



IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 42/09 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de diciembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a la suspensión cautelar solicitada por Telefónica de España SAU en el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra el acto dictado por el Secretario de esta Comisión por el que se declara la confidencialidad de determinada documentación relativa al expediente MTZ 2009/1223 (AJ 2009/2045).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- En el seno del procedimiento MTZ 2009/1223 sobre análisis de la oferta mayorista de acceso a conductos y registros de Telefónica de España SAU (en adelante denominada TESAU) y su adecuación a los requisitos establecidos por esta Comisión, TESAU presentó un escrito alegaciones de fecha 18 de septiembre. En la página 83 de dicho escrito el operador manifestó que:

*“todos aquellos puntos del presente escrito marcados como **“CONFIDENCIAL”**, así como en los anexos que acompañan al presente escrito, se aporta información de especial carácter sensible que, en opinión de mi representada, debería ser protegida y declarada confidencial por esa CMT.*

La información que se contiene en este escrito nos coloca sin duda alguna ante uno de estos supuestos excluidos del derecho de acceso, pues se trata de una información sensible que puede afectar a la estrategia comercial de la empresa, por lo que debe quedar bajo el ámbito del denominado secreto comercial. Entendemos que la información que se aporta en el presente escrito tiene un carácter especialmente sensible pues contiene información sobre los costes y la marcha o desarrollo de los negocios de mi representada cuyo conocimiento por terceros, competidores de la misma, pudiera resultar perjudicial.



Atendiendo a lo anterior la CMT debería declarar confidencial la información contenida en el presente escrito identificada a lo largo del escrito entre corchetes (..)”

SEGUNDO.- El Secretario de esta Comisión, mediante acto administrativo de fecha 28 de octubre de 2009 notificado a la entidad recurrente el día 10 de noviembre, y con relación al escrito de alegaciones de TESAU del 18 de septiembre de 2009, estimó necesario declarar la confidencialidad de la siguiente información incluida en dicho escrito por incluir datos de carácter sensible:

- *Referencias a operadores con solicitudes en curso en MARCo (págs. 3, 9, 45, 56).*
- *Referencias a la contabilidad de costes (págs. 63-66, se excluye la página 67).*
- *Referencias a la contabilidad de costes (págs. 68-73).*
- *Totalidad de los anexos II, III.a y III.b*

Por el contrario, previa ponderación entre el interés de la entidad en que se declarase su confidencialidad y el beneficio posible de los operadores autorizados a conocer el contenido de la misma, se desestimó la solicitud de confidencialidad del resto de puntos del escrito que TESAU consideraba confidenciales.

TERCERO.- El día 10 de diciembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de la misma fecha, presentado por Don Pablo de Carvajal González en nombre y representación de TESAU, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra el acto administrativo anteriormente descrito.

La entidad recurrente fundamenta su disconformidad con la Resolución impugnada sobre la base de las siguientes alegaciones:

1ª.- El carácter de secreto comercial e industrial de la información cuya confidencialidad se solicitó en el escrito de alegaciones de fecha 18 de septiembre de 2009, alegando para ello el artículo 13 de la Ley 3/1991, el artículo 39.2. letras a) a c) del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio así como distinta jurisprudencia.

2ª.- La falta de motivación de la declaración de confidencialidad, infringiéndose lo dispuesto en la disposición adicional 4ª de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, el artículo 54 LRJPAC y el artículo 9.3 de la Constitución.

3ª.- La causación de un perjuicio para TESAU derivado de la divulgación de la información cuya confidencialidad ha sido denegada.



CUARTO.- En el primer Otrosí de su recurso, TESAU solicita la suspensión cautelar del acto recurrido, fundamentando la misma tanto en la existencia de un presunto vicio de nulidad del artículo 62.1 LRJPAC como en el hecho de que la ejecución de dicho acto podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación a TESAU.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Admisión a trámite.

En el recurso de reposición de 10 de diciembre de 2009 presentado por TESAU se solicita por medio de su otrosí primero la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJPAC, razonándose los motivos de la suspensión en el Fundamento Quinto del recurso.

El citado artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta de que el recurso de reposición presentado por TESAU, en el que se solicita la suspensión del acto administrativo impugnado, se interpone contra un acto dictado por un órgano de esta Comisión, que resulta susceptible de recurso según lo dispuesto por los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite las referidas peticiones de suspensión para su resolución final.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el mencionado recurso de reposición, al ser el acto impugnado un acto dictado por el Secretario por delegación del Consejo (artículos 13.2.c) y 116 de la Ley 30/1992).

Asimismo, el artículo 111.2 de la LRJPAC atribuye la competencia para suspender la ejecución del acto impugnado, bien de oficio o a solicitud del recurrente, al órgano a quien compete resolver el recurso. En consecuencia, el Consejo de esta Comisión resulta competente para resolver la solicitud de suspensión de TESAU.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 LRJPAC dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario.



Esta posibilidad constituye un verdadero límite a la ejecutividad de los actos administrativos, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como las de las recurrentes, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad con respecto a los principios de ejecutividad, presunción de validez y eficacia inmediata de los actos administrativos previstos en los artículos 56 y 57 LRJPAC. Ejecutividad reconocida expresamente por los Tribunales respecto a los actos y resoluciones de esta Comisión, entre otras, en las SSTs de 16 de mayo (RJ 2006\2358) y 18 de julio (RJ 2006\5840) de 2006 y de 13 de marzo de 2007 (RJ 2007\2572).

No obstante, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete el recurso, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJAP Y PAC.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por las recurrentes, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el de los interesados en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

SEGUNDO.- Análisis de la concurrencia de los requisitos legales.

a) La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción a la entidad recurrente de perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso.

En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente su existencia. En efecto, el concepto de daño de difícil o imposible reparación ha sido analizado en distintas Sentencias del Tribunal Supremo con relación a la suspensión de ejecutividad de

¹ *“el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica (...)”*

² *“la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”.*



actos y resoluciones administrativos. Entre otras, cabe señalar las SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931) y de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515). En el Fundamento Quinto de la STS de 20 de diciembre de 2007 se recuerda el deber que incumbe al solicitante de la suspensión de acreditar debidamente la concurrencia del perjuicio de “difícil o imposible reparación”¹. Y no solamente en Sentencias sino también en Autos del mismo Tribunal Supremo se ha llegado a la misma conclusión. A este respecto cabe señalar lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus Autos de 3 de junio de 1997 (RJ 1997/5049)² y de 26 de marzo de 1998 (RJ 1998\3216). En este último Auto el Tribunal es especialmente claro al declarar que:

"No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreviniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión."

En el caso que nos ocupa la entidad recurrente alude, por un lado, en la página 21 de su recurso a la causación de un “perjuicio grave” (“el grave perjuicio que genera a mi representada el conocimiento por terceros competidores de la información aportada” (...) “causaría un grave perjuicio a mi representada”), pero no de naturaleza irreparable (“de imposible o difícil reparación”) según lo exigido por el artículo 111.2.a) LRJPAC.

Y aunque en el mismo recurso, como por ejemplo, en la página 22, se haga una breve referencia a posibles “*perjuicios de imposible reparación*”, no se contiene principio de prueba en el escrito sobre dichos perjuicios, tal y como exige reiteradamente la jurisprudencia anteriormente citada.

Finalmente, debe indicarse que si existiera realmente peligro de que la ejecución del acto recurrido pudiera causar a la recurrente daños de difícil o imposible reparación, TESAU debería haber interpuesto recurso y solicitado la suspensión dentro de los primeros días del plazo de un mes previsto en el art. 117 LRJPAC, sin embargo TESAU ha presentado su recurso dentro del último día del plazo legal, lo que indica que la operadora no consideraba que los perjuicios que ahora alega fueran tan inminentes.

b) La fundamentación del recurso en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la LRJPAC.

TESAU alega en su recurso la existencia de una causa de nulidad basada en el artículo 62.1.a) LRJPAC, esto es, la falta de motivación del acto que podría haber causado indefensión en el operador recurrente. Si bien en su recurso la entidad recurrente alega, indistintamente, el artículo 62.2 (véase página 19) y el artículo 62.1 (véase página 21), siendo únicamente válida la alegación del segundo de los preceptos para fundamentar una solicitud de suspensión, de conformidad con el artículo 111.2.b) LRJPAC, en virtud del principio antiformalista que informa el procedimiento



administrativo, principio recogido entre otras, por las SSTS de 14 de junio de 2001 (RJ 2001\5572) y de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10208), esta Comisión acuerda admitir la concurrencia de la alegación de una causa de nulidad de pleno derecho.

No obstante, con respecto a la motivación de los actos y resoluciones administrativos, debe recordarse que el artículo 54.1 LRJPAC señala que la motivación requerirá únicamente 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 respecto a resoluciones emanadas de esta propia Comisión, las SSTS de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4). Por otra parte, no toda infracción de las reglas de motivación de los actos administrativos provocan la nulidad de los mismos, sino únicamente cuando tiene lugar una efectiva indefensión del interesado, según recuerdan, entre otras, las SSTS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9407) y de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000\4903).

TERCERO.- Análisis de la concurrencia de los requisitos para la adopción de medidas cautelares.

Tal y como exige el artículo 72 LRJPAC y la jurisprudencia, entre otras, en las SSTS de 20 de mayo (RC 690/2008) y de 22 de julio (RC 980/2008) de 2009, para la adopción de medidas cautelares resulta necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*
- el peligro de mora o *periculum in mora*

Con respecto a la apariencia de buen derecho, y en caso de alegación de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 LRJPAC, la jurisprudencia, y entre otras, la STS de 20 de mayo de 2009 (RC 680/2008), exige que dicha nulidad sea “evidente” o “manifiesta” para que pueda adoptarse la medida cautelar solicitada. Ello no ocurre en este caso ya que la falta de motivación de los actos administrativos no constituye per se motivo de nulidad sino que, como se ha indicado en el Fundamento anterior, debe analizarse si ha existido o no indefensión en cada caso concreto y en sede de recurso, siendo en principio únicamente motivo de anulabilidad del artículo 62.2 LRJPAC.

En cuanto al segundo elemento, el peligro de mora, el operador impugnante no ha presentado a lo largo de su escrito ningún indicio de prueba sobre la posible causación de daños, tal y como se ha indicado en el Fundamento anterior de la presente resolución, sino que solamente ha efectuado manifestaciones generales sobre este extremo sin concreción ni cuantificación alguna. Por ello, no puede decirse que concurra este requisito legal para la adopción de la medida solicitada.

CUARTO.- Ponderación de los intereses en juego.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Habiendo analizado la concurrencia de uno de los requisitos previstos en el artículo 111.2 LRJPAC, se debe ahora proceder a ponderar razonadamente los intereses en juego, esto es, el perjuicio que causaría al recurrente la eficacia inmediata del acto y el daño que causaría la suspensión al interés público o a terceros operadores. En este sentido, los tribunales, como en la STS de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) exigen de los recurrentes una “mínima actividad probatoria” relativa al daño que les causaría la ejecutividad del acto o resolución recurridos. Efectivamente, en el Fundamento Segundo de esta sentencia se dice que:

“La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución (...)”

En este caso no solamente no se ha presentado indicio probatorio alguno de que los perjuicios sean de “imposible o difícil reparación”, tal y como se ha expuesto en el Fundamento anterior, sino que TESAU no ha aportado en su escrito indicio alguno de la propia existencia de “perjuicios”. El operador impugnante se ha limitado a realizar declaraciones genéricas sobre posibles daños, como las reproducidas anteriormente en esta resolución e incluidas en distintos pasajes del recurso (p.ej. página 11: “*puede suponer un grave perjuicio*” o 22 (“*un grave perjuicio para mi representada*”).

En estas circunstancias, debe prevalecer necesariamente, sobre el interés de la recurrente, el interés público y del resto de operadores a la transparencia informativa, interés derivado del artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003 así como de las Resoluciones de esta Comisión de 22 de enero de 2009 (MTZ 2008/626) y de 19 de noviembre de 2009 (MTZ 2009/1223) y estrechamente vinculado con el principio del fomento de la competencia en los mercados de telecomunicaciones del artículo 3.a) de la Ley 32/2003 cuya salvaguarda corresponde a esta Comisión tal y como ha sido reconocido, entre otras, por la reciente STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\232)³.

RESUELVE

ÚNICO.- Denegar la medida cautelar de suspensión solicitada por Telefónica de España SAU en el primer Otrosí de su recurso de reposición de 10 de diciembre de 2009 interpuesto contra el acto del Secretario del Consejo de 28 de octubre de 2009 por el que se declara la confidencialidad de determinada documentación relativa al expediente MTZ 2009/1223.

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.

³ “Por ello, la intervención de la CMT en las diversas materias de acceso, interconexión, esto es, en sus diversas facetas, supone, ciertamente una “afectación” a la competencia.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.