



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 35/06 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el 19 de octubre de 2006, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACTO DEL SECRETARIO DE ESTA COMISIÓN, DE 27 DE JULIO DE 2006, POR LA QUE SE DECLARA LA CONFIDENCIALIDAD PARCIAL DE LOS DATOS APORTADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA TRAS REQUERIMIENTO DE ESTA COMISIÓN EN EL SENO DEL EXPEDIENTE MTZ 2006/253 PARA LA ELABORACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL EJERCICIO 2005.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra el acto del secretario de esta Comisión, de 27 de julio de 2006, por la que se declara la confidencialidad parcial de los datos aportados por Telefónica de España tras requerimiento de esta Comisión en el seno del expediente MTZ 2006/253, para la elaboración del informe anual del ejercicio 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 35/06 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 19 de octubre de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/1105.

HECHOS

PRIMERO.- El 27 de julio de 2006, el Secretario de esta Comisión dictó el acto por el que se declaraba parcialmente confidencial la información aportada por los operadores a esta Comisión en el seno del expediente MTZ 2006/253, para la elaboración del informe anual del año 2005 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales. Este acto fue comunicado a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU), como interesada en el expediente de referencia, con fecha el 3 de agosto de 2006.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Dicho acto declara que algunos de los datos, que se especifican en la tabla que contiene, son susceptibles de revelar secretos comerciales e industriales dignos de protección, por lo que se podría ocasionar un hipotético perjuicio al operador cedente de los datos.

TERCERO.- Con fecha 4 de septiembre de 2006 se presentó escrito dirigido por D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica, en el que se interponía recurso potestativo de reposición contra la anterior resolución. Este escrito tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el 7 de septiembre de 2006, fecha en la que se inició el correspondiente expediente.

CUARTO.- El objeto del recurso es la reposición del acto recurrido, y su sustitución por otro en el que se declaren confidenciales los datos aportados por Telefónica a la CMT de conformidad con los criterios seguidos en años anteriores.

En síntesis, el recurso se fundamente en los siguientes extremos:

- a) La falta de motivación de la resolución recurrida, motivación que sería exigencia del artículo 54.1. c) de la Ley 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por cuanto se ha producido un cambio de criterio sobre los datos declarados confidenciales, respecto de los que lo fueron en ocasiones anteriores.
- b) La infracción de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, aplicable a las Administraciones Públicas.
- c) Disconformidad en cuanto a los datos declarados confidenciales. Tales datos deberían ser calificados de confidenciales, porque conllevan un valor económico independiente, susceptible de ser utilizados por terceros, con ánimo lucrativo, y tienen un carácter estratégico, al mostrar las tendencias de la empresa.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

Primero.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP y PAC) establece que, contra las resoluciones y los actos de trámite si éstos últimos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

La recurrente califica expresamente su escrito como Recurso de Reposición, y de su estudio se desprende la corrección de dicha calificación. En efecto, el acto recurrido, aún tratándose de un acto de trámite, constituye 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.

Segundo.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha 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 admitirlo a trámite.

Tercero.- Competencia y plazo para resolver.

El acto impugnado fue dictado por el Secretario de esta Comisión en virtud de la delegación de competencias acordada por el Consejo, mediante Resolución de 18 de diciembre de 1997 (BOE 29/01/1998).

No obstante, el artículo 13.4 de la LRJPAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Por su parte, el artículo 113.2.c) establece que la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso no podrán ser objeto de delegación.

Por lo tanto, la facultad de resolver el presente recurso será del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Asimismo, deberá ser resuelto 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 LRJPAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse de un operador de redes o prestador de un servicio de telecomunicaciones que ha aportado los datos a los que se refiere la declaración de confidencialidad contenida en el acto recurrido.

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

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Habilitación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para efectuar requerimientos de información a los operadores.

Aun cuando no es objeto de discrepancia en el recurso presentado por TESAU, para su resolución debe ser constante punto de referencia la indudable potestad de la Comisión, en su condición de Autoridad Nacional de Reglamentación, de requerir a los operadores de redes y prestadores de servicios de telecomunicaciones, *“la información necesaria”* para el cumplimiento de ciertas finalidades, entre las que se encuentra la de satisfacer necesidades estadísticas o de análisis (art. 9.1 de la Ley 32/3003, General de Telecomunicaciones, en adelante LGTel). También el art. 30 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, dispone que *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá recabar cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones de las entidades que operen en el sector de las telecomunicaciones, que estarán obligadas a suministrarla”*

Esta facultad de la Comisión se configura, asimismo, como una obligación general de todos los operadores (art. 17 g) y art. 21 del Real Decreto 424/2005, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Tampoco se ha de obviar que esta facultad de las Autoridades Nacionales de Reglamentación es un instrumento para alcanzar los objetivos fijados por las Directivas europeas, y su transposición a nuestro ordenamiento a través de la LGTel, entre los que se encuentra, entre otros, el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos (art. 3 de la LGTel).

Segundo.- 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 LGTel establece el deber de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto industrial o comercial, y en cumplimiento de dicho deber se dictó el acto recurrido.

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 el acto recurrido, no existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Es criterio de esta Comisión remitirse, como criterio 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 establece 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 se 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 otro documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial, como, por ejemplo aquélla que permita identificar a los denunciantes 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”*.

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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003) establece que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

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, 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 ocasiones¹. En estas resoluciones se afirma lo siguiente:

¹ 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“(…) 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 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 1998², 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

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.

² Vigente hasta el 30 de abril de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.

Por otro lado, cabe constatar que esta Comisión se ha alineado con la práctica de la administración comunitaria³ que desde el primer momento ha considerado como confidencial todo tipo de información sensible que evidenciara el posicionamiento competitivo de las empresas. A este respecto, conviene tomar en consideración la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997⁴, 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 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo; Comunicación que desarrolla la práctica de la Comisión Europea sobre la información confidencial, y a la que se alude en las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativas a esta materia. En efecto, la Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación, que “*constituyen secretos comerciales las informaciones (documentos o partes de documentos) respecto*

³ Decisiones de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003 DOCE 2003 L263/03 y de 16 de julio de 2003.

⁴ La reciente comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo (2005/C 325/07), viene a revisar la Comunicación de 1997 sobre las normas de procedimiento interno para la tramitación de las solicitudes de acceso al expediente (2004/C 259/05), contempla, en su apartado 3.2.3 los criterios para la aceptación de las solicitudes de trato confidencial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de los cuales una empresa ha reivindicado el mantenimiento del “secreto comercial” y que la Comisión reconoce como tal”. Asimismo, continua manifestando que “la no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses esenciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros.”

En la nota a pie de página número 9 de la referida Comunicación aclara que tales indicaciones estratégicas *“pueden tratarse por ejemplo, de los métodos de evaluación de los costes de fabricación y de distribución, de los secretos y métodos de fabricación, de las fuentes de abastecimiento, de las cantidades producidas y vendidas y de las cuotas de mercado, de los ficheros de clientes y distribuidores, de la estrategia comercial, de la estructura del precio de coste y de la política de ventas y de informaciones relativas a la organización interna de la empresa”*.

En ese sentido, 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.

En el caso que nos ocupan (la confidencialidad de los datos requeridos en el seno del expediente MTZ 2006/253) se ha de partir de la base de que nos encontramos ante informes que realiza en el seno de sus funciones esta Comisión y no de procedimientos administrativos *stricto sensu*. En efecto, el artículo 9 de la Ley 32/2003, en sus apartados 1b) y 1f) habilita a esta Comisión, garantizando la confidencialidad de la información suministrada que afecte al secreto comercial o industrial, a requerir de las entidades información para satisfacer necesidades estadísticas y/o de análisis, publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios o elaboración de análisis que permitan la definición de los mercados de referencia, la determinación de los operadores encargados de prestar el servicio universal y el establecimiento de condiciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado en aquéllos.

Debe también señalarse que la inclusión en el Informe Anual de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de los datos solicitados se hace de forma agregada, reduciendo así la posibilidad de que su publicación pudiera desvelar secretos comerciales o industriales, por cuanto que dicha publicación no revela las variables concretas, que sí podrían ser datos más sensibles.

En el análisis de la información aportada por los operadores para su posterior declaración como confidencial o no, deben enfrentarse detenidamente el interés



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 perjudicar a la persona a quien 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 esa publicación *“pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo”*. [artículo 5.4 de la 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 (Directiva marco)]

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.

La resolución recurrida sopesa ambos intereses legítimos, y declara parcialmente confidencial la información aportada por la recurrente, entendiendo que ciertos datos y documentos no son susceptibles de revelar secreto comercial o industrial alguno, y por lo tanto, ningún perjuicio grave se produce con su conocimiento.

Tercero.- Sobre la potestad de la Administración para declarar la confidencialidad de los datos y la motivación del acto recurrido.

Lo anteriormente expuesto, como se ha avanzado, nos conduce a afirmar que la Autoridad Nacional de Reglamentación que recibe los datos tiene la potestad de decidir qué datos de los aportados por los operadores son susceptibles de revelar un secreto industrial o comercial, y en su caso, declarar su confidencialidad.

Todo concepto jurídico indeterminado –como es el secreto comercial o industrial– tiene un ámbito objetivo claramente determinado, sobre el que no se plantean razonablemente problemas de interpretación, tanto para definir positiva como negativamente (círculos de certeza positiva y negativa) el alcance de dicho concepto indeterminado. Sin embargo, la propia naturaleza del concepto jurídico indeterminado implica la referencia al conocido doctrinalmente como halo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

incertidumbre, que el operador jurídico debe analizar, para comprobar si la realidad sometida a su apreciación se encuentre dentro de dicha zona de incertidumbre, o no. Y a estos efectos, es esencial la motivación del acto en el que se concrete dicho halo de incertidumbre. El acto recurrido contiene una motivación, que aún cuando sucinta, es suficiente para cumplir esta exigencia legal, que debe referirse a justificar la opción de declarar confidenciales unos datos frente a otros, y no a justificar de cada uno de los más de 600 datos aportados el motivo concreto para dicha elección. Máxime cuando la propia interesada en beneficiarse de esa confidencialidad (la recurrente), no justifica, ni al facilitar la información, ni ahora, qué parte de lo aportado tiene la suficiente trascendencia para que su difusión pudiese perjudicarle, y sobre todo, los motivos para esa consideración, tal y como le exige la Disposición adicional cuarta de la LGTel.

Así pues, la potestad con que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones valora los términos jurídicamente indeterminados “secreto industrial o comercial” es reflejo de la habilitación para analizar el halo de incertidumbre que resulta inevitable en la tarea de concretar el alcance del secreto industrial o comercial que afecta a los datos del recurrente, y a los hipotéticos perjuicios que su publicación pudieran depararle.

Cuarto.- Sobre la concreta calificación de no confidencial de cierta información remitida por TESAU a esta Comisión en el seno del expediente objeto de recurso.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, en el recurso de reposición presentado por TESAU no se indica por qué la no declaración de confidencialidad sobre la totalidad de los datos aportados puede afectar a su secreto industrial o comercial, o en qué medida esa información tiene un carácter estratégico por evidenciar las tendencias de la empresa, sobre todo si se tiene en cuenta el grado de desagregación territorial y la segmentación de mercado de la información requerida y suministrada.

A mayor abundamiento, 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 de 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 TESAU en considerar la generalidad de los mismos como afectos al secreto comercial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La alegación formulada por TESAU 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 sus 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.

Por otro lado, tradicionalmente el tratamiento que esta Comisión hace de esos datos requeridos para llevar a efecto el seguimiento efectivo del mercado de las comunicaciones electrónicas y de los servicios audiovisuales, es parcialmente desagregado: en los sucesivos informes anuales, con independencia de ofrecer variables agregadas, algunos operadores son destacados del resto, sin que ello suponga una vulneración del secreto comercial e industrial de esos operadores.

Por todo ello, 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. Se trata, por tanto, de reducir barreras a la entrada de información a los rivales, así como la asimetría de información existente hoy a favor del operador histórico, lo que conlleva priorizar el interés público que supone el Informe que con carácter anual publica esta Comisión al privado de TESAU a que no se publiquen los datos, respetando, en todo caso, los datos que suponen secreto comercial o industrial, y que son declarados confidenciales.

Como ya se ha expuesto más arriba, la gran mayoría de los datos requeridos a los operadores para la confección del informe anual son publicados de forma agregada, reduciendo así la posibilidad de que su publicación pudiera desvelar secretos comerciales o industriales, por cuanto que dicha publicación no revela las variables concretas, que sí podrían ser datos más sensibles. En efecto, muchas de las variables cuya confidencialidad solicita TESAU no son publicadas o no lo son de forma autónoma para cada operador sino que se hacen pública de forma agregada junto con datos de otros operadores.

Además de lo anterior, debe destacarse que la periodicidad de los datos que se revelan, de carácter anual, está lejos de cuasar perjuicio alguno a TESAU. Así, ciertos datos, si son publicados en periodos cortos (mensual, trimestral), y en tiempo real pueden hacer fácil detectar el éxito o fracaso de un operador en una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

estrategia comercial concreta implementada en ese periodo. No ocurre así con la información requerida para la elaboración del Informe Anual; en efecto, los datos publicados en el último Informe Anual 2005 se referían siempre al ejercicio natural 2005, y se publicaron de hecho en el mes de Julio de 2006. Por lo tanto, es difícil pensar que los datos referidos a todo un año natural y publicados siete meses de retardo con respecto al último día del periodo recogido, puedan causar daños directos a la estrategia comercial de un operador de telecomunicaciones, máxime cuando se trata de un mercado caracterizado por su dinamismo.

Al margen de lo anterior, en relación con esta primera alegación presentada por TESAU en su recurso, se ha de constatar que, a diferencia de lo que establece la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, el operador no justifica ni detalla de qué manera la relación de datos declarados no confidenciales son susceptibles de revelar secreto comercial o industrial. En efecto, el recurrente se limita a formular alegaciones genéricas relativas a esa aparente vulneración del secreto comercial e industrial sin especificar ni acreditar de qué forma o manera los datos declarados no confidenciales afectan directamente a su estrategia comercial, despliegue de infraestructuras, o cualquier otro extremo cuya puesta en conocimiento del público pudiera generar un perjuicio de difícil o imposible reparación desde una perspectiva de mercado.

En todo caso, debe destacarse que no toda la información solicitada a la recurrente fue publicada en el Informe Anual, siendo accesible solamente en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 37 de la Ley 32/2003.

Por último, es destacable el hecho de que nadie haya pedido acceso al expediente MTZ 2006/253, en el seno del cual se requirió la información a la recurrente. Este hecho es indicativo del poco perjuicio de la accesibilidad a dichos datos por parte del resto de operadores, que aún pudiendo, no han considerado oportuno conocer unos datos que TESAU considera de carácter estratégico.

Quinto.- Sobre la falta de motivación alegada por la recurrente.

TESAU manifiesta que el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común exige la motivación, entre otros, de los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes.

Dicha exigencia, en este caso, se refuerza en atención a lo ya expuesto sobre la discrecionalidad de esta Comisión para apreciar el alcance del perjuicio del titular de los datos que se hacen públicos cuando declara la no confidencialidad de parte de la información que se le suministra. Así lo dispone la letra f) del artículo referido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, deber recordarse que la exigencia de motivación es entendida por el Tribunal Supremo como único medio a través del cual el administrado puede conocer si el órgano administrativo sirve con objetividad a los intereses generales y con pleno sometimiento a la Ley según exige el artículo 103.1 de la Constitución (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero y 23 de abril de 1990 y 13 de junio 1997).

Es asimismo conocido que la motivación no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, sino que basta que las resoluciones permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, es decir, «la ratio decidendi» que la ha determinado (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998 y de 28 de mayo de 2003).

Aplicada la precedente jurisprudencia, se aprecia que el acto recurrido contiene, en los párrafos 2 y 3 de la página 2, una motivación suficiente acerca de los motivos por los cuales se diferencia entre unos datos y otros a la hora de declarar su confidencialidad, remitiéndose al criterio de su idoneidad para revelar secretos comerciales o industriales. Por el contrario, TESAU no razona en su recurso en qué medida el conocimiento de los datos no declarados confidenciales afecta o perjudica a su secreto industrial o comercial, y por lo tanto, en qué medida el acto recurrido vulnera dicho interés legítimo.

Por último, la exigencia de mayor exhaustividad de esta resolución (pues el acto recurrido no es una resolución *estricto sensu*) sirve para complementar la del acto recurrido.

Sexto.- Sobre la vinculación de la Administración a actos anteriores.

Es indudable la aplicación de la doctrina de los actos propios a los emanados por esta Comisión, como expone la recurrente, sin bien sólo tendría como efecto el de obligar a esta entidad a motivar el cambio de criterio (art. 54.1 Ley 30/92). No obstante, y ateniéndose a la definición jurisprudencial que oportunamente cita, debe valorarse en qué medida la reducción de los datos declarados confidenciales respecto de ocasiones anteriores supone efectivamente la creación, modificación o extinción de algún derecho o expectativa del recurrente. Al contrario de lo que alega TESAU, la ampliación de los datos no declarados confidenciales (que no publicados, pues no todos son objeto de publicación) no contradice actuaciones anteriores, sino que los refuerza y amplía, y por lo tanto, no quiebra las expectativas legítimas que la recurrente se haya podido crear. Para empezar, las declaraciones de confidencialidad de ejercicios anteriores sólo afectaban a esos ejercicios, por lo que ningún derecho o expectativa de confidencialidad creaban para el futuro.

En todo caso, la aplicación de la citada doctrina no supone la imposibilidad de las administraciones para variar los criterios de sus actos y resoluciones. Uno de los casos paradigmáticos de esta facultad es el cambio de las circunstancias que motivaron los precedentes. Así lo ha expresado recientemente el Tribunal



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Superior de Justicia de Castilla y León, en su sentencia 359/2006, de 14 de julio de 2006:

“Precisamente porque se ha producido esa variación de circunstancias no se puede alegar la existencia de actos propios. O dicho por pasiva; el cambio de criterios de evaluación materializado por la administración demandada tiene una causa y justificación suficiente como es el acatamiento de los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, por lo que en absoluto cabe proclamar que se va en contra de los actos propios sino simplemente, se cumple con el artículo 117 de la Constitución Española.”

En este caso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones valoró, para declarar no confidenciales datos o informaciones que en otras ocasiones fueron declarados como tales, el gran dinamismo del mercado que tiene por objeto regular, que hace que la realidad sea muy distinta de la existente en ejercicios anteriores y que la transparencia informativa cobre renovada importancia en aras de proteger más eficazmente la competencia efectiva. Precisamente esa variación de circunstancias impide que se pueda alegar la existencia de actos propios que vinculen a la CMT, y por ese motivo, esta Comisión decidió en el acto recurrido optar por el hipotético perjuicio que la disponibilidad de ciertos datos del recurrente podía causarle, en aras de lograr una mayor transparencia en el mercado.

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto de trámite del Secretario de esta Comisión, de 27 de julio de 2006, por la que se declaraba la confidencialidad parcial de los datos aportados por Telefónica de España tras requerimiento de esta Comisión en el seno del expediente MTZ 2006/253 para la elaboración del informe Anual del Ejercicio 2006, confirmando en todos sus extremos dicho acto.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, 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.

Vº Bº

EL VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Jaime Almenar Belenguer