



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 43/06 Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el 21 de diciembre 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 1 DE SEPTIEMBRE DE 2006, POR EL QUE SE DECLARA LA CONFIDENCIALIDAD PARCIAL DE LOS DATOS APORTADOS POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA EN SU OFERTA DE REFERENCIA PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MAYORISTAS DE BANDA ANCHA, EN EL SENO DEL EXPEDIENTE MTZ 2006/1019.

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 1 de septiembre de 2006, por la que se declara la confidencialidad parcial de los datos aportados por TESAU en la oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha, en el seno del expediente MTZ 2006/1019, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 43/06 del día 21 de diciembre de 2006, la siguiente Resolución:

Resolución de 21 de diciembre de 2006, recaída en el expediente AJ 2006/1115.

HECHOS

PRIMERO.- El 1 de junio de 2006, el Consejo de esta Comisión dictó una Resolución por la que se definía el mercado mayorista de acceso de banda ancha en España como mercado de referencia que puede ser objeto de regulación ex ante, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2002/21/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, en el seno del expediente AEM 2005/1454.

Dicha Resolución imponía a TESAU, entre otras, la obligación en materia de transparencia, de publicar una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha suficientemente desglosada para garantizar que no se exija pagar por recursos que no sean necesarios para el servicio requerido (arts. 13.1 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel.); art. 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante Reglamento de Mercados) y el art. 9 de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en adelante Directiva de acceso).

En todo caso, y respecto de los servicios que estén incluidos en la definición del citado mercado y no figuran en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado, TESAU estaba obligada a presentar una propuesta de oferta de referencia.

SEGUNDO.- En cumplimiento de la anterior obligación, TESAU presentó, junto a su escrito de 28 de julio de 2006, una Oferta de acceso Indirecto al Bucle de Abonado (en adelante OIBA), que recogía todos los servicios mayoristas de acceso indirecto, incluyendo los que hasta entonces se incluían en la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado.

TESAU calificaba algunos extremos de dicho escrito, así como parte de la información de la OIBA que acompañaba, de carácter confidencial, al entender que la información suministrada afectaba a su secreto industrial o comercial.

TERCERO.- Con fecha 1 de Septiembre de 2006, el secretario de esta Comisión declaró confidencial parte de la información enumerada en dicho escrito. Esta declaración fue comunicada a TESAU el 7 de septiembre de 2006.

CUARTO.- El 13 de septiembre de 2006 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito suscrito por Dña. Concepción Pérez Pueyo, en nombre y representación de TESAU, por el que se interpone Recurso de Reposición contra la no declaración de confidencialidad de determinada información contenida en el escrito presentado por TESAU a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 28 de julio de 2006. Dicho escrito originó la apertura del presente expediente, que se tramita con el número de referencia AJ 2006/1115.

QUINTO.- El 15 de septiembre de 2006, se presentó en el Registro de esta Comisión otro escrito de TESAU, suscrito por Dña. Concepción Pérez Pueyo, en



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

el que, se pedía la suspensión del acto recurrido, así como la subsanación de un error en la redacción del recurso presentado en su día.

SEXTO.- El objeto del recurso es la reposición del acto recurrido y su sustitución por otro en el que se declare confidencial la totalidad de los datos calificados como confidenciales por la recurrente en su escrito de 28 de julio de 2006.

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

- a) Disconformidad con la declaración de no confidencialidad de algunos de los datos cuya declaración de confidencialidad pretendía TESAU, al considerar que está amparada por el secreto comercial.
- b) Posibilidad de que la recurrente comercialice productos bajo los nombres contenidos en su escrito.
- c) La preexistencia de oferta regional a precios regulados para los servicios mayoristas de acceso indirecto hace que sea innecesario publicar la oferta de precios de servicios regionales en IP.

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

La recurrente califica expresamente en 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, como es su derecho al secreto industrial y comercial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 al referirse el acto impugnado a la confidencialidad de los datos aportados en su día.

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.- 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 comercial o industrial, 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, con carácter orientativo a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículo 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 determinar que *“la Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa: los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas; los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo; cualquier otra información confidencial, como, por ejemplo aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicados a la Comisión (Europea) con la condición de que se respeto el carácter confidencial de los mismos”.

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

En este sentido, la Disposición adicional cuarta de la 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:

“(...) 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

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 la solicitud de Xfera Móviles, S.A. solicitando el acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 19 de noviembre de 1998 por Telefónica Servicios Móviles, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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

² Vigente hasta el 30 de abril de 2005.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.*”

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

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.

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

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

En el caso que nos ocupan (la confidencialidad de los datos requeridos en el seno del expediente MTZ 2006/1019) se ha de partir de la base de que nos encontramos ante datos aportados en el seno de la oferta de referencia de servicios mayoristas de banda ancha, a la que viene obligada la recurrente al haber sido declarada operador con poder significativo en el mercado de referencia de acceso de banda ancha al por mayor, de conformidad con el artículo 13 de la LGTel. Es decir, no nos encontramos ante simples requerimientos de información de los contenidos en el artículo 9 de la LGTel., sino ante una obligación de las denominadas de “transparencia” y de “no discriminación”, y como tales obligaciones específicas de transparencia conlleva la correspondiente obligación de soportar el acceso al resto de operadores de la información aportada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Análisis de las alegaciones de la Recurrente.

Según lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones, los operadores pueden indicar justificadamente la información que consideren de trascendencia comercial o industrial y cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad.

TESAU, en su escrito de 28 de julio de 2006, se limita a señalar expresamente como confidenciales seis párrafos de la segunda página de su escrito, así como el cuadro contenido en la tercera página, y se limita a solicitar, de forma genérica, la confidencialidad de *“todos aquellos puntos del escrito marcados como confidenciales”* y de *“los puntos descriptivos de condiciones y precios de servicios no comercializados”* de los anexos que lo acompañan.

Es en vía de recurso cuando TESAU ha procedido a justificar los motivos concretos de tal petición:

- a) La posibilidad de comercializar productos bajo los nombre comerciales señalados, que además podrían aportar información sobre sus características técnicas.
- b) Respecto a la información relativa a la cobertura limitada de determinados servicios, al tratarse de un dato relacionado con el actual estado de la tecnología y del propio despliegue de sus redes, TESAU alega la necesidad de mantener confidencial dicho dato.
- c) Por último, respecto a los precios provisionales que TESAU propone para los servicios mayoristas de acceso en el nivel regional y nacional, alega que para los servicios minoristas ya existe una oferta regional, la oferta de GigADSL a precios regulados, y que en todo caso no existe obligación de TESAU de poner en conocimiento de los operadores la propuesta de precios de servicios regionales en IP, que, por otra parte, puede no ser definitiva.

En lo que respecta a las primeras de las anteriores razones, la práctica de esta Comisión ha sido declarar confidenciales las características (como las velocidades ascendente y descendente y garantías de calidad) y las condiciones económicas aplicables a los servicios todavía no comercializados⁵,

Por el contrario, no se consideran confidenciales las denominaciones de las modalidades, ni el hecho de que algunas de ellas se caractericen por una cobertura limitada. A este respecto, cabe señalar que en la documentación aportada por la recurrente no se especifica la cobertura concreta de los servicios,

⁵ Expedientes DT 2004/1447; MTZ 2005/101; DT 2005/912; DT 2005/913; DT 2005/937; DT 2005/1178; DT 2005/1439.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con lo que la no declaración de confidencialidad no supone poner al alcance de terceros el listado de centrales correspondiente.

Por otra parte, en lo que se refiere a los precios, en la Resolución de esta Comisión de 1 de junio, se requería a TESAU la remisión de una oferta de servicios mayoristas, que lógicamente debía incluir las correspondientes condiciones económicas, y que debía ser revisadas por esta Comisión en un procedimiento administrativo en el que se pudiera contrastar con los operadores interesados, para lo cual éstos podrían acceder a la propuesta de TESAU, salvo los aspectos que pudieran afectar al secreto comercial.

Muy al contrario, el acto recurrido sí declara confidenciales los precios de las modalidades todavía no ofrecidas, e incluso los de las modalidades más recientes Top y Premiun +; y que TESAU se limita a señalar que la propuesta de precios puede “llegar a no ser la definitiva” y “perturbar la actual oferta en GIGADSL”, sin apuntar indicio alguno que pueda ponerse en relación con elementos de carácter sensible (como cuotas de mercado, estructura interna de costes, planes de lanzamiento). Por consiguiente, sólo cabe concluir que TESAU no ha justificado por qué razón debe declararse confidencial una propuesta de servicios mayoristas cuyos equivalentes minoristas ya están presentes en el mercado.

En cuanto a su disconformidad con la declaración de no confidencialidad del cuadro de la página 3 de su escrito de 28 de julio de 2003, que se refiere a los nombres y ubicación de los espacios vacantes para modalidades de los servicios todavía no comercializados y sus ámbitos de cobertura, referencias reproducidas en el Anexo 1, página 34, en el cuadro y pie de cuadro, y página 35, en la descripción de modalidades de tarificación por volumen; así como en el listado completo de modalidades del punto 2.2.2. del Anexo 2. TESAU considera que la información de la denominación de las modalidades y su cobertura y precios es especialmente sensible en lo que se refiere a los precios minoristas que pretende ofrecer, y de forma subsidiaria, que los cuadros citados, de no considerarse confidenciales, deberían excluir el “orden de las modalidades”, así como los nombres de las mismas y los ámbitos de cobertura.

Frente a esta alegación, debe destacarse que la práctica de esta Comisión ha sido dar tratamiento confidencial a las características de cada nueva modalidad que TESAU desea comercializar, pero no su denominación, porque es evidente que se necesita disponer de algún término para referirse a la modalidad mayorista objeto de análisis. Así, esta Comisión se limita a usar la denominación que TESAU propone para las modalidades mayoristas, dando tratamiento confidencial a todas las características del servicio, a pesar de que se trata de servicios mayoristas sobre los que los operadores a quienes están destinados están interesados en obtener.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las anteriores consideraciones se refuerzan por el hecho de que en el expediente MTZ 2005/1019, en cuyo seno se ha dictado el acto recurrido, constan las alegaciones de varios operadores interesados en dicho procedimiento, en las que hacen referencia a la declaración de confidencialidad recurrida, y en concreto, consideran que se debería declarar no confidencial la totalidad de la información presentada por TESAU, relativa a servicios mayoristas de los que son potenciales demandantes, con el objeto de poder pronunciarse sobre la propuesta de TESAU.

En efecto, la posibilidad de formular alegaciones sobre la replicabilidad de las ofertas minoristas de TESAU por parte de sus competidores, se puede ver condicionada por la declaración de confidencialidad de las características de la oferta mayorista correspondiente. No obstante lo anterior, esta Comisión ha considerado necesario proteger el legítimo derecho de TESAU a mantener el secreto comercial que posiblemente se desvelaría de no protegerse la confidencialidad de las características de los servicios minoristas que comercializa. Esta línea argumental es la que viene siendo defendida por esta Comisión. Evidentemente, cabe la posibilidad de que ese criterio sea variado si se considera oportuno a la vista de la evolución del mercado.

La posición de esta Comisión como garante del derecho a la confidencialidad de la información sensible que le es aportada en el ejercicio de sus funciones, y de la transparencia que exige un mercado plenamente competitivo, es especialmente delicada y más aún en el caso que nos ocupa. La aprobación de las ofertas minoristas de TESAU exige que se compruebe la posibilidad de réplica por el resto de operadores, para lo cual es necesario que éstos cuenten con la correspondiente oferta mayorista. Ambas ofertas comparten características técnicas y económicas interdependientes, por lo que toda decisión sobre la confidencialidad de la información aportada afectará a cada uno de los interés legítimos en juego (el derecho a mantener la confidencialidad frente al derecho a conocer los datos de la oferta), pudiéndose dar la paradoja de que se comercialicen los servicios minoristas y aún permanezcan como confidenciales características básicas de sus correspondientes ofertas mayoristas.

En todo caso, el objeto de los requerimientos de información sobre sus propias ofertas a TESAU es obtener los datos necesarios para realizar el análisis de replicabilidad, labor que atañe a esta Comisión. Los operadores podrán, en todo caso, discutir la resolución correspondiente en vía de revisión de actos administrativos.

Por lo tanto, aun cuando desde el punto de vista de la transparencia del mercado pudiera cuestionarse la opción adoptada en el acto recurrido, desde un punto de vista estrictamente jurídico, valorados los intereses en juego, es incuestionable su adecuación a las exigencias del ordenamiento jurídico.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

RESUELVE

UNICO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto del Secretario de esta Comisión de fecha 1 de septiembre de 2006, por la que se declara la confidencialidad de ciertos datos contenidos en la Oferta de acceso Indirecto al Bucle de Abonado requerida por la Resolución del Consejo de esta Comisión de fecha 1 de junio de 2006, en el seno del expediente MTZ 2006/1019.

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

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

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer