



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 06/11 el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de febrero de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra la declaración de confidencialidad efectuada por Resolución del Secretario de esta Comisión del día 30 de noviembre de 2010 en relación con la denuncia formulada contra el proyecto de fibra FTTH del Ayuntamiento de Viladecans (AJ 2010/2445).

I ANTECEDENTES

PRIMERO. Escrito de Telefónica de España SAU de 3 de noviembre de 2010.

Con fecha 3 de noviembre de 2010, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) por el que formulaba denuncia contra el Ayuntamiento de Viladecans (Barcelona) por considerar que el despliegue de una red de fibra óptica en dicho municipio está afectando a la competencia en dicha zona al estar utilizando ayudas públicas en su prestación.

Por medio del citado escrito, TESAU solicita que: (a) esta Comisión intervenga al amparo de lo dispuesto en el artículo 48.3.e) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y determine que la actuación del Ayuntamiento de Viladecans en relación con el despliegue de una red de fibra óptica está afectando a la competencia al estar utilizando ayudas públicas, por lo que pide que se imponga a dicho Ayuntamiento condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia en su ámbito geográfico, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.4 de la citada Ley 32/2003; (b) se adopte como medida cautelar la suspensión del despliegue de la red de fibra óptica proyectada por el mencionado Ayuntamiento, así como de la posterior prestación de servicios de comunicaciones electrónicas hasta la resolución del procedimiento administrativo para garantizar la eficaz intervención de esta Comisión.



SEGUNDO. Comunicación de inicio del procedimiento MTZ 2010/2069 y tramitación del mismo.

Mediante acto del Secretario de 30 de noviembre de 2010 se acordó iniciar el procedimiento MTZ 2010/2069 al objeto de determinar si concurrían las circunstancias previstas en el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, con relación al artículo 4.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, para la imposición de condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia.

TERCERO. Declaración de confidencialidad del Secretario del día 30 de noviembre de 2010.

En respuesta a la solicitud de confidencialidad efectuada por TESAU en su escrito de 3 de noviembre de 2010 con relación al contenido del Anexo 2 de dicho escrito, mediante acto del Secretario de 30 de noviembre de 2010 dictado en el procedimiento MTZ 2010/2069 anteriormente citado, se acordó:

“declarar el carácter confidencial de los siguientes extremos:

Las tres páginas en las que se refleja de manera detallada la cuota de mercado de TESAU desagregada por municipios en la provincia de Barcelona (mediante la utilización de un sistema de horquillas porcentuales), así como la evolución de accesos de banda ancha por operador en el municipio de Viladecans entre el período comprendido entre julio de 2009 y julio de 2010, todos ellos elaborados conforme a las propias estimaciones internas de TESAU.

No procede aceptar la solicitud de confidencialidad respecto al resto del contenido del Anexo nº 2. En efecto, se trata de información genérica relativa al municipio de Viladecans y su posible expansión, así como de información elaborada y publicada por esta Comisión en sus informes y de extractos aparecidos en prensa escrita, por lo que no puede considerarse en modo alguno información interna de la empresa de carácter confidencial.”

CUARTO. Recurso de reposición interpuesto por TESAU contra la declaración de confidencialidad del Secretario 30 de noviembre de 2010 y solicitud de suspensión de la ejecutividad de la misma.

Mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2010 TESAU interpuso recurso de reposición contra la anteriormente citada declaración de confidencialidad de 30 de noviembre de 2010, si bien limitando la solicitud de confidencialidad al mapa de cobertura de las Estaciones Base de TESAU y su ubicación en el municipio de Viladecans coincidente con la diapositiva número 12 del escrito presentado por TESAU el día 3 de noviembre de 2010. Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

1º.- El mapa de cobertura de las Estaciones Base forma parte de la configuración de la red de TESAU, constituyendo un elemento fundamental de su estrategia de cobertura y oferta de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios, tanto minoristas como mayoristas, siendo imprescindible para garantizar un nivel de seguridad adecuado y recogiendo un secreto empresarial, comercial e industrial del operador recurrente cuya divulgación le produciría un grave perjuicio.

2º.- La información cuya confidencialidad se solicita en el recurso se engloba dentro del secreto comercial reconocido por las letras a) a c) del artículo 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), por la jurisprudencia española y por el Derecho comunitario.

3º.- La resolución impugnada no está suficientemente motivada, de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, los artículos 37.5.d), 54 y 62 LRJPAC en relación con los artículos 9.3, 24.1 y 105 de la Constitución, así como de conformidad con la jurisprudencia aplicable.

4º.- La divulgación de la información cuya confidencialidad se solicita podría perjudicar gravemente los intereses de la entidad impugnante, considerando tanto su naturaleza de elemento fundamental en su estrategia de cobertura y oferta de servicios como la necesidad de garantizar la seguridad física de la infraestructura de comunicaciones electrónicas de TESAU.

En el Fundamento Quinto y también mediante Otrosí, el operador recurrente solicita la suspensión del acto recurrido, en especial en lo que respecta a la divulgación del mapa de cobertura de las Estaciones Base. Y ello, en consideración al grave perjuicio que generaría a TESAU el conocimiento por otros competidores, agentes o terceros de la información aportada al expediente MTZ 2010/2069 así como a la inexistencia de perjuicio para terceros o para el interés público derivado de la no divulgación de dicha información.

QUINTO.- Notificación del inicio del procedimiento a la entidad recurrente y a los interesados.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión fechado el día 13 de enero de 2011 se informó a la recurrente y a todos los interesados, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC, del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso potestativo de reposición interpuesto por TESAU.

SEXTO.- Resolución de 27 de enero de 2010 denegatoria de la suspensión solicitada por TESAU.

Mediante Resolución del Consejo de esta Comisión de 27 de enero de 2010 se acordó:

“ÚNICO.- Denegar la suspensión solicitada por TESAU en su recurso de reposición de 30 de diciembre de 2010 contra la declaración de confidencialidad del Secretario de esta Comisión de 30 de noviembre de 2010 recaída en el procedimiento MTZ 2010/2069.”



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 (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante Ley 32/2003), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC calificar el escrito presentado por TESAU como recurso potestativo de reposición que se interpone contra la declaración de confidencialidad efectuada por Resolución del Secretario de esta Comisión de 30 de noviembre de 2010, en relación con la denuncia formulada contra el proyecto de fibra FTTH del Ayuntamiento de Viladecans (AJ 2010/2445).

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 potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo era en el procedimiento MTZ 2010/2069 en el que se dictó el acto objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU 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. En las páginas 12 y 13 de su recurso la entidad recurrente alega la existencia de nulidad radical por una posible falta de motivación de la resolución recurrida e indefensión de TESAU, esto es, la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.a) LRJPAC en relación con el artículo 54 LRJPAC y el artículo 24 de la Constitución.

Por otra parte, el referido artículo 107.1 de la LRJPAC establece como requisito de los recursos administrativos que los mismos se interpongan contra resoluciones o actos de trámite, si estos



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. En el presente caso se ha interpuesto el recurso contra un acto de trámite cualificado: la declaración de confidencialidad de determinada información aportada por la entidad recurrente en el seno del expediente MTZ 2010/2069, acto autónomo que puede considerarse de manera independiente al procedimiento que lo motivó además de ser susceptible de recurso de reposición.

Habida cuenta de que el recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede su admisión a trámite.

CUARTO. Competencia para resolver.

En el ámbito de las competencias atribuidas en la legislación vigente a la Comisión, el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión, aprobado mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2007 (en adelante, Reglamento del Régimen Interior) y el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, atribuyen expresamente al Consejo todas aquellas funciones atribuidas al Organismo en la legislación vigente.

En relación con lo anterior, la competencia para efectuar las declaraciones de confidencialidad es del Consejo de la Comisión. No obstante, en virtud del artículo 13 de la LRJPAC, esta competencia fue delegada por medio de la Resolución de de 8 de mayo de 2008 (BOE 142, de 12 de junio de 2008). Ahora bien, el apartado 4º del mismo artículo 13 de la LRJPAC establece que las resoluciones dictadas por delegación, se entenderán dictadas por el órgano delegante, por todo ello, el Consejo de esta Comisión es el órgano competente para resolver sobre el presente recurso potestativo de reposición.

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 de diciembre¹ y de 21 de diciembre de 2006² así como en las de 25 de septiembre de 2008³ y 5 de noviembre de 2009⁴.

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

¹ AJ 2006/1106.

² AJ 2006/1115.

³ AJ 2008/1058.

⁴ AJ 2009/1663 y AJ 2009/2045.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005⁵, 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 aplicación de la normativa comunitaria sobre secretos industriales y comerciales por esta Comisión ha sido aceptada expresamente por los tribunales, entre otras, en las SS AN de 16 y 30 de mayo de 2000⁶.

Con relación al concepto de “secreto comercial”, se establece en el punto 18 del apartado 3.2.1 de la citada Comunicación 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

⁵ 2005/C 325/07.

⁶ JUR 2000\203038 y JUR 2000\203049.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2000⁷, 16 de mayo de 2000⁸ y de 24 de marzo de 2000⁹. 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 octubre¹⁰ y de 13 de julio¹¹ 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 ocasiones¹² como el propio Tribunal Supremo¹³, 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.

⁷ JUR 2000\203049.

⁸ JUR 2000\203038.

⁹ RJCA 2000\1418.

¹⁰ RJ 2006\8175.

¹¹ JUR 2006\197518.

¹² 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.

¹³ Entre otros, en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94.



SEGUNDO.- Sobre la calificación de la información contenida en la diapositiva 12 del Anexo 2 al escrito de TESAU del día 3 de noviembre de 2010 y declarada no confidencial por el Secretario en el acto recurrido de 30 de noviembre de 2010.

Tal y como se ha indicado en el Antecedente Cuarto de la presente Resolución, en el recurso de reposición interpuesto TESAU limita su solicitud de confidencialidad al mapa de cobertura de las Estaciones Base de TESAU y su ubicación en el municipio de Viladecans, información que corresponde a la diapositiva número 12 del escrito presentado por TESAU el día 3 de noviembre de 2010.

Frente a las alegaciones sobre su carácter presuntamente secreto, debe decirse que la información sobre la ubicación de las estaciones base móviles (EEBB) se encuentra disponible respecto a todos los operadores, para cada municipio, en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio¹⁴.

Por otro lado, la instalación de estaciones base (EEBB) por parte de un operador de telefonía móvil requiere, conforme a la legislación relevante en esta materia tanto a nivel nacional como autonómico en materia de emisiones electromagnéticas¹⁵, una licencia municipal y una certificación técnica que asegure el cumplimiento de la legislación vigente, lo que implica el conocimiento por parte de las Administraciones local y autonómica de dicha ubicación. Asimismo se incluye un trámite de audiencia a todos los operadores de infraestructuras de radiocomunicaciones (entre ellos los operadores móviles) en el proceso de formulación de la propuesta de ordenación de los emplazamientos de las antenas¹⁶. Igualmente, conforme al Real Decreto 1066/2001 y a efectos de ajustarse a los niveles radioeléctricos máximos, los operadores deben facilitar información en el supuesto de que se realicen instalaciones en un mismo emplazamiento¹⁷. Por tanto, conforme a la legislación vigente también existe un intercambio de información respecto a los emplazamientos de antenas base de los operadores móviles, lo que corroboraría la ausencia del carácter secreto de la información en cuestión.

El hecho de que la información sirva para justificar la elevada cobertura de los operadores móviles no puede sustentar el carácter estratégico de la misma, ya que la propia TESAU pone a disposición del público en general la información sobre su grado de cobertura móvil por municipio (incluido el municipio de Viladecans), según resulta de su propia página web. Cada operador móvil, según resulta de las respectivas páginas web, publica información acerca del nivel de cobertura de la red de los demás, desagregado a nivel de municipio. Por ello, difícilmente puede considerarse que la ubicación de las antenas existentes pueda tener carácter estratégico en relación con dicha cobertura.

¹⁴ Véase la siguiente dirección electrónica:

http://www.gsmpain.com/externo.php?gsmurl=http%3A%2F%2Fgeoportal.mityc.es%2FvisorCartografico%2Findex.jsp&gsmfrom=%2Fforos%2Fh915048_Operadores-Vodafone_Direccion-mapas-antenas-moviles.html

¹⁵ Ver Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre (BOE nº 234 de 29 de septiembre de 2001) y Decreto 148/2001, de 29 de mayo, de la Generalitat de Cataluña (DOGC nº 3404 de 7 de junio de 2001).

¹⁶ Ver Decreto 148/2001, artículo 10.5.

¹⁷ Véase artículo 12 del Real Decreto 1066/2001. El Decreto 148/2001 también prevé la promoción de infraestructuras compartidas en zonas no urbanas.



No se justifica en qué medida la información contenida en la diapositiva nº 12 a la que se ciñe el recurso de reposición (véase página 3 del mismo) constituya o pueda constituir un secreto comercial cuyo conocimiento por terceros pudiera suponer una ventaja competitiva para éstos o información confidencial cuya revelación implicase un perjuicio para TESAU en relación (i) con el despliegue de la red, que ya se encuentra completado, visto el alto grado de cobertura actualmente existente en el municipio de Viladecans por parte de los operadores móviles de red, y (ii) con la prestación de servicios que ofrece o pueda ofrecer TESAU en el futuro, teniendo en cuenta que en dicha diapositiva nº 12 no se incluye el detalle de la tecnología instalada en cada antena base del municipio de Viladecans.

Finalmente, debe señalarse que, además de TESAU, los únicos interesados en el expediente MTZ 2010/2069 y en el presente recurso de reposición son el Ayuntamiento de Viladecans y la entidad pública dependiente de dicho Ayuntamiento denominada Gestió d'Infraestructures i Projectes Viladecans, S.L., por lo que cabe presuponer su conocimiento acerca de la ubicación de las antenas móviles cuya confidencialidad fue denegada, de conformidad con la legislación aplicable en materia de emisiones electromagnéticas antes citada en el presente Fundamento.

TERCERO.- Sobre la posible falta de motivación del acto recurrido.

En el Motivo Tercero del recurso¹⁸ TESAU declara que:

“la CMT debería haber motivado suficientemente su decisión de declarar la no confidencialidad del mapa de cobertura de las EEBB de TESAU y su ubicación en el término municipal de Viladecans (...), pues la motivación del acto administrativo es presupuesto básico para que el administrado pueda efectuar una adecuada defensa de sus legítimos intereses, de tal modo que su omisión genera indefensión. Al no haberse motivado suficientemente su decisión, se genera para TESAU, directamente afectada, indefensión.”

Con referencia a estas alegaciones debe recordarse primeramente, con relación 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 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).

El hecho de que la motivación sea breve o sucinta no significa que sea “*inexistente*”. 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 2006¹⁹ y de 26 de mayo de 2009²⁰.

Debe señalarse, además, que en el propio texto de la motivación y, por tanto, con el mismo grado de brevedad o concisión denunciado por TESAU en su recurso, esta Comisión accedió también a declarar confidencial determinada información incluida por el operador recurrente en el mismo Anexo 2 de su escrito de 3 de noviembre de 2010, no habiendo efectuado dicho operador en

¹⁸ Páginas 10 a 13.

¹⁹ RJ 2006\1668.

²⁰ RC 5583/2006.



cambio protesta u oposición algunas al respecto. Por otro lado, no puede afirmarse que los diversos razonamientos fácticos y jurídicos recogidos en los apartados Segundo a Cuarto (páginas 1 a 3) de la resolución impugnada constituyan una fundamentación “breve” en los términos del artículo 54.1 LRJPAC. Y, a mayor abundamiento, la falta de motivación no constituiría causa de nulidad sino, en todo caso, de anulabilidad y siempre que produjera indefensión efectiva, tal y como indica el Tribunal Supremo en su jurisprudencia y, entre otras, en las SSTs de 8 de mayo de 2008²¹, de 13 de julio de 2004²² y de 16 de julio de 2001²³. En este caso no ha concurrido indefensión alguna, puesto que en el acto impugnado se incluyen las razones y fundamentación jurídica del mismo, por lo que, en palabras de la STS de 24 de julio de 2000²⁴, no ha concurrido “indefensión material” alguna.

CUARTO.- Sobre la falta de justificación por parte de TESAU durante el procedimiento MTZ 2010/2069 de la naturaleza confidencial de la información referida en su recurso de reposición.

De conformidad con la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (que debe ponerse en relación con el apartado 9.1 de la misma):

*“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”* (el subrayado es nuestro).

En el caso del procedimiento MTZ 2010/2069, que dio lugar a la resolución impugnada, no se cumplieron los requisitos legales anteriormente indicados. Y ello porque la entidad ahora recurrente no aportó, en su escrito de denuncia, ninguna justificación sobre la base de la cual pudiera considerarse que la información contenida en la diapositiva nº 12 se encontraba amparada por el escrito comercial o industrial o por la confidencialidad. En su escrito de denuncia, Telefónica se limitó a mencionar con carácter general que la totalidad del Anexo 2 que adjuntaba a dicha denuncia

“tiene un especial carácter sensible que pudiera afectar al secreto comercial e industrial y que mi representada entiende que otros agentes, particularmente competidores, no tienen necesidad de conocer”.

De hecho, la diapositiva nº 12, referida en la página 3 del recurso de reposición de TESAU, no indica (a diferencia de otras diapositivas del Anexo 2 respecto a las cuales sí se declaró la confidencialidad) si la fuente de la que proviene la información es la propia recurrente, ni tampoco

²¹ RJ 2008\2642.

²² RJ 2004\4203.

²³ RJ 2001\6684.

²⁴ RJ 2000\6504.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se indica si el mapa incluye todas las estaciones base (información que, como se ha indicado, se encuentra públicamente disponible) o bien únicamente las correspondientes a TESAU.

QUINTO.- Sobre la necesidad de acreditar los posibles perjuicios que podrían derivarse de la divulgación de la información cuya confidencialidad se solicita.

En el Fundamento Cuarto de su recurso²⁵, la operadora impugnante declara, respecto a la información cuya confidencialidad solicita, que *“su divulgación causaría graves perjuicios”*.

También se hace referencia a esta materia en el Fundamento Primero del escrito²⁶, donde se indica que el conocimiento por parte de terceros de los datos cuya confidencialidad solicita TESAU *“puede suponer un grave perjuicio para ella”*.

Los tribunales han venido sosteniendo la necesidad, para evitar la efectiva ejecución de un acto o resolución administrativos, de que el afectado por el mismo pruebe la posible causación de los daños. Entre otras, cabe señalar las SSTS de 30 de enero de 2008²⁷, de 20 de diciembre de 2007²⁸ y de 6 de marzo de 2006²⁹ y de 21 de junio de 2006³⁰.

En el caso que nos ocupa, la entidad recurrente no ha presentado 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.

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

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición de 30 de diciembre de 2010 interpuesto por Telefónica de España SAU contra la declaración de confidencialidad del Secretario de esta Comisión de 30 de noviembre de 2010 recaída en el procedimiento MTZ 2010/2069.

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.

²⁵ Páginas 13 a 14.

²⁶ Página 5.

²⁷ RJ 2008\931.

²⁸ RJ 2008\515.

²⁹ RJ 2006\1081.

³⁰ RJ 2006\6722.



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, 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).