 48.5 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJPAC, que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Secretario la adopción de los *“actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión”* (Resuelve Segundo, número 1), de la Resolución del Consejo de 15 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 238 de de 3 de octubre de 2011). En uso de la citada delegación de competencias, el acto recurrido fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.**

#### **ÚNICO.- Sobre el carácter confidencial del documento 3 adjunto al escrito de TESAU de 18 de noviembre de 2011.**

En el ámbito del derecho administrativo, el derecho a la reserva de los datos que puedan referirse a secretos industriales o comerciales debe ponerse en relación con el derecho constitucional de los interesados a acceder al expediente, derecho que se entronca con el de defensa efectiva.

Así lo contempla la LRJPAC en su artículo 37 (apartado 5.d), donde se regula el derecho de acceso a Archivos y Registros, al establecer que *“el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: (...) d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial”*; es decir, que las Administraciones Públicas deberán salvaguardar la confidencialidad de las materias y datos protegidos por el secreto comercial e industrial que obren en los expedientes, archivos y registros administrativos. El apartado 4 del mismo artículo prevé también, como excepciones al derecho de acceso, el hecho de que prevalezcan razones de interés público o existan intereses de terceros más dignos de protección, como sería el derecho a la intimidad de las personas, entre otros.

Las normas que regulan el régimen de las comunicaciones electrónicas, conscientes de que gran parte de los datos facilitados por los operadores a las autoridades de reglamentación para adoptar sus decisiones son de carácter técnico y económico, se preocupan por



preservar su carácter confidencial cuando su conocimiento por parte de terceros pudiera suponer un perjuicio a su titular.

En concreto, la LGTel contempla el tratamiento que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deben dar a la información confidencial aportada por las entidades del sector en su precepto 9.1 y en la Disposición Adicional Cuarta, al establecer la obligación de éstas de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial y que *“cada Autoridad 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 obstante, las normas citadas se refieren a la necesidad de proteger el secreto comercial e industrial de las empresas, pero no definen qué datos o informaciones quedan incluidas en este ámbito. Es así que, tal y como ha indicado tanto esta Comisión en numerosas ocasiones<sup>1</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 ponderando, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y 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.

Ante la falta de concreción de los datos o informaciones incluidas en el ámbito del secreto comercial o industrial, esta Comisión, como criterio orientativo para esta determinación, acude a lo dispuesto en la Comunicación<sup>2</sup> 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 determinados supuestos y, asimismo, la protección de la información no divulgada que recoge el Acuerdo<sup>3</sup> sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio suscrito en el marco del Tratado de la Organización Mundial del Comercio, que tiene como objetivo de crear un marco multilateral de principios, normas y disciplinas relacionados con el comercio internacional que garantice la protección de los derechos de propiedad intelectual, suscrito en el marco del Tratado de la Organización Mundial del Comercio.

De lo dispuesto al efecto en los citados documentos se desprende que para que una determinada información suministrada a esta Comisión pueda considerarse objeto de protección como secreto han de darse dos elementos cumulativos: i) que se trate de información secreta en el sentido de no accesible al pertenecer al ámbito de su secreto comercial o industrial y; ii) que su divulgación pueda causarle un perjuicio grave por tener un valor económico actual o potencial para la empresa por suponer una ventaja frente a los competidores. No obstante, tal consideración podrá exceptuarse cuando deba prevalecer, de manera proporcional y objetiva, la defensa del interés general de conformidad con los objetivos y principios previstos en el artículo 3 de la LGTel, atendiendo a las circunstancias

<sup>1</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.

<sup>2</sup> Puntos 3.2.1 18 y 3.2.2 de 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

<sup>3</sup> Parte II, Artículo 39 del Acuerdo ADPIC, Anexo 1 C de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay, firmados en la Conferencia Ministerial de Marrakech, en abril de 1994.



del mercado en cada momento frente al derecho a la protección de los secretos comerciales o industriales, o salvo que se adopten medidas que garanticen la protección de los datos de todo uso comercial o industrial desleal.

El contenido del documento 3 anexo al escrito de TESAU de 18 de noviembre de 2011, contiene el resumen de un extracto de cuenta bancaria de la recurrente, documento que forma parte de la información adicional a la requerida para analizar si las subvenciones concedidas a la recurrente y aplicadas en el ámbito del servicio universal tienen la consideración de ayuda de Estado, requerimiento efectuado en el marco del procedimiento de determinación del coste neto del servicio universal soportado por TESAU en el ejercicio 2009.

La LGTel, en su artículo 24.2<sup>4</sup> establece que *“El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de compensación, en condiciones de transparencia, por todas o determinadas categorías de operadores en las condiciones fijadas en los apartados siguientes de este artículo. Mediante Real Decreto se fijarán los términos y condiciones en los que se harán efectivas las aportaciones al citado mecanismo de compensación”*. [énfasis añadido].” Dicho artículo es desarrollado, entre otros, por el artículo 26.3 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, con fecha 3 de agosto de 2010, que establece que la transparencia ha de regir como principio aplicables a la imposición de obligaciones de servicio público, en concreto, en los métodos utilizados para determinar tanto al operador obligado a prestar un servicio público, como las ayudas y financiación de la que disfrutará en razón de dicha obligación.

De lo anterior cabe concluir que en el procedimiento del que trae causa el acto recurrido, se ha de garantizar la máxima transparencia de manera que se permita, tanto a la propia Comisión como al resto de operadores que contribuyen a la financiación del CNSU, verificar que el mecanismo de financiación aplicado no es utilizado por TESAU con la finalidad de obtener una ventaja económica competitiva respecto de las empresas competidoras, en este caso, el documento cuya declaración de confidencialidad se persigue por la recurrente ha sido requerido por esta Comisión para verificar la cuantificación, en la contabilidad de costes de TESAU, de las subvenciones recibidas en razón de la prestación del servicio universal.

Si bien es cierto que la información contenida en el documento sobre el que se solicita su declaración de confidencialidad en vía de recurso forma parte de un procedimiento regido por la máxima transparencia, se trata de información que, al menos, puede calificarse como sensible o secreta al detallar datos sobre una cuenta bancaria de la operadora cuya divulgación podría causarle algún perjuicio y, por otro lado, ha de tenerse en cuenta que carece de interés para terceros y no afecta a sus derechos e intereses ni aporta mayor transparencia al procedimiento del que trae causa.

Por lo tanto, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de la información contenida en el citado documento y ponderando, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el escaso beneficio que se causa al interés público al dar acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información, procede declarar su confidencialidad.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

---

<sup>4</sup> Artículo que traspone lo previsto en los artículos 3.2, 12.2 y 14 de la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, *relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*. DOCE L 108, p.51.



## RESUELVE:

**Único.-** Estimar el recurso interpuesto por Telefónica de España, SAU, contra el acto del Secretario, de fecha 20 de diciembre de 2011, por el que se declara parcialmente la confidencialidad de la información aportada por la recurrente en contestación al requerimiento del Secretario de la Comisión, de 20 de septiembre de 2011, en el marco del procedimiento para la estimación del coste neto del servicio universal en que habría incurrido Telefónica de España, SAU, durante el ejercicio 2009 y, en consecuencia, declarar confidencial el documento 3 adjunto al escrito aportado por Telefónica de España, SAU, el día 18 de noviembre de 2011.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***