



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

INFORMACIÓN, REGULACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD

Autor:

***DIANA CAROLINA WISNER
GLUSKO***

Director:

**TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y
FERNÁNDEZ DEL CASTILLO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO
PÚBLICO DEL ESTADO**

Getafe, 23 de junio de 2009

Agradecimientos

La elaboración de esta Tesis no es sólo mérito de quien la suscribe, sino también, y especialmente, de mi Director Dr. Profesor D. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, excelente profesor y mejor persona que ha sabido conducirme, con sus consejos y orientaciones académicas siempre certeras y oportunas, durante mi formación como doctoranda; quién con palabra autorizada me guió durante el desarrollo de mi investigación. A él debo muchas de las aportaciones que, con la Tesis Doctoral, he pretendido exponer.

Asimismo quiero agradecer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en especial a la Dirección de Estudios donde realicé mis primeras prácticas en el sector como becaria, y a la Dirección Regulación de Operadores donde he desarrollado mi labor como técnico, lo cual ha contribuido a mi permanente formación en el Derecho de las Telecomunicaciones.

En el transcurso de mis estudios de Doctorado, gocé de las becas del Programa PRICIT III de la Comunidad de Madrid y de la Fundación de la Universidad Carlos III de Madrid; agradezco por ello a ambas instituciones.

Finalmente... gracias, a todas aquellas personas que me dieron su apoyo afectivo, de éste y del otro lado del Atlántico, para cumplir un objetivo académico y un sueño personal: a mi familia, a Manu, a mis amigos de todo el mundo, a mis compañeros de Doctorado en Derecho: Programa General, al grupo de Danza contemporánea de la Universidad Carlos III de Madrid, y a todos mis profesores de las distintas Casas de estudios donde realicé mi formación académica: la Universidad Nacional de La Plata, Universidad de Salamanca y Universidad Carlos III de Madrid. En especial a esta última Universidad, donde día a día, he estudiando con dedicación y vocación para poder culminar la presente Tesis Doctoral.

Diana Carolina Wisner Glusko
Información, regulación y confidencialidad
Tesis Doctoral

***Dedicado a quienes contribuyeron
a mi educación como persona,
docente y jurista.
En especial a mis padres,
a Manu, y a la memoria
de mi abuela Emilia***

SUMARIO

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

TÍTULO PRIMERO

La información regulatoria en el sector de las telecomunicaciones

Capítulo I

La información en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas

Capítulo II

Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y sus funciones regulatorias mediante la información

TÍTULO SEGUNDO

La información y su incidencia en la regulación de las telecomunicaciones

Capítulo I

Mecanismos para obtener información regulatoria

Capítulo II

La información aplicada a la regulación del mercado de las telecomunicaciones.

Capítulo III

La incidencia de la información en la aplicación armonizada del marco regulador de las comunicaciones electrónicas

TÍTULO TERCERO

El acceso a la información regulatoria, sus límites y excepciones

Capítulo I.

Principios jurídicos del acceso a la información regulatoria

Capítulo II.

La confidencialidad de la información regulatoria

CONCLUSIONES GENERALES

NORMATIVA

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE

Abreviaturas

ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCOM	L'Autorità per le Garanzie nelle Communications
AN	Audiencia Nacional
ANC	Autoridades Nacionales en materia de competencia
ANR	Autoridades Nacionales de reglamentación
Art.	Artículo
ART	La Autorité de Regulation des Télécommunications
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEN	Comité Europeo de Normalización
GENELEC	Comité Europeo de Normalización Electrónica
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
COM	Comisión Europea
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
DOC	Diario Oficial de las Comunidades Europeas serie <<Comunicaciones e Informaciones>>
DOL	Diario Oficial de las Comunidades Europeas serie <<Legislación>>
ETSI	Instituto Europeo de Normas de telecomunicaciones
IP	Protocolo de Internet
IPC	Instituto das Comunicações
LOFAGE	Ley de organización y Funcionamiento de la Administración del Estado
LGTel	Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones

LGTT	Ley General de Telecomunicaciones
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MRCE	Marco Regulador de las Comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Unión Europea
NTA	National Telecom Agency
OFCOM	Office Communications
ONP	Open network Provisión. Oferta de Red Abierta
OPTA	Onafhankelijke post-en Telecommunicatie autoriteit
OMR	Operador móvil de red
OMV	Operador móvil de red
P.	Página
PSM	Peso significativo en el mercado
PTS	National Post & Telecommunications
Rec.	Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La apertura de los mercados de telecomunicaciones a la competencia se inició de forma progresiva a partir de la década de los 80', comenzando por los equipos terminales, siguiendo con los servicios, y finalmente con las infraestructuras. Hasta ese momento no existía una sólida política europea de telecomunicaciones; basta recordar que en los Tratados no había una sola norma que se refiriera a este sector, razón por la cual las primeras regulaciones europeas del mercado de las telecomunicaciones encontraron su fundamento en diferentes artículos del TCE respecto de la política de transporte (Artículos 74 a 84), a la libre prestación de servicios (Artículo 53), o a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (Artículo 90).

En el devenir del proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones podemos distinguir tres grandes períodos, conforme al desarrollo y evolución de la normativa sectorial, tanto comunitaria como española. Estas etapas como ya indicó Quadra-Salcedo, correspondían a un *“impresionante proceso de liberalización que era absolutamente necesario, habida cuenta de las características de ese sector¹, proceso que lejos de ser fruto del azar es el resultado de una política comunitaria conscientemente dirigida a acabar con un estado de compartimentación de mercados que comprometía el desarrollo y la evolución futura de ese sector en el ámbito mundial”².*

¹ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p.17.

² *Ibidem*, p.19 .El mismo autor indica que la operación de liberalización como resultado de una decisión de política económica, no sólo se justifica por sí sola, sino que hubiera podido encontrar cobertura jurídica en el propio Tratado, p.25-26.

Una primera etapa, la de liberalización del sector (principalmente a partir de la publicación del Libro Verde de 1987³ y de la Directiva de la Comisión 88/301/CEE, de 16 de mayo de 1988⁴).

El modelo de monopolio estatal sobre el que se había organizado el sector de las telecomunicaciones, en prácticamente todos los países del mundo, se mantuvo inalterado hasta la década de los setenta. *“En esos años comenzó, lentamente al principio y de forma irreversible después, un proceso de desmembramiento del sistema que hasta entonces había venido funcionando razonablemente bien. Los factores determinantes de la quiebra de los monopolios en telecomunicaciones son también de diversa índole: tecnológica, económica y jurídica”*⁵.

La segunda etapa corresponde a la transición del régimen de monopolio a la competencia (Directivas 90/388/CEE de 28 de junio de 1990 y 90/387/CEE)⁶.

Si bien el 1 de enero de 1998 culminó la liberalización de todas las redes y servicios de telecomunicaciones en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, la liberalización no es un proceso acabado sino que avanza paulatinamente hacia la apertura de una mayor competencia en los distintos mercados. Entre los fundamentos jurídicos de la política de las telecomunicaciones, esta etapa, debemos mencionar al artículo 95 del Tratado

³ “A raíz de la publicación del Libro Verde de 1987 se promulgarían las primeras directivas del proceso de liberalización en las que se irían sentando las bases del modelo europeo. La base normativa para su promulgación se encontró, o se quiso encontrar, tal como anticipó el propio Libro Verde, en el artículo 90.3 del Tratado, haciendo una interpretación más bien amplia del alcance de la “misión de vigilancia” que dicho precepto encomienda a la Comisión. Por ello, si bien el fundamento último de que parte no era tanto jurídico como político”. MARTÍNEZ GARCÍA, Clara. La liberalización de las Telecomunicaciones en Europa/En/La intervención administrativa en las Telecomunicaciones. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002, p.139.

⁴ Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones Diario Oficial N° L 131 de 27.05.1988, p.0073-0077.

⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Clara. La liberalización de las Telecomunicaciones en Europa/En/La intervención administrativa en las Telecomunicaciones. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002, p.132.

⁶ Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. DOCE L 192, de 24.07.1990, p.10.

Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones Diario Oficial N° L 192 de 24.07.1990, p.0001–0009.

de Ámsterdam (antiguo Art. 100 A), los artículos 81 y 82 (ex Arts. 85 y 86) y el artículo 86 apartado 3º del Tratado de Ámsterdam (antiguo Art. 90.3).

La tercera etapa se caracteriza por la consolidación de la competencia en el sector, con medidas correctoras de los fallos del mercado pero, fundamentalmente, basado en la convergencia tecnológica y normativa de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet, y se concretó con la aprobación del Marco Regulator de las Comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Unión Europea⁷ (en adelante, “MRCE”).

El MRCE vino a compilar, sistematizar y reordenar la normativa existente en materia de telecomunicaciones, es decir a simplificar y otorgar mayor homogeneidad a la legislación de la Unión Europea en este sector, con la intención de reducir las imposiciones regulatorias a los operadores de las telecomunicaciones.

En este conjunto de Directivas se fundieron más de veinte de ellas, derivando en cada Estado miembro su aplicación y transposición. Asimismo, una serie de Comunicaciones, Decisiones y Recomendaciones de las diferentes instituciones comunitarias, han venido a completar la normativa antes referida.

Es esta tercera etapa, donde la garantía y el fomento de una competencia efectiva ocupan un lugar primordial entre los objetivos del marco normativo vigente⁸. La Doctrina entiende que ello responde *“al objetivo de sentar las bases para la creación y fortalecimiento de la competencia tanto en infraestructuras como en servicios como medio para asegurar el suministro a*

⁷ 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) DO L núm.108, de 24.04.2002, p.33; Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Autorización) DO L núm.108, 24.4.2002, p.21; Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2001, relativa al acceso a las redes de comunicación electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso) DO L núm. 108, de 24.4.2002, p.7; Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal) DO L, núm. 108, de 24.4.2002, p.51; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las comunicaciones electrónicas) DO L 201, núm. 201, de 31.7.2002, p.31, y la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2001 sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión Espectro Radioeléctrico). DO L 108 de 24.04.2002, p.01.

⁸ Artículo 8.2 de la Directiva Marco.

*los ciudadanos de la mejor, por más plural y variada, oferta en términos de calidad, variedad y relación calidad-precio asegurando, al mismo tiempo, el máximo beneficio en orden ha promover la cohesión social*⁹.

Las Directivas comunitarias anteriores al MRCE perseguían, fundamentalmente, la liberalización del sector mientras que las últimas Directivas van más allá y tienen por objetivo establecer un marco armonizado para la regulación de los servicios de Comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, así como fijar las misiones de las autoridades nacionales de reglamentación (en adelante, “ANR”) e instaurar una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del MRCE en toda la Comunidad, conforme lo prescribe el artículo 1 de la Directiva Marco. Y en ello juega un papel fundamental el tipo de regulación que se aplique en el sector de las telecomunicaciones de cara al desarrollo de esta nueva etapa de la liberalización, hacia la consolidación definitiva de la competencia en el mercado.

Nuestra primera aproximación al MRCE - y en particular en cada una de las Directivas comunitarias que lo conforman- puso en evidencia la importancia conferida a la información en este sector y principalmente a las diferentes funciones que cumple la misma, de acuerdo con la finalidad perseguida en cada uno de los procedimientos o mecanismos que posibilitan obtener e intercambiar información regulatoria, así como de los diferentes agentes que intervienen en ellos.

Proliferan en el MRCE la aplicación de principios y reglas del derecho de la competencia orientados a la determinación de las obligaciones a los operadores del mercado, profundizándose en las correspondientes a los operadores dominantes para que, de esta manera, existan las condiciones necesarias e idóneas hacia la consolidación de un mercado con competencia efectiva; sujetándose la imposición, modificación o supresión de dichas

⁹ CALVO DÍAZ, Gloria. El nuevo marco comunitario/En/ *La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la televisión e Internet*. Navarra: Aranzadi, 2003, p.21.

obligaciones a la situación y evolución de la competencia en ese mercado. Este proceso se caracteriza por la amplia intervención y participación de las ANR y de la Comisión Europea –a través del procedimiento de consulta previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco- a los efectos de definir los mercados pertinentes, evaluar la existencia de competencia efectiva en los mismos, y determinar las empresas con peso significativo en los mercados.

Este es un tema liminar en nuestro análisis, dado que el MRCE establece una trama de redes de información entre los agentes que intervienen en el sector de las telecomunicaciones y acentúa la importancia de la información en la consolidación de una competencia efectiva.

El considerando 13 de la Directiva Marco nos presenta, a modo de resumen, el conjunto de redes de información que constituyen los núcleos del presente trabajo de investigación: *“Las autoridades nacionales de reglamentación necesitan recabar información de los agentes del mercado para desempeñar eficazmente su cometido. También puede resultar necesario recoger tal información por cuenta de la Comisión, para que ésta pueda cumplir con las obligaciones que le impone la legislación comunitaria. Las solicitudes de información deben ser proporcionadas y no suponer una carga excesiva para las empresas. La información recogida por las autoridades nacionales de reglamentación debe estar a disposición del público, salvo en la medida en que tenga carácter confidencial con arreglo a las normas nacionales sobre el acceso del público a la información y sujeto a las legislaciones comunitaria y nacional en materia de secreto comercial”*. Estas premisas son recogidas, con mayor extensión y precisión en el artículo 5 de la Directiva Marco intitulado *“Suministro de información”*.

Este entramado de relaciones de información nos sitúa ante obligaciones y derechos de todos los sujetos involucrados en el sector de las telecomunicaciones, y por este motivo es preciso conformar la totalidad de redes de información existentes, la finalidad de los intercambios y los costes de

información, de acuerdo a lo previsto en cada una de las Directivas comunitarias que analizaremos en capítulos posteriores.

La consolidación de la competencia requiere de una regulación oportuna, adecuada y prudente para evitar que los cambios a los que se tiende arrojen los resultados exactamente contrarios a los esperados, porque la estabilidad de la regulación es primordial para el desarrollo en normalidad de un sector regulado. Y con ello no se puede ignorar que los medios empleados y los fines perseguidos deben estar pensados y diseñados conforme a la situación real del mercado, a los factores tecnológicos en vigencia y potencialmente aplicables, así como al conjunto de servicios prestados a los usuarios. Y en este sentido la información del mercado juega un papel fundamental en la regulación del sector.

Regulación, información y transparencia constituyen así una trilogía en pos del desarrollo del mercado interior y la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones.

La importancia que ha cobrado la información también ha sido resaltada por Joseph Stiglitz quien sostiene que la economía de la información *representa un cambio fundamental en el paradigma vigente de la ciencia económica*, en razón de que la información influye en la toma de decisiones en todos los contextos –no sólo dentro de las empresas y los hogares, debido a que *hay asimetrías de información entre los que gobiernan y los gobernados y, del mismo modo que los participantes en los mercados se esfuerzan por superar las asimetrías de información, necesitamos encontrar métodos mediante los cuales puedan limitarse dichas asimetrías en los procesos políticos y puedan mitigarse sus consecuencias*¹⁰.

Es prácticamente imposible pensar una regulación con información perfecta y por ello los fallos del mercado, como lo son las

¹⁰ STIGLITZ, Joseph. La información y el cambio de paradigma de la ciencia económica/En/Revista Asturiana de Economía, diciembre de 2002, Núm. 25, p.97. En los últimos tiempos ha centrado su trabajo en algunos aspectos de lo que se podría llamar la economía política de la información: el papel de la información en los procesos políticos y la toma colectiva de decisiones.

asimetrías de información, deben ser tenidas en cuenta para el análisis económico de cualquier sector, y las telecomunicaciones no escapan a ello.

Debemos tener en claro que los mercados no siempre proporcionan incentivos apropiados para la revelación de la información regulatoria, dado que la información obtenida -sea a través de requerimientos de información, de consultas públicas o mediante la aportación de información en cumplimiento de alguna obligación legal- no sólo puede constituir el fundamento que empleen las ANR para la adopción de sus decisiones regulatorias, sino también revelar estrategias comerciales de los operadores, por ser información que está amparada por el secreto comercial.

En un sector como las telecomunicaciones, cobra especial trascendencia la información de los operadores; su tratamiento de confidencialidad es un tema de especial sensibilidad al momento de ser utilizada por el regulador, y por ello también es objeto de estudio en la presente investigación.

Finalmente, debemos indicar que nos encontramos, en la actualidad, en la cuarta etapa de la evolución de la liberalización y desarrollo de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, que se ha iniciado a partir de la revisión del marco regulador vigente, planteado por la Comisión Europea¹¹.

En efecto, la Comisión Europea propone revisar las cinco principales Directivas comunitarias que conforman el MRCE, y la Recomendación sobre los mercados relevantes, con el objetivo de promover la innovación a través de las nuevas tecnologías, reforzar los incentivos a la inversión mediante la competencia y completar el mercado único de las comunicaciones electrónicas a nivel de la Unión Europea.

La Comunicación de la Comisión Europea prevé como los principales ámbitos de cambio al espectro radioeléctrico y a la reducción de la

¹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones- Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. COM (2006) 334 final. Bruselas 29.06.2006.

carga administrativa sujeta a la revisión de mercados relevantes sujetos a regulación ex ante. Adicionalmente, establece que otros cambios estarán destinados a consolidar el mercado interior, reforzar los intereses de usuarios y consumidores, mejorar la seguridad y eliminar disposiciones obsoletas.

Al respecto en noviembre de 2007 se presentaron una serie de propuestas para modificar las Directivas comunitarias vigentes¹², que fueron objeto de negociación entre los diferentes Estados miembro y la Comisión Europea, lográndose un acuerdo en 2008¹³. El 28 de diciembre de 2007, se publicó la Recomendación relativa a los mercados relevantes¹⁴ que modifica la anterior recomendación. En el capítulo pertinente analizaremos el grado de importancia que esta normativa le atribuye a la información regulatoria.

Todo lo expuesto nos lleva a conformar las cuatro líneas principales de investigación en torno a las siguientes directrices: la información

¹² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. COM (2007) 697 final. Bruselas, 13.11.2007.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2005 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. COM (2007) 698 final. Bruselas, 13.11.2007.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones electrónicas. COM (2007) 699 final. Bruselas, 13.11.2007.

¹³ El 6 de noviembre de 2008, la Comisión Europea adoptó una revisión de las propuestas sobre el mercado de las telecomunicaciones a fin de tomar en cuenta las enmiendas del Parlamento europeo y el Consejo: *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (COM(2007)0697 – C6-0427/2007 – 2007/0247(COD))*. Propuesta modificada el 06/11 : COM(2008)0724; *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (COM(2007)0699 – C6-0428/2007 – 2007/0249(COD))* Propuesta modificada : COM(2008)0720; *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión "Aprovechar plenamente las ventajas del dividendo digital en Europa: un planteamiento común del uso del espectro liberado por la conversión al sistema digital" (2008/2099(INI))*; y *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (COM(2007)0698 – C6-0420/2007 – 2007/0248(COD))*. Propuesta modificada : COM(2008)072.3

¹⁴ Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinente de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2007/879/CE). DO L, 344 de 28.12.2007.

regulatoria en el MRCE; las competencias de los reguladores y los mecanismos para obtener información del mercado; la utilización de la información regulatoria para el cumplimiento de las misiones de las ANR, y en particular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de cara a garantizar la competencia efectiva en el sector, y los principios aplicables al acceso a la información regulatoria y la confidencialidad de la misma.

Dicho lo que antecede, el objeto que persigue la presente Tesis Doctoral es analizar el modo, medios y forma en que la información regulatoria incide y contribuye al desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, de conformidad con los principios reguladores dispuestos en el MRCE, las misiones de las ANR y las competencias de la Comisión Europea, en aras de lograr la aplicación coherente de las Directivas comunitarias. Todo ello con la finalidad de establecer cómo la información regulatoria constituye un instrumento para la regulación del sector y la consolidación de la competencia en el sector.

En consecuencia, el presente trabajo de investigación se divide en tres títulos, los cuales se dividen a su vez en capítulos.

El **Título Primero**, aborda la información en el sector de las telecomunicaciones, y analiza conceptualmente la información regulatoria, partiendo de la noción común de información y del concepto de información administrativa, proponiendo diferentes criterios de clasificación de la información regulatoria con que cuentan todos los agentes que intervienen en el sector, a los efectos de establecer la importancia que la información tiene en la regulación del sector en estudio. Asimismo analiza los principios que han de regir en un sistema regulador transparente, centrándose en los fallos del mercado y en las externalidades vinculadas a la información, específicamente la asimetría de información (Capítulo I).

Por su parte, el Capítulo II estudia, en primer lugar, la conformación de las ANR a nivel comunitario, de acuerdo a su marco competencial, incidiendo en la contribución que tiene la información en el

cumplimiento de las misiones de las ANR. En segundo lugar aborda, con carácter especial, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, exponiendo su régimen jurídico, objeto y funciones, lo cual permite establecer un marco general para profundizar en la potestad de dicha Comisión para requerir información de los operadores del mercado. A tales efectos realiza un análisis del régimen jurídico que fundamenta que el regulador español pueda formular requerimientos de información.

El **Título Segundo** estudia la incidencia de la información en la regulación de las Telecomunicaciones. A tal efecto, aborda el grado de disponibilidad de la información regulatoria por parte de las ANR -como responsables de la aplicación armonizada del MRCE en sus Estados miembros- especificando los procedimientos de información propiamente dichos en los que intervienen, así como la intencionalidad de su utilización, de acuerdo con la capacidad y facultades para obtener información, y su contribución al cumplimiento de las misiones encomendadas y de los objetivos y principios reguladores establecidos por la normativa.

Asimismo resulta fundamental analizar los intercambios de información entre las ANR y las autoridades de competencia de los Estados miembros, de acuerdo al principio de cooperación administrativa. Tratamiento aparte, y en forma destacada, merecen los procedimientos de consulta previsto en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco.

Finalmente este Capítulo I también hace hincapié en los diferentes mecanismos que posee la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para obtener o recabar información regulatoria del sector, tales como la consulta a los agentes interesados en el sector, el trámite de información pública y los requerimientos de información, a los efectos de establecer en qué medida la información obtenida constituye un instrumento de control de la evolución del sector.

El Capítulo II, del Título Segundo, estudia la información aplicada a la regulación de las telecomunicaciones, así como también la incidencia de la

información en la modificación, imposición, o supresión de las obligaciones de los operadores - desarrollando el procedimiento previsto en los artículo 15 y 16 de la Directiva Marco y en las Recomendaciones de la Comisión Europea- y el condicionamiento de esta última institución comunitaria a la labor de los reguladores, a través de su poder de veto.

Asimismo, analiza la utilización que hace la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la información en el cumplimiento de sus labores reguladoras. Éste es quizás el capítulo de mayor concreción de los principios sobre la información regulatoria y su aplicación en el sector.

Precisamente se dedica a exponer la forma en que la información condiciona la regulación del mercado español de las telecomunicaciones, y el modo en qué se aplica para la elaboración y publicación de informes sobre la evolución del sector y, principalmente, en los procedimientos de definición y análisis de los mercados. En ese sentido se estudia en qué medida la información regulatoria es utilizada como fundamento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en relación con los mercados relevantes, de cara a las notificaciones que realiza a la Comisión Europea. Es decir que realiza un análisis detallado no sólo de los problemas estructurales sobre competencia en los diferentes mercados, poniendo como ejemplo los mercados 15 – acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil-, 16 - terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales- y 17 –itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil-, sino también la importancia y tipo de información que la ANR ha utilizado para adoptar sus decisiones regulatorias.

El Capítulo III aborda la aplicación que la Comisión Europea hace de la información que dispone en relación con el sector de las telecomunicaciones para el desarrollo de sus funciones. En concreto expone el control de la Comisión Europea en relación con al ejecución de las políticas del sector, la obtención de información a través de sus requerimientos en todas aquellas materias sobre las que tiene competencias, y lo más destacado la

importancia de la información del sector para la aplicación armonizada del MRCE y en todos los procedimientos de intercambio de información regulatoria.

Por último, el **Título Tercero** analiza, en su Capítulo I, los principios jurídicos relativos al acceso a la información regulatoria, de conformidad con la normativa comunitaria, la Constitución española, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y la Ley de Régimen Local. Asimismo expone la elaboración que la Doctrina y la legislación han hecho del acceso a la documentación en poder de la Administración pública en pos de su reconocimiento como derecho de los ciudadanos, de acuerdo con el principio de transparencia de la actividad administrativa. Todo ello resulta directamente aplicable al derecho de acceso a la información regulatoria por quienes resulten interesados en los diferentes procedimientos tramitados ante las ANR en el sector de las Telecomunicaciones. No obstante, también se hace mención a la importancia que tiene, para el público en general, el acceso a aquella información del sector que contribuye a su conocimiento sobre las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones.

En el Capítulo II se establecen los límites necesarios y las excepciones al acceso y disponibilidad de la información regulatoria, conforme lo dispuesto en el conjunto de normas comunitarias y nacionales y los criterios establecidos por la Doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, respecto del principio de confidencialidad y del secreto comercial e industrial.

Cabe destacar el tratamiento que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones realiza a través de sus resoluciones sobre la noción de confidencialidad, y por ello también resulta objeto de estudio en la presente Tesis Doctoral la declaración de confidencialidad que emite dicho regulador, poniendo énfasis en los elementos objetivos y subjetivos que conforman dicho procedimiento.

Del análisis realizado sobre los aciertos y desaciertos del tratamiento que el regulador español dispensa a la información confidencial, a modo de colofón, se expone una propuesta de Circular relativa al tratamiento de la información confidencial, en la tramitación de los expedientes en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la cual intenta recoger los principios estudiados en el desarrollo de la presente investigación y los criterios que la legislación, la jurisprudencia y las resoluciones de este regulador han conformado sobre la confidencialidad de la información regulatoria del sector, intentando subsanar las falencias encontradas en la regulación de la mencionada confidencialidad.

Entendemos que esta propuesta puede ser una importante contribución a una situación de carencia de regulación específica en relación con la confidencialidad de la información en manos del regulador, o al menos ser el inicio del debate doctrinal hacia una regulación integral de la confidencialidad de la información regulatoria.

Esta investigación concluye con un capítulo final de conclusiones, a modo de recapitulación y síntesis de cada una de las líneas temáticas abordadas.

TÍTULO PRIMERO
LA INFORMACIÓN REGULATORIA EN EL SECTOR DE
LAS TELECOMUNICACIONES

CAPÍTULO I

La información en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas

Sumario: I. Introducción II. Aproximación al concepto de información regulatoria 1. La noción común de información 2. La información administrativa 3. La noción de información regulatoria. a. Tipos de información regulatoria a.1. Criterio formal a.2. Criterio sustancial III. Regulación e información 1. Hacia un sistema regulador transparente mediante información 2. La asimetría informativa como fallo del mercado a. Concepto de información asimétrica. b. La asimetría informativa y la teoría económica. IV. Recapitulación.

I. Introducción

El presente capítulo constituye el marco general conceptual del tema central de análisis en la presente Tesis Doctoral, es decir del grado de importancia de la información en la regulación del sector de las telecomunicaciones.

Tal como sosteníamos en la introducción, este título primero es uno de los tres pilares sobre los que se asienta esta investigación.

Resulta necesario introducirnos en las nociones principales que luego sustentarán las diferentes reflexiones, postulados y conclusiones que se expondrán a lo largo de esta investigación sobre la incidencia de la información en la regulación de las Telecomunicaciones, y sin cuyo estudio la misma quedaría incompleta y huérfana de fundamentos.

No es pretensión de este capítulo desarrollar una teoría general de la información, pero sí precisar el campo conceptual de este término que se caracteriza por los diferentes alcances de su empleo, a fin de lograr una aproximación al concepto de información regulatoria.

En consecuencia será preciso que abordemos la noción de información administrativa, como actividad o prestación estatal que se fundamenta en el principio de transparencia de la actuación administrativa, y que en el sector en estudio se ve reflejada en la información disponible para los agentes que intervienen en el mercado de las telecomunicaciones, y en forma general al público.

Posteriormente definiremos el alcance del concepto de información regulatoria cuya caracterización se sustenta en los preceptos del MRCE para, finalmente, proponer una clasificación de los diferentes tipos de información regulatoria, de acuerdo a parámetros subjetivos y objetivos que presentes en los diferentes procedimientos de información.

Asimismo, analizaremos la regulación a través de la información haciendo hincapié en uno de los fallos del mercado, como es la asimetría de información.

II. Aproximación al concepto de información regulatoria

II.1. La noción común de información

El Diccionario de la Real Academia Española define a la información (del latín *informatiō-onis*) como la comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada.

Genéricamente se define a la información como la acción y efecto de informar (del latín *informare*) de enterar, dar noticia de algo. Y también como *“el conjunto de datos debidamente organizados que nos agregan conocimiento”*¹⁵.

¹⁵ PESO NAVARRO, Emilio del; RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Confidencialidad y seguridad jurídica de la información; La Loartad y sus implicaciones socioeconómicas*. Madrid: Díaz de Santos, 1994, p.12.

Al precisar este término, nos encontramos frente a una doble interpretación de la noción de información: una forma simple y otra más compleja. La simple considera a la información como acto, es decir como conjunto de hechos que se comunican, mientras que la compleja lo hace en relación con el mensaje utilizado para representar un hecho o concepto en un proceso de conocimiento, con el fin de aumentar los conocimientos sobre una materia. Es decir como continente y contenido, como acto y mensaje respectivamente.

Asimismo, el concepto información puede cobrar significado a través de las funciones que cumple dado que *“sirve para comparar mensajes: ya sea por sus componentes físicos –las señales- y su frecuencia de aparición, como se hace en ingeniería de las telecomunicaciones; ya sea por sus contenidos y su aporte de conocimientos, como se hace en la ciencias humanas que estudian la comunicación”*¹⁶.

En definitiva, la noción de información, en términos generales reúne dos extremos sobre los que gira esta investigación: uno, que podríamos denominar material o formal, que se refiere al acto mismo de transmisión, difusión, publicación y utilización de datos, y otro, el sustancial, que comprende a los datos, mensajes y contenidos que le dan sentido al aspecto material del proceso en sí.

Estos dos elementos, material y sustancial, que conforman conceptualmente a la información, se concretan en la relación jurídica informativa donde es posible distinguir cada uno de los elementos que la caracterizan:

- Elemento subjetivo: integrado por el sujeto o la pluralidad de personas que pueden ser destinatarias o emisoras de información. En este caso cobra especial relevancia el posible carácter social del aspecto material o formal de la información.

¹⁶ PIÑUEL RAIGADA, José. *Teoría de la comunicación y gestión de las organizaciones*. Madrid: Síntesis, 1997, p.37.

- Elemento objetivo: definido por el objeto, interés o bien jurídico protegido. Asimismo se refiere a conjunto de derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen en dicha relación jurídica, y que constituyen la esencia misma de la relación.

Esta determinación conceptual nos pone en evidencia que no es lo mismo comunicación que información, aunque si bien la primera es consustancial con segunda, constituye al mismo tiempo su resultado y su razón de ser. Mientras que la información propone un conocimiento, la comunicación crea una relación entre emisor y destinatario.

Al respecto, la doctrina señala que *“la información y la comunicación constituyen un factor clave de las relaciones entre Estados, sociedades y grupos, formando una especie de sistema global, base esencial del progreso humano y de la participación de unos, instrumento condicionante y de dominación para otros”*¹⁷.

Todos los sujetos que intervienen en el proceso de información, en definitiva como partes de la relación jurídica informativa, ejercitan y hacen valer sus derechos. Esta relación jurídica engloba un conjunto de situaciones complejas y amplias: el derecho a la información, el deber de información, el derecho de la información, la consulta, la publicidad, la notificación y la confidencialidad de la información.

En consecuencia, debemos partir de reconocer que la información presenta esa doble cualidad y especialidad como elemento material, por un lado, y sustancial, por el otro, del proceso informativo para que, a lo largo de nuestra investigación, podamos analizar a la información no sólo como acto sino también como contenido, bajo la noción de información regulatoria. Para ello es menester abordar, seguidamente, el concepto de información administrativa y el alcance del mismo, para luego realizar una aproximación a

¹⁷ MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel. *Teoría y práctica de la Información Administrativa al ciudadano*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 147.

la definición de la información que posee el regulador a los efectos de su aplicación en la regulación del mercado de las telecomunicaciones.

II.2. La información administrativa

Nos encontramos en una sociedad marcada por la información, los conocimientos y los servicios. La información es poder y la Administración pública es, en términos generales, una gran detentadora de información.

Según Leisner, la información estatal se distingue según sea dirigida al público (en sentido estricto), referida a la actividad gubernamental de información acerca de sus actividades y objetivos políticos, de la *“ilustración”* referida a la información ajena a los ámbitos de discrecionalidad política del gobierno. Y ello permite distinguir entonces *“una información política del Estado (fundamentalmente del Gobierno) y una información simplemente administrativa”*¹⁸.

El Real Decreto 2008/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información administrativa y atención al ciudadano define a la información administrativa como el *“cauce adecuado a través del cual los ciudadanos pueden acceder al conocimiento de sus derechos y obligaciones y a la utilización de los bienes y servicios públicos”*

El Libro Verde sobre la información del sector público en la Sociedad de la Información¹⁹ marca también una distinción entre la variedad de tipos de información que manejan las Administraciones Públicas. Para definir qué se entiende por información administrativa.

La información administrativa es la información propia del gobierno y de la administración, que a su vez puede dividirse entre información básica (legislación, jurisprudencia, información parlamentaria) y no básica, es decir aquella información que hace al quehacer diario de la administración.

¹⁸ LEISNER. *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*, Berlín, 1966, p.14.

¹⁹ La información del sector público: un recurso clave para Europa. El Libro Verde sobre la información del Sector público en la Sociedad de la Información. COM (1998) 585.

Mientras que la información no administrativa es la información exterior utilizada en las labores públicas; por ejemplo la información geográfica, empresarial, sobre investigación y desarrollo.

Otro tanto hace el Real Decreto 208/1996, anteriormente citado, que distingue a la información administrativa en general y particular. La información general es la información administrativa, que se facilita obligatoriamente a los ciudadanos, relativa a la identificación, fines, competencia, estructura, funcionamiento y localización de organismos y unidades administrativas; la referida a los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que los ciudadanos se propongan realizar; la referente a la tramitación de los procedimientos, a los servicios públicos y prestaciones, así como a cualesquiera otros datos que aquellos tengan necesidad de conocer en sus relaciones con las Administraciones públicas, en su conjunto, o con alguno de sus ámbitos de actuación (Art. 2). Por su parte, la información particular, que es aportada por las unidades de gestión de la Administración General del Estado a aquellas personas que tengan la condición de interesados en cada procedimiento o a sus representantes legales, es la concerniente al estado o contenido de los procedimientos en tramitación, y a la identificación de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Generales del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma bajo cuya responsabilidad se tramiten aquellos procedimientos (Art.3).

Por su parte, Velasco Caballero ha intentado encuadrar la información administrativa a través de tres categorías, como fin, función y forma, decantándose por considerarla actuación administrativa del Estado tanto cuando se ejerce por el Gobierno-Administración como cuando proviene de otros órganos del Estado y por ello sostiene que *“la información es, con carácter general, actividad administrativa, y puede provenir de cualquier organización jurídico-pública con atribuciones administrativas”*²⁰; principio que

²⁰ VELASCO CABALLERO, Francisco. *La información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo, 1998, p.36.

entendemos se extiende a las ANR en el sector de las telecomunicaciones²¹. De allí que este suministro de información, por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como ANR, sea considerado también una actividad administrativa.

La información administrativa es considerada una prestación estatal, y a través de esas prestaciones informativas, con destinatarios determinados o indeterminados, según el caso, se da contenido al derecho a recibir información por parte de los ciudadanos²², así como también por los interesados en los distintos procedimientos administrativos.

Esto pone en evidencia la correlación que existe entre el derecho a la información de los ciudadanos y la actividad de la administración en relación con la transparencia de sus decisiones, sea mediante la información puesta a disposición del público en general como la información específica y dirigida hacia las partes interesadas en algún sector económico. Y este derecho a la información nos indica también la necesidad de una participación igual de los ciudadanos ante las prestaciones informativas de la Administración pública con carácter general.

Por otra parte, es posible establecer una relación de la información como prestación administrativa con la publicidad de los actos de las Administraciones y la consolidación del régimen democrático, al permitirse una mayor participación de la ciudadanía, mediante el conocimiento y la información que suministra la Administración Pública.

Es indudable que la información del sector público desempeña un papel fundamental para el buen funcionamiento de la Administración pública. El

²¹ La actividad informativa no es en sí misma un fin o un objetivo de la Administración. Los fines de la Administración son fines del Estado, los cuales son determinados por la Constitución. Por su parte la calificación de la información como función dependerá del concepto que se tenga de función. Si aplicamos un criterio material amplio distinguiendo entre función constituyente, legislativa, gubernativa, administrativa y judicial, la información se encuadraría dentro de la actividad administrativa o gubernamental. Y sosteniendo que la información es una nueva función del estado sólo lo será cuando el poder que expresa la información no resulte adecuadamente integrado en el sistema constitucional de equilibrio de poder. En opinión de VELASCO CABALLERO, Francisco. *La información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo, 1998, p.47-52.

²² *Ibidem*, p.126.

Libro Verde sobre la información del Sector Público en la Sociedad de la Información, anteriormente citado, recoge la importancia de la disponibilidad de la información administrativa indicando que *“si no se puede utilizar de forma fácil y asequible la información disponible de tipo administrativo, legislativo, financiero o del sector público en general, los agentes económicos no pueden tomar decisiones con pleno conocimiento de causa”*.

La Doctrina es clara en este sentido porque entiende que *“el principio de publicidad de la actuación administrativa no pretende, a diferencia de la idea de participación, “democratizar” la propia Administración, pues el propio principio democrático exige que se mantenga su configuración esencial como organización o aparato subordinado a los órganos de Gobierno y representativos, dotados de legitimación democrática: directa o indirecta-, sino que tiene por finalidad democratizar el control de la actuación administrativa a través del acceso a la información en poder o de la que es fuente la Administración”*²³. Y precisamente Villaverde²⁴ sostiene que el acceso a la información, de la cual es fuente el propio Estado, constituye un ejercicio del derecho de libertad a recibir información, bajo la presunción de su disponibilidad a todo el público.

Tanto la información como la comunicación son componentes vitales en todo sistema de administración de carácter público. Por ello es importante que las comunicaciones públicas se divulguen al mayor número de usuarios y así facilitar el consumo de la información entre los ciudadanos porque constituye una forma de elevar el nivel de la vida de la sociedad²⁵.

Pero esa información debe ser coherente en todo el proceso de toma de decisiones, pues lo facilita altamente: *“un sistema democrático exige la presencia, el control y, en definitiva, una auténtica participación del ciudadano*

²³ FERNANDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p.321.

²⁴ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995, p.106.

²⁵ MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel. *Teoría y práctica de la Información Administrativa al ciudadano*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p.147-148.

*en la Administración, participación que sólo será posible si cada individuo o cada grupo social puede acceder a la información que en ella se contiene*²⁶.

Desde otro ángulo, hablar de la información como actividad administrativa es aludir al alcance del concepto de acceso a los documentos o a las informaciones oficiales y administrativas. El derecho de acceso a la información administrativa ha de entenderse como un derecho público, general, reconocido a toda persona, y que, en determinadas circunstancias establecidas por ley, requerirá que posea un interés legítimo y directo para su ejercicio.

La accesibilidad en la información entonces dependerá, por un lado de los límites y excepciones que establezca la normativa, y por el otro, de situaciones fácticas como la forma y los medios que determine la Administración pública y que posibilitan dicho acceso.

Existe una exigencia general a que la información estatal sea auténtica, verdadera, verificable y no controvertible, accesible a todos, sin discriminación de personas ni medios, fácilmente comprensible por su claridad en el lenguaje, de utilidad para la sociedad y sus ciudadanos. Este principio también debe aplicarse a la información disponible al público en el sector de las telecomunicaciones.

Dada la importancia y envergadura de este tema dedicamos un capítulo especial en la Tesis Doctoral al objeto de analizar los principios normativos sobre el acceso a la información, así como las excepciones a dicho acceso, en base al principio de confidencialidad. Remitimos a la lectura del Título III de la presente investigación.

En consecuencia, no hay duda aquí que, en términos generales, la información que posee el regulador del sector en el marco de sus funciones públicas es información administrativa, precisamente por ser un organismo público. No obstante, dada la especialidad del sector de las

²⁶ SÁEZ LORENZO, María Concepción. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*. Madrid: Dirección General de Estudios y Documentación, 1982, p.8-9.

telecomunicaciones, debemos definir qué entendemos por información regulatoria.

II.3. La noción de información regulatoria

A los efectos de precisar el concepto de información regulatoria – una de las finalidades de este capítulo- resulta imprescindible citar el considerando 13 de la Directiva Marco que sintetiza los diferentes procedimientos en los que la información del sector de las telecomunicaciones cobra especial importancia, no sólo desde el punto de vista económico de la regulación sino también jurídico, al establecer cuáles son los mecanismos de obtención de información.

Dicho precepto especialmente expone lo siguiente:

“Las autoridades nacionales de reglamentación necesitan recabar información de los agentes del mercado para desempeñar eficazmente su cometido. También puede resultar necesario recoger tal información por cuenta de la Comisión, para que ésta pueda cumplir con las obligaciones que le impone la legislación comunitaria. Las solicitudes de información deben ser proporcionadas y no suponer una carga excesiva para las empresas. La información recogida por las autoridades nacionales de reglamentación debe estar a disposición del público, salvo en la medida en que tenga carácter confidencial con arreglo a las normas nacionales sobre el acceso del público a la información y sujeto a las legislaciones comunitaria y nacional en materia de secreto comercial”.

En el conjunto de artículos de las diferentes Directivas comunitarias que integran el MRCE -inclusive en sus considerandos- se establecen distintos procedimientos de información que entendemos responden a una doble función de la información. Por un lado, como instrumento que contribuye a la adopción de medidas regulatorias del sector y como herramienta de control sobre el desarrollo de la competencia en el mercado de

las telecomunicaciones; y por otro lado, como mecanismo de difusión a las partes interesadas del sector sobre las condiciones, las obligaciones, los derechos, los precios, la evolución del mercado en estudio, y demás circunstancias que rodean a la regulación del sector.

Por esta razón, cuando hablamos de información regulatoria y más precisamente de los procedimientos de información en el sector de las telecomunicaciones de cara al marco regulador vigente debemos distinguir, por un lado, la información obtenida en el ejercicio de las competencias de las ANR para solicitar información de todo tipo incluso financiera, en cumplimiento de sus misiones y, por otro, la información que publica o bien la información brindada por las empresas del sector de las telecomunicaciones cuyo acceso se permite a terceros, ya sean usuarios como los mismos operadores, otras ANR y la Comisión Europea, salvo que dicha información tenga carácter confidencial.

Asimismo debe ser objeto de consideración la existencia de derechos y deberes de los operadores en relación con esa información, conforme a los principios de proporcionalidad, transparencia, razonabilidad y confidencialidad de la información, que en títulos posteriores abordaremos; y también al derecho que poseen los usuarios respecto de su conocimiento sobre las condiciones del servicio que prestan los operadores, para poder hacer sus opciones de consumo.

Esta información regulatoria constituye un bien que cada día tiene mayor valor en los diferentes mercados, y cuya producción tiene un coste y que, además, tiene características de bien público: una vez que la información es producida, el coste de divulgarla es bajo. *“En estas circunstancias, cuando la información es proporcionada por el mercado, su producción será inferior a la socialmente deseable”*²⁷.

²⁷ CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Quinto Causa de la regulación: insuficiencias y fallos del mercado, p.163.

A su vez, la información regulatoria es un recurso económico, uno de los activos empresariales más importantes del sector de las telecomunicaciones, razón por la cual la reticencia de los operadores requeridos a suministrarla –con fundamento en la revelación de estrategias comerciales o de secretos comerciales- constituye un obstáculo para lograr una regulación transparente en términos de eficacia.

La información regulatoria, desde su función social y en beneficio del interés general, nos muestra entonces otra cara de su importancia, la de otorgar mayor transparencia a los procesos regulatorios, así como la posibilidad de que las ANR puedan no sólo ejercer sus funciones aplicando información regulatoria del mercado, sino también controlar la evolución de la competencia en el sector en estudio.

Dentro de la Doctrina entendida en la materia, Muñoz Machado²⁸ es quien hace un análisis claro y concreto de la regulación mediante información y sienta diferentes premisas, que a continuación sintetizamos.

En primer lugar, una agencia reguladora debe poseer competencias mínimas, como el derecho a recabar información, acompañado de potestades de vigilancia e inspección para asegurar la exactitud y veracidad de los datos.

Segundo, que si bien la función de obtener información e informar es básica e indispensable en cualquier organismo regulador puede creerse que es una función con muy poco valor de ordenación, si es la única con que cuenta un organismo regulador. Pero esta cuestión nunca es absoluta.

En tercer término, que la eficiencia en la regulación está condicionada a la existencia de datos ciertos y en el conocimiento suficiente de las situaciones de hecho y esta información no puede reemplazarse por ninguna otra.

²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Servicio público y Mercado*. Tomo I Los Fundamentos. Madrid: Civitas, 1998, p.1198-1199.

Y en cuarto lugar, la regulación por la información puede ser una forma suficiente de control sobre la actividad de las empresas que operan en un sector, *“incluso preferible a una regulación más detallada pero difícil de aplicar en la práctica o del empleo de formas de autorregulación que no son suficientemente transparentes”*.

Por esa razón hay un derecho a obtener la información necesaria para la regulación y un deber de aportarla por quienes operan en el sector, en aras de lograr medidas regulatorias en un marco de transparencia administrativa.

El aumento de información posibilita una mayor “inteligencia” en el sector y el incremento de los flujos de información de tipo económica, jurídica, financiera, tecnológica que contribuye a la inexistencia de fraude a la competencia.

Nuestra primera aproximación al MRCE puso en evidencia la importancia conferida a la información en este sector y, principalmente, a las diferentes funciones que entendemos cumple la misma, de acuerdo a la finalidad perseguida en cada uno de los procedimientos de información, así como respecto de los agentes que intervienen en los mismos.

Precisamente el artículo 11 de la Directiva Autorización establece que la petición de información, en virtud de una autorización general, debe resultar adecuada y justificada para que las ANR puedan comprobar sistemáticamente o caso por caso el cumplimiento de las aportaciones financieras a la financiación del servicio universal, de las tasas administrativas, de los cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos, así como de las condiciones que pueden asociarse a una autorización general, a los derechos de uso de radiofrecuencias y a los derechos de uso de números; fijar procedimientos y evaluar solicitudes de otorgamiento de los derechos de uso; publicar síntesis comparativas de la calidad y el precio de los servicios -en beneficio de los consumidores-, así como elaborar estadísticas, o efectuar análisis del mercado.

Si bien existe una potestad general de los reguladores, como parte de la Administración Pública para obtener la información, en el MRCE está específicamente establecida (art. 5 Directiva Marco).

La regulación que plantea el MRCE es una regulación que, en parte, utiliza la información para el logro de sus objetivos –como hacía referencia el considerando 13 de la Directiva Marco antes citado o como tendremos oportunidad de observarlo en capítulos posteriores–, es decir que poseer información veraz y cierta sobre los operadores del mercado, es un medio para la regulación eficiente en el sector de las telecomunicaciones.

Es ésta una regulación orientada a la consolidación de la competencia y hacia la eficiencia de la regulación mediante la información. Precisamente la normativa prevé las potestades de vigilancia e inspección para asegurar la exactitud y veracidad de los datos aportados, publicados, transmitidos e intercambiados.

En principio, la información con que cuenta el regulador, se caracteriza por tres notas fundamentales. La accesibilidad, es decir que puede acceder a ella quien la necesita para cumplir sus funciones; la confidencialidad, principio por el cual acceda a la información sólo quien esté autorizado debido a las características de los datos y los posibles perjuicios que acarrearía la publicación de los mismos o el acceso de terceros no autorizados, y finalmente la integridad, que implica la inalterabilidad del contenido de la información por quien acceda a la misma.

Sabemos que los problemas de información se producen por la inexistencia, insuficiencia, inexactitud, limitación en el acceso o falta de veracidad de datos y conocimientos de que disponen los operadores, los usuarios y el regulador; y que repercute en la regulación del sector y la coordinación económica de la actividad.

Las empresas, que actúan movidas por el propio interés, generalmente sólo están dispuestas a compartir información si ello no les supone ningún perjuicio, o le reporta beneficios.

Entendemos que una mayor participación de los operadores aportando información veraz del mercado, posibilitaría la toma de decisiones lo más correcta posible, o al menos lo más cercana a la solución de las necesidades y problemas planteados en el sector, de acuerdo a los intereses concretos, medida que responde a la idea de participación funcional de los administrados.

Debe existir un necesario equilibrio entre los diversos intereses existentes en el sector de todas las partes interesadas. Todo ello puede ser posible mediante las consultas públicas, que incorporen mecanismos de participación que arrojen transparencia en las decisiones y actuaciones de las ANR. Esta transparencia puede traer aparejada decisiones debidamente motivadas, y que la información, en que se fundamenta, esté disponible al público, en la medida de lo posible de acuerdo a las características de la misma.

De hecho, como lo expresa la doctrina *“no se puede hablar de democracia, transparencia y eficacia si no se garantiza la publicidad de las actuaciones administrativas y la participación de los ciudadanos en la adopción de las medidas que afectan a sus intereses”*²⁹.

Los procedimientos de información y consulta contenidos en el MRCE requieren de elevados costes de información, explicación y participación de los agentes que intervienen en el sector, y también de control en su aplicación y cumplimiento de los objetivos propuestos en esta normativa.

Precisamente una de las principales dificultades para la regulación deriva de los defectos de la información, de su carencia, insuficiencia, completitud, exactitud, veracidad y correspondencia con la realidad. En este sentido una de las mayores reticencias en la información es dar a conocer, entre otras circunstancias, los costes reales de los operadores que intervienen en el mercado. Esta falta de información repercute al momento

²⁹ CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de la regulación económica en la Unión Europea*. Madrid; Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Undécimo. Perspectivas de la regulación europea, p.332.

que las autoridades reguladoras necesitan fijar los precios, conforme a los datos que surgen de los controles que realizan de la actividad económica de los operadores.

El poseer o no información es pues un factor que incide en la captura del regulador porque en la mayoría de los casos la información que necesitan las ANR deriva de los propios operadores del mercado.

Una de las teorías más claras sobre el fallo del gobierno es la posibilidad de que los reguladores sean capturados precisamente por los grupos de interés a los que deben regular, es decir que *“el riesgo no es sólo de captura por los intereses regulados, sino de manipulación por los intereses políticos respecto de los cuales se espera que los reguladores sean independientes y establezcan medidas que persigan objetivos técnicos y no sucumban a consideraciones o intereses políticos partidistas y coyunturales”*³⁰.

Sabemos que cuando el mercado no basta para corregir los problemas de información y las regulaciones estatales directas son ineficientes o innecesarias, el Estado puede crear un modelo regulador para el sector, consagrándose derechos y obligaciones de usuarios y operadores, fomentando la competencia efectiva, prohibiendo ciertas conductas anticompetitivas y estableciendo nuevas reglas para contribuir al desarrollo del mercado.

En ese sentido, regular requiere no sólo analizar los fallos del mercado sino también las insuficiencias de la regulación existente y determinar sus reformas necesarias. Y en esa dirección, todos los procedimientos de información tal y como los propone el MRCE, podrían ser herramientas para una regulación y una reglamentación eficaces en el sector, que permita o posibilite la aplicación armonizada de la nueva normativa en toda la Unión Europea, y como instrumento de control acerca del cumplimiento de las obligaciones por parte de los operadores, sobre el desarrollo del mercado y la existencia de la competencia efectiva.

³⁰ Ibidem, p.178.

Por todo ello resulta necesario analizar los tipos de información de que dispone el regulador, así como de aquellos procedimientos para regular conforme a ella.

a. Tipos de información regulatoria

De conformidad con lo dispuesto en el MRCE, hemos propuesto diferentes criterios de clasificación de la información del regulador, con el objeto de clarificar el entramado de redes de información existente en la normativa vigente. Para tal fin hemos tenido en consideración las funciones que cumple la información regulatoria, en cada caso, para la consecución de los objetivos perseguidos por la regulación, los sujetos que intervienen como emisores o receptores, y el uso que de ella realizan, o la finalidad última de cada procedimiento de información.

a. 1. Criterio formal

El primer criterio se fundamenta en el grado de participación y/o respuesta del emisor y del receptor de la información. De esta manera podemos hablar de la siguiente información:

1º) Información unilateral, también denominada en sentido único, donde lo importante es la transmisión y difusión de la información y su conocimiento por los destinatarios de la misma. En efecto, el propio regulador o los operadores se ponen en contacto con los usuarios a través de la denominada “*información al público*” o destinada a su publicación, siendo sus receptores, en principio, sujetos pasivos de la misma. Esta información debe ser adecuada y veraz, adaptada al público al que va dirigida, respecto de su intención, léxico y vocabulario para facilitar su comprensión.

2º) Información bilateral, también denominada de “ida y vuelta” o recíproca, donde es posible distinguir dos casos. La información “*de ida*” serían los requerimientos de información que el regulador formula a los operadores en el ejercicio de sus competencias, así como toda la información destinada al público, difundida ya sea por la propia ANR, como por los operadores, con el objetivo de lograr una participación o respuesta activa de los mismos respecto de la cuestión puesta en su conocimiento. Los mecanismos de consulta a las partes interesadas, establecidos en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco, resultan ser un claro ejemplo de ello.

Por su parte la información “*de vuelta*” consiste en la contestación de los operadores a todos los requerimientos de información del regulador, a los efectos de contribuir a la consecución de las funciones del mismo y, en concreto, para que la ANR pueda utilizar dicha información obtenida al objeto de resolver procedimientos administrativos en materia de regulación del sector. El trámite de audiencia o de información pública contenidos en la LRJPAC, artículos 84 y 86 respectivamente, aunque con diferentes finalidades -según del procedimiento de que se trate- constituyen un claro ejemplo de este tipo de información regulatoria.

a.2. Criterio material o sustancial

Un segundo criterio, que utiliza dos elementos clasificatorios, se establece conforme al contenido de la información regulatoria y a los canales de información utilizados.

1º) Informaciones internas: son aquellas que se requieren, elaboran, producen, transmiten y reciben dentro del propio regulador del sector. Pueden ser verticales (se producen de arriba abajo, siguiendo la vía jerárquica), y transversales u horizontales (donde intervienen órganos o funcionarios o diferentes Direcciones o secciones del regulador que pueden o no guardar una

relación jerárquica en el propio regulador). Dichas informaciones pueden ser formales o informales de acuerdo al canal, medios o redes de comunicación utilizados a esos efectos.

Tal es el caso de los dictámenes, los informes internos, las actas de reuniones, los borradores de propuestas, las comunicaciones o notificaciones internas administrativas dentro de la propia organización de la administración regulatoria, sea a través de consultas o informes especializados en relación con un tema que requiere para su elaboración de una persona experta dentro del regulador.

2º) Informaciones externas: son aquellas que exceden el propio ámbito del regulador y se proyectan desde o hacia el exterior. Y dentro de ellas, es posible clasificarlas como:

a) Información pública o abierta, como lo son los informes anuales, trimestrales y estadísticos que publica el regulador, y que dan cuenta de la evolución del sector desde el punto de vista económico, jurídico y regulatorio.

Asimismo lo reconocemos en la transparencia en las tarifas de los operadores, en la publicación de la Oferta de Interconexión de referencia (OIR) y de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA), así como la información que una ANR pone a disposición de los agentes del mercado en el marco de una consulta pública y la publicación por la Comisión Europea de un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas sobre su intención de hacer obligatoria la publicación de determinadas normas o especificaciones, invitando, a tal efecto, a que las partes interesadas formulen sus observaciones.

b) Información restringida. Es aquella información, por cuyas características, su transmisión y difusión se encuentra limitada. Un ejemplo de ello es la información necesaria para la aplicación de las disposiciones de las Directivas

comunitarias, cuya transmisión mutua entre las ANR y las autoridades nacionales en materia de competencia debe garantizar el mismo nivel de confidencialidad, ya sea de la autoridad receptora como de la emisora.

c) Información secreta o confidencial. El principio de confidencialidad de la información, conforme al secreto comercial o industrial, es un factor a considerar al momento de dar tratamiento a la información en el ámbito de las funciones regulatorias.

Existen, por ejemplo, determinadas exigencias que impone el secreto comercial e industrial que impiden que las decisiones que adopte la ANR en materia de litigios entre empresas, se hagan públicas en todos sus términos, salvo en lo que a su motivación corresponda.

En este sector cobra especial interés el hecho de que normalmente la información regulatoria contiene secretos comerciales que el operador de telecomunicaciones no está dispuesto a hacer público por revelar sus estrategias comerciales.

Por ello, en el capítulo II del Título Tercero de la presente Tesis Doctoral, tendremos oportunidad de analizar el principio de confidencialidad de la información regulatoria.

3º) Informaciones corporativas: son aquellas informaciones o datos que las ANR y/o los operadores de un sector económico proyectan al público para dar a conocer sus servicios, tarifas, productos, fundamentalmente mediante la publicidad, sea ésta institucional o no, y a través de sus páginas webs.

Finalmente es posible establecer un tercer criterio para clasificar a la información regulatoria teniendo en consideración las diferentes funciones que puede cumplir la información en pos de la consecución de los objetivos recogidos en la normativa vigente en el sector de las telecomunicaciones, pero

lo expondremos más adelante en el Capítulo III del Título Segundo, cuando analicemos la incidencia de la información en la regulación del sector.

III. Regulación e información

El proceso de liberalización en el sector de las telecomunicaciones ha ido necesariamente acompañado de medidas regulatorias. Así, con el devenir del proceso de liberalización el poder público pasó a tener una función directiva y de regulación del mercado conformándose, en los diferentes Estados miembros, las ANR –también llamadas de regulación– de acuerdo al alcance otorgado en las legislaciones nacionales.

La regulación es la actividad que la Administración pública lleva a cabo para ordenar la actividad económica, ya sea modulando el comportamiento de las entidades prestadoras de los servicios objeto de regulación, como también las actuaciones que directamente cumple la propia Administración en el sector económico, bien de forma directa, bien mediante la utilización instrumental de entidades interpuestas, públicas y/o privadas³¹.

Existen dos principios fundamentales en materia de regulación, que requieren ser indicados en nuestra exposición. En primer lugar que la regulación deber ser el instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas, puesto que el principio del Estado de Derecho, presidido por el principio de legalidad, exige una norma con rango legal para limitar los derechos de los ciudadanos³². Y, en segundo lugar, que en general la regulación aparece debido a los fracasos o fallos del mercado o a la inexistencia de competencia en el mismo, dado que cuando éste verdaderamente funciona no hay mejor regulación porque entonces es el

³¹ RETORTILLO, Martín. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: La Ley, 1988, p.53.

³² Esta norma legal que podrá ser desarrollada por reglamentos de las Administraciones públicas y posteriormente ejecutados a través de las concretas medidas de intervención diseñadas en las normas". CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Cuarto Definición, desarrollo y tipos de regulación, p.125.

mercado el que determina cantidades, asigna precios e impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes concurren.

Aquí juega un papel fundamental la transparencia como condición para favorecer la competencia y como elemento esencial en la regulación, a través de la información que se transmite, se utiliza y se publica de cara a la regulación del sector.

El organismo regulador independiente y especializado que necesite adoptar medidas razonables y esté en condiciones de analizar el mercado, imponer obligaciones a sus operadores y controlar la razonabilidad de los precios de los servicios de telecomunicaciones e inclusive formular reformas en el sector, necesita de datos e información actualizada y veraz que fundamente su accionar e inclusive que posibilite la adopción de sus medidas correctoras, en pos de lograr una mayor transparencia y alcanzar una regulación eficaz.

III.1. Hacia un sistema regulador transparente mediante información

Información y transparencia constituyen un binomio fundamental y un principio de la regulación. La transparencia está íntimamente vinculada al acceso del público a la información que disponen las Administraciones públicas, y en esa dirección también la transparencia en los procesos decisorios refuerza la independencia del regulador y contribuye al fomento de la seguridad jurídica de los agentes del sector frente a las decisiones adoptadas.

Si bien la Constitución española no hace referencia expresa al principio de transparencia de la actividad administrativa, la misma contiene otros preceptos que aluden indirectamente a este principio. En su artículo 1.1 la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, así como el principio de eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas –artículo 103.1- o con el control jurisdiccional de la actividad administrativa y en relación con el

principio de sometimiento a los fines que la justifican, de conformidad con el artículo 106.1. Aplicamos esos principios a la transparencia en el marco de la regulación del mercado de las telecomunicaciones.

Muñoz Machado sostiene que el deber general de transparencia, propio de todas las Administraciones Públicas, puede cumplirse de modo más perfecto por las agencias independientes que por los órganos administrativos tradicionales, dado que estos últimos están *“más vinculados a inercias y prácticas más oscurantistas de desarraigar”*³³.

Hablar de transparencia regulatoria implica referirnos a los siguientes cinco elementos:

- a) La claridad de las reglas y principios reguladores para la aplicación del marco regulador vigente a las diferentes situaciones en que interviene el regulador.
- b) El acceso de los interesados al expediente administrativo en el marco de las competencias regulatorias del Estado.
- c) La información aportada por los operadores en relación con la prestación de los servicios y sus niveles de calidad, los precios de acceso, las tarifas a los usuarios finales, entre otros.
- d) El acceso del público para participar en los procesos regulatorios, normalmente a través de consultas ya sea por escrito o mediante convocatorias públicas.
- e) El conocimiento de la motivación de las decisiones regulatorias, basada en criterios establecidos por la normativa del sector económico objeto de regulación.

Ello nos permite distinguir la transparencia informativa de la transparencia participativa. La primera alude al derecho de acceso de los usuarios y operadores a determinada información sobre las acciones y

³³ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p.1179.

decisiones de los entes reguladores, y no sólo respecto de sus procedimientos sino también a la información que constituye el fundamento de las decisiones regulatorias.

Por su parte la transparencia participativa se refiere a la intervención de los ciudadanos en decisiones políticas, ya sea en forma representativa o a través de su participación directa. Esta participación debería incluir no sólo a las empresas reguladas sino también a los ciudadanos e inclusive a miembros de la comunidad académica, al objeto de crear y fomentar un sistema de regulación más transparente y participativo que podría promover ideas innovadoras que beneficiarían al público y a las empresas de telecomunicaciones.

En este sentido, es muy importante la legitimación que produce la participación de los usuarios, consumidores y demás agentes del mercado en los procedimientos de adopción de decisiones por las ANR, mediante la aportación de datos, debatiendo los proyectos de medidas regulatorias, formulando sugerencias y siguiendo todo el procedimiento de consulta pública y elaboración de dicha decisión, siempre y cuando se respete el principio de confidencialidad de la información.

La transparencia no es un principio absoluto sino que existen límites al acceso dado por razones de interés público (secretos de Estado o Secretos oficiales) como de interés particular (secreto comercial e industrial). Uno de los mayores obstáculos para la transparencia en la regulación de un sector como las telecomunicaciones es que los temas técnicos y económicos que se discuten en el proceso de fijación de tarifas –y en la creación de normas técnicas, por ejemplo – son sumamente complejos, y normalmente los usuarios no cuentan con la suficiente información para emitir su opinión al respecto, o para lograr comprender, de forma integral la decisión a adoptar por el regulador. En ocasiones son los mismos operadores quienes no facilitan dicha información de manera clara y accesible.

Precisamente, los procedimientos regulatorios no están pensados para enfrentar todas las asimetrías de información y ello contribuye a la falta de transparencia.

III.2. La asimetría informativa como fallo del mercado

a. Concepto de asimetría informativa

Una de las principales razones que justifican la regulación de mercados es la presencia de asimetría de información entre consumidores y proveedores, o entre proveedores y reguladores, en relación con el bien transado o respecto del mercado de que se trate, respectivamente. Este fenómeno ha sido objeto de estudio por la doctrina económica, tal como podremos observar seguidamente.

La asimetría informativa constituye un fallo del mercado en el cual se quebranta la optimalidad Paretiana que caracteriza a los mercados competitivos en ausencia de otras distorsiones. La razón de esta ineficiencia se encuentra en el hecho de que los individuos, ante una relación contractual existente o potencial con las empresas que suministran bienes o prestan servicios, pueden adolecer de una información suficiente o adecuada sobre esas empresas o sobre sus productos y servicios, lo cual crea una asimetría negociadora y dificulta la correcta formación de la voluntad³⁴.

En el mercado de las telecomunicaciones existe información asimétrica, es decir que, en términos generales, los operadores del sector poseen mayor información del mercado que el regulador. Asimismo, esta brecha de asimetría de información es aun más acuciante en un sector, como son las telecomunicaciones, donde la tecnología avanza a un ritmo acelerado y los servicios y prestaciones se tornan cada vez más complejos.

³⁴ CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de la regulación económica en la Unión Europea*. Madrid; Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Cuarto Definición, desarrollo y tipos de regulación, p.138.

Precisamente se conoce por fallo del mercado a la “*situación en la que en la que un mercado no asigna eficientemente los recursos por sí solo*”³⁵. La asimetría de la información es un elemento determinante del balance de poder entre el organismo regulador y las empresas reguladas y constituye una restricción a incorporar en la búsqueda de la regulación óptima.

Las diferencias de información que existen entre el regulador y el operador se centran, principalmente, sobre aspectos relevantes como sus costes, la tecnología utilizada y sobre la demanda.

Por ello, cuanto menor sea la intensidad de la asimetría de la información entre regulador y la empresa regulada, tanto más será eficaz la regulación y tanto más cercana la prestación de los servicios a las condiciones de eficiencia.

b. La teoría económica y la asimetría de información

Tal como hemos expuesto con anterioridad, puede decirse que, en términos generales, el regulador depende de una forma u otra de la empresa regulada para obtener la información que necesita para el desempeño de sus funciones. Pero los intereses de uno y otro por revelar dicha información son completamente diferentes. El cometido del regulador es maximizar el bienestar general, mientras que el del regulado es maximizar sus propios beneficios y tener las mínimas limitaciones regulatoras.

Los problemas de información de los reguladores, la carencia - absoluta o no- de datos técnicos, económicos, y sociales completos y exactos, o al menos lo más completos posibles respecto de las actividades que pretende regular, inciden negativamente en la eficiencia de la regulación, en la razonabilidad de las medidas que pudieren adoptar las ANR, de acuerdo a las necesidades del mercado. Es decir que en muchas situaciones los reguladores

³⁵ MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*. RABASCO ESPÁRIZ, Esther; TOHATÍA CORTÉS, Luis (Traductores). Madrid: McGRAW-HILL, 2002, p.8.

no cuentan con suficiente información – lo más completa y veraz posible- para adoptar medidas regulatorias eficaces.

Otro tanto sucede con los consumidores, usuarios u operadores que, como sostiene la doctrina, *“carecen de la información sobre los precios o las características de los bienes y servicios necesaria para adoptar decisiones económicamente eficientes. En esos casos, la búsqueda de información se convierte en una actividad económica relevante y costosa, que en ocasiones supone asumir unos costes superiores a los beneficios conseguidos, de manera que se termina renunciando a la búsqueda de toda la información que permitiría la decisión óptima”*³⁶.

Y allí aparecen los problemas de información asimétrica, cuando uno de los agentes que intervienen en una transacción tiene mayor información que el otro, o específicamente no conocen las características cuantitativas y cualitativas de los bienes o servicios producidos o prestados respectivamente³⁷.

En la teoría económica moderna, la regulación se analiza generalmente como el problema del agente-principal, donde el principal es el organismo regulador o el gobierno y el agente el cuadro directivo de la empresa que es objeto de regulación³⁸. La regulación se considera entonces un juego estratégico en el que el agente busca maximizar sus propios beneficios, mientras que el principal trata de inducirlo a actuar en función de la maximización del bienestar general. Sin embargo el regulador –el principal- se encuentra limitado por la carencia de información sobre el regulado –el agente- y sobre las circunstancias que rodean a la prestación del servicio y su conducta en el sector. Como consecuencia de ello no puede observarlo con la precisión

³⁶ CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Quinto Causa de la regulación: insuficiencias y fallos del mercado, p.163-164.

³⁷ El caso más generalizado de información asimétrica se da cuando los consumidores no conocen bien las alternativas de precio-calidad de los bienes que ofrece el mercado, lo que provoca importantes disfunciones. Y puede darse la situación que los operadores no tengan suficiente información acerca de las necesidades de los usuarios. CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Quinto Causa de la regulación: insuficiencias y fallos del mercado, p.164.

³⁸ Laffont, J.J y Tirole, J. (1993) *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. MIT Press, Cambridge, Mass.

necesaria que requiere para adoptar las medidas regulatorias adecuadas a la situación del mercado.

En general la información que posee cualquier empresa que opera en un sector como el de las telecomunicaciones, como puede suceder en otros, no es del todo perfecta pero supera a la que tiene acceso el regulador, especialmente en relación a los costes. Si el regulador tuviera la misma información y supiera exactamente cuánto le costaría a una empresa eficiente prestar el servicio pertinente, sólo le restaría establecer un plan máximo de actuación del operador a fin de maximizar el bienestar general y ordenar que éste lo ejecute.

Pero el hecho de encontrarse en desventaja en materia de información respecto al regulado, hace que el regulador tome decisiones con un alto grado de incertidumbre, es decir que están fundadas en un conocimiento que podría resultar insuficiente.

El regulador no puede confiar únicamente en que el regulado le proporcione información veraz, completa, cierta, dado que puede usarla estratégicamente para influir en las decisiones del organismo regulador a su favor, y en ese sentido el regulado posee incentivos para presentarle la información en forma selectiva y hasta parcializada.

Desde el análisis económico, existen dos principios o fuentes de la asimetría de información, también denominadas por Laffont y Tirole (1993) como restricciones informacionales.

En razón de la existencia de la asimetría de la información, el regulador debe enfocar su atención en aquellas conductas del regulado que pueda medir y observar con facilidad, pero también que puedan brindarle los datos necesarios o aquellos que requiere para adoptar sus decisiones, de forma eficaz.

No obstante ello, no debemos olvidar que el regulador puede utilizar diferentes mecanismos para obtener información de los operadores, es decir que puede crear sistemas de incentivos para que las empresas que

regula se sientan motivadas a suministrar su información a fin de maximizar el bienestar general y sus propios beneficios como empresa, en vez de extraer rentas de su ventaja informativa.

El primero de ellos es la selección adversa (“adverse selection”) o información oculta (“hidden information”), que existe *“cuando una persona tiene más información que otra sobre los atributos de un bien, por lo que la persona desinformada corre el riesgo de comprar un bien de baja calidad”*³⁹.

Esto traducido a nuestro tema de análisis, se evidencia en el hecho de que el operador tiene más información que el regulador sobre las variables exógenas del mercado. Por ello, el regulador tiene la necesidad de poseer información lo más veraz, cierta y completa posible, para adoptar las medidas reguladoras.

El segundo es el riesgo moral (“moral hazard”)-también denominado problema de las actividades ocultas (“hidden action”)- que se produce *“cuando una persona, llamada agente, realiza una tarea en nombre de otra, llamada principal. Como el principal no puede controlar perfectamente la conducta del agente, éste tiende a realizar menos esfuerzos de los que considera deseable el principal. El término riesgo moral se refiere al riesgo de que el agente se comporte de una manera poco honrada o adecuada. En este tipo de situación, el principal trata de diversas formas de animar al agente a actuar de una manera más responsable”*⁴⁰.

Es decir que las empresas reguladas poseen información que pueden modificar discrecionalmente, al ser variables endógenas, y que el regulador no puede observar con precisión.

El regulado puede actuar estratégicamente en respuesta a las políticas establecidas en materia de regulación del sector, lo cual le permite obtener una renta derivada de sus ventajas en materia de información,

³⁹ MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*. RABASCO ESPÁRIZ, Esther; TOHATÍA CORTÉS, Luis (Traductores). Madrid: McGRAW-HILL, 2002, p.369.

⁴⁰ *Ibidem*, p.369.

reduciendo así la eficiencia de la regulación y condicionando, en consecuencia, las medidas, los instrumentos y las orientaciones regulatorias.

Laffont y Tirole ⁴¹ desarrollan el modelo de información asimétrica en costes, para el caso en que al regulador le sea imposible observar el esfuerzo del operador en la reducción de costes. La disyuntiva del regulador se centra entre evitar la ineficiencia productiva –porque el regulado no siempre hace el esfuerzo socialmente óptimo para la reducción de costes-, la ineficiencia en la asignación – dado que existe una renta informacional para la revelación de informaciones por parte del operador- y los resultados en la distribución.

Sabemos que en este mercado la información no es perfecta, sino imperfecta y costosa de conseguir. La búsqueda de información por parte del regulador como de los operadores, tiene costes directos y costes de oportunidad de tiempo.

La actividad de recabar información genera, a largo plazo, rendimientos decrecientes lo que, traducido en costes, implica que el coste marginal de obtener información aumenta conforme se recaba más. Por ello la regulación requiere, en muchos casos, de un volumen significativo de recursos, debido a los altos costes de crear las condiciones mínimas de información y transparencia.

Pensemos que si la evolución de las condiciones tecnológicas y de mercado es acelerada –como es el caso de las telecomunicaciones-, el organismo regulador tendrá más dificultades para adquirir información necesaria para ejercer su función y aquella puede volverse obsoleta antes de que pueda actualizarla⁴².

Por otra parte, los resultados fundamentados en la teoría de la regulación, debidos a Baron y Myerson⁴³ y a Laffont y Tirole, muestran que el

⁴¹ LAFFONT, JJ; TIROLE, J. (1986). *Using Cost Observation to Regulate Firms*, *Journal of Political Economy* 94.

⁴² BEESLEY, M.E.; LIITTLECHILD, S.C. (1989), *The regulation of privatized monopolies in the United Kingdom*, *The RAND Journal of Economics*, volumen 20, N°3.

⁴³ BARON, D. y R. MYERSON (1982). *Regulating A Monopolist With Unknown Cost*. *Econometría*, 50: 911-930.

regulador no puede fijar tarifas iguales a los costes cuando la información necesaria para hacerlo es asimétrica, porque aunque el regulador lo pueda hacer muy bien, las tarifas serán más altas que los costes y el regulado siempre obtendrá una renta económica, a la que suele llamarse “*renta de información*”.

La existencia de información asimétrica permite a las empresas sacar partido de su monopolio de información y obtener beneficios por encima de lo normal, lo que da lugar a una pérdida general del bienestar social o a una asignación ineficiente de recursos. La información asimétrica bloquea la posibilidad de que se consigan simultáneamente la eficiencia productiva -que exige que el precio sea el más bajo posible- y la eficiencia en la asignación de recursos. Por lo cual se precisa que el precio esté cercano al costo marginal y conduzca a una compensación recíproca entre ambos. En este contexto, para que un sistema regulador sea eficiente, el objetivo del regulador debe consistir en diseñar mecanismos incentivos para que las firmas reguladas se sientan motivadas a emplear su información de calidad superior con el objeto de maximizar los objetivos de la sociedad mientras persiguen al mismo tiempo su propio interés.

La teoría económica reconoce que existen diferentes mecanismos que pueden utilizar los reguladores para, al menos si no eliminar, reducir las asimetrías de información. Sin embargo debemos dejar en claro que no es realista pretender que el regulador pueda recabar o “*extraer*” toda la información relevante a las empresas reguladas.

Podemos hablar de mecanismos de revelación de información, de mecanismos de descubrimiento de información y de mecanismos de extracción de la información, de acuerdo al grado de intervención y de intencionalidad en la actividad del regulador.

En el primer caso estaríamos en presencia de procedimientos que intentan inducir, normalmente mediante la promoción de alguna forma de competencia, un cambio en el comportamiento de las empresas reguladas que

provea indicios informativos relacionados con las condiciones de costos y de la demanda que ellas enfrentan.

Por su parte los mecanismos de descubrimiento de información, tiene por finalidad acceder de forma directa a la información – principalmente la información interna- de las empresas reguladas. Para que la información sea confiable y consistente, debe recopilarse de acuerdo a las normas contables definidas por el regulador.

Los procedimientos de información en los que participan los usuarios constituye una fuente complementaria de información, que cobra un especial protagonismo porque contribuye a evitar que el regulado domine el proceso regulatorio mediante el control de la información, y asimismo otorga al regulador otra visión más completa del mercado.

En cuanto a los mecanismos de obtención de información diremos que mediante ellos los reguladores pueden reducir la ventaja informacional de que disfruta una entidad a regular. Tal como sostienen Baron y Besanko, los mecanismo de extracción de información serían la competencia directa de mercado, la competencia por el derecho de ser el monopolista, la existencia de mercados disputables, la mejora del acceso a la información interna de la firma regulada a través de auditorías y, por último, la búsqueda de información exógena con el fin de reducir la ventaja informativa de los operadores⁴⁴.

El hecho de que el regulador tenga acceso a más y mejor información contribuye a una regulación eficiente y el que exista más de una empresa operando en un mercado regulado reduce el problema de asimetría y permite una mejor regulación.

A los efectos de asegurar un acceso adecuado de los reguladores a la información de las empresas reguladas, es imprescindible que el regulador

⁴⁴ BARON, D.; BESANKO. *Regulation, asymmetric information, and auditing*. The Rand Journal of economics. 1984, Vol: 15, No. 4.

tenga competencias para recabar los datos que necesita a fin de dar cumplimiento a sus funciones regulatorias, así como atribuciones de tipo operativas que le permitan efectivamente obtener esa información, es decir de poderes de inspección y de control.

Asimismo, y en esa dirección el regulador debe determinar cuál es la información que necesita conocer –a través de parámetros cuantitativos y cualitativos- y de qué manera debe aportar a la entidad regulada.

En términos generales podemos decir que, las empresas reguladas generalmente tienen la obligación legal de entregar, de manera periódica y permanente, la información que le requiere la ANR –si estamos hablando del sector de las telecomunicaciones-, cumpliendo con los formatos de entrega de la información y su nivel de desagregación, aportando datos de forma completa, veraz y exacta, de acuerdo a las definiciones y reglas contables predeterminados y cumpliendo los plazos establecidos en la normativa que lo fundamenta.

Por otra parte el regulador debe crear otras redes de comunicación con otros organismos de la administración pública, con el fin de obtener información y actuar coordinadamente en temas regulatorios comunes.

Sin embargo, en muchos casos, pese a estar expresamente establecidos en el régimen jurídico todos estos aspectos antes detallados, es decir los mecanismos de extracción, descubrimiento y revelación de información, en ocasiones las empresas reguladas ponen trabas al acceso a la información. La primera es incumpliendo los requerimientos de información al limitar la información que será suministrada, ya sea presentándola de forma incompleta o contestando con información no solicitada por el regulador. La segunda es dilatando la entrega de los datos, reteniendo la información para forzar a iniciar procedimientos que obliguen a la empresa a entregarla, o pidiendo el máximo de prórrogas para la remisión de dicha información. La tercera consiste en presentar quejas por el volumen de información solicitada, por el nivel de desagregación de los datos solicitados, porque el regulador ya

cuenta con la información que solicita, o porque se podría dañar la posición competitiva de esa empresa frente a otros operadores, al revelarse información que considera estratégica y por lo tanto confidencial.

Todas estas tácticas dilatorias de las empresas en la entrega de la información solicitada se deben, en parte, a que no existen sanciones importantes por estas conductas, o si existen no se aplican o son insignificantes, y muchas veces las empresas prefieren pagar las multas que entregar la información o entregarla fuera de plazo, a riesgo de ser sancionado. Y sumado a ello, judicializar los requerimientos de información implica ganar tiempo, en algunos casos varios años, para aportar información que, con el paso del tiempo ha perdido vigencia, reduciéndose su valor al objeto de fundamentar las decisiones regulatorias.

Por ello consideramos fundamental analizar, en nuestro próximo capítulo, cómo se logra obviar la deficiencia de información ya sea a través de la creación de incentivos convenientes o de mecanismos para requerir información, con la finalidad de que los agentes revelen aquella información privada que poseen y que es relevante para las decisiones del regulador.

No podemos desconocer que existe una gran expectativa, por parte de las empresas reguladas, respecto a cómo utilizará el regulador la información que le suministrarían, al momento de adoptar una medida regulatoria que pudiera afectarlos directamente. Y también una expectativa, quizás aun mayor, sobre las posibles decisiones de los demás operadores que intervienen en el sector, a raíz de la información revelada. Precisamente los operadores siempre señalan que el revelar información confidencial o estratégica podría dañar su posición competitiva.

Por estas razones el regulador debe intentar persuadir a los regulados a aportar toda la información requerida, es decir adoptar mecanismos de revelación de información lo suficientemente completos para tal fin. En ese sentido, que el marco regulador del sector contenga los fundamentos jurídicos para requerir información y la obtención de información

aplicable a la regulación, constituye uno de los pasos más importantes hacia ese objetivo.

IV. Recapitulación

De todo lo expuesto podemos concluir que la información administrativa en un entorno regulador de un sector económico es información regulatoria, fundamentalmente porque las ANR españolas, en concreto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones son Administraciones Públicas, tal como lo establecen los artículos 46 y 48 de la LGTel.

La información que aquí constituye nuestro núcleo de investigación es la denominada información regulatoria, es decir aquella información que, en términos generales, es la que el regulador sectorial requiere y obtiene del mercado y de los operadores que intervienen en él para aplicarlo en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de lograr una regulación eficiente y eficaz.

En el conjunto de artículos de las diferentes Directivas comunitarias que integran el MRCE -inclusive en sus considerandos- se establecen distintos procedimientos de información que entendemos responden a una doble función de la información. Por un lado, como instrumento que contribuye a la adopción de medidas regulatorias del sector y como herramienta de control sobre el desarrollo de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones; y por otro lado, como mecanismo de difusión a las partes interesadas del sector sobre las condiciones, las obligaciones, los derechos, los precios, la evolución del mercado en estudio, y demás circunstancias que rodean a la regulación del sector.

En consecuencia desde la perspectiva de la presente investigación, entendemos por información, en el sector de las Comunicaciones electrónicas, a aquellos datos que deben ser objeto de requerimiento, aportación, transmisión, comunicación, y en su caso publicación y notificación,

por parte de las ANR, de los operadores, de los Estados miembros y de la Comisión Europea, en función del desarrollo defensa y consolidación de la competencia del mercado de las telecomunicaciones. Es decir, la información que posibilita el cumplimiento de las funciones de las ANR a fin de adoptar las medidas regulatorias eficaces para el mercado.

Esta definición recoge las dos vertientes de la información como continente y contenido, como acto y mensaje, que a lo largo de nuestra investigación tendremos oportunidad de analizar.

Asimismo debe ser objeto de consideración la existencia de derechos y deberes de los operadores en relación con esa información, conforme a los principios de proporcionalidad, transparencia, razonabilidad y confidencialidad de la información y también al derecho que poseen los usuarios respecto de su conocimiento sobre las condiciones del servicio que prestan los operadores, para poder hacer sus opciones de consumo.

En este sentido, la información con que cuenta el regulador, se caracteriza por tres notas fundamentales. La accesibilidad, es decir que puede acceder a ella quien la necesita para cumplir sus funciones; la confidencialidad, principio por el cual acceda a la información sólo quien esté autorizado debido a las características de los datos y los posibles perjuicios que acarrearía la publicación de los mismos o el acceso de terceros no autorizados, y finalmente la integridad, que implica la inalterabilidad del contenido de la información por quien acceda a la misma.

Es posible reconocer diferentes tipos de información regulatoria, según sea producida por el propio regulador o por los operadores del mercado, o de ambos. También considerando el contenido de la información regulatoria así como de los canales de comunicación utilizados para su difusión, publicación o aportación, podemos reconocer informaciones internas, externas - abiertas, secretas o restringidas- o de tipo corporativo. De la distinción de cada una de ellas dependerá que se apliquen mayores o menores restricciones en cuando a sus condiciones de acceso y al tratamiento de confidencialidad.

Una de las principales dificultades que tiene la función de regulación es la inexistencia o defecto de la información sobre la que se asientan las medidas reguladoras. Pues en general las grandes empresas no ofrecen información completa sobre sus costes reales, su desarrollo económico y empresarial, etc.

En razón de las asimetrías de información, el regulador debe poder mejorar no sólo la información que resulta imprescindible para adoptar sus decisiones regulatorias, sino también la de los consumidores y usuarios con el objeto de que éstos puedan decidir, según sus preferencias, respecto de los productos y servicios de telecomunicaciones que respondan a sus necesidades.

Por todo ello, el diseño de un marco regulador que incremente las fuentes de información para el regulador, que establezca sin cortapisas las competencias para requerir información a los operadores que intervienen en el mercado, que promueva la independencia efectiva y real de la autoridad regulatoria, y que incluya procedimientos de participación de las partes interesadas en el sector –especialmente los usuarios- tenderá a minimizar la intensidad de la asimetría de información.

Más adelante analizaremos en qué medida la información pública puede constituir un elemento sustancial en el desarrollo y consolidación de un mercado en competencia –en este caso de las telecomunicaciones-, al permitir a las partes interesadas en el sector no sólo poseer información cuantitativa y cualitativamente significativa, para realizar sus elecciones de consumo, sino también para participar en los diferentes procedimientos a través de sus observaciones sobre las medidas regulatorias que adopta el regulador, y las consecuencias que las mismas tienen en el mercado. Siempre y cuando el principio de confidencialidad de la información así lo permita.

A continuación, en el Capítulo 2 analizaremos las competencias y funciones de las ANR, y en particular la relación del regulador con la información del sector.

CAPÍTULO II

Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y sus funciones regulatorias mediante la información

Sumario: **I. Introducción** **II. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación.** 1. Marco conceptual. 2. Las competencias y funciones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el MRCE. a. Anteriores al MRCE. b. Funciones y competencias contenidas en la nueva normativa 3. Esquemas y cuadros sintéticos de conceptualización. 4. El Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. **III. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la información.** 1. El regulador y el papel de la información en la regulación. 2. La información y su contribución al cumplimiento de las misiones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación. **IV. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.** 1. Marco legal. Naturaleza jurídica. 2. Objetivos y funciones del regulador español. **V. El regulador español y los requerimientos de información.** 1. La potestad de requerir información. a. Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones b. Ley 12/1997. c. Ley 11/1998. d. Ley 32/2003. e. Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. **VI Recapitulación.**

I. Introducción

En el presente capítulo estudiaremos la figura de las ANR en su marco funcional y competencial de acuerdo con la normativa comunitaria vigente; este desarrollo nos servirá de base conceptual para analizar la relación entre la regulación y la información del sector que nos servirá de base conceptual para analizar la relación entre la regulación y la información del sector.

El objetivo de este capítulo consiste en analizar el papel que desempeña la información regulatoria en el cumplimiento de las misiones de

los reguladores de las telecomunicaciones y, en ese sentido, abordaremos el marco legal, los objetivos y las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de analizar, en particular, el desarrollo jurídico de la competencia de dicha Comisión para requerir información. Ello se hará a través del estudio de la diferente normativa vigente y derogada, estableciendo cuál ha sido la evolución del marco competencial de esta ANR en relación con la información regulatoria.

II. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación

II.1. Marco conceptual

Resulta primordial comenzar este capítulo definiendo la figura de las ANR, teniendo en consideración la evolución que ha experimentado la misma en la legislación comunitaria en materia de telecomunicaciones en este proceso de liberalización y más precisamente en el MRCE.

Este tratamiento se fundamenta en que, esencialmente, son estas autoridades reguladoras la clave para la aplicación armonizada de la normativa comunitaria, el desarrollo del mercado interior y la consolidación de la competencia. En este sentido la Comisión Europea ha destacado en repetidas ocasiones el importante papel que desempeñan dichas autoridades⁴⁵.

En principio debemos referirnos a la denominación de estas autoridades a fin de clarificar la asimilación entre ANR y el regulador, porque como indica Quadra-Salcedo *“el mismo nombre empieza a resultar equívoco puesto que en realidad no tienen sólo facultades normativas sino que una parte cada vez más importante se refiere a la resolución de discrepancias y conflictos entre las partes”*. Así como resultan importantes las potestades de reglamentación lo son las facultades de aplicación de las normas y por ello

⁴⁵ Octavo Informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones en Europa- Reglamentación y mercados, 2002. Bruselas, 3.12.1002. COM (2002) 695 final.

entiende que *“sería mejor hablar de autoridades de regulación, que de reglamentación o mejor hablar de ambas (Autoridades de Reglamentación y Regulación)”*⁴⁶.

Paloma Llana, junto a gran parte de la Doctrina sostiene que esta figura generalizada en la Unión Europea es conocida como “regulador”⁴⁷.

Se llama regulador sectorial *“al organismo que se responsabiliza de la “regulación para la competencia” en un sector determinado. Este organismo no puede ser un organismo puramente burocrático que se limite a labores típicamente administrativas como las de registro inspección o sanción”, sino que también debe analizar la evolución del mercado “y actuar con mayor o menor intensidad en unos u otros puntos según las disfunciones que aprecie, llegando incluso a emitir normas de obligado cumplimiento: de otra parte, ejerce importantes poderes concretos, como el de fijar tarifas o condiciones de interconexión cuando el mercado no las aporta espontáneamente; y a esto ha de añadirse la necesidad de dirimir los conflictos que normalmente surgirán de la aplicación de las normas regulatoria en una situación donde hay muchos intereses contrapuestos”*⁴⁸.

Precisamente son reguladoras porque reúnen entre su abanico de funciones las normativas, administrativas, de resolución de conflictos, imposición de sanciones, de análisis de los mercados, la determinación, modificación o supresión de obligaciones a los operadores, por lo que la denominación de *“autoridades nacionales de reglamentación”* –estrictamente hablando-, a la luz de los preceptos del MRCE, no sería totalmente abarcativa de esta institución. No obstante empleamos este concepto no sólo porque la

⁴⁶ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. La liberalización de las telecomunicaciones: elementos esenciales y Nuevo Marco Regulatorio/En/QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p.39-40.

⁴⁷ LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. *Nuevo Marco Regulatorio de las Telecomunicaciones*. Barcelona: Bosch, p.161.

⁴⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico (Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Comares, 1999, 678.

normativa comunitaria la utilice de forma generalizada, sino porque la LGTel así lo recoge en su artículo 46.

Conceptualmente podemos afirmar que si bien la Directiva Marco las define en su artículo 2 como *“el organismo u organismos a los cuales ha encomendado un Estado miembro cualquiera de las misiones reguladoras asignadas en la presente Directiva y en las directivas específicas”*, el reconocimiento de las mismas no es un hecho nuevo.

Una de las últimas definiciones vertidas sobre las ANR está contenida en la Decisión de la Comisión que establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, que centra su atención en las funciones que deben cumplir las ANR, en razón de la aplicación armonizada del MRCE, resaltando la nota de cotidianeidad de los problemas que debe resolver como autoridad reguladora en cada Estado miembro, a diferencia de los problemas que puede resolver a escala comunitaria el Grupo de Entidades Reguladoras.⁴⁹

En cuanto a la creación de las ANR, existe una obligación positiva por parte de los Estados miembros, contemplada en el artículo 3.1 de la Directiva Marco. Dicho precepto establece la obligatoriedad en la constitución de las ANR, dado que éstos deben velar *“por que cada una de las misiones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación - mediante esa Directiva como por las directivas específicas- sea desempeñada por un organismo competente”*.

En efecto, la aplicación efectiva y uniforme del Derecho comunitario puede comportar obligaciones positivas para los Estados miembros que *“tienen que hacer todo lo necesario para garantizar el efecto útil”* de las normas comunitarias, tal como lo sostuvo el Tribunal de Justicia de las

⁴⁹ El artículo 2 indica que, a los efectos de esa Decisión, se entiende por ese término a *“la autoridad pública establecida en cada Estado miembro para supervisar la interpretación y la aplicación cotidiana de las disposiciones de las directivas relativas a las redes y a los servicios de comunicaciones electrónicas, según se define en la Directiva marco”* Decisión de la Comisión de 29 de julio de 2002 por el que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/627/CE). DO L 200, de 30.7.2002, p.38-40.

Comunidades Europeas, en la Sentencia Scheer⁵⁰, sin perjuicio de la autonomía institucional y de las obligaciones constitucionales de los Estados miembros.

En ese sentido, cada una de las ANR se ha conformado de acuerdo a la normativa propia del correspondiente Estado miembro, una vez traspuestas las directivas comunitarias que han otorgado facultades a dichos organismos. Todas ellas cumplen, en mayor o en menor medida, con los requisitos establecidos en las Directivas comunitarias.

De acuerdo con las funciones propias de las ANR, la Directiva 90/388/CEE⁵¹ en su artículo 7 ya mencionaba, a modo de principio en la configuración de estas autoridades, a una entidad independiente de los organismos de Telecomunicaciones para la concesión de las autorizaciones de explotación, el control de conformidad y de las especificaciones obligatorias, la atribución de las frecuencias y de números, así como la vigilancia de las condiciones de utilización; debido a la necesidad de que existiera un contrapeso funcional respecto de los organismos de telecomunicaciones, a quienes las legislaciones nacionales atribuyeron una función de reglamentación de los servicios, definiéndose en algunos casos solamente los principios generales de la explotación de los servicios autorizados y concediéndoles a estos la facultad de definir las condiciones específicas de aplicación⁵².

La nota de independencia que debe caracterizar a los reguladores, es decir la separación entre la función de reglamentación y la de prestación del servicio o explotación, ha sido, y es, un rasgo propio de su definición.

⁵⁰ TJCE Asunto SCHEER, sentencia de 17 de diciembre de 1970, 30/70, Rec. p. 1197.

⁵¹ Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990 relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Diario Oficial nº 192 de 24.7.1990, p.10.

⁵² Esta actividad de carácter a la vez reglamentario y comercial de los organismos de telecomunicaciones tiene una incidencia directa sobre la actividad de los operadores económicos que ofrecen servicios de telecomunicaciones en competencia con dichos organismos influyendo asimismo en el suministro de los servicios ofrecidos por sus competidores, reforzándose, consecuentemente la posición dominante que la empresa tiene en el mercado (Considerados 28 y 29 Directiva 90/388/CEE).

La legislación comunitaria -Directiva 92/44/CEE- las ha enunciado como *“el organismo o los organismos de cada Estado miembro, jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de los organismos de Telecomunicaciones, a los que el Estado miembro correspondiente confíe, entre otras cosas, las funciones reglamentarias en el ámbito de cada una de las Directivas relacionadas con las telecomunicaciones”*⁵³.

En esa misma dirección, la Directiva 97/13/CE reiteró que bajo esa denominación se encuentran *“los organismos jurídicamente distintos y funcionalmente independientes, respecto de los organismos de telecomunicaciones”*⁵⁴.

Remontándonos aún más en el tiempo, la Directiva 88/301/CEE⁵⁵ contemplaba en su considerando 9 que la formalización y el control de normas sobre especificaciones técnicas y de los procedimientos de autorización deben confiarse a organismos independientes de los competidores en el mercado de que se trata.

Por su parte, la Directiva 97/51/CE⁵⁶ deriva en el artículo 5 bis de la Directiva 90/387/CEE la definición de las ANR, y establece, en su considerando 9, que los Estados miembros deben garantizar la independencia de las ANR con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones y velar por que la autoridad o ANR de cada Estado miembro desempeñen un papel clave en la aplicación del marco reglamentario establecido en la correspondiente legislación comunitaria.

⁵³ Directiva 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. Diario Oficial n L 165 de 19.06.1992, p.0027-0036.

⁵⁴ Artículo 2 b) "Autoridad nacional de reglamentación": el organismo u organismos jurídicamente distintos y funcionalmente independientes de los organismos de telecomunicaciones, al cual o a los cuales un Estado miembro encomienda la elaboración de las autorizaciones y la supervisión de su aplicación. Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Diario Oficial N° L 117 de 07.05.1997, p.0015-0027.

⁵⁵ Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. Diario Oficial n° L 131 de 27.5.1988, p.0073-0077.

⁵⁶ Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones. Diario Oficial N° L 295 de 29.10.1997, p.0023-0034.

Precisamente esa garantía de independencia estaría definida a partir de especificar que *“las autoridades nacionales de reglamentación serán jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todos los organismos suministradores de redes, equipos o servicios de telecomunicaciones”*⁵⁷, teniendo en consideración la necesidad de la separación estructural efectiva entre la función de reglamentación y las actividades asociadas con la propiedad y el control, cuando los Estados miembros mantengan la propiedad o un control significativo de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones, dándose a conocer públicamente, a estos efectos, las misiones que corresponden a los organismos que tienen encomendadas misiones como autoridades nacionales de reglamentación.

El fundamento de la regla de separación de la función de regulación y la función de gestión del servicio, empresa o actividad consiste, según la doctrina, en que si el regulador y el gestor del servicio no están separados, los organismos públicos o empresas responsables de la gestión se sitúan en una posición de dominio que resulta incompatible con la competencia⁵⁸, quedando las empresas privadas que quieran actuar en el mismo sector en una situación de desigualdad, lo cual repercute en el desarrollo normal del mercado.

No debemos olvidar que el marco regulador hasta entonces vigente constituyó el fundamento jurídico del traspaso del régimen de monopolio hacia la competencia en el sector de las telecomunicaciones y por esta razón las exigencias apuntadas para la configuración de las ANR se orientaron a recrear un mercado competitivo, con un regulador, cuya estructura y funcionalidad debían posibilitar el fomento y la protección de la competencia

⁵⁷ Artículo 5 bis de la Directiva 90/387/CEE del Consejo de 28 de junio de 1990 relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Diario Oficial nº L 192 de 24.07.1990, p.0001-0009.

⁵⁸ MUÑOZ MACHADO, Gaspar. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2004, p.1190.

en el sector y se diferenciaran claramente de la figura del operador. Esta configuración se ve reforzada por la existencia de recursos ante una instancia independiente de las partes involucradas, así como de procedimientos que facilitan la obtención de toda la información necesaria para la aplicación de la legislación comunitaria.

Finalmente, podemos concluir que el artículo 3 del Capítulo II de la Directiva Marco aquí en análisis, reitera las características antes indicadas en la normativa expuesta, sin embargo innova en los siguientes aspectos. En primer lugar, las misiones asignadas a las ANR deben ser desempeñadas por un organismo competente en la materia; garantía que recae en los Estados miembros. En segundo lugar, la transmisión mutua de información entre las ANR y las autoridades nacionales en materia de competencia, así como con la Comisión Europea, es necesaria para la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y de las Directivas específicas. En tercer término, los Estados miembros son responsables de la publicación de las misiones que incumben a las ANR; información que debe ser fácilmente accesible, en particular cuando dichas misiones se asignen a más de un organismo. Asimismo deben garantizar, si procede, la consulta y la cooperación en asuntos de interés común, tanto entre estas autoridades, como entre ellas y las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación sobre la competencia y las responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores. Y, finalmente, en esa misma dirección reitera la necesidad de velar por la independencia de las ANR, la distinción jurídica y la independencia funcional, y refuerza los principios de imparcialidad y transparencia en el ejercicio de sus competencias.

Un análisis comparativo de las primeras Directivas del sector con la Directiva Marco nos permite concluir que la nueva redacción no innova respecto del alcance del concepto de ANR, aunque establece con mayor claridad los contornos jurídicos y funcionales de la figura en estudio, precisando

su campo de actuación, sus principios y objetivos con un grado mayor de orden y sistematización.

De allí que podamos señalar que las ANR deben presentar las siguientes características:

- a) Competencia técnica y jurídica en materia de comunicaciones electrónicas, de acuerdo con las misiones asignadas por la Directiva Marco y demás normativa del sector.
- b) Independencia funcional y distinción jurídica de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas.
- c) Separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades de control en aquellos casos en que los Estados miembros mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.
- d) Cooperación, consulta y transmisión de informaciones con las autoridades nacionales de aplicación armonizada de la legislación comunitaria del sector
- e) Impugnación de las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación ante una instancia independiente.

Resulta evidente que, en virtud del principio de separación de las funciones de reglamentación y de explotación, y de conformidad con el marco reglamentario establecido en la legislación comunitaria, los Estados miembros garantizan la independencia de las ANR bajo la premisa de asegurar la imparcialidad de sus decisiones, sin desconocer la necesidad de contar con recursos económicos, humanos y funcionales imprescindibles para ejercer sus funciones en un ámbito de transparencia, porque su carencia constituye un importante obstáculo para el desarrollo de la labor de dichas autoridades. De esto también se deriva el cuestionamiento de la doctrina sobre la organización administrativa de los Estados miembros en aras de concretar satisfactoriamente las políticas comunitarias, en el caso que nos ocupa, la de

telecomunicaciones: “Esta *profundización del proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones se dirige a la transformación no sólo de las formas de intervención pública en este sector, sino también de la organización institucional interna de los Estados miembros*”⁵⁹.

Ya Quadra-Salcedo adelantaba, al hablar del nuevo Derecho de las Telecomunicaciones, lo que más tarde sucedió con las ANR: “*El nuevo Derecho de las Telecomunicaciones, como en buena medida todos los sectores en los que se introduzca la liberalización, ha de ver la aparición de reguladores con poderes más exorbitantes y más expeditivos que los usuales en el ámbito del derecho administrativo*”⁶⁰.

En la actualidad existe en cada uno de los Estados miembros al menos una ANR, así reconocida por la legislación y la doctrina comunitaria^{61 62}. La posibilidad de pluralidad de estas autoridades queda expresamente previsto en el considerando 11 y en el artículo 3.4 de la Directiva Marco⁶³, que establece la publicación de las misiones de las ANR cuando se asignen a más de un organismo. La problemática que encierra este aspecto es la dispersión de funciones entre las ANR y el ministerio correspondiente, que redundaría en una inseguridad reglamentaria, elemento contraproducente en el desarrollo del mercado. Visible, particularmente, en el caso de que las decisiones de

⁵⁹ VIDA FERNÁNDEZ, José. El condicionamiento de la Organización administrativa de los Estados miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones/En/ GÓMEZ-REINO CARNOTA, E. (coord.). *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

⁶⁰ QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. *Telecomunicaciones y Derecho Público/En/ Derecho de las Telecomunicaciones*. Cremades, Javier (coord.). Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, p.150.

⁶¹ Reguliensrunnsbeörde für Telekommunikation und post (Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones Alemana); National Telecom Agency (Dinamarca); Telekom-Control Commission (Comisión de Control de las Telecomunicaciones en Austria); Finnish Communications Regulatory Authority (Centro de Administración de las Telecomunicaciones de Finlandia); Institut Belge des Postes et Télécommunications (Bélgica); Autorité de Régulation des Télécommunications (Francia); National Telecommunications Comisión (Grecia); Office telecommunications (Gran Bretaña); Telecommunications Miscellaneous provision Act (Irlanda); Onafhankelijke post- en Telecommunicatie autoriteit (Holanda); Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (España); Autorità per le Garanzie nelle Comunications (Italia); Instituto das Comunicações (Portugal); Institut Luxembourgeois des Télécommunications (Luxemburgo); National Post & Telecommunications Agency (Suecia).

⁶² Para una mayor profundización ver Anexo DATOS DE INTERÉS; y PEREZ MARTÍNEZ, Jorge; FEIJOO GONZALEZ, Claudio (et al) *GRETEL 2002*. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, 2002, p.112-124.

⁶³ “... Los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones...” (Considerando 11). “...Los Estados miembros publicarán las misiones que incumben a las autoridades nacionales de reglamentación de forma accesible, en particular cuando dichas misiones se asignen a más de un organismo...” (Artículo 3.4 Directiva Marco).

concesión de licencias o controles de precios que puedan estar influidas por consideraciones de índole política, tal como indica la Comisión Europea en su Octavo Informe⁶⁴.

II.2. Las competencias y funciones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el MRCE

a. Anteriores al MRCE

Repetidamente se ha sostenido que el funcionamiento pleno y efectivo del actual marco regulador es un requisito para el éxito de la transposición de un nuevo marco a la legislación nacional y de su aplicación en los Estados miembros. De allí que corresponda a cada uno de los Estados estudiar la situación del sector de telecomunicaciones y su regulación, a fin de realizar una transición “natural” en un nuevo contexto regulador que pudieran proponer las nuevas directivas.

La separación y delimitación de las competencias reguladoras en este sector entre las ANR que intervienen en cada Estado miembro y las autoridades en materia de competencia, ha sido una de las grandes preocupaciones de la Comisión Europea, plasmado en el Quinto Informe sobre la aplicación del paquete regulador en el sector de telecomunicaciones⁶⁵.

Según la Comisión Europea, las ANR desempeñan un papel fundamental en lo que se refiere a la aplicación coherente de la normativa comunitaria, así como también su participación en el Comité de alto nivel de administraciones nacionales y de autoridades de reglamentación y, en la coordinación del grupo independiente de reguladores frente a las entidades reguladoras separadas de los ministerios nacionales.

⁶⁴ Octavo Informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones en Europa- Reglamentación y mercados, 2002. Bruselas, 3.12.1002. COM (2002) 695 final.

⁶⁵ 5º Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación del paquete regulador en el sector de telecomunicaciones. COM (1999) 537 FINAL.

En esa misma dirección, en el Documento denominado *“Hacia un nuevo marco”*, la Comisión entendió que *“el fomento de la competencia era una de las funciones más importantes de las autoridades nacionales de reglamentación, dado que Derecho de la Competencia se posicionó de manera diferente en esta nueva etapa del desarrollo regulatorio del sector”*⁶⁶.

Asimismo, la Comisión Europea manifestó que la consolidación de la competencia está íntimamente unida a la realización de las funciones de las ANR de acuerdo a los principios contenidos en el MRCE. En el Sexto Informe del Sector de Telecomunicaciones y las ANR⁶⁷- se resaltó que, más allá de la imposición de haber establecido su autoridad en el mercado para crear condiciones de competencia a fin de dar garantía al acceso de los operadores, de acuerdo a las reglas de transparencia y no-discriminación, la efectiva competencia en el sector continuará dependiendo de la aplicación práctica del marco regulador por las ANR.

En este sentido unas *“ANR fuertes y dotadas de competencias seguirán desempeñando un papel fundamental en la transición al marco regulador revisado. Son éstas quienes cargan con el mayor peso del ejercicio de aplicación práctica: el conjunto de problemas concretos que quedan por resolver después de la transposición de los principios generales de la legislación comunitaria al derecho nacional y del lanzamiento del proceso de apertura del mercado”*⁶⁸.

En su Séptimo Informe⁶⁹ la Comisión Europea nuevamente hizo recaer en estas autoridades reguladoras la efectiva aplicación de los principios y objetivos contenidos en las directivas comunitarias. Así, incluye como mensaje básico que las ANR siguen sacando adelante el proceso de

⁶⁶ Documento de la Comisión “Hacia un nuevo marco”. COM (1999) 539.

⁶⁷ 6º Informe de la Comisión Europea del Sector de Telecomunicaciones y las Autoridades Nacionales de Reglamentación. COM (2000) 814 final.

⁶⁸ Esto es especialmente así en los Estados miembros pioneros de la liberalización (aunque no únicamente en ellos), donde a lo largo del último año han surgido cuestiones de difícil resolución, por ejemplo en relación con el precio de acceso a las redes de telefonía móvil y la interconexión de llamadas de acceso a Internet con tarifa plana (6º Informe de la Comisión).

⁶⁹ 7º Informe de la Comisión Europea. COM (2001) 706 final.

aplicación, no obstante lo cual, en vísperas de la adopción del nuevo marco -al momento de la redacción de este informe- persistían aún varios escollos en la reglamentación: *“Elemento esencial del proceso regulador son las autoridades nacionales de reglamentación (ANR), que constituyen la interfaz necesaria para la aplicación de los principios comunitarios con arreglo a los marcos jurídicos y las condiciones del mercado nacionales”*⁷⁰.

De ello deriva, en primer lugar que el contenido del actual marco regulador se aplique de manera coherente dentro de cada Estado miembro, y en segundo lugar, que sea precisa una separación clara de las funciones de los diversos organismos que ejercen funciones reguladoras, pues caso contrario actúa como un importante factor desincentivador del mercado, según lo manifiesta la Comisión Europea, al tratar la independencia de los reguladores.

La amplitud de las facultades de las ANR para la adopción de decisiones claramente definidas, la agilidad en los procedimientos y una mayor capacidad coactiva resultan ser las claves para lograr la incorporación del MRCE sin trabas al mercado en competencia, bajo un régimen regulador de carácter seguro y firme.

El establecimiento de las funciones de las ANR supone un análisis de la realidad en materia de regulación del sector. La Doctrina ha sostenido en este sentido que, partiendo de lo ya existente era menester diseñar progresivamente el nuevo papel de las ANR. De esta manera era importante definir los principios que debían regir la propia existencia de estas autoridades, así como los objetivos a cumplir en el nuevo entorno. Era igualmente trascendente establecer los medios de que deberían valerse para cumplirlos; tenían que fijarse los criterios operativos para desarrollar adecuadamente las

⁷⁰ “A lo largo del período de referencia, las ANR han hecho gala de la creciente experiencia y autoridad en la regulación del sector. Los resultados son palpables en el mercado: las posibilidades de elegir servicios y proveedores siguen aumentando, los precios disminuyen” (Punto 1.2 Evolución de la Reglamentación. 7º Informe de la Comisión Europea).

tareas encomendadas desde el ámbito comunitario y su relación con los agentes del mercado⁷¹.

No obstante eso, resulta conveniente mencionar que las funciones de las ANR comenzaron a delinearse ya desde las Directivas 95/62/CE, 97/13/CE y 97/33/CE⁷².

La primera de ellas asignó a las ANR responsabilidades en lo relativo a la publicación de información sobre el acceso a la red telefónica pública fija y al servicio de telefonía vocal, a la fijación de objetivos formulados con cifras concretas sobre los plazos de suministro y a la calidad de prestación del servicio, así como a las condiciones de anulación de las ofertas de servicio. Asimismo establecer servicios específicos para usuarios disminuidos y personas con necesidades especiales y velar por que los organismos de telecomunicaciones satisfagan las peticiones de acceso a la red telefónica pública de los usuarios.

Por su parte la Directiva 97/13/CE definió, a escala comunitaria, un marco reglamentario para los procedimientos de concesión de autorizaciones para prestar servicios de telecomunicación, así como las condiciones asociadas a estas autorizaciones.

De forma específica la Directiva 97/33/CE destinó un artículo a los cometidos generales de las ANR: *“Estas fomentarán y garantizarán una interconexión adecuada en interés de todos los usuarios y desempeñarán sus cometidos en vistas a obtener el máximo rendimiento económico y alcanzar el máximo beneficio para los usuarios finales, lo cual incluye intervenir para establecer las condiciones específicas y los plazos que deban observar una o varias de las partes firmantes de los acuerdos de interconexión; y en caso de*

⁷¹ PEREZ MARTÍNEZ, Jorge; FEIJOO GONZALEZ, Claudio (et al). *GRETEL 2002. Nuevo Diseño Europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 2002, p.86.

⁷² Directiva 95/62/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995 relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal. Diario Oficial L 321 30.12.1995 p.6
Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP). Diario Oficial L 199 26.07.1997 p.32.
Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. Diario Oficial L 117, de 7.05.1997, p. 15.

litigio adoptarán las medidas encaminadas a su solución. Todo ello en pos de fomentar el desarrollo de un mercado competitivo en interés de los usuarios comunitarios y garantizar una interconexión adecuada de las redes y la interoperatividad de los servicios”.

Por otro lado las ANR, conforme a la Directiva 97/51/CE, poseen la facultad de imponer restricciones al acceso y la utilización de las líneas arrendadas con arreglo al Derecho comunitario; establecer condiciones para la utilización en los planes de numeración/direccionamiento de determinados prefijos o códigos abreviados, en especial cuando se utilicen en servicios de interés general o para garantizar la igualdad de acceso; supervisar los planes nacionales de numeración/direccionamiento/denominación de las telecomunicaciones; de establecer los plazos de notificación cuando se modifiquen las ofertas existentes; y obtener de los organismos suministradores de redes y/o servicios de telecomunicaciones toda la información necesaria para aplicar la legislación comunitaria; entre otras.

El progresivo delineamiento de las funciones, misiones y objetivos de las ANR, a través de las facultades y competencias reconocidas en las diferentes directivas comunitarias, llevaron a una profusión y dispersión de las mismas, y por ello resultó imprescindible una nueva sistematización a través de un instrumento de igual jerarquía en el ámbito comunitario, como las Directivas comunitarias finalmente aprobadas en el año 2002.

Por esta razón consideramos necesario indicar las diversas funciones y misiones encomendadas a las ANR conforme a las materias de su competencia, señalando las innovaciones en su caso y la conjunción de tareas propias y compartidas por las autoridades nacionales de la competencia.

b. Funciones y competencias contenidas en la normativa vigente

A los efectos del desempeño de sus funciones, y como principio general, las ANR deben responder a los objetivos y principios reguladores establecidos en el MRCE, es decir fomentar la competencia de suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados⁷³; contribuir al desarrollo del mercado interior⁷⁴; y promover los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea⁷⁵, respetando la diversidad cultural y lingüística y el pluralismo de los medios de comunicación.

La Directiva Marco es la que establece con mayor precisión las misiones de estas autoridades dado que ése es uno de sus objetivos^{76 77}.

Junto a la imparcialidad, transparencia y no -discriminación en sus decisiones regulatorias, las innovaciones en este campo se circunscriben al principio de regulación tecnológica neutra que las ANR deberán tener en cuenta al desempeñar las funciones reguladoras, en especial las destinadas a garantizar una competencia efectiva⁷⁸, como así también considerar las Recomendaciones y Directrices de la Comisión Europea en el cumplimiento de

⁷³ “A) Velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad; B) Velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de comunicaciones electrónicas; C) Promoviendo la inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y D) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración” (Artículo 8.2. Directiva Marco).

⁷⁴ “A) Suprimiendo los obstáculos que aun se opongan al suministro de redes de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados y servicios de comunicaciones electrónicas a nivel europeo; B) Fomentando el establecimiento y desarrollo de las redes transeuropeas y la interoperabilidad de los servicios paneuropeos y la posibilidad de conexión de extremo a extremo; C) Garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; D) Cooperando mutuamente y con la Comisión de forma transparente, para garantizar el desarrollo de prácticas reglamentarias, coherentes y una aplicación coherente de la presente Directiva y de las Directivas específicas” (Artículo 8.3. Directiva Marco).

⁷⁵ “A) Velando por que todos los ciudadanos dispongan de acceso a un servicio universal; B) Garantizando a los consumidores un alto nivel de protección en su relación con los suministradores, en particular garantizando la disponibilidad de procedimientos sencillos y poco onerosos para la resolución de litigios, efectuados por organismos independientes de las partes interesadas; C) Contribuyendo a garantizar un alto nivel de protección de los datos personales y de la intimidad; D) Fomentando que se facilite información clara, en particular exigiendo la transparencia de las tarifas y condiciones de uso de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público; E) Respondiendo a las necesidades de grupos sociales específicos, en particular de los usuarios con discapacidades; y F) Garantizando la integridad y la seguridad de las redes públicas de comunicaciones” (Artículo 8.4. Directiva Marco).

⁷⁶ “Fijar las misiones de las autoridades nacionales de reglamentación e instaurar una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad” (Artículo 1. Directiva Marco).

⁷⁷ Si bien en el articulado de la normativa comunitaria en análisis se mencionan las diferentes misiones de las autoridades nacionales de reglamentación, el Capítulo III en sus artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13 específicamente se refieren a ellas, disponiendo los objetivos generales y sus principios reguladores.

⁷⁸ Artículo 8.1 2º párrafo. Capítulo III Misión de las autoridades nacionales de reglamentación. Directiva Marco.

las misiones en el marco de los análisis de los mercados o, en su defecto, motivar la posición adaptada, informando de ello a la Comisión Europea.

Precisamente, el suministro de información y los mecanismos de consulta son una constante en las Directivas comunitarias, a fin de dar cumplimiento a las misiones de las ANR⁷⁹.

En materia de Autorizaciones, expresamente el MRCE dispone como finalidad la realización de un mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas mediante la armonización y simplificación de las normas y condiciones de autorización para facilitar el suministro en toda la UE, con la particularidad que no se exige una decisión o un acto administrativo explícitos de la ANR y limitando los requisitos de procedimiento a la mera notificación⁸⁰.

Las innovaciones no son importantes, casi se diría que no se puede hablar de grandes cambios en este sentido. Entre las principales misiones encontramos la de emitir una declaración normalizada para facilitar el ejercicio de derechos de instalar recursos y derechos de interconexión (Artículo 9. Directiva Autorización); solicitar a las empresas que faciliten la información necesaria para comprobar el cumplimiento de las condiciones de la autorización general o los derechos de uso; atribuir y asignar las radiofrecuencias para los servicios de comunicaciones electrónicas de acuerdo a criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (Artículo 9.1. Directiva Marco); velar por el no falseamiento de la competencia como resultado de las transferencias de derechos de uso de radiofrecuencias (Artículo 9.4 Directiva Marco) y examinar solicitudes de concesión de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas, según procedimientos transparentes y accesibles al

⁷⁹ La obligación de suministro de información recae en las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y en las propias autoridades nacionales de reglamentación, ante la Comisión. El intercambio de información en asuntos de interés común será una nota común entre estas autoridades, las autoridades responsables de la aplicación de la legislación sobre competencia tanto como la correspondiente a la protección de los consumidores, con garantía sobre la confidencialidad de dicha información (Artículo 3.5 Directiva Marco).

⁸⁰ Considerando (8) Directiva Autorización.

público, aplicados sin discriminación y sin demora (Artículo 12.1 Directiva Marco).

La imposición de sanciones económicas ante el incumplimiento de los plazos para subsanar cualquier deficiencia en la acreditación de las condiciones de autorización está atribuida a la autoridad pertinente, cuya habilitación será establecida por cada uno de los Estados miembros. De su lectura se desprende que cabe la posibilidad de estar en presencia de una atribución a otra autoridad especial o bien de una atribución no expresa a las ANR. La disgregación que se plantea en esta función puede responder a la importancia de contar con mecanismos diferenciados de control de las condiciones y de sanción en caso de incumplimiento, no obstante no resulta claro su alcance.

En lo que respecta al acceso e interconexión, la Directiva comunitaria pretende establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible y garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas que redunde en beneficio de los consumidores.

Es menester recordar que no existe derogación de directivas en esta materia y que las misiones de las ANR deben analizarse a la luz del principio que en un mercado abierto y competitivo no debe existir ninguna restricción que impida a las empresas negociar acuerdos de acceso e interconexión con otras empresas, siempre que se respeten las disposiciones en materia de competencia del Tratado⁸¹, por lo cual puede decirse que las misiones no se acrecientan en esta materia. Entre ellas la general de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, de la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, en pro de la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo

⁸¹ La transparencia de los términos y condiciones de acceso e interconexión, incluida la tarificación, permite acelerar las negociaciones, evitar litigios y generar confianza en los agentes del mercado en cuanto a la prestación no discriminatoria de los servicios (Considerando (16) Directiva Acceso).

beneficio para los usuarios finales⁸², que sigue tan vigente como desde sus comienzos.

En cambio sí se produce un refuerzo en las competencias para imponer obligaciones a los operadores que intervienen en el mercado, como son la de transparencia⁸³, de no-discriminación⁸⁴, de mantener cuentas separadas⁸⁵, de acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización⁸⁶, y de control de precios y contabilidad de costes⁸⁷.

Asimismo, el análisis y definición de los mercados puede arrojar como consecuencia una revisión de las condiciones aplicadas y las obligaciones impuestas a los operadores, y en su caso modificar o suprimir dichas condiciones en materia de acceso e interconexión⁸⁸.

Por otra parte, en la gestión de la numeración no se establecen importantes modificaciones sino más bien se reiteran y clarifican las facultades básicas encomendadas a las ANR, como es dable observar en el articulado.

⁸² Artículo 5 Directiva Acceso.

⁸³ "... estarán facultadas para imponer obligaciones de transparencia en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de las redes, condiciones de suministro y utilización, y precios" (Artículo 9. Directiva Acceso).

⁸⁴ "... las obligaciones de no discriminación garantizarán que el operador aplique condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcione a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones" (Artículo 10. Directiva Acceso).

⁸⁵ "... las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a una empresa integrada verticalmente que ponga en manifiesto de manera transparente los precios al por mayor y los precios de transferencia que practica, entre otras cosas para garantizar el cumplimiento de un requisito de no-discriminación. O cuando proceda, para impedir subvenciones cruzadas de carácter desleal..... Podrán especificar el formato y la metodología contable que deberá emplearse" (Artículo 11 Directiva Autorización).

⁸⁶ "... estarán facultadas para exigir a los operadores que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización, entre otros casos en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales" (Artículo 12 Directiva Autorización).

⁸⁷ "... estarán facultadas para imponer obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una ausencia de competencia efectiva permitirá al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la comprensión de los precios, en detrimento de los usuarios finales..... tendrán en cuenta la inversión efectuada por el operador y le permitirán una tasa razonable de rendimiento en relación con el capital correspondiente invertido habida cuenta de los riesgos afrontados por éste" (Artículo 13 Directiva Autorización).

⁸⁸ Artículo 5.4 Directiva Autorización.

Entre ellas controlar la asignación de todos los recursos de numeración mediante procedimientos transparentes, objetivos y no discriminatorios, así como la gestión de los planes nacionales de numeración; y velar por que dichos planes y procedimientos se apliquen de forma que exista igualdad de trato entre proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público⁸⁹.

En lo dispuesto para la resolución de conflictos, continúan con la misión de adoptar una decisión vinculante para resolver los litigios que pudieran suscitarse, sea éste transfronterizo o no. Y como modificación al régimen se incorpora el plazo de cuatro meses en defecto de no existir uno menor y salvo que exista otro mecanismo como la mediación que contribuya mejor a la resolución del conflicto⁹⁰. De esta manera se minimizaría – potencialmente- la participación de las ANR en la resolución de conflictos, atento la posible extensión normativa que realicen los Estados miembro en sus propias legislaciones.

La función de análisis de los mercados es quizás una de las más innovadoras, básicamente por la modificación que sufrió el concepto “*operador con peso significativo en el mercado*”. Ya no se habla aquí del operador que detentaba más de un 25 por ciento de la facturación de un mercado relevante determinado, sino de una empresa que disfruta de una posición de fuerza económica que le permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y los consumidores.

Por esta razón su principal misión consiste en determinar si los operadores tienen un peso significativo en el mercado, de acuerdo con el derecho comunitario y las Directrices de análisis del mercado y evaluación del peso significativo del mercado, atento al procedimiento establecido en los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco.

⁸⁹ Artículo 10 Directiva Marco.

⁹⁰ Artículos 20 y 21 Directiva Marco.

Aquí se refuerza el mecanismo de consulta entre la Comisión Europea y las ANR, que junto con la Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y de servicios, y las Directrices sobre análisis del mercado⁹¹, constituyen el marco normativo y de procedimiento que abordaremos desde diferentes ángulos en posteriores desarrollos.

De esta manera, la consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas se proyecta entonces a través de un acuerdo sobre los tipos de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar situaciones particulares de mercado. La importancia del análisis de mercado redundaba en que también se orienta hacia las obligaciones de Servicio Universal⁹².

Respecto del servicio universal y la protección de los usuarios, se debe garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad en toda la UE a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

Las ANR continúan imponiendo obligaciones a las empresas, con el objeto de garantizar que la oferta de teléfonos públicos de pago satisfaga las necesidades razonables de los usuarios finales tanto en cobertura geográfica, como en números de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos para los usuarios con discapacidad y calidad de los servicios (Artículo 6 Directiva Servicio Universal). Asimismo supervisan la evolución y el nivel de la tarificación al público aplicable a los servicios de acceso desde una ubicación fija, y de información sobre números de abonados y guías. Todas ellas obligaciones de servicio universal (Artículo 9.1 Directiva Servicio Universal).

⁹¹ *“Las autoridades nacionales de reglamentación, teniendo cuenta en la mayor medida posible la recomendación y las directrices, definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, con arreglo a los principios del Derecho de la Competencia..”* (Artículo 15.3 Directiva Marco). *“... Las autoridades nacionales de reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, teniendo en cuenta las directrices en la mayor medida posible..”* (Artículo 16 Directiva Marco).

⁹² Artículo 16.3 Directiva Servicio Universal.

Existe una mayor precisión conceptual en la imposición de obligaciones - transparentes, públicas y no-discriminatorias- que se pueden imponer a una empresa respecto de la aplicación de opciones tarifarias especiales, de tarifas comunes, incluida la equiparación geográfica, o el respeto de limitaciones de los precios y condiciones (Artículo 9.5 Directiva Servicio Universal).

En su esfera normalizadota, continúan con su labor las ANR en la especificación de las normas adicionales de calidad de servicio (Artículo 11.2 Directiva Servicio Universal) y en el establecimiento de objetivos de rendimiento aplicables a aquellas empresas en las que se impongan obligaciones de servicio universal (Artículo 11.4 Directiva Servicio Universal). También pueden exigir a las empresas notificadas como poseedoras de un poder de mercado significativo, que permitan a sus abonados el acceso a los servicios de cualquier proveedor interconectado de servicios disponibles al público, siendo su tarificación en función de los costes (Artículo 19.1 Directiva Servicio Universal).

En materia de control continúa correspondiéndoles, principalmente, el cálculo de los costes de las obligaciones de servicio universal; auditar o verificar el coste neto derivado de la obligación de servicio universal y la regulación del conjunto mínimo de líneas arrendadas, que cumpla los principios básicos de no-discriminación, tarificación en función de costes y transparencia⁹³.

En lo que a servicio universal se refiere, existe una posibilidad de ampliación de funciones de la mano del artículo 29 de la Directiva Servicio Universal⁹⁴, particularidad que permite una cierta discrecionalidad técnica a cada Estado miembro a la hora de conformar sus autoridades nacionales de reglamentación.

⁹³ Artículos 12.1, 12.2 y 18 de la Directiva Servicio Universal.

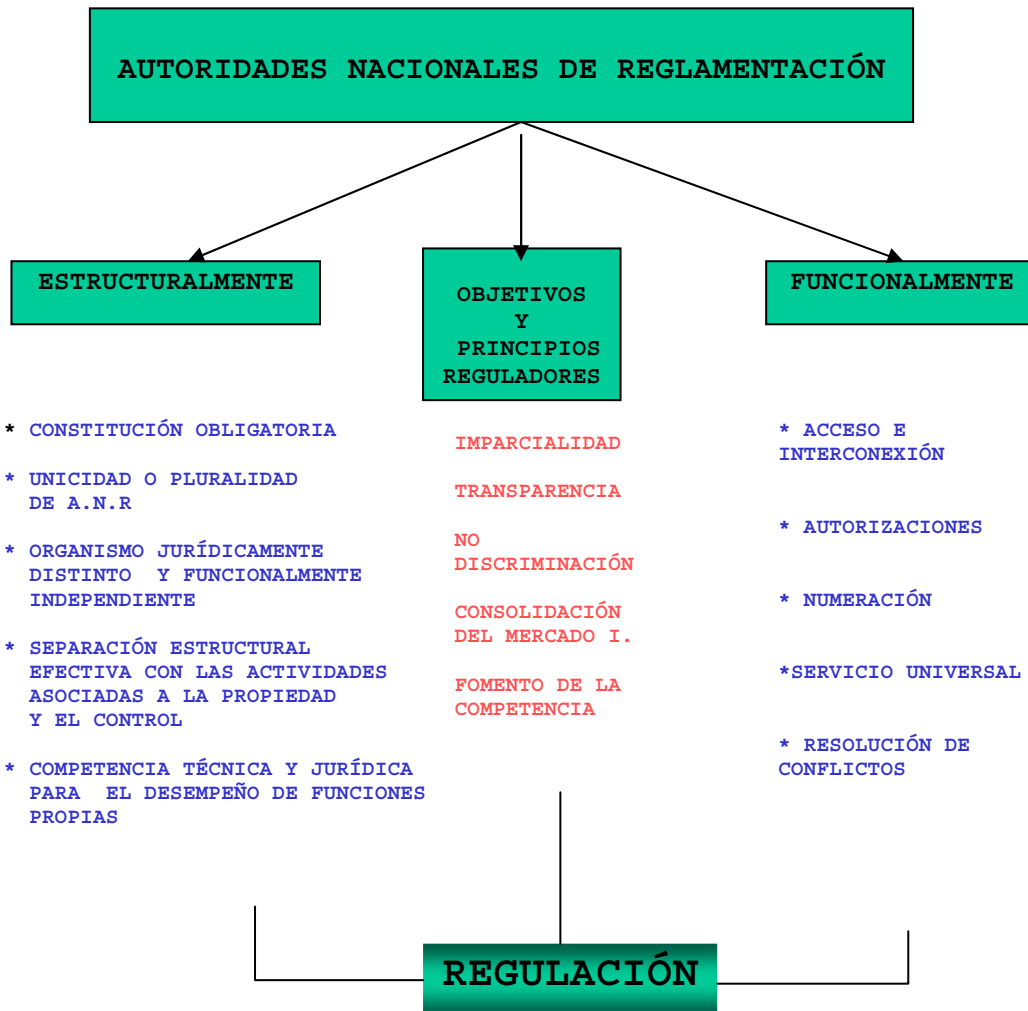
⁹⁴ Posibilita a los Estados miembros para que faculden a las autoridades nacionales de reglamentación para exigir a todas las empresas operadoras de redes telefónicas públicas que pongan a disposición de los usuarios finales, cuando sea técnicamente factible y económicamente viable la marcación por tono o DTMF y la identificación de la línea llamante.

Para terminar este capítulo es necesario indicar respecto de las Directivas comunitarias sobre Competencia y Privacidad de los datos personales, que en ambas no existe una mención expresa a las funciones de las ANR, aunque sí deberes de los Estados miembros.

De su simple lectura se desprenden principios a tener en cuenta por las ANR en forma indirecta, sea respecto del tratamiento de los derechos exclusivos y especiales para redes y servicios de comunicaciones electrónicas, el tratamiento de los datos personales, la confidencialidad de las comunicaciones, todo ello bajo la perspectiva de consolidar el régimen regulatorio anteriormente descrito en estas materias.

II.3. Esquemas y cuadros sintéticos de conceptualización

Los siguientes cuadros intentan sistematizar, la configuración estructural y funcional de las ANR, a modo de síntesis, de los temas precedentemente tratados.



MISIONES DE LAS A.N.R. EN EL MARCO REGULATORIO COMUNITARIO

Directiva Autorizaciones

- * Emitir, a petición de una empresa, declaración normalizada sobre derechos de instalar recursos y derechos de interconexión.
- * Solicitar a los operadores que faciliten la información necesaria respecto del cumplimiento de las condiciones de autorización general o los derechos de uso.
- * Publicar resumen anual de gastos administrativos y total de importe de las tasas administrativas que se impongan.

Directiva acceso e interconexión

- * Fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperatividad de los servicios.
- * Imponer a los operadores obligaciones transparentes, objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, garantizando la posibilidad de conexión de extremo a extremo, de mantener cuentas separadas, de acceso a recursos específicos de las redes, de control de precios y contabilidad de costes
- * Intervenir por iniciativa propia a fin de garantizar los objetivos generales contemplados en la Directiva Marco.
- * Modificar o suprimir las condiciones aplicadas a los operadores en materia de acceso e interconexión , previo análisis de mercado

Directiva Servicio Universal

- * Imponer obligaciones a las empresas a fin de garantizar la oferta de teléfonos públicos de pago que satisfaga las necesidades razonables de los usuarios finales.
- * Supervisar la evolución y nivel de las obligaciones de servicio universal (tarifación al público, de información sobre números de abonados y guías)
- * Especificar normas adicionales de calidad del servicio, para evaluar la prestación a usuarios finales y consumidores con discapacidad.
- * Calcular costes de servicio universal. Auditar.
- * Analizar el mercado para mantener , modificar o suprimir las obligaciones sobre mercados al público.
- * Controlar la regulación del conjunto mínimo de líneas arrendadas.
- * Exigir a las empresas que prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, la publicación de información comparable, pertinente sobre calidad de los servicios.

Directiva Marco

- * Atribuir y asignar radiofrecuencias de acuerdo a criterios objetivos y transparentes.
- * Contribuir ir a la aplicación de políticas destinadas a la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación.
- * Requerir información a los operadores
- * Velar por el no falseamiento de la competencia, mediante una regulación tecnológicamente neutra.
- * Controlar la asignación de todos los recursos de numeración nacionales y la gestión de los planes nacionales de numeración.
- * Examinar solicitudes de concesión de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada.
- * Determinar si los operadores tienen un peso significativo en el mercado.
- * Resolver, mediante decisión vinculante, los litigios entre empresas y transfronterizos.

II.4. El Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas

Con posterioridad a la sanción del MRCE, y a los efectos contribuir a la aplicación coherente del mismo en todos los Estados miembros – esencial para el desarrollo del mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas- se produjo la creación del Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, “ERG”)⁹⁵. Junto con el Grupo de Políticas de Espectro⁹⁶ vienen a suceder a las reuniones de las Administraciones Nacionales y Autoridades Reguladoras (ANAR) y al Grupo de Reguladores Independientes (IRG).

Éste es un Grupo consultivo de las ANR⁹⁷ y su función consiste en asesorar y asistir a la Comisión Europea en la consolidación del mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas⁹⁸ y en cualquier asunto relacionado con la redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, por propia iniciativa o a petición de la Comisión⁹⁹; incluyendo las cuestiones relacionadas con la aplicación y revisión de la Recomendación sobre los mercados de productos y servicios pertinentes y en la elaboración de la Decisión sobre los mercados transnacionales, sirviendo de conexión entre las ANR y la Comisión Europea.

Su composición se circunscribe a las ANR de los Estados miembros o sus representantes –un miembro por cada Estado miembro- que

⁹⁵ Decisión de la Comisión de 29 de julio de 2002 por el que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/627/CE). DO L 200, de 30.7.2002, p.38-40. Modificada por la Decisión de la Comisión 2004/641/CE, de 14 de septiembre de 2004. DO L, 293, 16.9.2005, p.30.

⁹⁶ Decisión de la Comisión 2002/622/CE de 26 de julio de 2002 por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico. DO L 198, de 27.7.2002, p.49.

⁹⁷ Entendiendo por autoridad nacional de reglamentación “la autoridad pública establecida en cada Estado miembro para supervisar la interpretación y la aplicación cotidiana de las disposiciones de las directivas relativas a las redes y a los servicios de comunicaciones electrónicas” (Artículo 2 Decisión 2002/627/CE).

⁹⁸ Artículo 3 de la Decisión 2002/627/CE.

⁹⁹ Objetivo introducido expresamente por la Decisión de la Comisión 2004/641/CE, de 14 de septiembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2002/627/CE por la que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DO L, 293, 16.9.2005, p.30.

deben supervisar el funcionamiento cotidiano del mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Por su parte la Comisión Europea está representada al nivel apropiado y desempeña las tareas de secretaría del ERG. El presidente se elige entre sus miembros, organizándose su trabajo en grupos o subgrupos de expertos. Asimismo prevé la participación, en calidad de observadores, de expertos de los Estados que son candidatos a la adhesión de la Unión Europea. La Decisión 2002/627/CE establecía la posibilidad de invitar a otros expertos y observadores a las reuniones del Grupo, sin embargo su modificación –la Decisión 2004/641/CE- no contempla dicha participación.

Entre las ANR que conforman este Grupo encontramos a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (España), l'Autorité de Régulation des Télécommunications (Francia) y The Office of Communications (Reino Unido), entre otras, de conformidad con el Anexo I de la Decisión 2004/641/CE.

Resultan de interés indicar dos notas que caracterizan al ERG, y por las cuales se menciona en la presente investigación. La primera de ellas, es que dicho Grupo debe recurrir al mecanismo de consulta, de forma amplia, abierta y transparente y desde el primer momento, respecto de los agentes del mercado, los usuarios finales y los consumidores, a fin de asesorar de forma más conveniente a la Comisión Europea. Y en segundo lugar, que no debe interferir en la labor del Comité de Comunicaciones –establecido conforme a la Directiva Marco- aunque sí mantener una estrecha cooperación con el mismo, a los efectos de las cuestiones que suscita la aplicación y revisión de la Recomendación sobre los mercados de productos y servicios pertinentes y en la elaboración de la Decisión sobre mercados transnacionales. Reiterándose de esta manera, una vez más, la necesidad de cooperación entre las diferentes autoridades directa o indirectamente relacionados con la consecución de los objetivos del MRCE.

Precisamente la Comisión Europea depositó en este Grupo la misión de constituirse en un importante foro de cooperación con las ANR y esta institución comunitaria, a fin de elaborar un enfoque regulador común en todos los Estados miembros, que contribuya al desarrollo de un auténtico mercado único de las comunicaciones electrónicas, reduciendo la posibilidad de que dichas autoridades adopten perspectivas diferentes y soluciones regulatorias divergentes al mismo problema, garantizando de esta manera la aplicación coherente en todos los Estados miembros del MRCE. Asimismo será fundamental este marco de cooperación cuando haya que analizar un mercado transnacional¹⁰⁰.

La Doctrina reconoce que la creación del Grupo de entidades reguladoras es una opción para *“lograr una conexión ágil entre las distintas autoridades, e incluso entre éstas y la propia Comisión, porque conjuntamente con sus funciones de asesoramiento y asistencia a esta última, se convierte en un foro de debate y decisión donde adoptar las decisiones que se aplicarán uniformemente en todos los Estados miembros”*¹⁰¹, conforme a las políticas comunitarias en esta materia.

La Comisión Europea ha subrayado la necesidad de avanzar en los mercados de terminación en fijo y en móvil, hacia unas tarifas de terminación simétricas basadas en los costes de un operador eficiente y ha instado a las ANR a abaratar las tarifas en consecuencia, en particular en el caso móvil. Y dado que ha observado que las divergencias en los planteamientos utilizados en los distintos Estados miembros inciden negativamente en el mercado interior, en su Comunicación sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE¹⁰², la Comisión

¹⁰⁰ Directrices de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003. 5.3. Procedimientos de cooperación Entre la Comisión y las ANR. Puntos 138 a 143.

¹⁰¹ TERRÓN SANTOS, Daniel. Las autoridades nacionales de reglamentación (ANR'S) en el nuevo marco jurídico comunitario regulado de las comunicaciones electrónicas/En/ REDETI, enero-abril 2003, Año VI, Núm. 16, p.18-19.

¹⁰² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe). Consolidación del mercado interior de las comunicaciones. Bruselas, 11.07.2007 COM (2007) 401 final.

Europea ha invitado a las ANR a trabajar en estrecho contacto con el ERG, al objeto de concertar un enfoque coherente en toda la UE en relación con el cálculo de los costes y la potenciación de la simetría en el mercado de la telefonía móvil.

III. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la información

III.1. El regulador y el papel de la información en la regulación.

Tal como sosteníamos en capítulos anteriores la información tiene una importancia mayúscula en la labor de las ANR. Poseer una información lo más completa, fidedigna, veraz y objetiva posible, redundará en un mejor conocimiento de la situación del sector regulado y de las formas y los medios que aportan las soluciones oportunas que un sector –como el de las comunicaciones electrónicas- precisa.

El artículo 5 de la Directiva Marco –intitulado “*Suministro de información*”- constituye el núcleo central de estas premisas. El mismo establece la posibilidad de que las ANR puedan comprobar el cumplimiento del MRCE, de las directivas específicas, o de las decisiones adoptadas con arreglo a ellas, a través de la información que faciliten las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Para ello pueden solicitarles, de forma motivada, toda la información -incluso financiera- que guarde proporción con el cumplimiento de sus misiones, que las empresas deben facilitar de forma rápida, respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por dichas autoridades. Recayendo en los Estados miembros el deber de velar por el cumplimiento de esta obligación.

La razón de esta prescripción en el MRCE, es que una de las principales dificultades que tiene la función de regulación es la inexistencia o defecto de la información sobre la que se asientan las medidas reguladoras. En

términos generales las grandes empresas no ofrecen la totalidad de la información que necesitan las ANR para el cumplimiento de sus funciones.

Ariño Ortiz sostiene, en este punto de análisis, que es imprescindible disponer de una información precisa y completa para poder cumplir el objetivo básico que tiene toda regulación y que consiste en *“introducir incentivos a la eficiencia en la actuación de los regulados”*. La dificultad del regulador para obtener esa información radica en la complejidad de muchos procesos obtención de la misma y en la sistemática ocultación de información por parte del regulado¹⁰³. Y es aquí donde comprobamos que las asimetrías de información son una disfunción de los mercados en competencia.

En efecto, los operadores controlan la información que suministran al regulador, poniendo a su disposición la mínima e indispensable posible. Por ello, y a los efectos de salvaguardar el cumplimiento de las funciones de las ANR, éstas deben poseer poderes suficientes para obligar a las entidades reguladas a suministrar toda la información necesaria para el cumplimiento de sus misiones.

La disponibilidad de la información, es decir *“la recepción a tiempo por parte de quienes hayan de ser sus destinatarios autorizados así como la posibilidad de acceso por quienes estén autorizados y cuando la necesiten”*¹⁰⁴, resulta esencial para la eficacia y la eficiencia de la regulación.

Dicho lo que antecede, sostenemos que la información que debe requerir, solicitar, suministrar, recibir, e intercambiar las ANR influye ampliamente en su labor como reguladores. Así como en su independencia y su posibilidad de captura, en su coherencia regulatoria, en la razonabilidad y motivación de sus decisiones, en la transparencia de sus funciones y el cumplimiento de los objetivos establecidos en el MRCE.

¹⁰³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principio de Derecho Público Económico (Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: Comares, 1999, p. 584.

¹⁰⁴ PESO NAVARRO, Emilio del; RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Confidencialidad y seguridad jurídica de la información; La Loartad y sus implicaciones socioeconómicas*. Madrid: Díaz de Santos, 1994, p.34.

La independencia es una de las características más acentuadas de las ANR, que implica la separación de quienes ejercen las funciones de regulación de la prestación de los servicios y de las redes de las comunicaciones electrónicas. A esta independencia del regulador, contribuye su credibilidad, la transparencia en sus procesos y la razonabilidad en sus decisiones, que deben ser ampliamente motivadas; motivación que se apoya, entre otros fundamentos, en la información que todas las partes interesadas del sector le hubieren aportado.

Y esta necesidad de contar con información suficiente hace que el regulador sea propenso a ser “*capturado*” por el o los operadores del sector.

Dos son las razones principales que señala De la Cruz Ferrer¹⁰⁵ para que se produzca la captura del regulador, la primera que la autoridad reguladora posea insuficientes potestades y la segunda, que exista asimetría de información. Una comisión se considera “*capturada*” “*cuando la industria que regula se beneficia de manera continuada de decisiones favorables por parte de aquella*”¹⁰⁶.

Normalmente, la “*captura*” del regulador se produce cuando alguna empresa se convierte en la principal fuente de información y de influencia sobre el regulador, teniendo la posibilidad y adquiriendo la capacidad de orientar de algún modo sus decisiones reguladoras.

Ariño Ortiz sostiene que la captura o apropiación – como él la define – puede producirse de forma directa a través de los miembros del regulador que antes o después volverán al sector privado, situación que se conoce con el nombre de “puerta giratoria” (*resolving door*)¹⁰⁷; como de forma indirecta a través de una “*saturación*” de información orientada a favor de las

¹⁰⁵ CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de la regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002. Capítulo Séptimo. El mercado Interior Europeo ante el laberinto de los servicios públicos. Fundamento y objetivos de la liberalización, p. 208-220.

¹⁰⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p.382.

¹⁰⁷ La puerta giratoria se utiliza para señalar la situación en la que los técnicos y directivos pasan del regulador a las empresas y de éstas al regulador con frecuencia: este fenómeno hace pensar que el regulador atenderá más los intereses de las empresas (de las que vienen o las que irán sus miembros) que los de sus usuarios o, en general, que los intereses públicos.

empresas. Esta tendencia de los reguladores a convertirse en cautivos de aquellos a quienes regulan ha sido advertida hace tiempo y *“ha tenido un efecto destructor para la legitimidad del proceso administrativo, poniendo en cuestión su independencia e integridad”*¹⁰⁸.

Por ello, un aumento en la profesionalización, en la transparencia de su labor, en su especialización y la continuidad en el tiempo de los reguladores, así como la disponibilidad de información sobre el sector, son notas distintivas y necesarias para favorecer una regulación adecuada y oportuna.

III.2. La información y su contribución al cumplimiento de las misiones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación

La mayoría de las decisiones que deben adoptar las ANR se basan en la información de que disponen acerca del desarrollo del sector. Por esta razón los reguladores deben tener un alto nivel de información – cuantitativa y cualitativamente hablando- a los efectos de cumplir con las misiones encomendadas, con independencia de juicio y de decisión.

Hablar de razonabilidad es referirse a la adopción de decisiones que resuelvan las diferentes problemáticas que pudieren suscitarse conforme a las situaciones de hecho y de derecho sobre las que regulan y de acuerdo a la información de que disponen.

*“El regulador tiene que estar especializado en el sector en que actúa, lo cual encierra diversos e importantes requerimientos. Tiene que tener suficiente información para tomar decisiones razonables, y esta información es costosa y valiosa; y tiene que actuar con mucha rapidez porque los sectores bajo su responsabilidad se mueven también muy deprisa”*¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y estado...*, p.382.

¹⁰⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico ...*, p.678.

Asimismo, el personal del regulador debe estar preparado para desempeñar las labores de forma eficiente y con dedicación exclusiva a ello. La misma independencia contribuye a la razonabilidad de las decisiones que adopte.

Por otra parte, la coherencia regulatoria se asienta en la independencia del regulador, en su neutralidad, su fiabilidad y credibilidad, que derivan en la razonabilidad de sus decisiones. Se traduce en el respeto y garantía a la seguridad jurídica a que debe tender el regulador al momento de la adopción de sus medidas reguladoras.

Según la Doctrina, esta fiabilidad del regulador aporta muchos beneficios al sector: suavizar o eliminar conflictos, disminuir los costes de transición entre diferentes regulaciones, así como generar seguridad y previsibilidad para la toma de decisiones de los operadores¹¹⁰.

Partimos de la premisa que la transparencia de los términos y condiciones de desarrollo del mercado es una de las características más destacada y uno de los fundamentos por el que este nuevo conjunto normativo comunitario hace hincapié en la importancia de la información en sus diferentes vertientes. Todas las Directivas comunitarias que integran el MRCE aluden a ello, expresa o implícitamente.

Es posible distinguir dos tipos de transparencia. Por un lado la transparencia en la información y por el otro, la transparencia en el proceso regulador. La transparencia en la información se visualiza en la posibilidad de que los proveedores de servicios, los consumidores y otras partes interesadas accedan de manera fácil a toda la información relativa a derechos, condiciones, procedimientos, tasas, cánones y decisiones en materia de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, derechos de uso de radiofrecuencias y números, derechos de instalación de recursos, planes nacionales de uso de frecuencias y planes nacionales de numeración, entre otros. Y en ese sentido *“las autoridades nacionales de reglamentación tienen la importante misión de*

¹¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico* ..., p.679.

facilitar dicha información y mantenerla actualizada”, conforme lo dispone la Directiva Autorización en su Considerando 34¹¹¹.

El artículo 21.1 de la Directiva Servicio Universal –intitulado “Transparencia y publicación de información”- establece que los Estados miembros velarán por que los usuarios finales y los consumidores puedan disponer de una información transparente y actualizada sobre los precios y las tarifas aplicables, así como sobre las condiciones generales, con respecto al acceso a los servicios telefónicos disponibles al público y su utilización.

En cuanto a la transparencia en el proceso regulador, las ANR están facultadas para imponer obligaciones de transparencia en relación con la interconexión y el acceso, conforme a las cuales los operadores deberán hacer público determinado tipo de información, como la relativa a la contabilidad, especificaciones técnicas, características de suministro y utilización, y precios¹¹².

Asimismo los operadores deben dar cumplimiento a las obligaciones de no-discriminación aplicando condiciones equivalentes en circunstancias semejantes a otras empresas que presten servicios equivalentes y proporcionando a terceros información de la misma calidad que los que proporcione para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones¹¹³.

Ambos aspectos de la transparencia en la labor del regulador no son compartimentos estancos, sino complementarios, dado que todo proceso regulador transparente requiere de transparencia en la información que utiliza y sobre la que apoyan o fundamentan sus decisiones las ANR. Esta interrelación la encontramos en diferentes preceptos del MRCE.

¹¹¹ Cuando esos derechos sean gestionados por otros niveles de la administración, las autoridades nacionales de reglamentación deben tratar de crear una herramienta de fácil utilización para acceder a la información referente a tales derechos.

¹¹² Artículo 9 de la Directiva 2002/19/CE Directiva Acceso.

¹¹³ Artículo 10 Directiva Acceso.

Así, la Directiva 2002/19/CE –Directiva Acceso- al respecto dispone con claridad que *“la transparencia de los términos y condiciones de acceso e interconexión, incluida la tarificación, permite acelerar las negociaciones, evitar litigios y generar confianza en los agentes del mercado en cuanto a la prestación no discriminatoria de los servicios”*¹¹⁴.

Y en esa dirección, para facilitar la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de transparencia y no-discriminación, las ANR están facultadas para exigir que se les proporcionen, cuando así lo soliciten, documentos contables, incluida información relativa a ingresos percibidos de terceros, pudiendo publicar esa información en la medida en que contribuya a la consecución de un mercado abierto y competitivo y con arreglo a lo establecido en la normativa nacional y comunitaria en materia de confidencialidad comercial¹¹⁵.

La regulación de este sector requiere de un regulador que cuente con información veraz, precisa, completa y suficiente sobre las variables que manejan los operadores y sobre la realidad del mercado –intentando superar las asimetrías de información-, pues de esa manera podrá tener una mayor coherencia regulatoria, transparencia, credibilidad y razonabilidad en el cumplimiento de sus misiones, así como una menor cantidad de situaciones posibles de *“captura”*, mejorando consecuentemente la calidad y la equidad del proceso regulador.

IV. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

IV.1. Marco legal. Naturaleza jurídica

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es una de las ANR de telecomunicaciones de España¹¹⁶. Constituida como organismo

¹¹⁴ Considerando 16 Directiva 2002/19/CE Directiva Acceso.

¹¹⁵ Artículo 11.2 Directiva Acceso.

¹¹⁶ Artículo 46d) Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

público e independiente, la Comisión reguladora fue creada por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones¹¹⁷, con el objeto de velar por la aplicación de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato, y de arbitrar en los conflictos entre los operadores del sector¹¹⁸.

Esta Comisión se constituyó como una de las nuevas entidades administrativas de regulación que, desgajadas de la Administración en el sentido de disponer de un estatuto jurídico específico, disponen de autonomía e independencia así como de preparación técnica¹¹⁹.

Estas administraciones parecen ser la mejor garantía de una conducta transparente, objetiva y no discriminatoria a fin de mantener e incrementar dinámicamente unas condiciones de competencia en el mercado, preservando la igualdad de oportunidades entre los agentes económicos. Junto con ello, su independencia funcional y jurídica, así como su especialización técnica y económica sobre los sectores a los que se extienden sus competencias, constituyen el mejor aval para la correcta ordenación de estos mercados y un factor decisivo para poder tomar rápidamente las decisiones que éstos exigen.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LGTel, la Comisión es un organismo público de los previstos por la Disposición Adicional 10.1. de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado¹²⁰ -adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo-, por lo cual supletoriamente se le aplican las previsiones de dicha legislación y de forma principal la Ley General de Telecomunicaciones, así como las disposiciones que la desarrollen, y la Ley

¹¹⁷ Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones. BOE nº 139, de 8.06.1996.

¹¹⁸ Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERRES, Germán. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones/En/Quadra Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás. *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, VI, 2003, p. 60.

¹²⁰ Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹²¹, en el ejercicio de las funciones públicas que esta ley le atribuye y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto por el apartado 1 de su disposición adicional décima.

Posee personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada. Asimismo, y a los efectos de su independencia como ANR, la Comisión tiene patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado¹²². Por su parte, el personal que preste servicio en la Comisión quedará vinculado a ella por una relación de carácter laboral.

IV.2. Objetivos y funciones del regulador español

Es posible afirmar que el objeto y funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones - establecidos por la normativa sectorial- han sufrido algunas modificaciones a lo largo de estos años, aunque no profundamente sustanciales, conservándose, como veremos a continuación, un núcleo central donde la garantía de las condiciones de competencia en el mercado, cobra especial protagonismo entre las funciones del regulador, y sobre la que giran las restantes funciones.

¹²¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹²² Los recursos de la Comisión estarán integrados por: a) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas del mismo. b) Los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios y los derivados del ejercicio de las competencias y funciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo. No obstante, la recaudación procedente de la actividad sancionadora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ingresará en el Tesoro Público. En particular, constituirán ingresos de la Comisión las tasas que se regulan en el apartado 1 del anexo I de esta ley en los términos fijados en aquél. La gestión y recaudación en período voluntario de las tasas de los apartados 1 y 2 del anexo I de esta ley, así como de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el apartado 4 del citado anexo I que se recauden por la prestación de servicios que tenga encomendada la Comisión, de acuerdo con lo previsto en esta ley, corresponderá a la Comisión en los términos que se fijan en el apartado 5 de dicho anexo, sin perjuicio de los convenios que pudiera ésta establecer con otras entidades y de la facultad ejecutiva que corresponda a otros órganos del Estado en materia de ingresos públicos, o de su obligación de ingreso en el Tesoro Público, en su caso, en los supuestos previstos en el anexo I de esta ley. e) Las transferencias que, en su caso, efectúe el Ministerio de Ciencia y Tecnología con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

La Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones, determinó que la Comisión debía *“salvaguardar, en beneficio de los usuarios, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las Telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de precios y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*¹²³. Redacción que se asemeja a lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interno de la Comisión¹²⁴ aunque no se mantendrá, en un futuro, la expresión *“en beneficio de los usuarios”* a pesar de la importancia de esta garantía. En los mismos términos la Ley 11/1998 lo establece en su artículo 1.Dos.1, razón por la cual podemos decir que el objeto de la Comisión se modifica y resulta más restringido en la LGTel, respecto de su redacción originaria.

Así la LGTel precisa expresamente que la Comisión debe establecer y supervisar las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones, fomentar la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, resolver los conflictos planteados entre los operadores, y arbitrar en las controversias entre los mismos¹²⁵.

En cuanto a las materias sobre las que recaen las competencias, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas¹²⁶; asignar la numeración a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas,

¹²³ Artículo Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones.

¹²⁴ Artículo 4. Objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector”*. Reglamento Régimen interno.

¹²⁵ Artículo 48.2) Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

¹²⁶ Así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden. El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine¹²⁷; ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de esta ley; dictar la resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes¹²⁸; adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios; informar preceptivamente en los procedimientos iniciados para la autorización de las operaciones de concentración de operadores o de toma de control de uno o varios operadores del sector de las comunicaciones electrónicas¹²⁹; definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas¹³⁰; asesorar al Gobierno y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado¹³¹; ejercer las funciones inspectoras en aquellos asuntos sobre los que tenga atribuida la potestad sancionadora¹³²;

¹²⁷ La Comisión velará por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados. Asimismo, autorizará la transmisión de dichos recursos, estableciendo, mediante resolución, las condiciones de aquélla.

¹²⁸ Todo ello en los términos que se establecen en el título II de esta ley, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas, la financiación del servicio universal y el uso compartido de infraestructuras. Asimismo, ejercerá las restantes competencias que en materia de interconexión se le atribuyen en esta ley.

¹²⁹ Cuando dichas operaciones hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de defensa de la competencia.

¹³⁰ Conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta ley.

¹³¹ Igualmente podrá asesorar a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, a petición de los órganos competentes de cada una de ellas, en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas Administraciones públicas que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones. En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado para la elaboración de disposiciones normativas, en materia de comunicaciones electrónicas, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.

¹³² Todo ello, de acuerdo con el artículo 50.1 y solicitar la intervención de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para la inspección técnica de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en aquellos supuestos en que la Comisión lo estime necesario para el desempeño de sus funciones.

establecer las sanciones en los términos previstos por esta ley¹³³; denunciar, ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, las conductas contrarias a la legislación general de las telecomunicaciones cuando no le corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora¹³⁴; llevar un registro de operadores, en el que se inscribirán todos aquellos cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de esta ley¹³⁵; y adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de laudos o resoluciones¹³⁶; así como cualesquiera otras funciones que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

El cuestionamiento que se nos plantea es encuadrar a los requerimientos de información entre las funciones de las ANR, pero específicamente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En ese sentido, es posible indicar dos interpretaciones. La primera, es entender que la posibilidad que tiene esta ANR de obtener información se encuadraría dentro de estas “*otras funciones*” atribuidas por la LGTel, así como por los reglamentos de desarrollo de la misma, de conformidad con el artículo 48.3. m)¹³⁷. Una segunda manera de interpretar sería encuadrarla en el inciso e) del artículo 48.3, ya que la Comisión a fin de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los

¹³³ En los procedimientos que se inicien como resultado de denuncia por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de dicho ministerio. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

¹³⁴ En los procedimientos que se inicien como resultado de las denuncias a que se refiere el párrafo anterior, el órgano instructor, antes de formular la oportuna propuesta de resolución, someterá el expediente a informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. La propuesta de resolución deberá ser motivada si se separa de dicho informe.

¹³⁵ El registro contendrá los datos necesarios para que la Comisión pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.

¹³⁶ En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia de laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

¹³⁷ CHILLÓN MEDINA, José María; ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2001, p.290.

operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y a la política de precios y comercialización por los prestadores del servicio, podrá *“ejercer la competencia de la Administración General de Estado para interpretar la información que en aplicación del artículo 9 de esta Ley le suministren los operadores en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas”*. Debe entenderse que si se permite la interpretación de la información, puede hacerse extensivo a la posibilidad de obtener datos, en concordancia con el principio contenido en el artículo 9, sobre las obligaciones de suministro de información.

Si bien no es un tema de menor importancia debemos recordar que no existe en el artículo 48 de la LGTel –donde se indican las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones- una alusión directa a los requerimientos de información. Esta circunstancia podría generar una duda acerca de la configuración jurídica de los requerimientos de información como potestad del regulador, sin embargo existe un artículo específico –el artículo 9, que posibilita la solicitud de datos por parte de las ANR, y que seguidamente analizaremos.

Por ello resulta fundamental abordar una cuestión fundamental y que consiste en analizar si requerir información es verdaderamente una potestad instrumental principal de la Comisión o complementaria para el ejercicio de sus funciones regulatorias. Razón por la cual en el siguiente epígrafe expondremos los fundamentos jurídicos que posibilitan a la Comisión realizar sus solicitudes de información.

V. El regulador español y los requerimientos de información

Llegados a este punto, no existen dudas acerca de la importancia de la información del sector en el cumplimiento de las misiones del regulador, y de la transparencia en la regulación del sector.

“El principio de transparencia ofrece a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, la posibilidad de desempeñar la función de control atribuida a cada una de ellas y, por ende, la opción de acceder fácilmente a toda la información que consideren necesaria con el objeto de desempeñar dicha competencia”¹³⁸.

Por ello resulta sumamente relevante analizar cómo la doctrina nacional reconoce la potestad de recabar información de los agentes del mercado, desde una perspectiva instrumental o finalista.

“... La Ley otorga a la Comisión importantes potestades de carácter instrumental, en orden a recabar la necesaria información para el cabal desempeño de sus funciones, lo cual aparece justificado si tenemos en cuenta que el análisis de los datos contables o técnicos resulta absolutamente necesario para el correcto ejercicio de las diferentes funciones asignadas al órgano que tiene a su cargo la regulación del sector. La exigencia de transparencia en el actuar de los agentes en el mercado y la disposición de esta información obtenida a favor de los demás operadores es presupuesto de un juego equilibrado de las reglas del mercado y del reparto equitativo que haya de significar la prestación de obligaciones de servicio público, en su caso”¹³⁹.

Por su parte Daniel Terrón Santos¹⁴⁰ establece que dentro de las potestades instrumentales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la función de inspección es una función complementaria del resto de las funciones que este organismo regulador posee, a través de la cual *“obtendrá la información que estime oportuna”*. En ese sentido recuerda que para cumplir efectivamente sus funciones, los reguladores nacionales

¹³⁸ CRESPO VITORIQUE, Isabela. Artículo 9: Obligaciones de suministro de información/En/CREMADES, Javier, RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (Dir). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid: La Ley, 2004, p.186.

¹³⁹ CHILLÓN MEDINA, José María; ESCOBAR ROCA, Guillermo. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2001, p.298.

¹⁴⁰ TERRÓN SANTOS, Daniel. *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, p. 222.

deben disponer de cuanta información sea precisa en relación con las condiciones del mercado de las Comunicaciones electrónicas.

En esa misma dirección Ramón Terol Gómez¹⁴¹ incluye dentro de las potestades instrumentales a los requerimientos de información, junto con la adopción de medidas cautelares, entendiendo por tales potestades a aquellas imprescindibles para el ejercicio de las complejas funciones que se le encomiendan a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Precisamente este autor realiza una primera clasificación entre las funciones relacionadas con la salvaguardia de la libre competencia¹⁴², la función de arbitraje privado y las otras funciones atribuidas a la Comisión entre las que señala la función de asesoramiento, la resolución de consultas y las potestades instrumentales.

Fundamenta esta potestad instrumental en el artículo 30 del Reglamento de la Comisión, sin embargo entendió que fue mejor la redacción de las Leyes 12/1997 y 11/1998, en razón de que no es lo mismo requerir *“cuanta información requiera para el ejercicio de sus funciones”* –como establece el Reglamento- que hacerlo *“en el ejercicio”* de las mismas¹⁴³.

Desde otra perspectiva, Mariano Magide Herrero, por su parte establece y distingue la existencia de poderes de supervisión para recabar información de los agentes del sector, de la potestad propiamente inspectora. Indicando que de los artículos 34 y 79.1 de la Ley 11/1998 se puede deducir el poder de exigir información a los operadores, *“siempre que sea necesario para el ejercicio de cualquiera de las funciones que le atribuya la Ley”*¹⁴⁴.

¹⁴¹ TEROL GÓMEZ, Ramón. *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000, p. 188-191.

¹⁴² Potestad normativa, competencias respecto de los títulos habilitantes, funciones en materia de interconexión y acceso a las redes, competencias respecto de la asignación de numeración, funciones en relación con las tarifas, la potestad sancionadora, el control de cumplimiento de las obligaciones de servicio público y competencias específicas respecto de los servicios de acceso condicional a la televisión digital. TEROL GÓMEZ, Ramón. *El control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*. Valencia: Tirant lo Banch, 2000, p. 110-170.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 189.

¹⁴⁴ MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2000, p. 423.

Así lo establece la Sentencia Tribunal Supremo, 6 de junio de 2007¹⁴⁵ que por su importancia se transcribe a continuación:

“...en lo que respecta a la habilitación legal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para formular un requerimiento de información, se equivoca la Sala cuando la restringe a la prevista a los artículos 11.2 y 16 de la Ley General de Telecomunicaciones. Debe tenerse en cuenta, por el contrario, que las funciones que el artículo 1 de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones atribuye a la citada Comisión son muy amplias y comprenden, sin duda, la posibilidad de solicitar información a toda empresa que actúe en el sector de las telecomunicaciones. Así, las resoluciones anuladas por la sentencia recurrida se apoyan en los apartados dos.1 y dos.2. c), f) y h) que habilitan a la Comisión a adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de la libre competencia y velar por la correcta formación de los precios en el sector (artículo 1.dos.1 y 1.dos.2.c). Dichas funciones comprenden la posibilidad de arbitrar y resolver en forma vinculante los conflictos que se originen en la actuación de los operadores (artículo 1.dos.2.a) y e), adoptar las medidas que sean necesarias para dichos fines y dar instrucciones a las “entidades que operen en el sector” (artículo 1.dos.2.f). Pues bien, no cabe duda que ya dichas previsiones suponen una cobertura legal suficiente para recabar información de todas las empresas que actúen en el sector de las telecomunicaciones, sin necesidad de recurrir a las previsiones de los artículos 11.2 y 16 de la Ley a los que se remite la Sala sentenciadora”.

Por todo ello, hablamos de la obtención de información regulatoria por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como una potestad de tipo instrumental, sujeta al cumplimiento de sus funciones regulatorias.

¹⁴⁵ STS, de 6 de junio de 2007. Recurso de Casación 8171/2004 interpuesta por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 25 de mayo de 2004 en el recurso contencioso-administrativo número 1.094/2002 sobre requerimiento de información a empresas y personas que realizan la actividad de telefonía de uso público.

Pensemos que la obligación de permitir el acceso a la información, a su vez supone la existencia de otro deber público como es el de la recogida directa de datos, configurándose tal deber como la potestad que permite a los agentes de la Inspección proceder a contrastar la realidad de los hechos a través de la recogida directa de datos.

Resulta fundamental entonces abordar, de forma evolutiva, la función de recabar información que puede ejercer la Comisión, de conformidad con la normativa sectorial. Y de esta manera, a continuación se expondrán las disposiciones que abarcan desde el artículo 30 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hasta el artículo 9 de la nueva ley, y las disposiciones reglamentarias de desarrollo de dicha ley, complementando este análisis con alguno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre este tema.

V.1. La potestad de requerir información

a. Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

El Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, señala en el artículo 30 que la Comisión *“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”*, correspondiéndole al Consejo –de acuerdo a lo establecido en el artículo 32- el ejercicio de esta función.

Por la Resolución de 27 de julio de 2004¹⁴⁶, se hizo público el Acuerdo de 22 de julio de ese año por el que se aprobó la delegación de la competencia para efectuar requerimientos de información en el Presidente de

¹⁴⁶ Resolución de 27 de julio de 2004, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace público el Acuerdo de 22 de julio de 2004, del Consejo, por el que se aprueba la delegación de la competencia para efectuar requerimientos de información. BOE, núm. 194, 12.08.2004, p. 28995-28996.

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Recordemos que conforme a la normativa vigente el Consejo de esta Comisión es el órgano administrativo al que le correspondería llevar a cabo los requerimientos a todas aquellas personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas.

El Tribunal Supremo que resolvió favorablemente varios recursos de casación¹⁴⁷, declarando la incompetencia del Presidente de esta Comisión para efectuar requerimientos de información a los operadores, dado que esta competencia, como señalamos anteriormente correspondía al Consejo de la Comisión.

Dicho Tribunal fundamentó su pronunciamiento en los artículos 30 y 32 del Real Decreto 1994/1996 anteriormente citados, en razón de que los requerimientos de información formulados por la Comisión no constituyen un acto de comunicación o de ejecución efectuado en virtud de un previo acto del órgano competente, pues no constaba el acuerdo del Consejo que le serviría de soporte, ni tampoco de una delegación, que necesariamente tendría que ser expresa, al no admitirse delegaciones tácitas, conforme claramente se infiere del artículo 13 de la LRJPAC. Tampoco podía hablarse de que el acto haya sido convalidado por el superior jerárquico competente, pues en el presente caso el Consejo no subsanó el defecto de incompetencia, sino que lo mantuvo declarando la competencia del Presidente.

En esa dirección el Tribunal entendió que las competencias del Presidente son esencialmente representativas y directivas, que pertenecen al ámbito orgánico, a la gestión económica y de proposición al Consejo, gestión al margen, por tanto, de aquellas otras que pertenecen la campo funcional, que son más propias del Consejo, al necesitar de modo más directo de la reflexión y discusión característica de los órganos colegiados, debido a la incidencia que pueden tener en los derechos de los operadores, en particular sobre el secreto

¹⁴⁷ Sentencias del Tribunal Supremo: Recurso de Casación núm. 3955/2001, de 4 de octubre de 2004, Recurso de Casación núm. 2309/2001, de 21 de julio de 2004, Recurso de Casación núm. 5255/2000, de 9 de junio de 2004, Recurso de Casación núm. 4000/2000, de 29 de abril de 2004, Recurso de Casación núm. 4890/2001, de 28 de abril de 2004.

de sus planes económicos, comerciales y de programación, tan sensible a la influencia de factores externos. Máxime, cuando lo que se persigue con el requerimiento es el cumplimiento de funciones genuinas de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a saber: a) el establecimiento y publicidad, con periodicidad anual, de la relación de operadores que se consideran dominantes en el mercado; b) la elaboración de un informe anual, destinado al Gobierno, sobre el desarrollo del sector de telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos; y c) el seguimiento y análisis de los distintos tipos de servicios de telecomunicaciones.

Asimismo la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 3ª) mencionó la necesidad de proporcionalidad entre el contenido del requerimiento y realización de las funciones del Consejo, *“para que no se frustré ni por exceso ni por defecto el objetivo perseguido, siendo dicho órgano colegiado el que mejor conoce el alcance que debe tener el requerimiento”*.

Por otra parte, no debemos olvidar que el propio Reglamento de la Comisión establece que los miembros del Consejo están facultados para obtener los datos, documentos e información necesarios para el ejercicio de sus funciones, así como la documentación y la información relativa a los asuntos o estudios que desarrollen el comité consultivo, los comités especializados, las ponencias, así como certificaciones de las actas del propio Consejo y de los citados comités y ponencias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento del Régimen Interior. Correlativamente, entre los deberes de los miembros del Consejo se encuentra el de guardar secreto de cuantas informaciones de naturaleza confidencial tuvieren conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Artículos 10.2 del Reglamento de Régimen Interior y 41 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

b. Ley 12/1997

Por su parte, la Ley 12/1997 –actualmente derogada- carecía de un artículo específico que se refiriera a la obligación de los operadores de suministrar al regulador información del sector para el cumplimiento de las funciones legalmente establecidas. No obstante ello, sí establecía, en su artículo 1.Dos.2.I., que la Comisión ejercería su potestad sancionadora ante el incumplimiento de los requerimientos de información que formulase a las empresas del sector en el desarrollo de sus funciones.

De la lectura de lo expuesto hasta aquí, podemos inferir que esta redacción viene a complementar las disposiciones referidas a esta materia y contenidas en el Reglamento de Régimen interno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. De allí que se explique que el alcance del precepto en estudio tenga por finalidad regular la posibilidad de sanciones para aquellos operadores que no colaboren con el regulador, e incumplan con las solicitudes de información. Porque precisamente este punto no estaba contemplado en el Reglamento antes mencionado, y vino a constituir una cláusula de cierre para dar operatividad a los requerimientos de información que la Comisión puede formular a las empresas que intervienen en el mercado.

c. Ley 11/1998

La Ley 11/1998, expresamente prevé en su artículo 34¹⁴⁹ que *“los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los de servicios de telecomunicaciones disponibles al público que tengan la consideración de dominantes, tendrán la obligación de presentar anualmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuentas separadas y auditadas referidas a las distintas actividades que realicen”*.

¹⁴⁹ Artículo 34. Separación de cuentas y suministro de información financiera.

Más allá de este deber general, la Comisión tiene la potestad de solicitar directamente la comparecencia ante sus órganos, de la persona física o jurídica que haya auditado las cuentas de un operador, con el fin de que realice las oportunas aclaraciones y aporte la información complementaria sobre sus estados financieros, la justificación de sus precios de interconexión y la separación de sus cuentas por actividades y servicios¹⁵⁰.

Por ello podemos afirmar que, con fundamento en este artículo, el regulador puede requerir a estos operadores dominantes gran cantidad de información relativa a su obligación de separación de cuentas de sus actividades, así como toda otra información que indirectamente se relacione con la misma.

Si bien este artículo no dispone mayores precisiones sobre cuestiones de procedimiento, el artículo 79.17, sí establecía que el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información, formulados por la Comisión o por el órgano competente de la Administración del Estado, en el ejercicio de sus correspondientes funciones, constituía una infracción muy grave.

De este precepto podemos inferir que existe una potestad general de solicitar información del sector, que recae no sólo en la Comisión sino en cualquier órgano competente de la Administración del Estado, siempre en el ámbito del ejercicio de sus funciones, tal como concluimos para la legislación anterior.

d. Ley 32/2003

La última Ley general del sector -Ley 32/2003- presenta, en su artículo 9 una redacción particular¹⁵¹, con varios elementos destacables y que

¹⁵⁰ En todo caso, se deberán separar, como mínimo, las cuentas de los servicios telefónicos disponibles al público, las de los servicios de interconexión, incluidos tanto los servicios prestados internamente como a terceros, las de los servicios de alquiler de circuitos y las de cualquier otro que tenga la consideración de obligatorio.

¹⁵¹ Artículo 9. Obligaciones de suministro de información

acotan el contexto en el que pueden desarrollarse los requerimientos de información:

El referido precepto dispone lo siguiente:

“1. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación podrán, en el ámbito de su actuación, requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la información necesaria para el cumplimiento diferentes finalidades:

- a) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada;*
- b) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis;*
- c) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración;*
- d) La publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios;*
- e) Elaborar 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 aquellos;*
- f) Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico;*

“1. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación podrán, en el ámbito de su actuación, requerir a las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, la información necesaria para el cumplimiento diferentes finalidades:

a) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada; b) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis; c) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración; d) La publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios; e) Elaborar 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 aquellos; f) Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico; y g) Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta Ley. Esta información, excepto aquella a la que se refiere el párrafo c), no podrá exigirse antes del inicio de la actividad y se suministrará en el plazo que se establezca en cada requerimiento, atendidas las circunstancias del caso. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

2. Las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguidas”.

g) Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta Ley.

Esta información, excepto aquella a la que se refiere el párrafo c), no podrá exigirse antes del inicio de la actividad y se suministrará en el plazo que se establezca en cada requerimiento, atendidas las circunstancias del caso. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

2. Las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguidas”.

Así, sujeta la posibilidad de efectuar requerimientos, por parte de las ANR, al cumplimiento de diferentes finalidades, pero sólo en el ámbito de su actuación regulatoria. Asimismo se acentúa el carácter proporcional que deben tener dichas solicitudes de información al indicar expresamente que las mismas no sólo deberán estar suficientemente motivadas sino también guardar proporción con el fin perseguido, tal como rige, por principio, en la normativa comunitaria.

En el mismo sentido, el artículo 29.2.d) de dicha ley, dispone que las normas que se dicten por las correspondientes Administraciones sobre la ocupación del dominio público y la propiedad privada, deberán no sólo garantizar la protección de los derechos de los operadores, sino también –y en particular- que las solicitudes de información que se realicen a los operadores sean *“motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario”.*

Las finalidades que justifican el requerimiento de información constituirían, en principio, un *“numerus clausus”*, pero podemos observar que los últimos incisos indicarían un *“numerus apertus”* al indicar que *posibilitará también* comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones nacidas de esta Ley.

Al respecto el Consejo de Estado manifestó lo siguiente: *“El artículo 5.1. de la Directiva Marco, inspirado en el Considerando 13 de esta misma Directiva, tiene una redacción más amplia, pues habilita a las Autoridades Nacionales de Reglamentación para requerir “toda la información, incluso financiera, necesaria para (...) comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva o en las Directivas específicas” (que son las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE). Similar redacción, en su propio ámbito de aplicación, tiene el artículo 10 de la “Directiva de Autorización”. No parece existir motivo alguno para que la norma española restrinja el deber de información en materia de cumplimiento de las condiciones establecidas con arreglo al artículo 8, de las obligaciones de servicio público o de las obligaciones específicas impuestas a los operadores con poder significativo en mercados de referencia. Por ello, sugiere el Consejo de Estado emplear en el artículo 9.1.a) del Anteproyecto una fórmula genérica equivalente a la del artículo 5.1. de la Directiva Marco, como por ejemplo “comprobar el cumplimiento de las obligaciones de esta Ley”¹⁵².*

Asimismo, es necesario señalar que no se indica el título del artículo 9 como si fuese una función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones propiamente dicha, sino como obligación de las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, aunque de su redacción sí se infiere dicha potestad por parte del regulador.

Si bien este precepto no existía en la anterior Ley 11/1998, sí existía la obligación de los operadores de cumplimentar los requerimientos de información, dado que el incumplimiento de tales requerimientos sí tenía sanción al ser considerado como infracción administrativa muy grave.

Al respecto, la Doctrina sostiene que de forma genérica que *“el ordenamiento hace recaer sobre los operadores la obligación de facilitar cuanta*

¹⁵² Dictamen del Consejo de Estado núm. 228/2003, citado por TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier. *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la Sociedad de la Información. Un estudio de Derecho Administrativo económico*. Madrid: Consejo de Estado Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 81.

información le pueda ser solicitada por la Administración en relación con los contratos celebrados y sus estados financieros, las inversiones realizadas, la calidad de suministro, los precios soportados y repercutidos, los consumos, la facturación, las condiciones de venta, las otras autorizaciones concedidas, etc. Y, en general, cuantos datos afecten a las condiciones que determinaron el otorgamiento de la autorización”¹⁵³.

Por esto podemos decir que los requerimientos de información se dirigen a satisfacer alguna de las finalidades enumeradas en el artículo 9.1 de la LGTel. En efecto, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia abogan por el cumplimiento del principio de proporcionalidad entre la información requerida y la utilización de la misma para los fines que justifican dicha solicitud y, consecuentemente en la motivación del requerimiento de información que debe indicar el regulador al momento de obtener los datos que necesita para el cumplimiento de sus funciones. En ese sentido el regulador debe dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa.

En concreto, la falta de fundamentos del requerimiento de información a los operadores del sector es razón suficiente, según la Audiencia Nacional para entender que adolece de motivación. En su sentencia de 15 de julio de 2008 resaltaba que *“en lo que a la motivación respecta, que “es preciso que esta Comisión obtenga una visión del mercado lo más exacta posible, tanto desde el punto de vista estático como dinámico” (...) “no es suficiente, ni siquiera ateniéndonos al significado del término “sucinto”, en relación con el objeto y finalidad que la resolución persigue. Por otra parte, tampoco del expediente administrativo se extrae ningún elemento que permita complementar, siquiera por referencia, la motivación que se cuestiona”.*

Por todo ello resulta un requisito imprescindible al momento de requerir información que, en este caso, la motivación sea proporcionada con el

¹⁵³ FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. *Estatuto Jurídico de los Servicios esenciales económicos en red*. Madrid-Buenos Aires: Ciudad Argentina. Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 557.

fin que el requerimiento pretende, vinculado al ejercicio de las funciones del regulador reconocidas por la legislación vigente.

e. Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de Comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

No podemos dejar de mencionar al Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de Comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios¹⁵⁴, dado que contiene una serie de disposiciones relacionadas con las solicitudes de información a los operadores.

En efecto, el artículo 23 incluye dentro de las obligaciones de carácter público a las obligaciones de suministro de información establecidas en el artículo 21 de este Reglamento, así como las obligaciones de información contenidas en el artículo 9 de la Ley 32/2003¹⁵⁵.

Chinchilla Marín sostiene que las obligaciones de carácter público constituyen una categoría que engloba un serie de obligaciones que deben realizar los operadores de telecomunicaciones que desarrollan su actividad en régimen de competencia, que se caracterizan porque *“no todas ellas tienen naturaleza prestacional; suponen la aplicación al ámbito de las telecomunicaciones de obligaciones legales derivadas de diversas normas del ordenamiento jurídico; y no dan derecho a contraprestación ni compensación de ningún tipo .*

Dada la importancia de la redacción, consideramos importante citar a continuación el artículo 21:

¹⁵⁴ Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, 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. BOE núm. 102, de 29-04-2005, p. 14545-14588.

¹⁵⁵ El artículo 21.3 d) Reglamento de Servicio Universal.

“1. Las autoridades nacionales de reglamentación establecidas en el artículo 46 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y los organismos con competencias inspectoras derivadas de dicha ley podrán, en el ámbito de su actuación, requerir a los operadores la información, incluso financiera, necesaria para el cumplimiento de alguna de las siguientes finalidades:

a) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de este capítulo, de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración, direccionamiento y denominación o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada.

b) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis.

c) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración, direccionamiento y denominación.

d) Publicar síntesis comparativas sobre precios y calidad de servicio, en interés de los usuarios.

e) Elaborar 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 aquellos.

f) Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico.

g) Comprobar el cumplimiento del resto de obligaciones derivadas de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo, en especial el cumplimiento de las obligaciones de servicio público y de carácter público.

Esta información, excepto aquella a que se refiere el párrafo c), no podrá exigirse antes del inicio de la actividad, y se suministrará en el plazo que se

establezca en cada requerimiento, atendidas las circunstancias del caso. Las autoridades nacionales de reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

2. Las solicitudes de información que se realicen de conformidad con el apartado anterior habrán de ser motivadas y proporcionadas al fin perseguido. En dichas solicitudes se indicará el plazo y grado de detalle con que deberá suministrarse la información requerida, así como los fines concretos para los que va a ser utilizada. El incumplimiento de la obligación de información por los titulares de redes o servicios de comunicaciones electrónicas podrá ser sancionado conforme a lo establecido en el título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre...”.

Es evidente que el artículo 21 reproduce prácticamente el texto del artículo 9 de la LGTel, sin embargo existen una serie de profundizaciones y ampliaciones en el primer artículo, que merecen ser destacadas.

En primer lugar decir que se amplía el elemento subjetivo de los requerimientos de información al incorporar, junto con las ANR, a “*los organismos con competencias inspectoras derivadas de dicha ley*”. Lo cual nos estaría reafirmando el considerar a la solicitud de información, como potestad instrumental e inspectora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En segundo lugar, al especificar cuáles son las obligaciones de los operadores cuyo cumplimiento debe que comprobarse, a través de los requerimientos de información, hace especial hincapié en las obligaciones de servicio público y de carácter público.

En tercer lugar amplía, con notable diferencia, la redacción del artículo 9 en lo que respecta a los requisitos de forma y fondo de los requerimientos de información. Así, no sólo se exige proporcionalidad y motivación en las solicitudes de información, de conformidad con el fin perseguido, sino que alude a la necesidad de indicar en las mismas el plazo y

grado de detalle con que deberá suministrarse la información requerida y el fin o fines específicos para los que va a ser utilizada.

Y en cuarto lugar, incorpora la posibilidad de que las ANR, ante el incumplimiento de las obligaciones de información por los titulares de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, apliquen las sanciones correspondientes, establecidas en la LGTel. Sobre ello abundaremos en párrafos posteriores.

VI. Recapitulación

Tal como hemos podido comprobar, a lo largo de este Capítulo a través de la diferente normativa, el cuadro de competencias de las ANR se ha ido configurando cada vez más hacia funciones orientadas a alcanzar los objetivos fijados por las Directivas europeas y la LGTel, principalmente el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones.

Es indudable que el MRCE se apoya en el hecho de que el regulador del sector tenga conocimientos suficientes para adoptar sus decisiones reguladoras. En ese sentido el artículo 5 de la Directiva Marco establece la posibilidad de que las ANR puedan comprobar el cumplimiento del MRCE, de las directivas específicas, o de las decisiones adoptadas con arreglo a ellas, a través de la información que faciliten las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Para este fin pueden solicitarles, de forma motivada, toda la información -incluso financiera- que guarde proporción con el cumplimiento de sus misiones, que las empresas deben facilitar de forma rápida, respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por dichas autoridades. De forma residual recae en los Estados miembros el deber de velar por el cumplimiento de esta obligación.

Uno de los objetivos del regulador es intentar dar transparencia al sector regulado, ya sea en el proceso de adopción de decisiones, como en la

difusión o publicación de información, siempre que ello contribuya a un mercado abierto y competitivo.

En el ámbito nacional, hemos reconocido la potestad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su condición de ANR, 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 comprobar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la LGTel. El artículo 30 del Reglamento de la Comisión establece que 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 carácter instrumental de la Comisión se configura, en consecuencia, como una obligación general de todos los operadores no sólo de responder a los requerimientos de la ANR, sino también al objeto de garantizar los derechos de los usuarios (art. 17 g) y art. 21 del Real Decreto 424/2005).

A través de la diferente normativa nacional analizada, ya sea la vigente como la derogada, hemos podido establecer una progresión hacia un mayor reconocimiento de la importancia que tiene para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función de requerir información de los agentes del sector, quienes normalmente se niegan a aportarla, o al menos no tienen incentivos para brindar información de su desarrollo empresarial en materia de telecomunicaciones. Todo ello resulta fundamental dada la importancia que tiene la información para el regulador.

Precisamente, la regulación de este sector requiere de un regulador que cuente con información veraz, precisa, completa y suficiente sobre las variables que manejan los operadores y sobre la realidad del mercado –intentando superar las asimetrías de información-, pues de esa manera podrá tener una mayor coherencia regulatoria, transparencia, credibilidad y razonabilidad en el cumplimiento de sus misiones, así como una

menor cantidad de situaciones posibles de “*captura*”, mejorando consecuentemente la calidad y la equidad del proceso regulador.

A partir de la importancia conferida a la utilización de la información para la consolidación de la competencia en el sector, es que postulamos que el MRCE otorga un nuevo estatus a la regulación mediante la información. Lo cual se traduce en la siguiente premisa: ante una nueva regulación que se asienta sobre la información que se solicita y requiere fundamentalmente a los operadores –además de la que se difunde, comunica, intercambia y publica en el mercado de las telecomunicaciones-, se persigue el afianzamiento de la competencia en el sector, el desarrollo del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

TITULO SEGUNDO

**LA INFORMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA
REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES**

CAPÍTULO I

Mecanismos para obtener información regulatoria

Sumario: **I. Introducción** **II. Los procedimientos de información en los que intervienen las Autoridades Nacionales de Reglamentación.** 1. Mecanismos de intercambio de información. a. Entre el regulador y la Comisión Europea. b. Entre las Autoridades Nacionales de Reglamentación y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia. 2. La información que requieren y reciben las Autoridades Nacionales de Reglamentación **III. El mecanismo de consulta como medio de información.** 1. Los procedimientos previstos en la Directiva Marco. a. Mecanismo de consulta general o amplio. b. Mecanismo de consulta restringido y su incidencia en la consolidación del mercado Interior de las comunicaciones electrónicas. c. El procedimiento de consulta en la Revisión del MRCE. **IV. Requisitos formales y sustanciales de la información en el MRCE.** 1. Los condicionantes de tiempo, forma y contenido de los procedimientos para obtener información regulatoria. **V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los mecanismos para la obtención de información.** 1. Los requerimientos de información. a. Noción de requerimiento de información. b. Los sujetos pasivos de la obligación de aportar la información requerida por el regulador del mercado de las telecomunicaciones. c. Los requerimientos de información y la potestad sancionadora. 2. El trámite de información pública. 3. El mecanismo de consulta pública como medio para obtener información. 4. El deber de los ciudadanos de aportar información. **VI. Recapitulación.**

I. Introducción

Tal como hemos tenido oportunidad de analizar en el Título anterior, las Administraciones Públicas cuentan en la actualidad con amplias facultades para la obtención de información de los operadores, ya sea por imperativo legal o de forma voluntaria, aunque son menores los casos y en concreto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como ANR tiene una gran potestad para requerir u obtener información de aquellos que intervienen en el mercado, dentro del conjunto de sus funciones regulatorias.

Por ello, en el presente Capítulo analizaremos los diferentes mecanismos que prevén la normativa comunitaria y el ordenamiento jurídico español para que las ANR y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en particular, puedan obtener datos e información que posteriormente aplican en la regulación de sector.

A estos efectos abordaremos los requerimientos de información, el trámite de información pública y la consulta pública como recurso para obtener información del sector. Este capítulo finaliza con una recapitulación sintética y concluyente de los temas tratados.

II. Los procedimientos de información en los que intervienen las Autoridades Nacionales de Reglamentación

Al objeto de dimensionar la importancia de la información como posible instrumento de control del sector, debemos analizar cualitativamente la información que necesitan las ANR para dar cumplimiento a los objetivos y finalidades del MRCE. Recordemos, como lo hacíamos desde el inicio de la presente Tesis, que la información cumple un importante papel en la aplicación armonizada de la normativa comunitaria en los diferentes Estados miembros.

II.1. Mecanismos de intercambio de información

a. Entre el regulador y la Comisión Europea

Como regla general, las ANR tienen el deber de contribuir de manera transparente al desarrollo del mercado interior a través de la cooperación entre ellas y con la Comisión Europea, a fin de lograr la aplicación de la normativa comunitaria de forma coherente, intentando alcanzar acuerdos sobre los tipos

de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar las situaciones que se susciten en el mercado¹⁵⁶.

La Directiva Marco, en su artículo 5, expresamente prevé la exigencia a los Estados miembros de velar para que los operadores de redes y servicios, tras la solicitud motivada, faciliten a las ANR todas las informaciones que requieran para el cumplimiento de sus funciones de vigilancia de la implementación en sus respectivos países del Derecho comunitario.

Esta norma comunitaria también establece la exigencia de que los Estados miembros garanticen que las propias ANRs proporcionen a la Comisión Europea, cuando lo solicite, la información que precise y que sea relevante para poder cumplir las misiones que le atribuye el Tratado. En ambos casos la solicitud de información debe estar debidamente motivada y guardar proporción con el cumplimiento de la labor encomendada, teniendo las empresas el derecho a conocer para qué fines se utilizará la información que deben facilitar¹⁵⁷, fundamento del principio de proporcionalidad entre la solicitud o requerimiento de información y la finalidad, utilización y aplicación de la información que se intenta obtener.

En efecto, recae en los Estados miembros la obligación de velar por que las ANR faciliten a la Comisión, cuando ésta lo solicite de forma motivada, la información necesaria para desempeñar las misiones que le asigna el Tratado¹⁵⁸. Es ésta una obligación genérica de los reguladores de aportar información del sector, sin establecer un procedimiento específico a estos efectos ni requerir que se lleve a cabo en el marco de un proceso en particular.

De la lectura y análisis del artículo 5.2 de la Directiva Marco se desprende el principio de la utilización, en sentido amplio, de esta información, con algunos matices en la protección de esta transmisión. En esa dirección se

¹⁵⁶ Principio consagrado en el artículo 7.1 de la Directiva Marco, referido a la Consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas.

¹⁵⁷ Considerando 28 Directiva Autorización.

¹⁵⁸ Artículo 5.2 Directiva Marco.

establece una cláusula de proporcionalidad de la información que se solicita, cuya solicitud deberá ajustarse al cumplimiento de las misiones de la Comisión Europea.

Un ejemplo de ello es el hecho de que los Estados miembros deben aplicar este Marco común para la política del espectro radioeléctrico, en particular a través de las autoridades nacionales, y facilitar a la Comisión Europea toda la información necesaria para verificar su aplicación adecuada en toda la Comunidad, habida cuenta de las obligaciones contraídas por la Comunidad y sus Estados miembros en el ámbito del comercio internacional¹⁵⁹.

La utilización por esta institución comunitaria de la información referida a las empresas –y de la que ellas hubieren facilitado a las ANR-, conlleva el deber de informar a los operadores del uso que haga de la misma.

Esto posibilita que, en la medida en que sea necesario, y salvo solicitud expresa y motivada de la autoridad que facilita la información, la Comisión pueda poner esta información a disposición de las ANR de otros Estados miembros, con el objeto de que cualquiera de ellas pueda ejercer las competencias que le atribuye el Derecho comunitario y acceder a la misma.

La pregunta surge irremediamente sobre cuáles son los límites de acceso a esta información. Existe pues una garantía de confidencialidad de la información por parte de la Comisión Europea y de las ANR, de conformidad con la normativa comunitaria y nacional sobre secreto comercial. Dicha garantía se vuelve operativa o se activa si una ANR considera que es confidencial esa información y así lo pone de manifiesto.

b. Entre las Autoridades Nacionales de Reglamentación y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia

En este caso, la transmisión mutua entre las ANR y las Autoridades Nacionales en materia de competencia se debe limitar a la

¹⁵⁹ Considerando 23 Decisión Espectro.

información necesaria para la aplicación de las disposiciones de las Directivas comunitarias garantizándose, por parte de la autoridad receptora, el mismo nivel de confidencialidad que la autoridad de origen (Art. 3.5 Directiva Marco), sin que esa información pueda ser utilizada como prueba por la autoridad receptora, aunque sí pueda obtenerla por sus propios procedimientos.

Quadra-Salcedo¹⁶⁰ se refiere a esta vinculación entre las ANR y la Autoridad de Defensa de la competencia como la aproximación de organismos encargados de intervenir por distintos conceptos en la actividad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, encuadrándola bajo un “*concepto orgánico de convergencia*”, que implica la convergencia entre ANR y los organismos de defensa de la competencia, convergencia entre ANR y Comisión Europea, y convergencia entre ANR de distintos países entre sí.

El punto de interés radica en que no sólo se trata de una cuestión de colaboración o cooperación sino también de eficacia regulatoria, dado que hay cuestiones relacionadas con el ámbito de actuación de las mismas y de sus funciones que podrían acarrear conflictos. Razón por la cual los Estados miembros deben velar porque las tareas sobre análisis del mercado estén claramente repartidas y existan procedimientos que contribuyan a la coherencia regulatoria.

La necesaria relación que establece el MRCE, vincula el Derecho de la Competencia desde una doble vertiente: por un lado la cooperación a través de la información entre las ANR y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia, de acuerdo al artículo 3.5 de la Directiva Marco y, por el otro, la realización del análisis de los mercados y la aplicación de principios y reglas del Derecho de la Competencia, conforme al artículo 16.1 de la Directiva Marco.

¹⁶⁰ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. La liberalización de las telecomunicaciones: elementos esenciales y Nuevo Marco Regulatorio Comunitario/En/QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (Dir.). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p.25.

El nivel de colaboración depende de la concreción que han realizado en ese sentido los Estados miembros en sus respectivas transposiciones.

De hecho, la Directiva Marco en su artículo 7 impone a las ANR determinadas obligaciones de cooperación cuyo alcance y sanción no quedan muy claros, como sostiene Quadra-Salcedo¹⁶¹ y que analizaremos en títulos posteriores.

En su Octavo Informe la Comisión Europea consideró que había mejorado la cooperación entre las ANR y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia desde la liberalización, a la hora de hacer cumplir el marco reglamentario. Un ejemplo de ello son Dinamarca e Irlanda que instituyeron procedimientos oficiales de cooperación entre ambas autoridades. En Francia, Alemania e Italia las Autoridades Nacionales de defensa de la competencia proporcionan a las ANR dictámenes no vinculantes sobre aspectos que inciden en las condiciones de competencia en el mercado; mientras que en Portugal *“los competidores han expresado su deseo de que la autoridad de defensa de la competencia intervenga en mayor medida”*¹⁶².

II.2. La información que requieren y reciben las Autoridades Nacionales de Reglamentación

Los operadores tienen la obligación de suministrar, en términos generales y según lo dispone el MRCE, la siguiente información:

- a) Documentos contables incluida información de ingresos percibidos de terceros (Art. 11.2 Directiva Acceso).

¹⁶¹ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la. La liberalización de las telecomunicaciones: elementos esenciales y Nuevo Marco Regulatorio..., p.39-40.

¹⁶² Octavo Informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones en Europa-Reglamentación y mercados, 2002. Bruselas, 3.12.2002. COM (2002) 695 final.

- b) Toda la información, incluso la financiera, necesaria para que las ANR puedan comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en las Directivas o de las decisiones adoptadas con arreglo a ellas (Art.5.1. Directiva Marco); que será brindada en unas condiciones equitativas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias¹⁶³ (Considerando 35 Directiva Servicio Universal).
- c) La información necesaria para comprobar el cumplimiento de las condiciones y obligaciones de la autorización general o los derechos de uso. Esta obligación recae en las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas habilitadas por la autorización general o que disfrutan de derechos de uso de radiofrecuencias o números (Art. 10 Directiva Autorización).
- d) La información adecuada y actualizada que publique el operador, relativa a su rendimiento en el suministro de servicio universal, basada en los parámetros, definiciones y métodos de medición de la calidad del servicio¹⁶⁴ (Art.11 Directiva Servicio Universal).
- e) La notificación del inicio de sus actividades como operadores (Art. 3.2 Directiva Autorización)¹⁶⁵.

¹⁶³ Obligación que recae sobre todos los prestadores de servicios que asignen números de teléfono a sus abonados.

¹⁶⁴ Todas las empresas designadas a las que se impongan obligaciones respecto del suministro de acceso desde una ubicación fija, servicios de información sobre números de abonados y guías, teléfonos públicos de pago, medidas específicas para usuarios con discapacidad y respecto de la asequibilidad de la tarificación, son los sujetos obligados a efectuar esta publicación.

¹⁶⁵ Se podrá exigir a la empresa afectada una notificación, pero no exigir la obtención de una decisión explícita u otro acto administrativo de la autoridad nacional de reglamentación antes de ejercer los derechos derivados de la autorización. Tras la notificación, si ha lugar, la empresa podrá iniciar su actividad.

- f) La publicación de una oferta de referencia, que deberá estar suficientemente desglosada para garantizar que no se exija a las empresas pagar por recursos que sean innecesarios para el servicio requerido, en la que se describan las ofertas pertinentes subdivididas por componentes de acuerdo con las necesidades del mercado, así como las condiciones correspondientes incluidos los precios (Art.9.2 Directiva Acceso).

Por su parte, las ANR deben tener acceso, según las disposiciones del MRCE, a la siguiente información:

- a) Las informaciones pertinentes en materia de contabilidad de costes, a fin de ejercer sus competencias reglamentarias en este ámbito, por ejemplo mediante el establecimiento de controles tarifarios (Considerando 26 Directiva Servicio Universal).
- b) Los proyectos de decisiones de las ANR de otros Estados miembros -relacionadas con la definición y análisis de mercado, sobre responsabilidades y competencias de las ANR en materia de acceso e interconexión o la imposición, modificación o supresión de esas obligaciones, y respecto de la revisión de obligaciones sobre tarifas al público, líneas arrendadas, selección y preselección de operadores o que pueda tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros- así como sus motivaciones, para formular oportunamente sus observaciones (Art. 7, 15 y 16 Directiva Marco)

III. El mecanismo de consulta como medio de información

III.1. Los procedimientos de consulta previstos en la Directiva Marco

El MRCE se caracteriza por contener diferentes disposiciones referidas a los procedimientos de información entre los agentes que intervienen en el mercado de las telecomunicaciones, como hemos tenido oportunidad de apreciar.

Derechos, facultades y deberes se conjugan en el entramado de redes de información: solicitud de informaciones, requerimientos, análisis de los datos aportados, transmisión, publicación y notificación de los mismos y la consulta, todo ello a fin de posibilitar la consecución de los objetivos directamente relacionados, en principio, con las misiones de las ANR y las obligaciones de la Comisión Europea.

La Directiva Marco establece en dos de sus artículos –el 6 y el 7- los mecanismos de transparencia y de consulta específicos que, entendemos, inciden en las funciones regulatorias de las ANR del sector de las Telecomunicaciones. Estos mecanismos de consulta encierran una serie de procedimientos donde la información cumple distintas funciones. A saber, primero como fundamento de las decisiones del regulador, en razón de revelar los datos y la situación del mercado; en segundo lugar como instrumento de control del desarrollo de las políticas comunitarias en el sector de la Telecomunicaciones; y en tercer lugar, como objeto de transmisión y comunicación de las condiciones que directa e indirectamente están relacionadas con el mercado.

Los artículos 15 y 16 de la misma Directiva comunitaria completan el conjunto de disposiciones que influyen en el cumplimiento de los objetivos que encierran las misiones de las ANR del sector.

Entendemos que los diferentes mecanismos de consulta que a continuación exponemos, integran el conjunto de medidas que, desde visión de

la Comisión Europea, intentan contribuir a lograr una mejor legislación, una mayor transparencia en el ámbito de desarrollo de la reglamentación en el mercado de las comunicaciones electrónicas, y mayor eficacia en la regulación.

Existe una clara diferencia entre ambos mecanismos de consulta, ya sea teniendo en cuenta los sujetos a los que va dirigida, las materias sobre las que recae o el objetivo regulatorio que se persigue con cada uno. Así, es posible clasificarlos en mecanismo de consulta general o amplio y mecanismo de consulta especial o restringido.

a. Mecanismo de consulta general o amplio

El artículo 6 sujeta la adopción de medidas que afecten significativamente en el mercado pertinente, a un proceso de información a las partes interesadas en el sector. Las mismas tienen la oportunidad de formular observaciones a la medida propuesta por la ANR, todo ello en un plazo razonable y publicándose a estos efectos todos procedimientos de consulta nacionales que se lleven a cabo.

Si el proyecto de medida afecta de una decisión relativa a una designación o no designación de operadores con peso significativo en el mercado, su publicación debe incluir la definición de mercado utilizada y las razones que la avalan, las pruebas que evidencian la existencia de una posición dominante, junto con la identificación de las empresas que se tiene la intención de designar como poseedoras de peso significativo en el mercado, los detalles completos de las obligaciones sectoriales que el regulador propone imponer, mantener, modificar o suprimir en relación con las empresas mencionadas, así como una evaluación de la proporcionalidad de la medida¹⁶⁶.

Sin embargo, este principio de consulta se encuentra limitado por la naturaleza de las decisiones a adoptar por las ANR pues se excluye

¹⁶⁶ Directrices de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003. 6. Procedimientos de consulta y publicación de las Decisiones propuestas por las ANR. Punto 144.

expresamente a la resolución de litigios entre empresas (Art.20) como de litigios transfronterizos (Art.21) y en aquellos casos en que la ANR considere urgente su actuación y adopte medidas excepcionales, a fin de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios (Art.7.6). Más adelante analizaremos este procedimiento de toma de decisiones motivadas por la urgencia y que, consecuentemente, reviste el carácter de provisional.

Respecto del desarrollo de este procedimiento se dispone la creación, por los Estados miembros, de un único punto de información donde se pueda acceder a todas las consultas en curso. El deber de publicación se centra en dos momentos fundamentales del procedimiento. Por un lado la convocatoria y apertura de la consulta y, por el otro, la contestación o aportación de observaciones y, si procediere, la publicación de los resultados obtenidos.

Una vez efectuada la consulta, las ANR deben poner a disposición del público sus resultados, salvo en caso de información confidencial. Entendiendo este término de conformidad a la legislación comunitaria y nacional en materia de confidencialidad empresarial.

En general la mayoría de las ANR realizan esta consulta que podemos denominar nacional, antes de efectuar la consulta comunitaria, dado que esto le permite captar las opiniones de los agentes del mercado en la notificación que posteriormente debe hacer a la Comisión Europea y demás autoridades de reglamentación de otros Estados miembros.

Expuesto lo que antecede podemos indicar que estamos en presencia de un mecanismo de consulta amplio o abierto, conforme al tipo de medida que se desea adoptar; y abierto respecto de sus destinatarios dirigiéndose a *“todas las partes interesadas”* del sector, aunque carente de carácter vinculante.

Se instituyen una serie de medidas al respecto como la creación de un punto único de información, en aras de lograr una igualdad de tratamiento y no-discriminación de los destinatarios de la consulta; y el

otorgamiento de un plazo razonable para la formulación de observaciones, aunque no especifica si se realiza a través del mismo medio de información por el cual se procedió a la consulta, aunque puede inferirse que así será, de acuerdo a la redacción de este precepto y de los principios básicos de la consulta.

En este artículo se evidencia, aunque en forma velada, la posibilidad de control, por parte de la Comisión Europea, de las medidas que desean adoptar las ANR en sus respectivos Estados miembros. Si bien las observaciones de las partes interesadas no tienen carácter vinculante, este proceso de información y consulta es un medio más de supervisión y control por parte de esta Institución comunitaria, de la consecución de las políticas europeas en el sector en estudio.

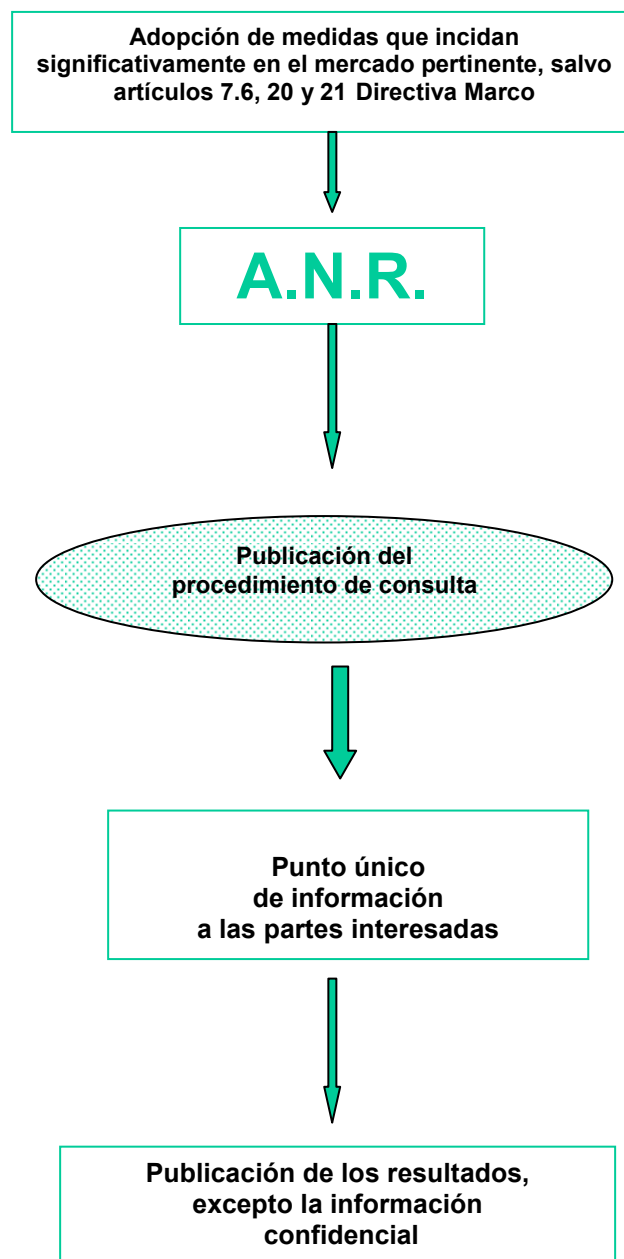
La intervención de las “*partes interesadas*”, es decir el conjunto de usuarios, abonados, operadores, otras ANR y las autoridades de defensa de la competencia, depende fundamentalmente de dos factores: de la posibilidad de acceso a la información y de la existencia de conocimiento previo para poder formular observaciones a las medidas propuestas por las ANR. Sin embargo no debemos perder de vista un principio diferencial entre ellas como es el bagaje de información previo que poseen las distintas *partes interesadas* y que les posibilitan diferentes grados de conocimiento de la situación sometida a consulta. De ello dependerá el nivel de aportación de las observaciones, indicaciones, en definitiva de la información que pueda obtener el regulador para aplicar en la adopción de decisiones que contribuyan a una mayor consolidación del mercado.

Estos procedimientos de toma de decisiones, donde la consulta ocupa un lugar primordial y principal, deben estar revestidos de suficientes garantías de transparencia, objetividad, adecuación, imparcialidad, proporcionalidad, y participación amplia, en la medida que lo establezcan las Directivas comunitarias.

De esta manera, las ANR acercan distancias respecto de los agentes y usuarios en la medida en que crean un clima de transparencia y consenso, a través de la participación de éstos en los procesos decisorios.

Todo ello constituye un intento de poner en un pie de igualdad a todas las partes interesadas. Cuestión aparte es si realmente se logra o no el objetivo de la consulta y si, en definitiva, es de interés de los usuarios y operadores la existencia de canales de expresión e intervención al momento de adoptarse determinadas decisiones por parte del regulador.

Mecanismo de consulta (Artículo 6 de la Directiva Marco)



b. El mecanismo de consulta restringido y su incidencia en la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas

El artículo 7, bajo el título “*Consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas*” establece un mecanismo de consulta e intercambio de información, como medida preliminar a la adopción de decisiones por parte de las ANR, con diferentes aristas en su desarrollo.

La Comisión Europea ha detectado y señalado que el grado de competencia en algunos países y en algunos segmentos del sector no es el deseado¹⁶⁷, pese a la evolución experimentada desde que se iniciara la liberalización, y por ello ha establecido un MRCE, bajo la premisa de eliminar la reglamentación a medida que en los mercados definidos se vaya incorporando y consolidando un nivel adecuado de competencia.

Esta institución comunitaria sostiene que este mecanismo de consulta tiene tres objetivos principales. El primero consiste en “*garantizar la coherencia de la reglamentación en toda la UE sobre la base de los principios de la legislación sobre competencia*”; el segundo en “*limitar la regulación a solamente aquellos mercados en los que exista una deficiencia persistente del mercado*”; y el tercero en “*aportar una mayor transparencia al proceso regulador. Estos procedimientos resultan, pues, esenciales para consolidar el mercado interior de las comunicaciones electrónicas*”¹⁶⁸.

La consulta establece una cooperación más estrecha entre las ANR y la Comisión Europea. En este sentido, cuando tengan la intención de adoptar una medida sobre definición y análisis del mercado –artículos 15 y 16 de la Directiva Marco-, acerca de las competencias y responsabilidades de las ANR en materia de acceso e interconexión, la imposición, modificación o

¹⁶⁷ El límite al número de empresas que puedan acceder al espectro radioeléctrico es un obstáculo reglamentario, mientras que el acceso al bucle de abonado es un obstáculo estructural.

¹⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe). Bruselas, 20.02.2006. COM (2006) 68, p. 2-3.

supresión de esas obligaciones -Artículos 5 y 8 de la Directiva Acceso-, y respecto de la revisión de obligaciones sobre tarifas al público, líneas arrendadas, selección y preselección de operadores -Art.16 de la Directiva Servicio Universal-, o bien que pueda tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros¹⁶⁹.

Este mecanismo de consulta consta de varias fases. La primera de ellas, en la cual el proyecto de medida, fundamentos y motivaciones serán puestos a disposición de la Comisión Europea y de las ANR de los otros Estados miembros, a los efectos de la formulación de observaciones en el plazo de un mes o en un tiempo razonable, garantizando la confidencialidad de la información suministrada.

Este procedimiento, a diferencia del anterior donde se reconoce la intervención de todas las partes interesadas en el mercado, está dirigido expresamente a la Comisión Europea y a las ANR de otros Estados miembros debido a la índole de las decisiones a adoptar.

La Comisión Europea puede solicitar a las ANR, toda otra información que considere necesaria a los efectos de evaluar la suficiencia de los datos que fundamentan las decisiones regulatorias. A tal efecto recordemos que el artículo 5.2. de la Directiva Marco anteriormente citado, establece una competencia de tipo general de la Comisión Europea al objeto de requerir información a las ANR.

La decisión de las ANR no podrá adoptarse hasta que no transcurran otros dos meses si ella se orienta a definir un mercado pertinente diferente de los que figuran en la Recomendación de la Comisión, o a decidir la conveniencia de designar a una empresa como poseedora individualmente o junto a otras empresas de un peso significativo en el mercado, y que asimismo pueda tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros, y la Comisión considere que el proyecto de medida podría obstaculizar el

¹⁶⁹ Se trata de aquellas medidas que pueden influir directa o indirectamente, de forma real o potencial en los intercambios entre los Estados miembros de modo que pudieran crear una barrera al mercado único europeo. Considerando 28 de la Directiva Marco.

mercado interior o duda de la compatibilidad con el Derecho comunitario y en particular con los objetivos establecidos en la Directiva Marco (apartado 4 del artículo 7).

Precisamente el artículo 8 de la Directiva Marco sujeta la adopción de medidas razonables por parte de las ANR, a la consecución de dichos objetivos fundamentalmente resumidos en lo atinente a fomentar la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados¹⁷⁰; contribuir al desarrollo del mercado interior¹⁷¹ y promover los intereses de los ciudadanos en la Unión Europea¹⁷².

De su redacción se infiere que existe una segunda fase dentro del proceso de adopción de estas medidas por parte de las ANR, y que refleja otra de las funciones que cumple la información, es decir como instrumento de control político por parte de la Comisión Europea.

En esa dirección la Comisión, asistida por el Comité de Comunicaciones, puede adoptar una decisión que inste a las ANR a retirar el proyecto, presentando para ello un análisis detallado y objetivo de las razones por las que dicha institución comunitaria considera que el proyecto de medida no debería adoptarse, junto con propuestas de modificación de la medida.

¹⁷⁰ Art.8 inc.2 a) velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad; b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas; c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración (Directiva Marco).

¹⁷¹ Art.8 inc.3 a) suprimiendo los obstáculos que aun se opongan al suministro de redes de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados y servicios de comunicaciones electrónicas a nivel europeo; b) fomentando el establecimiento y desarrollo de las redes transeuropeas y la interoperabilidad de los servicios paneuropeos y la posibilidad de conexión de extremo a extremo; c) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; d) cooperando mutuamente y con la Comisión, de forma transparente, para garantizar el desarrollo de prácticas reglamentarias coherentes y una aplicación coherente de la presente Directiva y de las directivas específicas (Directiva Marco).

¹⁷² Art.8 inc.4 a) Velando por que todos los ciudadanos dispongan de acceso a un servicio universal especificado en la Directiva Comunitaria 2002/22/CE (Directiva Servicio Universal); b) garantizando a los consumidores un alto nivel de protección en su relación con los suministradores, en particular garantizando la disponibilidad de procedimientos sencillos y poco onerosos para la resolución de litigios, efectuados por organismos independientes de las partes interesadas; c) contribuyendo a garantizar un alto nivel de protección de los datos personales y de la intimidad; d) fomentando que se facilite información clara, en particular exigiendo la transparencia de las tarifas y condiciones de uso de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público; e) respondiendo a las necesidades de grupos sociales específicos, en particular de los usuarios con discapacidades; y f) garantizando la integridad y la seguridad de las redes públicas de telecomunicaciones (Directiva Marco).

Esta decisión es de carácter vinculante específicamente para el supuesto contemplado en el inciso 4 del artículo en estudio –definición de mercado pertinente y decisión sobre la conveniencia de designar a una empresa con peso significativo en el Mercado-, no así para el resto de las decisiones que se pudieran adoptar, en cuyo caso si bien el principio es el de considerar las observaciones de otras ANR y de la Comisión, bastará una simple comunicación del proyecto resultante.

Aquí el principio rector es que la Comisión Europea, mediante el mecanismo de consulta y específicamente haciendo uso de la información suministrada, no sólo ejerce un control de las decisiones de las ANR de los Estados miembros, sino que posibilita su amplia intervención en la adopción de medidas que inciden en la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas.

Si bien esta intervención constituye la regla y, pese a la rigidez aparente del procedimiento antes descrito, existe un mecanismo de excepción para desligar la actuación de las ANR a las sujeciones que suponen las consideraciones que realice la Comisión Europea acerca de los proyectos de decisión a ser adoptados. Pero que sólo es una excepción, porque en definitiva deriva en un nuevo procedimiento de consulta con la consecuente intervención de la Comisión Europea. Esta sería la tercera fase del mecanismo de consulta.

Precisamente el inciso 6 dispone que *“en circunstancias excepcionales, cuando una autoridad de reglamentación considere que es urgente actuar, en derogación al procedimiento establecido en los apartados 3 y 4, con objeto de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios, podrá adoptar inmediatamente medidas proporcionadas y provisionales. Deberá comunicar cuanto antes dichas medidas, debidamente motivadas, a la Comisión y a las otras autoridades nacionales de reglamentación. La autoridad nacional de reglamentación de hacer permanentes dichas medidas o de prolongar el período de aplicación de las mismas estará sujeta a las disposiciones de los apartados 3 y 4”*.

Es claro que presenta un carácter de excepción por la exigencia de que exista una urgencia en su actuación, conforme a los criterios que exponga y fundamente la ANR. De allí que se trate de medidas provisionales y fundamentalmente proporcionadas, teniendo en consideración el fin perseguido al momento de la adopción de la medida, sin perder de vista la limitación a la consecución del objeto, es decir a la motivación de la medida, pues se autoriza sólo para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios, puntualmente dirigido a la tutela de los operadores en el mercado y de los usuarios.

Sin embargo, y pese a que estaríamos en presencia de una fórmula que permitiría prácticamente obviar la consulta y puesta a disposición de la Comisión Europea y de otras ANR de la medida a adoptar por la ANR de un Estado miembro, el apartado 4 -al cual no se aplicaría este principio- es lo suficientemente amplio para limitar la labor de las ANR en la adopción de determinadas medidas en el Mercado de las Telecomunicaciones. De hecho, la misma Comisión Europea expresamente estableció en sus Directrices de 11 de febrero de 2002, que no esperaba *“que las ANR utilicen los procedimientos excepcionales”* en los casos contemplados en el artículo 7.6 de la Directiva Marco¹⁷³.

La facultad para hacer permanentes esas medidas o prolongar su período de vigencia –la cuarta fase- deriva de poner en marcha el mecanismo de la consulta a la Institución comunitaria y a los reguladores de otros Estados miembros, con los matices que los incisos 3 y 4 le imprimen al artículo, pudiendo en su caso, de acuerdo a la naturaleza de la decisión que se adopte, hacer omisión de toda observación de la Comisión Europea, motivando debidamente la decisión resultante y garantizando la efectividad de la intervención de los reguladores.

Por esta razón, la existencia de un procedimiento de consulta a través del articulado del MRCE no implica necesariamente que existirá una

¹⁷³ 6.4. Casos urgentes. Punto 154.

mayor participación de las partes interesadas del sector. Cabe aquí recordar que quienes intervienen, conforme al artículo 7 en estudio, son la Comisión Europea y las demás ANR, por lo cual los usuarios, abonados, operadores y las autoridades de defensa de la competencia no tienen expresa participación, salvo estas últimas a través de su correspondiente dictamen que no es obligatorio ni vinculante.

Este procedimiento de consulta responde a diferentes principios consagrados no sólo en el MRCE de la Unión Europea, sino en todo el ordenamiento jurídico comunitario. La regla es que las ANR deben actuar con arreglo al Derecho comunitario y tener en cuenta en la mayor medida posible las directrices de la Comisión Europea a fin de determinar si una empresa tiene peso significativo en un mercado dado.

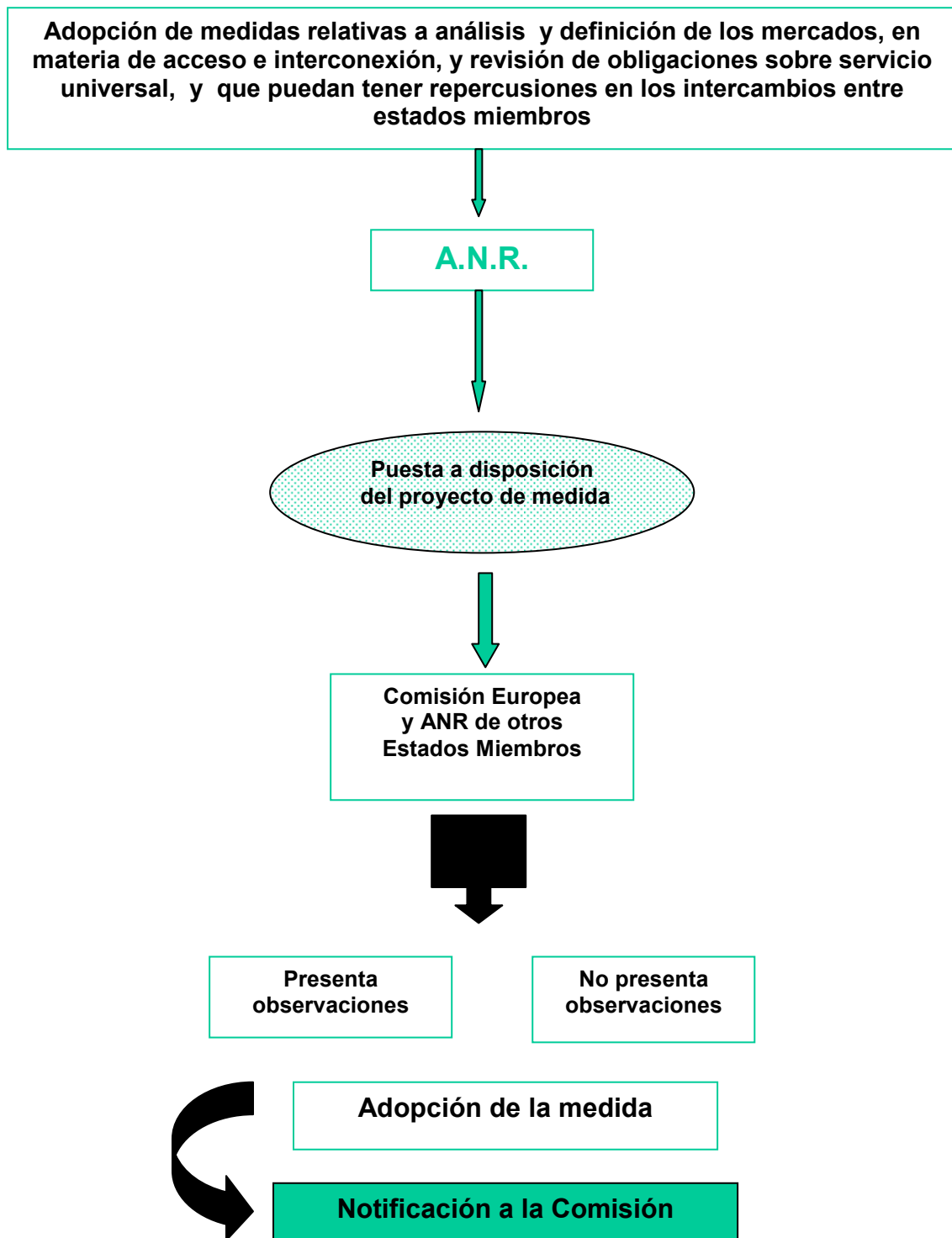
En este momento de análisis debemos recordar cuáles eran las facultades de las ANR, establecidas por la normativa comunitaria, para determinar la existencia de operadores con peso significativo en el mercado¹⁷⁴.

El artículo 4.3 -Derechos y obligaciones en materia de interconexión- de la Directiva 97/33/CE, hoy derogada por el MRCE, prescribía que las ANR podían decidir que un organismo con una cuota de mercado inferior o superior al 25 % del mercado pertinente tenía un peso significativo en el mercado. Considerando en ambos casos la capacidad del organismo para influir en las condiciones de mercado, su volumen de negocios en relación con el tamaño del mercado, su control sobre los medios de acceso a los usuarios finales, su acceso a los recursos financieros y su experiencia en suministrar productos y servicios en el mercado, y no sujetaba en ningún momento esta decisión a consulta de la Comisión Europea, planteándose aquí una diferencia con el régimen regulatorio vigente y el grado de intervención en uno u otro caso de esta Institución comunitaria. Esto significa que hoy se establece un mayor

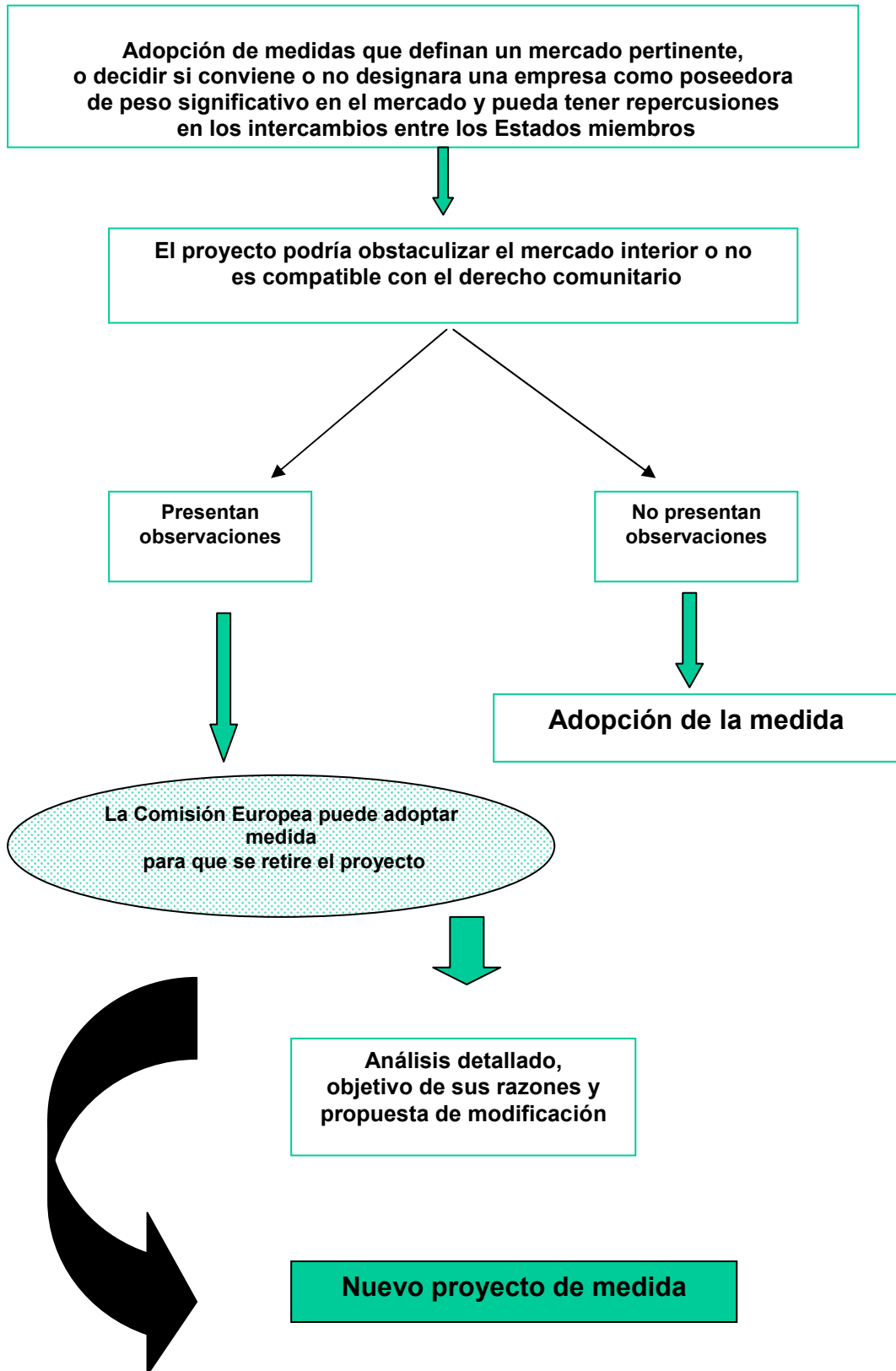
¹⁷⁴ Se considerará que un organismo tiene un peso significativo en el mercado cuando posea una cuota superior al 25 % de un determinado mercado de telecomunicaciones en la zona geográfica de un Estado miembro en el cual esté autorizado a operar.

control de la Comisión a la labor de las ANR, en aras a lograr la tan ansiada armonización normativa en el sector de las Comunicaciones electrónicas.

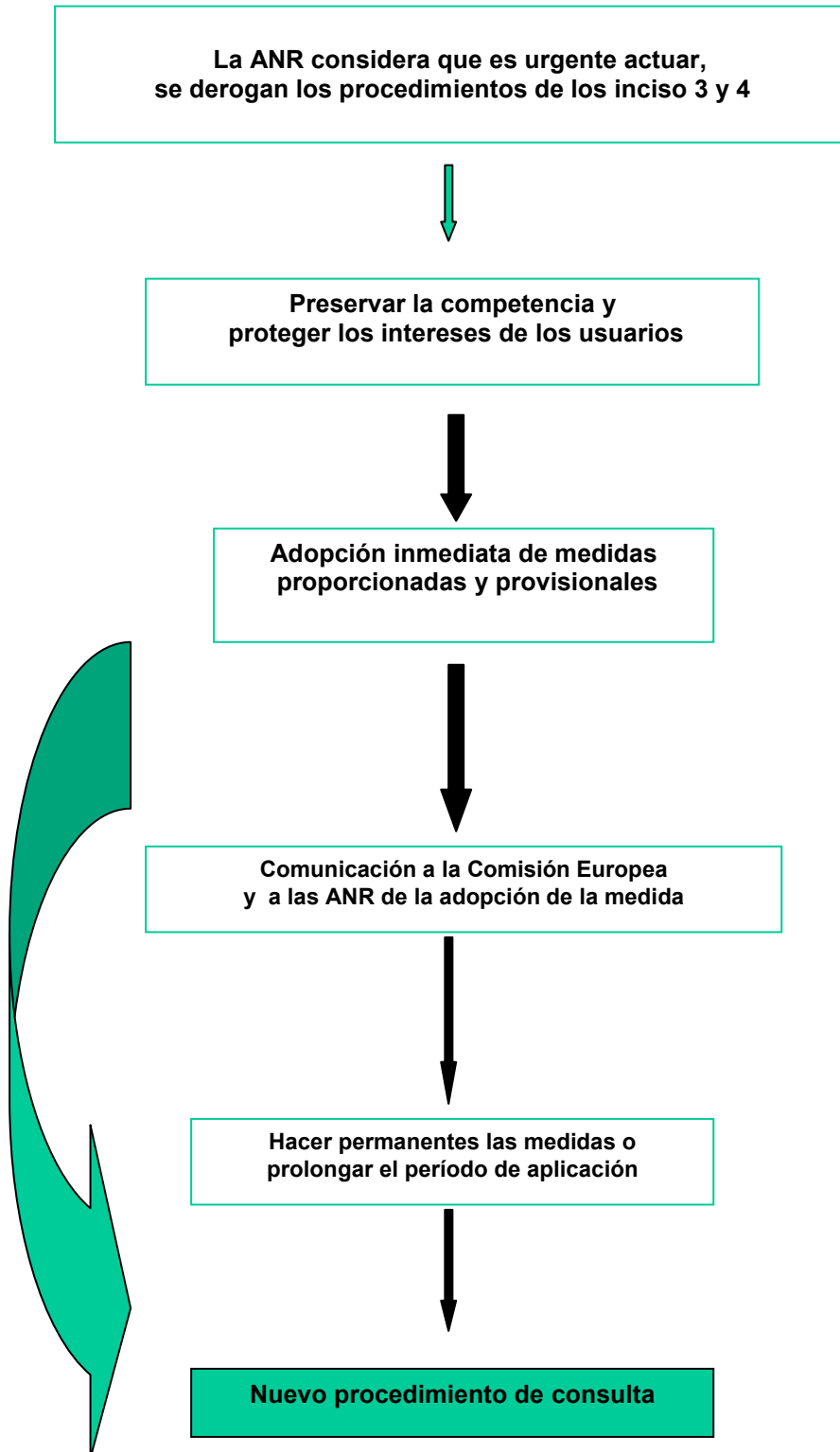
**Mecanismo de consulta Procedimiento general
(Artículo 7.3. de la Directiva Marco)**



Mecanismo de consulta Procedimiento especial (Artículo 7.4 de la Directiva Marco)



Mecanismo de consulta Procedimiento excepcional (Artículo 7.6 de la Directiva Marco)



Las limitaciones y atribuciones establecidas en el presente artículo en estudio deben ser analizadas a la luz de las acciones que deben llevar a cabo las ANR para el desarrollo del mercado interior y por supuesto de las Recomendaciones y Directrices que a estos efectos dictó la Comisión y que desarrollaremos en el próximo capítulo.

El balance sobre el procedimiento de consulta analizado es positivo según la Comisión Europea quien destaca su importancia en la consolidación del mercado interior: *“el proceso de revisión del mercado, incluido el mecanismo de consulta del artículo 7 establecido en la Directiva marco, ha favorecido la coherencia de la reglamentación y, por consiguiente, representa un paso importante hacia la creación de un mercado interior de las comunicaciones electrónicas”*¹⁷⁵.

c. El procedimiento de consulta en la Revisión del MRCE

Una de las principales modificaciones propuestas para la revisión de la Directiva Marco consiste en una mejora de la coherencia de la reglamentación relativa al mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Según la Comisión Europea ello es posible *“reforzando el papel de la Comisión en lo relativo a las soluciones impuestas por las ANR, en combinación con la estrecha implicación de la nueva Autoridad del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas en el procedimiento del artículo 7 para asegurarse de que la experiencia conjunta de las ANR pueda ser aprovechada eficazmente y tenida en cuenta eficientemente en la decisión final de la Comisión”*¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE. Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Bruselas, 6.02.2006. COM (2006) 28 final, p.10.

¹⁷⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. COM (2007) 697 final. Bruselas, 13.11.2007.

De forma sintética podemos resumir que las modificaciones del artículo 7 de la Directiva Marco son las siguientes:

1º) En el apartado 4, se amplían las facultades de la Comisión Europea para supervisar las soluciones propuestas por las ANR para las empresas con poder significativo en el mercado:

“4. Cuando la medida que piensa adoptar referida al apartado 3 tenga por objeto:

- a) definir un mercado pertinente distinto de los que figuran en la Recomendación a que se refiere el apartado 1 del artículo 15; o*
- b) decidir si conviene o no designar a una empresa como poseedora, individualmente, en virtud de los apartados 3, 4 o 5 del artículo 16; o*
- c) imponer, modificar o suprimir una obligación a un operador en aplicación del artículo 16 en relación con el artículo 5 y los artículos 9 a 13 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso) y el artículo 17 de la Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal), y pueda tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros, y la Comisión haya indicado a la autoridad nacional de reglamentación que considera que el proyecto de medida podría obstaculizar el mercado interior o albergue serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con los objetivos enumerados en el artículo 8, el proyecto de medida no se adoptará hasta que no transcurran otros dos meses. Este plazo no podrá prolongarse”.*

2º) En los apartados 5 y 7 se persigue reforzar la coordinación la coordinación de la reglamentación en el mercado interior, y se prevé que la Autoridad Europea del Mercado de las Telecomunicaciones asista a la Comisión Europea con sus dictámenes.

“5. Dentro del plazo de dos meses mencionado en el apartado 4, la Comisión podrá adoptar una decisión por la que inste a la autoridad nacional de reglamentación afectada a que retire el proyecto. La Comisión tendrá en cuenta en la mayor medida posible el dictamen de la Autoridad emitido de conformidad en el artículo del Reglamento [...]/CE] antes de adoptar una decisión. Esta decisión estará acompañada de un análisis detallado y objetivo de las razones por las que la Comisión considera que el proyecto de medida no debería adoptarse, junto con propuestas específicas de modificación del proyecto de medidas.

6. En el plazo de tres meses después de haber adoptado la Comisión una decisión con arreglo al apartado 5 por la que solicite a la autoridad nacional de reglamentación la retirada el proyecto de medida, la autoridad nacional de reglamentación modificará o retirará el proyecto de medida. En caso de que se modifique el proyecto de medida, la autoridad nacional de reglamentación emprenderá una consulta pública de conformidad con los procedimientos a que se refiere el artículo 6, y volverá a notificar el proyecto de medida modificado a la Comisión de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3.

7. La autoridad nacional de reglamentación de que se trate tendrá en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras autoridades nacionales de reglamentación y de la Comisión y, salvo en los casos contemplados en el apartado 4, podrá adoptar el proyecto de medidas resultante, en cuyo caso lo comunicará a la Comisión. Cualquier otro organismo nacional que ejerza funciones en virtud de la presente Directiva o de las Directivas específicas tendrá también en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de la Comisión”.

3º) El apartado 8 posibilita que la Comisión Europea, asistida por la Autoridad Europea, imponga obligaciones específicas para un proyecto de medidas que se ha vuelto a notificar:

“8. Cuando un proyecto de medida hay sido modificado con arreglo al apartado 6, la Comisión podrá adoptar una decisión por la que se solicite a la autoridad nacional de reglamentación la imposición de una obligación específica de conformidad con los artículo 9 a 13 bis de la Directiva 2002/22/CE (Directiva servicio universal) en un plazo especificado”.

4º) Se inserta el artículo 7 bis, denominado “Disposiciones de aplicación”:

“1. La Comisión podrá establecer disposiciones de aplicación en relación con el artículo 7 que definan la forma, el contenido y el nivel de detalle que debe darse en las notificaciones exigidas de conformidad con el apartado del artículo 7, las circunstancias en que pueden exigirse las notificaciones y el cálculo de los plazos.

2. Las medidas a que se refiere el apartado 1, destinadas a modificar elementos no esenciales de la presente Directiva, contemplándola, se adoptarán con arreglo al procedimiento de reglamentación con control contemplado en el apartado 3 del artículo 22. Por imperiosas razones de urgencia, la Comisión podrá hacer uso del procedimiento de urgencia contemplado en el apartado 4 del artículo 22”.

Tal y como puede observarse, la revisión del MRCE, refuerza el papel de la Comisión Europea aumentando el grado de intervención de esta institución comunitaria en cuanto a la reglamentación relativa al mercado interior de las comunicaciones electrónicas, de forma principal en relación con la definición y análisis de los mercados relevantes y con la imposición, modificación o supresión de las obligaciones.

Por otra parte, las propuestas presentadas por la Comisión Europea otorgan una relevancia aun más importante a la información del sector en pos de lograr una aplicación armonizada del marco regulador.

Precisamente, para llevar a cabo sus tareas reguladoras de manera eficaz, la información recogida por las ANR debe incluir datos contables sobre los mercados minoristas asociados con los mercados mayoristas en los que un operador tiene peso significativo en el mercado y, que por ello, están regulados por la ANR, y debe también incluir datos que permitan a la ANR evaluar el posible impacto de las mejoras o cambios de la topología de red previstos sobre el desarrollo de la competencia o sobre los productos al por mayor puestos a disposición de otras partes. Otro tanto ocurre con la obligación que tienen los Estados miembros de poner a disposición determinada información, con periodicidad anual, de la Comisión Europea y de la Autoridad Europea del Mercado de las telecomunicaciones (Artículo 4.3 de la Directiva Marco).

Asimismo la Directiva Marco prevé que la consulta nacional prevista en su artículo 6 debe efectuarse antes de la consulta comunitaria prevista en el artículo 7 de la misma Directiva, *“a fin de que las opiniones de las partes interesadas puedan reflejarse en la consulta comunitaria. Así se evitaría la necesidad de una segunda consulta comunitaria en caso de modificarse una propuesta de medida a consecuencia de la consulta nacional”*¹⁷⁷.

Pero quizás la modificación más importante que propone el proyecto de Directiva Marco es la sustitución del apartado 1 del artículo 5, por el siguiente:

“1. Los Estados miembros velarán por que las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas faciliten toda la información, incluso financiera, necesaria para que las autoridades nacionales de reglamentación puedan comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva o en las directivas específicas, o de las decisiones adoptadas con arreglo a ellas. También se solicitará a estas empresas la presentación de información sobre la futura evolución

¹⁷⁷ Considerando 9 de la Directiva Marco.

de las redes o los servicios que pueda repercutir en los servicios mayoristas puestos a disposición de los competidores. Cuando se les solicite, estas empresas facilitarán dicha información rápidamente, respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por las autoridades nacionales de reglamentación. La información solicitada por las autoridades nacionales de reglamentación deberá guardar proporción con el cumplimiento de la misión. Las autoridades nacionales de reglamentación motivarán sus solicitudes de información”.

La relevancia de dicho futuro precepto radica en que pretende ampliar el alcance del actual artículo 5 de la Directiva Marco estableciendo que la información que faciliten los operadores del sector también podrá ser utilizada por las ANR el cumplimiento de las decisiones que hubieren adoptado de acuerdo con las directivas comunitarias vigentes en esta materia. Asimismo recoge, dentro de la información que podrían adoptar, aquella relacionada con la futura evolución de las redes o los servicios que pueda repercutir en los servicios mayoristas puestos a disposición de los competidores; constituyendo ésta una información fundamental para la consolidación de la competencia y el control de las obligaciones impuestas a los operadores con PSM.

Sin embargo, resulta un avance a favor de la reducción de las asimetrías de la información, el incluir la premisa de que dichos operadores deben responder de forma rápida y respetando los plazos y respondiendo de acuerdo el grado de detalle que le indique la ANR. Todo ello bajo la premisa de que dicha información guarda proporción con el cumplimiento de las misiones del regulador, lo cual quedará indicado en la motivación de dicho requerimiento.

No obstante ello, el Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen sobre las propuestas de las diferentes Directivas mediante las cuales se revisa el MRCE¹⁷⁸, se lamenta que ninguna de las disposiciones se refiera al

¹⁷⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. (2008/C/224/11). DO C 224/50, de 30.8.2008.p. 55.

papel de la sociedad civil organizada en la consulta y participación en el procedimiento de adopción por los órganos supranacionales competentes para la decisión de las medidas adecuadas que garanticen su aplicación eficiente en la UE. Y por ello vela por la creación de un “Foro” u “Observatorio de las Comunicaciones Electrónicas a nivel comunitario.

IV. Requisitos formales y sustanciales de la información en el MRCE

El acceso a los documentos -así como a la información en general-, los requerimientos de información y sus respectivas contestaciones se encuentran limitados por un conjunto de condiciones y normas que responden principalmente a razones de confidencialidad -secreto comercial o industrial-, o al imprescindible cumplimiento de requisitos de forma o de contenido, conforme al principio de proporcionalidad y de acuerdo a la finalidad perseguida.

La determinación de las condiciones en relación con los términos y plazos, la forma, y formalidades que debe reunir la información objeto de difusión, notificación y transmisión, constituye un contrapeso necesario en la labor de las ANR de los Estados miembros respecto de los operadores que intervienen en el mercado.

Sabemos que la información aportada por los operadores, como la que las ANR ponen a disposición de los usuarios tiende a contribuir a la existencia de la competencia en el sector, a su no-falseamiento y a la transparencia en el mercado. No obstante ello, existen ciertos límites -formales y sustanciales- al acceso a esta información regulatoria, contenidas en la normativa comunitaria y que se repiten en mayor o menor medida en las disposiciones del MRCE.

Dichas excepciones se clasifican en cuatro categorías. A saber: por razones que responden a intereses del Estado -seguridad nacional, orden público, intereses económicos, relaciones internacionales, procedimientos

legislativos-, a intereses de terceros -propiedad intelectual, secreto comercial e industrial, protección de la intimidad-, o por intereses del regulador en el marco de sus procesos decisorios -información preliminar o de usos interno-.

En nuestra exposición contenida en el presente capítulo, consideraremos como límites a la información las condiciones formales y sustanciales de los procedimientos de información, mientras que el principio de confidencialidad, de acuerdo a los conceptos de secreto comercial e industrial, será analizado en el Título Tercero de la presente Tesis Doctoral.

IV.1. Los condicionamientos de tiempo, forma y contenido de los procedimientos para obtener información regulatoria

Las Directivas comunitarias que conforman la normativa sectorial establecen que las ANR resultan competentes para precisar la forma, estructura, medios y el contenido de la información que solicitarán a los operadores del sector.

En esa dirección, las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas deben facilitar la información necesaria para que las ANR puedan comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en las Directivas comunitarias que conforman el MRCE, "*respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por las autoridades nacionales de reglamentación*" (Art.5.1 Directiva Marco). La normativa acrecienta aún más las potestades en esta materia previendo la posibilidad de que los Estados miembros habiliten a la autoridad pertinente para imponer, cuando proceda, sanciones económicas a las empresas por no facilitar información, tal como lo establece el artículo 10.4 de la Directiva Autorización.

Por otra parte la Recomendación de la Comisión sobre notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la

Directiva Marco¹⁷⁹ vino a complementar, y en algunos casos a llenar un vacío normativo respecto de los requisitos de tiempo y forma previstos para dicho mecanismo de consulta. Esta Recomendación fue modificada por la Recomendación de 15 de octubre de 2008¹⁸⁰.

En efecto, era necesario establecer normas claras en lo referente al procedimiento de notificación así como los plazos del procedimiento de consulta, a fin de garantizar la eficacia de dicho mecanismo y fundamentalmente de lograr coherencia en el desarrollo de las prácticas reguladoras del sector.

La Comisión Europea, mediante su Recomendación definió el término “*notificación*”, entendiéndose por tal a “*la notificación a la Comisión por una autoridad nacional de reglamentación de un proyecto de medida de conformidad con el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco) o la solicitud prevista en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 8 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva Acceso)*”, la cual estará acompañada del formulario abreviado de notificación que prevé su anexo.

Precisamente, uno de los principales aportes de la Recomendación, y que arroja mayor luz a este procedimiento, es el formulario de notificación de los proyectos de medidas de conformidad con el artículo 7, denominado “*formulario de notificación abreviado*”, que especifica la información que en forma completa, correcta y resumida deben facilitar a la Comisión Europea las ANR al notificar los proyectos de medidas ya aludidos. El mismo no pretende reemplazar el proyecto de la medida a adoptar sino permitir a la Comisión Europea y a las ANR verificar que el proyecto efectivamente incluye toda la información necesaria para que la Comisión lleve a cabo sus

¹⁷⁹ Recomendación de la Comisión de 23 de julio de 2003 sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicos. (2003/561/CE). DO L 190, de 30.7.2003, p.13.

¹⁸⁰ Recomendación de la Comisión de 15 de octubre de 2008 sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2008/850/CE). D.O. L 301, de 12.11.2008, p.23.

misiones de conformidad con el artículo 7 de la Directiva Marco en el plazo estipulado.

Los datos básicos a notificar se dividían, según la primera Recomendación en tres secciones: la primera sobre definición de mercado, la segunda sobre la designación de las empresas con un peso significativo en el mercado y la tercera sobre el fundamento jurídico de las obligaciones reguladoras que se impongan, mantengan, modifiquen o supriman, debiendo especificar el mercado de productos o servicios pertinente, el mercado geográfico de referencia, las empresas más importantes en el mercado de que se trate, los resultados de los análisis del mercado pertinente - en especial sobre la existencia o no de competencia efectiva en el mismo-, las empresas que tengan individual o junto con otras un peso significativo en el mercado, el dictamen emitido por el órgano nacional de defensa de la competencia - cuando se haya emitido-, y las pruebas que demuestren la adopción de medidas apropiadas para notificar el proyecto correspondiente a las ANR de otros Estados miembros al momento de notificar a la Comisión. La nueva Recomendación incluye una cuarta sección dedicada al cumplimiento de obligaciones internacionales, en la cual las ANR deben indicar si el proyecto de medidas propuesto prevé imponer obligaciones a agentes del mercado, o modificar o suprimir dicha obligaciones, los nombres de las empresas de que se trate así como los compromisos internacionales suscritos por la Comunidad y sus Estados miembros que deben respetarse.

Sin perjuicio de ser presentados los datos que expresamente establece la Recomendación, la Comisión Europea podrá solicitar más información o aclaraciones y, para ello, las ANR deberán esforzarse en cumplir con lo requerido en el plazo de tres días hábiles, si fuera fácil de conseguir, no especificándose el plazo que correspondería si existiera dificultad para aportar esa información.

Si bien la Comisión Europea debe aclarar en qué medida considera que la notificación resulta incompleta, en definitiva observamos un

alto grado de intervención de esta institución comunitaria desde los inicios del procedimiento de consulta, como es la notificación del proyecto, pero que en definitiva alude a los requisitos del mismo y los documentos que lo motivan.

Respecto de los medios, las notificaciones deberán realizarse, cuando sea posible, por correo electrónico y con solicitud de acuse de recibo; y de los plazos, se incluyen las vacaciones oficiales, sábados y domingos, entendiéndose por días hábiles todos los días excepto los días festivos, los sábados y los domingos, y en los casos en que el plazo termine alguno de estos días se ampliará hasta el final del primer día siguiente hábil¹⁸¹.

Por otra parte, la Recomendación señala expresamente la importancia de la documentación que acompaña a los proyectos de medidas notificados por una ANR y la suficiencia de la motivación, dado que deben permitir que la Comisión Europea pueda llevar a cabo sus misiones.

La motivación, como requisito en los proyectos de medidas que se notifican, expresamente se contempla en los casos en que se define un mercado de referencia distinto de los que figuran en la Recomendación de la Comisión, indicando los criterios utilizados en ese caso, también cuando se impongan obligaciones distintas de las contenidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva Acceso a los agentes con peso significativo en el Mercado –obligación de transparencia, de no discriminación, de mantener cuentas separadas, relativas al acceso de recursos específicos de las redes y a su utilización, de control de precios y contabilidad de costes-, y las razones de la necesidad de la adopción de las medidas previstas para cumplir los compromisos internacionales.

En esa dirección establece los datos que deberán incluir las notificaciones, puesto que no se registrará la notificación que resulte incompleta hasta tanto no se proporcione la información que la Comisión

¹⁸¹ Cuando un plazo se exprese en días, semanas o meses y deba contarse a partir de un acontecimiento, no se computará el día durante el cual transcurre el mismo. Y si un período expresado en semanas o en meses concluirá al expirar el día de la última semana o que tenga la misma fecha que la del día a partir del cual empieza a contarse el plazo. Si en un plazo expresado en meses, el día del mes en el cual debería concluir el plazo no existiera, éste vencerá al expirar el último día del mes de que se trate. Recomendación de la Comisión del 23 de julio de 2003, Punto 19. a y b.

Europea entiende no ha sido aportada. A estos efectos la institución comunitaria dispone de un plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha de recepción para informar de ello a la ANR interesada.

Además, para reforzar la transparencia en relación con los proyectos de medida notificados y para facilitar el intercambio de información sobre dichas medidas entre las ANR, tanto el formulario de notificación estándar como el abreviado, que reducen la carga administrativa, deben contener una descripción resumida de los elementos principales del proyecto.

Asimismo establece mayores exigencias para aquellos proyectos de medidas que tienen por objeto la aplicación de los artículos 5 u 8 de la Directiva Acceso –competencias y responsabilidades de las ANR en materia de acceso e interconexión y la imposición, modificación o supresión de obligaciones, respectivamente-, o del artículo 16 de la Directiva Servicio Universal -revisión de obligaciones en materia de tarifa al público para el suministro de acceso a la red telefónica pública y utilización de la misma.

Resulta de interés destacar que los resultados de las consultas públicas previas que se hubieren llevado a cabo por la ANR también deben incluirse como dato a notificar, porque contiene información muy valiosa del mercado y de diferentes variables económicas que el regulador seguramente desconoce. Y también son un reflejo de la importancia creciente que el mecanismo de consulta tiene para la regulación del sector¹⁸².

No debemos perder de vista que, en circunstancias excepcionales, cuando la ANR tenga la intención de imponer a los operadores con un peso significativo en el mercado obligaciones en materia de acceso o interconexión diferentes, lo debe solicitar a la Comisión Europea, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Directiva Acceso, la cual adoptará la decisión que lo autorice o impida.

¹⁸² Específicamente el número de comentarios recibidos; cuántos están de acuerdo con la definición de mercado propuesta, o con la designación de las empresas que se considera que tienen individual o junto con otras un peso significativo en el mercado y cuántos no lo están, según cada caso.

Al momento en que la Comisión Europea reciba la notificación completa –que incluye proyecto y documentación correspondiente–, pondrá en conocimiento de las ANR la fecha de registro, el asunto de la notificación y los documentos que se adjunten a la misma, a través del sitio en Internet de la misma y de medios electrónicos.

Registrado el proyecto, y puesto a consideración de la Comisión Europea y de las ANR de otros Estados miembros, si las mismas formularan observaciones de conformidad con el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva Marco, deberán comunicarlas por medios electrónicos a las partes que intervienen en esta consulta.

Finalmente debemos indicar cuál es el procedimiento que se recomienda en el caso de efectuarse observaciones a los proyectos de medidas notificados.

En ese sentido la Directiva Marco establece que, si la Comisión Europea considera que un proyecto de medida podría obstaculizar el mercado único o tenga dudas de su compatibilidad con el Derecho comunitario, y con los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Directiva Marco, o bien retire sus objeciones o inste a la ANR a que retire el proyecto de medida, lo notificará, por medios electrónicos a esta autoridad y lo anunciará en su sitio Internet.

La Comisión Europea ha señalado que el mecanismo de consulta incorporado en el MRCE desempeña un papel esencial en la consecución del objetivo clave de dicho marco normativo que es el fomento de la competencia, la inversión y la innovación en el mercado interior de las comunicaciones electrónicas, en beneficio del interés de los consumidores y de la competitividad. *“Las decisiones reguladoras las toman las autoridades nacionales de reglamentación (ANR), pero el mecanismo de reexamen a nivel de la UE salvaguarda los objetivos del mercado interior. Este papel de la Comisión al amparo del artículo 7 de la Directiva marco resulta decisivo para contribuir a: i) garantizar la coherencia de la regulación en toda la UE; ii) ceñir la regulación a los mercados que, en ausencia de una intervención reguladora,*

*no llegarán a ser competitivos; y iii) aportar más transparencia al proceso regulador*¹⁸³.

Las ANR podrán retirar en todo momento el proyecto de medida notificado y también solicitar a la Comisión Europea que examine oficiosamente un proyecto de medida antes de la notificación.

Recibidas las observaciones por la ANR que presenta el proyecto, si ésta adoptara la medida propuesta, deberá facilitar la información a la Comisión y a las otras ANR sobre la manera en que tuvo en cuenta en la mayor medida posible las observaciones formuladas. Es importante señalar que esto se aplica solamente al caso contemplado en el artículo 7.3 de la Directiva Marco, pero no así respecto del inciso 4 del mismo artículo, manteniéndose en ese caso la posibilidad de bloqueo en la adopción de la medida por parte de la Comisión Europea.

Pero no debemos dejar de señalar que si bien la Recomendación no es obligatoria para las ANR, para apartarse de ella deben notificarlo debidamente y dar cuenta de ello en su motivación.

De todo lo expuesto en este título podemos observar fácilmente cómo la Comisión Europea acentúa aun más su intervención en la labor de las ANR del sector, siendo evidente la utilización de la información que acompaña al proyecto de medida -contenida o no en el formulario abreviado de notificación- como herramienta de control acerca de la aplicación y cumplimiento de la políticas comunitarias en esta materia y, en última instancia, del Derecho comunitario.

Por otra parte, y en materia de Autorizaciones, para ser operador del mercado de las telecomunicaciones, las limitaciones a la información parecen menos rígidas: el trámite de notificación consiste en la declaración por parte de una persona física o jurídica a la autoridad nacional de reglamentación de su intención de iniciar el suministro de redes o servicios de comunicaciones

¹⁸³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe). Consolidación del mercado interior de las comunicaciones. Bruselas, 11.07.2007 COM (2007) 401 final.

electrónicas y la entrega de la información mínima necesaria para que la ANR pueda mantener un registro o lista de suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas¹⁸⁴.

En esa dirección, las obligaciones de información y de presentación de informes de los proveedores de servicios deben ser proporcionadas, tener una justificación objetiva y limitarse a lo estrictamente necesario. No siendo necesario exigir, de una manera sistemática y regular, una prueba del cumplimiento de todas las condiciones asociadas a la autorización general o a los derechos de uso. En ese sentido, la aportación de información no debe ser una condición para el acceso al mercado.

V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los mecanismos para la obtención de información

V.1. Los requerimientos de información

a. Noción de requerimiento de información

Terrón Santos define al requerimiento de información como *“la manifestación más frecuente de la potestad de inspección, o si se quiere el primero de los deberes públicos”*¹⁸⁵, conteniendo así, en este concepto, ambas caras de una misma moneda en la que están representadas, por un lado, el conjunto de potestades y funciones del regulador y, por el otro, los deberes de los agentes que intervienen en el sector a fin de contribuir en el cumplimiento de las funciones del regulador.

¹⁸⁴ Esta información deberá limitarse a lo necesario para a la identificación del proveedor, como los números de registro de la empresa, y de sus personas de contacto, el domicilio del proveedor y un abreve descripción de la red o servicio que suministrará, así como la fecha prevista para el inicio de la actividad (Art. 3.3 Directiva Autorización).

¹⁸⁵ TERRÓN SANTOS, Daniel. *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, p. 224.

Por su parte Vida Fernández sostiene que los requerimientos de información *“constituyen un instrumento fundamental para la adecuada regulación de un sector como el de las telecomunicaciones en el que la liberalización ha reducido al mínimo la intervención administrativa”*¹⁸⁶.

Los requerimientos de información no sólo son un instrumento a través de los cuales el regulador recaba del particular o de otra Administración pública, la aportación de cierta documentación o, en general, la realización de una conducta activa o pasiva en relación a una actuación administrativa, sino también un acto del administrado que inciden de un modo u otro sobre las relaciones jurídico-administrativas, afectando en mayor o menor medida a su contenido y desarrollo.

La doctrina distingue *“dos grandes formas de obtener información de los particulares: por una parte, peticiones o solicitudes de información realizadas de forma accesoria al ejercicio de potestades y funciones comunes a todas las Administraciones públicas; por otra parte, los requerimientos de información efectuados conforme al ejercicio de una potestad específica al respecto reconocida para el desarrollo de la función de regulación”*¹⁸⁷.

Y a su vez, es posible diferenciar que la potestad privativa de las ANR que les permite requerir información a los operadores en el ejercicio de su función de regulación, que constituye un supuesto original y singular que no debe confundirse con otras solicitudes de información realizadas de forma accesoria en el ejercicio de potestades de vigilancia o de inspección, o en el ejercicio de la potestad sancionadora¹⁸⁸.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolvió delegar en el Presidente de dicha ANR el ejercicio de las competencias atribuidas legal o reglamentariamente al Consejo para

¹⁸⁶ VIDA FERNÁNDEZ, José. El acceso a la información de los operadores de los sectores regulados: el caso de los requerimientos de información de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones./En/Revista Española de Derecho Administrativo, nº 132, 2006, p. 663.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 667.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 668.

efectuar requerimientos de información a los operadores de los mercados a los que se refiere el artículo 48.2 de la LGTel.

Por otra parte, y de conformidad con lo establecido por el artículo 107 de la LRJPAC, los actos de trámite, como lo son los requerimientos de información son simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa.

Según la jurisprudencia, el requerimiento de información *“...no es un acto de terminación de un procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación habrá de flexibilizarse”*¹⁸⁹.

Es decir que agotan su virtualidad en hacer avanzar el procedimiento y en aportar aquellos elementos de conocimiento que puedan resultar convenientes para la mejor decisión del problema de fondo¹⁹⁰.

Los actos de trámite no son impugnables ni en vía administrativa (art. 107.1 LRJPAC) ni en vía contencioso-administrativa, salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

Los requerimientos efectuados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, según la Audiencia Nacional, no se trata de actos de trámite sino de actuaciones susceptibles de impugnación dado que pueden ser formulados dentro de la instrucción de un expediente administrativo o fuera de él, como acto independiente que se puede proyectar en el ejercicio de cualquiera de las potestades de la Administración incluida la potestad sancionadora. En este segundo caso es obvio que los elementos de juicio, datos o documentos, que puedan ser aportados, pueden servir de apoyo a otras resoluciones en trámites existentes¹⁹¹.

¹⁸⁹ STS, 7 de marzo de 2005. Recurso de Casación 3599/2003.

¹⁹⁰ Sentencia de 30 de enero de 2001. Ar. 4914.

¹⁹¹ SAN, de 11 de mayo de 2005. Recurso núm. 1364/2001.

Según Vida Fernández, *“debe tenerse presente que los requerimientos de información de la CMT a los operadores efectuados en el desarrollo de sus funciones de regulación son actos decisorios, constitutivos, que afectan a la esfera jurídica de sus destinatarios y que tienen carácter definitivo en cuanto ponen fin a un procedimiento autónomo –aunque pueda desarrollarse de forma conexa a otro de carácter sancionador-, por lo que, además de la consecuencia procesal de la necesaria admisión de los recursos planteados contra los mismos derivada de su carácter impugnado, debe tenerse en cuenta que les resultan exigibles los requisitos propios de los actos resolutorios”*¹⁹².

b. Los sujetos pasivos de la obligación de aportar la información requerida por el regulador del mercado de las telecomunicaciones

De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la LGTel, las personas físicas o jurídicas que sean operadores, es decir que presten un servicio de comunicaciones electrónicas o exploten redes, son aquellas a las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede requerir información.

Así también lo recoge la Sentencia Tribunal Supremo, 6 de junio de 2007¹⁹³ que por su importancia se transcribe a continuación:

“...es preciso descartar la interpretación efectuada por la Sala de instancia de que las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sólo podrían ejercerse en relación con los “operadores” en el sentido más estricto del término. De los preceptos que se han comentado se

¹⁹² VIDA FERNÁNDEZ, p. 682-683.

¹⁹³ STS, de 6 de junio de 2007. Recurso de Casación 8171/2004 interpuesta por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 25 de mayo de 2004 en el recurso contencioso-administrativo número 1.094/2002 sobre requerimiento de información a empresas y personas que realizan la actividad de telefonía de uso público.

deduce que dichas funciones se proyectan sobre todas las empresas que operen o actúen en el sector, esto es, que se dediquen a las telecomunicaciones en cualquiera de sus manifestaciones, en la medida en que intervienen y actúan en sucesivas fases y momentos en la prestación de servicios a los consumidores, así como en la formación de precios de los distintos servicios. No se comprende, pues, que pudieran quedar fuera de las potestades de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones unas empresas como las codemandadas que prestan el servicio de telefonía pública a los consumidores y que contratan dichos servicios con operadores de telefonía (en su acepción más restringida), pues las empresas de telefonía pública a las que se ha formulado el requerimiento constituyen sin duda un eslabón final en la prestación del servicio a los consumidores e intervienen de manera directa en la formación de los precios finales de determinadas modalidades de los servicios de telefonía. Aunque sean entidades que se encuentran en la fase final de la prestación de dichos servicios, son sin duda parte activa en el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones y, en tanto que tales, están sometidas a las exigencias de la libre competencia en el sector y, en definitiva, a las potestades del órgano regulador”.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia¹⁹⁴ argumentó que, aunque el artículo 1. Dos 2 letras c y f de la Ley 12/1997 no hagan referencia expresa a los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, no quiere decir que las funciones que en dichos apartados se atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no los comprendan, *“pues el número 2 atribuye en forma específica en él las funciones en él enumeradas para el fin genérico que expresa en el anterior número 1, que además de a las telecomunicaciones se refiere también a los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos”*. Precisamente el artículo 1 Dos 1. de dicha ley dispone que corresponde a esta ANR salvaguardar, en

¹⁹⁴ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3ª), de 13 de febrero de 2008. Recurso de Casación núm. 11414/2004.

beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

En conclusión, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede efectuar requerimientos no sólo a los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, sino también a personas físicas o jurídicas que pudieren prestar otros servicios que no sean propiamente relacionados con las telecomunicaciones, pero cuya información resulta fundamental en el marco de un procedimiento tramitado por este regulador.

c. Los requerimientos de información y la potestad sancionadora

En análisis anteriores establecíamos la existencia de una relación entre el suministro de información y la potestad sancionadora de las ANR. Por ello antes de finalizar nuestro estudio debemos abordar la vinculación entre el incumplimiento de los requerimientos de información y sus consecuentes sanciones, las cuales ejercen, al menos normativamente, como elementos coactivos y condicionantes a las conductas de muchos operadores que omiten, evaden, incumplen o retardan el suministro de los datos del sector que oportunamente les fueran solicitados, por el regulador.

“El hecho de atribuírsele a la CMT el ejercicio de la potestad sancionadora ante el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la propia Comisión en el desarrollo de sus funciones, termina por establecer una obligación de soportar y facilitar el requerimiento administrativo de información, que en un sentido amplio forma parte de la potestad de inspección. Es tal la vinculación existente entre ambas figuras que en ocasiones se hace difícil su diferenciación, haciéndose necesario un

*examen detallado de las circunstancias que envuelven a las mismas para determinar la función de la CMT ante la que nos encontramos*¹⁹⁵.

Sin embargo para Lavilla Rubira, la obligación de suministrar información regulada con carácter general en este artículo 9 “*es distinta de la sujeción a la potestad de inspección que se impone a los operadores en el segundo párrafo del artículo 50 de la LGTT*”¹⁹⁶.

Recordemos que el artículo 30 del Reglamento de la Comisión e indirectamente en el artículo 1.dos.2.1. de la Ley 12/1997, configuraron como infracción muy grave el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulado por la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, el artículo 170.3. de la Ley 13/1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social¹⁹⁷, añadió una nueva letra, la “j”, al catálogo de infracciones del apartado 2 del artículo 33 de la LOT con el siguiente texto: “*El incumplimiento o demora injustificada en la respuesta a los requerimientos de información realizados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones*”.

De conformidad con los artículos 50.1.b) y 50.3. de la LGTel corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la función inspectora sobre las actividades de los operadores respecto de los cuales tenga competencia sancionadora de conformidad con esta ley.

Precisamente esta normativa presenta la particularidad de considerar como “*autoridad pública*” al personal de la Comisión que ejerza dichas funciones inspectoras, tal como lo establece el artículo 50.6.

¹⁹⁵ “*La función inspectora se encuentra íntimamente ligada con otra potestad administrativa como es la sancionadora, de tal forma que el incumplimiento de los deberes que supone la función de inspección, normalmente se encuentra recogido dentro de los supuestos de hecho de normas sancionadoras, si bien esto no es así en todos los casos*”. TERRÓN SANTOS, Daniel. *Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Granada: Comares, 2004, p. 224.

¹⁹⁶ LAVILLA RUBIRA, Juan José. Artículo 9/En/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA SALCEDO, Tomás de la (Coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p.140.

¹⁹⁷ Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. BOE 315, 31 de diciembre de 1996.

A los efectos de establecer la competencia sancionadora de la Comisión resulta imprescindible determinar las infracciones sobre las que recaería dicha competencia.

En esa dirección, otra de las características de la LGTel es que prevé una serie de tipificaciones de infracciones que cometen los operadores ante el incumplimiento de los requerimientos de información.

De menor a mayor gravedad, se considera una infracción leve el no facilitar los datos requeridos por la propia administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible, conforme a lo previsto por la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas (artículo 55. d). Asimismo se tipifica como infracción muy grave la reiteración en el incumplimiento de los requerimientos de información formulados por la Comisión, en el ejercicio de sus funciones (artículo 53.x).

Igual carácter tendrán tanto el incumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en materia de mercados de referencia y operadores con poder significativo (artículo 53.q), como de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas (artículo 53.r).

Establecidos los tipos de infracciones que corresponderían, en uno u otro caso, las competencias sancionadoras de la Comisión de circunscriben, de acuerdo al artículo 58.a., a las infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) a x) del artículo 53, y las leves tipificadas en el párrafo d) del artículo 55, respecto de los requerimientos por ella formulados.

Pero la particularidad de la normativa, en este tema, se circunscribe al hecho de indicar, de forma expresa, a quién corresponde, dentro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la imposición de las sanciones pertinentes. Será el Presidente respecto de las leves, y el Consejo respecto de las muy graves. Por lo cual, y de conformidad con el artículo 56, la Comisión podrá imponer, por la comisión de infracciones muy graves tipificadas

en los párrafos q) y r) del artículo 53, una multa por el importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción¹⁹⁸. Estas infracciones podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Mientras que por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros; pudiendo llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme.

Mediante Resolución de fecha 24 de julio de 2003 –que recayó en el expediente sancionador AJ 2003/549 incoado a las entidades ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A. y GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A., la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impuso sanciones ante el incumplimiento reiterado de las solicitudes de información. Si bien la resolución es anterior a la entrada en vigencia de Ley 32/2003, resulta ampliamente ilustrativa la posición del regulador en este tema y de allí su cita en la presente investigación.

Por Acuerdo de 3 de abril de 2003 el Consejo resolvió iniciar el expediente de referencia por el presunto incumplimiento reiterado de requerimientos de información por los que la Comisión les solicitaba determinada información relativa a la denuncia presentada por la empresa EHS, por supuestas prácticas anticompetitivas y discriminatorias de las mencionadas entidades en relación con el acceso al tiempo de emisión de los servicios denominados "televenta" en dichas cadenas de televisión.

¹⁹⁸ En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros.

Pese a que la Comisión reiteró en tres oportunidades estos requerimientos TELECINCO y ANTENA 3, solamente alegaron que la misma no era el órgano competente, solicitándole que declinara la competencia a favor del Servicio de Defensa de la Competencia.

El regulador resolvió declarar responsables directas a ambas entidades TELECINCO, S.A. y a ANTENA 3, S.A. de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 79.17 de la Ley 11/1998, teniendo en consideración la intencionalidad de no aportar la información solicitada, haciendo hincapié en la “actitud obstruccionista” al oponerse reiteradamente a aportar la información solicitada, e imponiéndoles, en consecuencia, sanciones pecuniarias.

Si bien durante años las sanciones anteriormente señaladas fueron las únicas impuestas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el 31 de enero de 2008 aprobó dos resoluciones por las cuales se acordó la apertura de sendos procedimientos sancionadores por presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por este regulador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 x) de la LGTel¹⁹⁹.

De todo lo expuesto podemos concluir que existe una delimitación clara y precisa, en la LGTel, no sólo de la potestad que posee la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para requerir información, en el cumplimiento de sus funciones, sino también de algunos requisitos formales y sustanciales que debe cumplir tal petición, así como del marco sancionador ante el incumplimiento de esos requerimientos. Constituyéndose así un sistema de contrapesos de obligaciones y sanciones, en el marco de los requerimientos de información.

¹⁹⁹ Resolución de 31 de enero de 2008 por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Audiovisual Sport, S.L. por el presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones (Expte. RO 2008/17); Resolución de 31 de enero de 2008 por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Sogecable, S.A. por el presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones (Expte.RO 2008/12).

V. 2. El trámite de Información pública

García de Enterría y Fernández establecen que el trámite de información pública se encuentra dentro de la denominada participación funcional que *“no supone insertar a ciudadanos no profesionalizados en órganos públicos, para que aporten desde dentro de ellos sus perspectivas propias, sino que supone una actuación ciudadana desde fuera del aparato administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas, que como tales auxilian o colaboran en el desarrollo de las tareas de la Administración”*²⁰⁰.

La LRJPAC prevé en su artículo 86.4 el trámite de Información pública con el siguiente alcance:

“1. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

2. A tal efecto, se anunciará en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma, o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde.

El anuncio señalará el lugar de exhibición y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días.

3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración

²⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ T-R. Curso de Derecho Administrativo II. Madrid: Civitas, 1999, p.90.

una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

4. Conforme a lo dispuesto en las Leyes, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos”.

Por su parte, Ramón Parada define a la información pública como un trámite de la instrucción, que está tanto al servicio de la participación ciudadana como de la mejor adquisición por parte del órgano decisor del conocimiento de las cuestiones que son objeto del procedimiento y que consiste en el establecimiento de un plazo para que cualquier persona, y no sólo los interesados puedan formular alegaciones o aportar datos en relación con las cuestiones que son objeto del procedimiento²⁰¹.

Por ello este trámite de un procedimiento no sólo es una suerte de derecho de audiencia colectiva, sino que con este trámite se pretende también recabar un mayor número de datos y opiniones para dictar la resolución más conveniente a favor de los intereses públicos.

“Es así un procedimiento de suscitar la formulación de demandas sociales sobre la materia de que se trate, de tantear de manera previa los posibles intereses que puedan resultar afectados, la provisión de aceptaciones o de repulsas que pueda suscitar un proyecto, el conocimiento de eventuales alternativas que puedan aparecer como preferibles”²⁰².

El trámite de información pública, tiene una doble finalidad. Por un lado poner en conocimiento de los posibles interesados, la existencia de un procedimiento administrativo que ha sido iniciado a instancia de otros

²⁰¹ PARADA, Ramón. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo común. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 322.

²⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ T-R. Curso de Derecho Administrativo II. Madrid: Civitas, 1999, p.91.

interesados o de oficio por la Administración, y cuya resolución pueda afectarles de alguna forma. Por otro lado puede ser utilizada como medio de consulta para tener conocimiento de la opinión del público en general sobre algún tema de interés general, o al objeto de aportar alguna información adicional desconocida por la administración.

Asimismo, puede considerarse un trámite de alegaciones más especial y de mayor alcance, capaz de aportar al expediente puntos de vista inicialmente desconocidos y sacar a la luz intereses cuya existencia se presume, pero que no es posible identificar a priori²⁰³.

“La audiencia y la información pública tienen de común ser actividades de aportación de datos, el constituir, en definitiva, alegaciones al interesado. Pero una y otra se diferencian en que, mientras la audiencia pertenece a la especie de alegaciones conclusivas, la información pública puede pertenecer indistintamente a la especie de alegaciones de introducción o de alegaciones de fijación”²⁰⁴.

Por otra parte, la LRJPAC establece que corresponde acordar el trámite de Información pública al órgano con competencia para dictar el acto terminal o definitivo, y que tomará dicho acuerdo, cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera o imperativamente si la normativa aplicable al caso así lo exige. Pero el verbo *“podrá acordar”*, lo configura como un trámite facultativo, siendo la apertura del mismo un acto discrecional y optativo.

Del mismo modo que el órgano competente puede decidir abrir o no este procedimiento, puede igualmente considerar oportuno sólo someter a información pública parte del procedimiento, reputando que sólo en este limitado ámbito le es preciso obtener los datos, informaciones y sugerencias que la información pública le puede suministrar, por ejemplo al regulador del mercado de las telecomunicaciones.

²⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R. Curso de Derecho Administrativo II. Madrid: Civitas, 3ª Edición, p. 464.

²⁰⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid: Civitas, 2004, p. 2142.

El ámbito subjetivo de este trámite es amplísimo, pues permite formular alegaciones y aportar información no sólo a los interesados sino a cualquier persona física o jurídica que lo estime conveniente.

La jurisprudencia ha venido señalando que el trámite de Información pública afecta a un grupo indeterminado de personas e intereses, de modo que su finalidad es totalmente diversa a la del trámite de audiencia, que afecta a personas e intereses singulares (STS 3ª 4ª, 10.02.1997); y que constituye un acto de audiencia indiscriminada que se dirige no sólo a los afectados sino a cualquier persona que pueda aportar datos o sugerencias (STS de 24 de abril de de 1978 [RJ 1978, 1838]).

En este sentido, la determinación del diario oficial en el que se publicará el anuncio (Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma, o en el de la provincia) no debe basarse en la elección caprichosa realizada por la administración actuante, sino que debe responder al principio de coherencia con el ámbito afectado por el procedimiento, de forma que se haga coincidir el área espacial de difusión del medio elegido con la proyección territorial del procedimiento de que se trate, evitándose cuando menos una difusión restringida del anuncio que impida, de hecho, la recepción del anuncio por los que presumiblemente van a formular alegaciones. Y los medios no son incompatibles.

En cuanto al plazo común para examinar el expediente y deducir alegaciones será el que acuerde el órgano competente y no podrá ser inferior a 20 días (LRJPAC art. 86.4), computándose al efecto únicamente los días hábiles (art. 48.1, LRJPAC). Asimismo no se exige que se ponga de manifiesto el texto íntegro sino que puede examinarse la parte del mismo que se acuerde.

La información aportada durante el trámite de información pública, quedará incorporada al expediente, produciendo los efectos de un escrito de alegaciones, y si bien el órgano competente lo tendrá en cuenta al momento de dictar de decisión, ello no implica que la resolución administrativa deba referirse a todas y cada una de los escritos presentados.

V.3. El mecanismo de consulta pública como medio para obtener información

La Disposición adicional Octava de la Ley 32/2003, establece un denominado “*mecanismo de consulta*”, en consonancia con el mecanismo establecido en el artículo 7 de la Directiva Marco, que analizaremos en capítulos posteriores de la presente Tesis Doctoral.

Así, todas aquellas medidas que deban ser adoptadas por una ANR en ocasión de analizar los mercados de referencia (Art.10), de imponer obligaciones a los operadores con poder significativo en el mercado (Art.13), de establecer obligaciones de selección y preselección de operador (Art.19), y de determinar las obligaciones en materia de acceso condicional, acceso a determinados servicios de radiodifusión y televisión (Disposición adicional séptima), se someterán a un mecanismo de consulta. La utilización de este verbo nos estaría indicando, en principio, que estamos ante una obligación que las ANR deben cumplir al momento de adoptar este tipo de decisiones.

Según Vida Fernández, la Disposición Adicional 8º tiene una redacción desafortunada –aunque resulte poco relevante la cuestión-, dado que la expresión incluida en su título “*mecanismo de consulta*” no concuerda plenamente con la remisión al artículo 7 de la Directiva Marco: “*resulta que el artículo 6 de la Directiva Marco se denomina <<Mecanismo de Transparencia y consulta>> y se refiere a la relación ANRs-ciudadanos interesados, mientras que el artículo 7 de la Directiva Marco se denomina <<Consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas>> y se refiere a las relaciones entre las ANRs entre sí y con la Comisión Europea*”²⁰⁵.

Si bien es cierto que carece de una coincidencia terminológica al menos en el título del artículo de la Directiva Marco al cual se remite, en definitiva no deja de ser un mecanismo de consulta, que es aquí lo relevante, y

²⁰⁵VIDA FERNÁNDEZ, José. Disposición Adicional 8º/En/GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA SALCEDO, Tomás de la (Coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p. 1001.

que además está suficientemente claro que se remite al contenido del mismo artículo 7, en razón del tipo de decisiones que deban adoptar las autoridades reguladoras.

Este precepto no contiene mayores precisiones que las indicadas anteriormente acerca de las materias sobre las que recae la consulta y los sujetos obligados a llevarla a cabo. Sin embargo, y por aplicación de los principios contenidos en el artículo 7 de la normativa comunitaria antes citada este mecanismo está dirigido a las ANR de otros Estados miembros y a la Comisión Europea.

Asimismo, y de acuerdo al tipo de medida a adoptar, existirían diferentes mecanismos de consultas –tal como lo disponen los diferentes incisos del artículo 7 de la Directiva Marco-, con la posibilidad de adoptar decisiones de forma excepcional y urgente en aquellos casos que así lo establezca y fundamente la propia ANR. Sin olvidarnos que también estamos ante la posibilidad de veto por parte de la Comisión Europea, de dichos proyectos de medidas, tal como tendremos oportunidad de analizar en capítulos posteriores.

Finalmente, consideramos relevante indicar que esta Disposición Octava de la Ley 32/2003, es un reflejo del procedimiento de transposición de las Directivas comunitarias -que integran el MRCE- que deben realizar los Estados miembros, en el cual los mismos gozan de una gran flexibilidad para hacerlo. En este caso España, a través de su LGTel, estableció los principios del mecanismo de consulta para el análisis y definición de los mercados relevantes, remitiendo también a la normativa comunitaria aplicable en esta materia, aunque con posterioridad se aprobó la reglamentación oportuna por parte del Gobierno.

V. 4. El deber de los ciudadanos de aportar información

El artículo 139.1 de la LRJPAC establece el deber genérico de los ciudadanos de *“facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley”*.

Éste es un deber establecido por una norma con forma y rango de ley, que se convierte en una obligación de un individuo determinado. Asimismo constituye una obligación imprescindible para el cumplimiento de las funciones por parte de la Administración Pública, e implica una obligación de hacer por parte de los administrados para colaborar en que la Administración tenga un mejor conocimiento de los hechos y decidir en consecuencia. En efecto el administrado, si así se lo requiere la Administración Pública deberá aportar aquellos informes que tengan relación con el objeto del procedimiento.

Según Ayala Muñoz, citando a González Pérez *“tal deber no debe interpretarse en un sentido técnico o restrictivo, debiendo comprenderse en los términos “informes” o “inspecciones” todas las formas de colaboración con la administración consistentes en el suministro de información o en coadyuvar a su obtención”*²⁰⁶.

Dicha obligación debe estar contenida de manera expresa en las leyes que decidan aplicarlo, no bastando la mera mención de estar contenida en la LRJPAC.

Debemos pensar en el alcance que tiene el cumplimiento de esta obligación. Este precepto nada dice sobre las consecuencias del incumplimiento de este mandato. Si la información que debe facilitar el administrado a la Administración Pública lo es para su propio beneficio, su no cumplimiento podría provocar la no adquisición o la pérdida del derecho.

Diferente es el caso del administrado que debe aportar información que pudiere resultarle perjudicial en el marco de la tramitación del referido procedimiento, con lo cual el deber de colaboración debe estar previsto

²⁰⁶ GONZÁLEZ PÉREZ. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. Madrid: Civitas, 1997, p. 736, citado por AYALA MUÑOZ, J. M.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (et al). Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 280.

de manera expresa en una ley, sin que se pueda exigir dicha colaboración con la simple invocación del artículo 39 de la LRJPAC²⁰⁷. Este deber de auxiliar a la Administración pública tiene su fundamento en el interés general que subyace a la actividad de la misma.

VI. Recapitulación

En este capítulo hemos tenido la oportunidad de analizar cuáles son los procedimientos de información en que intervienen las ANR dentro de sus procesos reguladores, ya sea con la Comisión Europea, con otras ANR o con las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia.

Una de las cuestiones más importante de esta exposición ha sido determinar qué tipo de información requieren, reciben e intercambian las ANR, al objeto de dimensionar el grado de importancia que tiene la información regulatoria. Entre ella, los documentos contables, incluida la información de ingresos, la información financiera, las ofertas de referencia sea de Interconexión como de acceso y, como lo indica el MRCE quizás de forma general, toda aquella información que permita comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en las Directivas comunitarias o en las decisiones reguladoras.

Por su parte, los Estados miembros tienen una doble exigencia, por un lado, de velar para que los operadores de redes y prestadores de servicios faciliten a las ANR la información que éstas requieran para el cumplimiento de sus misiones, y, por el otro lado, de hacer lo propio respecto de las ANR con la Comisión Europea, cuando ésta se los requiera por resultar fundamental para el desempeño de sus funciones. El principio de proporcionalidad de los requerimientos resulta fundamental en uno u otro caso.

La Comisión Europea, ha desarrollado, a través de los Artículos 6 y 7 de la Directiva Marco, procedimientos de consulta y transparencia, aplicables por las ANR al momento de adoptar determinadas decisiones. No

²⁰⁷ PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 163.

sólo ha indicado los diferentes pasos a seguir por los reguladores sino que también, posteriormente, estableció los condicionamientos de plazos, forma y contenido de dichos procedimientos donde se intercambia y difunde información regulatoria, salvo la que sea confidencial. A tal extremo, que incluyó un formulario de notificación abreviado donde especifica la información que en forma completa, correcta y resumida deben facilitarle las ANR.

Todo ello se debe a que la Comisión Europea entiende que en particular el mecanismo de consulta, previsto en el artículo 7 de la Directiva marco, ha contribuido sustancialmente a la promoción de la competencia, la inversión y la innovación, así como a la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas.

Precisamente, esta institución comunitaria fundamenta su intervención en el principio de subsidiariedad, resumiendo que dicho procedimiento de consulta garantiza un enfoque coherente, en particular en lo que se refiere a la definición de los mercados y el análisis de los operadores con PSM en toda la Unión Europea, porque aporta un análisis económico sólido y coherente al proceso de revisión de mercados y, en consecuencia, porque favorece una mayor transparencia en la regulación del sector.

Más allá de ello, no podemos dejar de indicar que la Comisión Europea mediante el mecanismo de consulta y específicamente de la información suministrada por las ANR, no sólo ejerce un control de las decisiones de dichos reguladores de cada Estado miembro, sino que justifica su intervención en la adopción de las medidas que inciden en la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Y en ese sentido puede ejercer su poder de veto, cuando considere que un proyecto de medida podría obstaculizar el mercado único, o bien cuando tenga dudas de su compatibilidad con el derecho comunitario y con los objetivos generales establecidos en la Directiva Marco, instando a la ANR a que retire el proyecto de medida.

Por otra parte, y respecto de la revisión del MRCE, el proyecto de modificación de la Directiva Marco introduce nuevas previsiones para las ANR en relación, en primer lugar, con la utilización de la información para comprobar el cumplimiento de las decisiones que hubieren adoptado de acuerdo con las Directivas comunitarias y, en segundo lugar, ampliando y concretando que, también podrán solicitar aquella información relacionada con la futura evolución de las redes o los servicios que pudiera repercutir en los servicios mayoristas puestos a disposición de los competidores. Es éste un aspecto muy importante porque el hecho de que las ANR posean o no información al respecto podrá incidir en las futuras medidas reguladoras que pudieren adoptar sobre los servicios mayoristas.

En cuanto a los mecanismos para la obtención de información de que dispone la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, existe el principio consagrado por la LRJPAC en relación con el deber de los ciudadanos de aportar y facilitar información, como deber general de auxiliar a la Administración Pública, en razón del interés público.

El trámite de información pública, previsto en el artículo 86.4 de la LRJPAC, constituye otro mecanismo de participación funcional, por el cual cualquier persona física o jurídica pueda examinar un determinado expediente vinculado a un procedimiento administrativo, al objeto de formular alegaciones, antes de que el órgano competente formule la resolución correspondiente.

Asimismo, la LGTel también ha traspuesto lo previsto en la normativa comunitaria sobre el mecanismo de consulta del artículo 7 de la Directiva Marco, y a nivel nacional constituye una fuente de información fundamental para elaborar las propuestas de resolución sobre análisis y definición de los mercados.

Sin embargo, en nuestro sector en estudio, el mecanismo por excelencia para obtener información son los requerimientos de información, ya sean formulados de forma accesoria al ejercicio de potestades y funciones

comunes a todas las Administraciones Públicas, o bien efectuados conforme a una función específica reconocida en el ámbito de la regulación.

En este sentido la normativa regula los aspectos subjetivos y objetivos de los requerimientos de información, estableciendo los sujetos a quienes el regulador puede requerirles y los fines a que está dedicada la obtención de información.

Recordemos que, desde el punto de vista objetivo, existe un deber fundamental de los operadores, establecido en el artículo 9 de la LGTel, que justifica la competencia de esta Comisión para requerir información sujeta al cumplimiento de los fines allí establecidos tales como satisfacer necesidades estadísticas o de análisis, la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios en interés de los usuarios, cumplir los requerimientos que vengán impuestos en el ordenamiento jurídico, así como comprobar el cumplimiento de obligaciones nacidas de esta ley.

En concreto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede efectuar requerimientos no sólo a los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, sino también a personas físicas o jurídicas que pudieren prestar otros servicios que no sean propiamente relacionados con las telecomunicaciones, pero cuya información resulta fundamental en el marco de un procedimiento tramitado por este regulador. No obstante las sanciones por el incumplimiento de dichos requerimientos sólo son aplicables a aquellos que revistan la condición de operadores.

En definitiva, los requerimientos de información no sólo son un instrumento a través de los cuales el regulador recaba del particular o de otra Administración pública, la aportación de cierta documentación sino también que su contestación constituye un acto del administrado que inciden de un modo u otro sobre las relaciones jurídico-administrativas, afectando en mayor o menor medida a su contenido y desarrollo.

CAPÍTULO II

La información aplicada a la regulación del mercado de las telecomunicaciones

SUMARIO: I. Introducción II. La información y su incidencia en el análisis de los mercados. 1. La noción de mercado de referencia 2. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el análisis del mercado a. Definición de los mercados y determinación de operadores con PSM. b. Líneas directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del grado de competencia. c. La Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante. d. Nueva Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas. III. El condicionamiento de la información para la imposición, modificación o supresión de las obligaciones de los operadores. 1. Determinación de las obligaciones de los operadores. IV. La Comisión Europea y los procedimientos de definición y análisis de los mercados. V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la incidencia de la información en el análisis de los mercados. 1. Procedimiento de definición de los mercados, y determinación de los operadores con PSM. a. Definición de los mercados de referencia. b. Evaluación de la situación de competencia efectiva en los mercados identificados. c. Determinación de los operadores con PSM. d. Decisión sobre la imposición, supresión o modificación de obligaciones e. Publicación de la medida adoptada. 2. La información utilizada por el regulado español para el análisis y la definición de los mercados de referencia y la imposición de obligaciones. a. Mercado 15. b. Mercado 16. c. Mercado 17. VI. La publicación de informes anuales del sector de las telecomunicaciones. 1. Alcance y contenido del informe anual. 2. Los informes del mercado de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros. VII. Recapitulación.

I. Introducción

En el presente capítulo, abordaremos la aplicación de la información regulatoria por parte de las ANR en el ejercicio de sus funciones reguladoras. En concreto, hemos elegido los procedimientos de definición y análisis de los mercados relevantes, a fin de analizar cómo el MRCE recoge un

entramado de redes de información para que los reguladores puedan llevar a cabo dichas funciones.

Para ello expondremos las líneas generales de la regulación de dichos procedimientos, ya sea a nivel comunitario como nacional para analizar, con posterioridad, la incidencia la información en la imposición, supresión o modificación de las obligaciones a los operadores con PSM.

En concreto estudiaremos cómo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones utiliza la información regulatoria, para el cumplimiento de dos funciones en las cuales incide directamente dicha información. La primera de ellas, de gran actualidad hoy en día, consiste en la definición y análisis de los mercados relevantes; para ello hemos seleccionado los mercados 15 – mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil-, 16 –mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales- y 17 –mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil-.

Por su parte la segunda función es la elaboración del informe anual del sector, para lo cual el regulador solicita a los operadores de comunicaciones electrónicas determinados datos relativos a sus ingresos, inversiones, tráfico, número de clientes o líneas, entre otra información de interés.

La elección de estas funciones se centra, fundamentalmente, en el hecho de que en las mismas se reflejan todos y cada uno de los principios tratados en nuestra investigación, como lo son la importancia de la información para el cumplimiento de los objetivos y fines regulatorios, los límites, requisitos, y competencias que giran en torno a los diferentes mecanismos de obtención de datos del sector, la disponibilidad de la información por parte del regulador, la posibilidad de publicar la información que contribuya a la consolidación del mercado interior y redunde en beneficio de los usuarios, así como la incidencia de la información en la aplicación armonizada del marco regulador hacia la competencia efectiva en el mercado.

Entendemos que el análisis propuesto en el presente capítulo nos posibilitará establecer en qué medida la información regulatoria es un elemento determinante en la regulación del sector.

II. La información y su incidencia en el análisis de los mercados

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que dentro del MRCE, la definición y el análisis del mercado así como la determinación de los operadores con peso significativo en el mismo, constituyen una de las principales modificaciones al régimen anterior, e implican un cambio teleológico de la regulación: pasar de una regulación “*ex ante*” a una regulación “*ex post*”.

Para el logro de ese objetivo final se han previsto una serie de procedimientos donde las ANR y la Comisión Europea son fundamentalmente los sujetos activos que analizan el grado de competencia efectiva en el mercado y adoptan, en consecuencia, las decisiones regulatorias adecuadas y eficaces que requiere la situación.

A los efectos de realizar tales análisis dichas autoridades necesitan de suficiente información regulatoria para imponer, modificar o suprimir las obligaciones de los operadores. Veremos, a lo largo de nuestra exposición, cómo la información sobre el sector cobra especial importancia para los reguladores, en el desarrollo de sus misiones.

Es nuestra intención que en este epígrafe se exponga, con cierta profundidad y de forma cronológica, el marco jurídico que fundamenta los procedimientos de análisis del mercado, para finalizar con un análisis sobre incidencia de la información en el análisis y la definición de los mercados 15, 16 y 17, y en la determinación de las obligaciones regulatorias.

II.1. La noción de mercado de referencia

Debemos comenzar nuestro análisis recordando qué se entiende por mercado de referencia o mercado relevante.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define, a los efectos de la defensa de la competencia, al mercado como el “*espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en relación con sus competidores*”²⁰⁸. Mientras que el mercado de referencia constituye “*el espacio comercial en el que deben analizarse las condiciones de competencia y el poder económico que tiene la empresa en posición dominante, sea desde el punto de vista geográfico como material*”²⁰⁹. Ambas definiciones se recogen en las Recomendaciones y Directrices de la Comisión Europea.

El mercado de referencia combina el mercado de productos y el mercado geográfico, que se definen de la siguiente manera:

a) El mercado de productos de referencia comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan.

b) El mercado geográfico de referencia comprende el territorio en el cual las empresas de referencia son contratadas para la oferta de bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

II.2. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el análisis del mercado

La Directiva Marco ha establecido las líneas generales para que los reguladores lleven a cabo la definición y análisis de los diferentes mercados. Y lo ha hecho, principalmente, a través de los artículos 6, 7, 15 y 16.

²⁰⁸ STJCEE AZKO CHEMIE/Comisión Europea. Asunto C-62/86. Sala Quinta, de 3 de julio de 1991. Recop. Jurisp. 1991, p. 003359.

²⁰⁹ STJCE BRONNER. Asunto C-7/97, de 26 noviembre de 1998

Los dos primeros, dedicados a los mecanismos de consulta, fueron tratados el capítulo anterior y a continuación abordaremos los dos restantes, así como el desarrollo que de los mismos ha realizado la normativa comunitaria, mediante directrices y recomendaciones de la Comisión Europea.

El artículo 15 de la Directiva Marco establece, de forma general, el procedimiento de definición del mercado y las competencias de la Comisión Europea y de las ANR en esta materia.

Por su parte el artículo 16 fundamenta el procedimiento de análisis del mercado que están llevando a cabo los Estados miembros y que establece los principios que deben regir todos y cada uno de estos análisis.

Este procedimiento también se complementa con la Directrices de la Comisión Europea sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas²¹⁰.

Posteriormente la Comisión adoptó la Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante²¹¹, de acuerdo a los principios del Derecho de la competencia, la cual debía ser revisada periódicamente. Precisamente, con fecha 17 de diciembre de 2007, la Comisión Europea adoptó la Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un

²¹⁰ Directrices de la Comisión Europea sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2002/C 165/03). D.O.C., núm.165, de 11.7.2002, p. 6-31.

²¹¹ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. C(2003) 497. D.O.L., núm. 114, de 8.05.2003, p. 45-49.

marco regulador común de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas²¹².

Dado nuestro punto de análisis es necesario establecer las líneas directrices que la legislación comunitaria ha dispuesto para regular esos procedimientos.

En primer lugar, diremos, que los procedimientos deben realizarse de acuerdo a las Directrices y Recomendación de la Comisión Europea. Dicha institución comunitaria debe ser notificada de los mercados que se definan en los diferentes Estados miembros, pudiendo vetar las decisiones de los reguladores.

En segundo lugar, que dicho análisis deben ser realizados por las ANR, determinando si existe o no competencia en el mercado.

En tercer lugar, que se prevé la colaboración de las Autoridades Nacionales en materia de competencia, para realizar estos análisis, de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados miembros.

En cuarto lugar, que de existir competencia no se impondrá ni mantendrá ninguna de las obligaciones reglamentarias anteriores, mientras que, si no existiera competencia efectiva, deberán determinar qué empresas tiene un peso significativo en el mercado, imponiendo, modificando o manteniendo en consecuencia las obligaciones reglamentarias específicas.

En quinto lugar, que este procedimiento también es aplicable a los mercados transnacionales. En ese sentido las ANR afectadas deben hacer conjuntamente el análisis de los mercados teniendo en cuenta las directrices establecidas por la Comisión Europea.

Y finalmente, que para la adopción de las medidas por parte de los reguladores en cada Estado miembro, se aplican los procedimientos de consulta previstos en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco.

²¹² Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinente de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2007/879/CE). DO L, 344 de 28.12.2007.

a. Definición de los mercados y determinación de operadores con PSM

Los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco establecen los mecanismos para determinar los mercados en cada uno de los Estados miembros, a través del procedimiento de consulta y que entendemos constituyen factores condicionantes a la labor de las ANR.

El artículo 15 de la Directiva Marco –procedimiento de definición del mercado- es un claro ejemplo de cómo se sujeta a los reguladores a las Recomendaciones y opiniones de la Comisión Europea.

Sostenemos esto, por la sencilla razón de que aun cuando la Comisión consulte a las ANR con anterioridad a la adopción de una Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios, de conformidad con el Derecho comunitario, y se establezca la facultad de dichas autoridades para definir los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, éstas deberán tener en cuenta en la mayor medida posible las Directrices de la Comisión, y por este motivo si proceden a definir mercados distintos de los enumerados en la Recomendación, deben observar los procedimientos contemplados en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco. Razón por la cual, como esta decisión se halla incluida en los tipos de decisiones del apartado 4 del artículo 7, la última palabra la tiene la Comisión Europea. Es decir que constituye un círculo de control y supervisión de la Comisión Europea que expresa o implícitamente, según se quiera interpretar, prevé el MRCE.

Ello nos indica un doble nivel de limitación de las facultades de las ANR de acuerdo a la información que le suministren a la Comisión, cuyo origen deriva, en gran parte de la información suministrada por los operadores. Por un lado, al momento de la consulta para la elaboración de la Recomendación sobre mercados pertinentes y por otro, en el procedimiento del artículo 7 de la

Directiva Marco, a lo que se añade el hecho de que la Comisión tiene la facultad de revisar periódicamente la Recomendación, para definir los mercados pertinentes apropiados de productos y servicios.

La misma reflexión cabe para los mercados transnacionales, conforme al artículo 15.4 de la Directiva Marco.

Por su parte el artículo 16 –procedimiento de análisis del mercado- también plantea un doble nivel de limitación y control a las ANR, a través de los intercambios de información. En primer lugar porque el análisis de mercado debe efectuarse conjuntamente con las autoridades responsables en materia de competencia (apartado 1) lo antes posible tras la Recomendación de la Comisión Europea, teniendo en cuenta en su mayor medida las directrices correspondientes.

Y en segundo lugar porque, conforme lo dispuesto por los apartados 3, 4 y 5 del mismo artículo, las ANR podrán adoptar diferentes medidas según determinen que los mercados pertinentes son o no competitivos, como imponer, mantener, modificar o suprimir obligaciones a las empresas. No obstante ello, estas medidas también se someterán a los procedimientos contemplados en los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco.

Con anterioridad al texto definitivo de la Directiva Marco, el Documento de Trabajo de la Comisión Europea -COM (2001) 175 final²¹³-, ya recogía la importancia de los procedimientos de consulta pública y publicación de decisiones que pudieran proponer las ANR, en el ejercicio de sus competencias reguladoras, así como la necesidad de transparencia en los mismos. En esa dirección, el texto preveía que, una vez finalizados los análisis de los mercados, dichas autoridades debían publicarlos conjuntamente con las decisiones a adoptar. La información debía contener la definición de mercado utilizada y sus fundamentos, la evaluación de la competencia en el mercado de referencia, el detalle de las empresas que poseen peso significativo en el

²¹³ Documento de Trabajo de la Comisión sobre una Propuesta de un nuevo marco regulador de las redes y de los servicios de comunicaciones. Directrices de análisis del mercado de conformidad con el artículo 14 de la propuesta de Directiva relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Bruselas 28.3.2001. COM (2001) 175 final.

mercado y sus correspondientes pruebas, el conjunto de obligaciones que sean materia de propuesta a los efectos de su incorporación, y la modificación, supresión, respecto de las obligaciones existentes, y con relación a ello los objetivos de orden público y razones sobre la proporcionalidad de las medidas.

Concluida esta etapa de consulta prevista en el artículo 7, las ANR deben publicar los nombres de las empresas consideradas con peso significativo en el mercado así como las obligaciones que se le hubieren impuesto y también velar porque dicha información actualizada se ponga a disposición del público garantizando un fácil acceso a la misma.

La Comisión Europea por su parte tiene el deber de hacer pública esa información, remitiéndola al Comité de Comunicaciones y al Grupo de Alto Nivel de Comunicaciones.

Finalmente debemos indicar que existe una doble limitación en las labores de las ANR. Así, el artículo 19 de la Directiva Marco –medidas de armonización- dispone que las mismas deben tener en cuenta, en la máxima medida posible, las Recomendaciones de la Comisión relativa a la aplicación armonizada de las disposiciones del MRCE. Y cuando decidan no seguir una Recomendación deberán informar de ello a la Comisión (apartado 1).

En igual sentido sucede con la resolución de litigios entre empresas previsto en el artículo 20 de la Directiva Marco. La publicación de la decisión adoptada a estos efectos debe exponer de forma detallada los motivos en que se basa, respetando las exigencias del secreto comercial. Para ello las ANR deben tener en cuenta los objetivos establecidos en el artículo 8 y demás artículos de la Directiva Marco relacionados con este tema.

b. Líneas directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del grado de competencia

En virtud de lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco, la Comisión Europea estableció una serie de directrices²¹⁴, a modo de orientaciones para las ANR en el ejercicio de sus nuevas responsabilidades de definición de los mercados y evaluación de los operadores con peso significativo en el mercado. Precisamente el objetivo principal de las mismas es *“garantizar que las ANR utilicen un enfoque coherente en la aplicación del nuevo marco regulador, y especialmente a la hora de designar las empresas con PSM en aplicación de lo dispuesto en dicho marco”*²¹⁵. Sin perder de vista los objetivos generales del artículo 8 de la Directiva Marco –desarrollo del mercado interior; fomento del mercado de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y recursos asociados abierto y competitivo; y la promoción de los intereses de los ciudadanos europeos.

Con la publicación de estas Directrices la Comisión ha pretendido dar intervención a las partes interesadas y a las empresas que operan en el sector estableciendo cómo las ANR deben llevar a cabo las evaluaciones de los operadores con peso significativo en el mercado, a fin de maximizar la transparencia y la seguridad jurídica en la aplicación de la legislación sectorial.

Al mismo tiempo estas Directrices esbozan las posibles conclusiones a que pueden llegar las ANR en sus análisis de mercado, así como las medidas regulatorias resultantes. Describen las facultades de investigación de dichas autoridades, en el marco de cooperación en el suministro de información con la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia. Y a modo de colofón se abunda en los procedimientos de consulta y publicación de las decisiones propuestas por los reguladores, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7, 15 y 16 de la Directiva Marco.

²¹⁴ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2002/C 165/03). DO C núm. 165, de 11.7.2002, p.6-31.

²¹⁵ 1.1.Ámbito de aplicación y objeto de las Directrices.

Pero esta normativa en modo alguno implica un encorsetamiento de este procedimiento. La Comisión aclara debidamente que *“estas Directrices no limitan en modo alguno los derechos otorgados por la legislación comunitaria a particulares o empresas. Además, se entenderán sin perjuicio de la aplicación del Derecho comunitario, y en particular de la normativa sobre competencia, por la Comisión y por las autoridades nacionales competentes, y de su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia. Las presentes Directrices no prejuzgan ninguna medida que la Comisión pueda adoptar ni ninguna directriz que la Comisión pueda publicar en el futuro con respecto a la aplicación de la legislación europea sobre competencia”*²¹⁶. Es importante señalar que estas Directrices pueden ser objeto de modificación, de acuerdo a lo que acontezca en la aplicación del marco regulador y en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

De esta manera, y siguiendo el desarrollo de nuestro estudio, es importante resaltar que esta normativa recoge en sus preceptos la importancia de la información en la regulación del sector, núcleo central de nuestra investigación.

Por todo ello, a continuación indicamos cuáles son los principios que rigen en los procedimientos de análisis y definición de los mercados, haciendo hincapié en la importancia de la información regulatoria y de las facultades de investigación de las ANR y de los procedimientos de cooperación entre éstas, las Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de la Competencia.

Postulamos que la información sustenta la adopción de las medidas regulatorias por los siguientes motivos.

- a. Como principio general, y a los efectos de analizar el mercado, las ANR *“deberán primero recoger toda la información que consideren necesaria*

²¹⁶ 1.1.Ámbito de aplicación y objeto de las Directrices.

*para evaluar el peso en el mercado dado*²¹⁷. Para ello pueden requerir la información pertinente a las empresas, exponiendo las razones que justifican tal solicitud, así como el plazo para contestar al requerimiento, y las posibles sanciones económicas en caso de incumplimiento, en virtud del artículo 10 apartado 4 de la Directiva Autorización²¹⁸.

- b. Las ANR deben llevar a cabo una evaluación prospectiva del mercado pertinente, basándose en las condiciones de mercado existentes, y determinarán la existencia o no de competencia efectiva²¹⁹. Para ello deben tener en cuenta los datos sobre la evolución esperada o previsible del mercado, en un período razonable.
- c. Las ANR tienen amplias facultades de apreciación de los factores económicos, fácticos y jurídicos para definir el mercado pertinente y determinar la existencia de empresas con peso significativo en el mercado.
- d. Así como el sector en estudio se caracteriza por su dinamismo, así también debe serlo el procedimiento de definición del mercado. Por lo cual es necesario el análisis de cualquier indicio disponible sobre el anterior comportamiento del mercado y una comprensión global de los mecanismos de un sector dado. Por ello, *“cualquier información recogida, cualquier estudio o informe encargado o utilizado por las ANR (o las ANC) en el ejercicio de sus funciones en lo relativo a las*

²¹⁷ 5.2. Análisis del mercado y facultades de investigación. 131.

²¹⁸ Artículo 10. 4. Directiva Autorización: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3, los Estados miembros podrán habilitar a la autoridad pertinente a imponer, cuando proceda, sanciones económicas las empresas por no facilitar información de conformidad con las obligaciones impuestas con arreglo a las letras a) o b) del apartado 1 del artículo 11 de la Presente Directiva o al artículo 9 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva Acceso) dentro de un plazo razonable estipulado por la autoridad nacional de reglamentación”.*

²¹⁹ *“...a efectos de la aplicación del nuevo marco regulador, por competencia efectiva hay que entender que en el mercado pertinente no exista ninguna empresa que tenga, en solitario o junto con otra empresa, una posición dominante individual o colectiva”.* 1.2. Principios y objetivos políticos que sustentan las medidas sectoriales. 19.

*condiciones de la competencia en los mercados de las telecomunicaciones (a condición, obviamente, de que las condiciones del mercado no hayan registrado cambios entretanto) deberá servir de punto de partida para aplicar el artículo 15 de la Directiva marco y realizar un análisis prospectivo del mercado*²²⁰.

- e. Para determinar la intercambiabilidad, desde el punto de vista de la demanda, las ANR deberán recurrir a los indicios del comportamiento de los consumidores, y examinarán *“las fluctuaciones en el pasado de los precios de los productos potencialmente competidores, cualquier constancia de oscilaciones de precios y cualquier información de interés sobre tarifas*”²²¹.
- f. En la definición de la dimensión geográfica del mercado –que sigue las mismas líneas de procedimiento anteriormente señaladas-, para determinar la intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda, las ANR *“deberán valorar sobre todo las preferencias de los consumidores, así como sus actuales pautas geográficas de adquisición*”²²².
- g. Que el análisis de mercado se tenga que basar en una evaluación esencialmente prospectiva se debe, muchas veces, a la falta de pruebas o documentos sobre actuaciones o conductas pasadas. Por la tanto *“la exactitud del análisis de mercado llevado a cabo por las ANR estará condicionada por la información y los datos disponibles en el momento de la adopción de la correspondiente decisión*”²²³.

²²⁰ 2. Definición del Mercado. Directrices.

²²¹ 2.2.1.1. Intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda. 49. *“La intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda permite que las ANR determinen los productos o las gamas de productos intercambiables que los consumidores podrían pasar fácilmente a adquirir en caso de un incremento relativo de los precios”*. Directrices.

²²² 2.2.2. Mercado geográfico. 58. Directrices.

h. La cuota de mercado, constituye una medida del tamaño relativo de una empresa respecto a su sector, y dicho tamaño incide sobre los incentivos que tienen las demás empresas para competir. Por esta razón es uno de los indicios que puede revelar una posición dominante²²⁴ y se utiliza a menudo como indicador del peso en el mercado. De allí que *“las ventas expresadas en volumen como las expresadas en valor proporcionan información útil para la mediación del mercado”*²²⁵. Es decir que las características del mercado pertinente harán depender los criterios a utilizar en la medición de la cuota de mercado.

Una cuota de mercado muy elevada, como puede ser por encima del 50%, constituye en sí misma, salvo en circunstancias excepcionales, una evidencia de una posición dominante, pero ya cuotas superiores al 49% deben hacer pensar normalmente en la existencia de PSM. Según la Comisión Europea, de acuerdo a la Jurisprudencia comunitaria *“la inclusión de las ventas cautivas en el mercado pertinente puede depender de si el tráfico generado por la filial de una empresa quedaría disponible en el mercado comercial en caso de incremento o disminución de los precios de mercado. Entre los factores de interés para el análisis del PSM figuran, además la dinámica del mercado, el*

²²³ 3. Cálculo del peso significativo en el mercado (Posición dominante) . 70: Con arreglo al artículo 14 de la Directiva Marco, *“se considerará que una empresa tiene peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”*.

²²⁴ De esta forma, con el análisis de la estructura de la oferta, a través de la cuota de mercado, se trata de determinar si, a pesar de una fusión, los competidores serán capaces de hacer frente al poder económico de la empresa fusionada, así como las posibilidades de suministro alternativo que tengan los consumidores”. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA- MORATO, Lucía; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*. Granada: Comares, 2003, p.108.

²²⁵ 3.1. Criterios para la evaluación del PSM. 76. Directrices.

*control de infraestructuras que no son fáciles de duplicar, los obstáculos a la entrada y la competencia potencial*²²⁶.

Por su parte, la doctrina económica sostiene que *“muy en especial la cuota de mercado, medida bien en términos monetarios o bien en alguna medida física del output, es una medida muy utilizada. Tiene limitaciones clarísimas, pero sigue siendo una de las medidas básicas que aproximan la dominancia de un operador*²²⁷.

- i. *“Las ANR deben acometer un análisis global y pormenorizado de las características económicas del mercado pertinente antes de sacar conclusiones en cuanto a la existencia de peso significativo en el mercado*²²⁸. Razón por la cual, la multiplicidad de datos e información económica y jurídica del mercado nos posibilitará contar con diferentes criterios para realizar dicha evaluación. Entre ellos, según las Directrices, podemos mencionar los siguientes: *“envergadura global de la empresa, control de una infraestructura no reproducible fácilmente, superioridad o ventajas tecnológicas, poder compensatorio bajo o inexistente, acceso fácil o privilegiado a los mercados financieros o recursos de capital, diversificación de productos o servicios, economías de escala, economías de alcance, integración vertical, red de distribución y venta muy desarrollada, ausencia de competencia potencial, y obstáculos a la expansión*²²⁹.

²²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe). Consolidación del mercado interior de las comunicaciones. Bruselas, 11.07.2007 COM (2007) 401 final.

²²⁷ *“La dominancia es la capacidad de una empresa de ejercitar su poder de mercado y este es un comportamiento de un operador. Pero medir el comportamiento es más difícil que hacer uso de medidas estructurales de concentración, participación o de barreras a la entrada. Es por esta razón por la que las autoridades anti-trust para determinar el PSM suelen recurrir a medidas de tipo estructural, y no tan frecuentemente al análisis del comportamiento de las empresas. Las medidas estructurales más utilizadas son: medidas de concentración (bien de una empresa, bien de un grupo de ellas, bien la distribución de las participaciones de todas las empresas y análisis de las asimetrías en la distribución por tamaños), el grado de diferenciación de los productos y el grado de barreras a la entrada”*. HERGUERA, Iñigo. La delimitación de los mercados relevantes en el nuevo marco regulador de las telecomunicaciones, mayo de 2002.

²²⁸ 3.1. Criterios para la evaluación del PSM. 78. Directrices.

- j. Se reiteran tres principios básicos sobre la utilización de la información que ya establecía la Directiva Marco. Ellos son, en primer lugar, el sometimiento a consulta y la posterior publicación de las conclusiones del análisis de cada mercado pertinente, de todas las medidas propuestas, y de la información que contribuya a un mercado abierto y competitivo. En segundo lugar, la garantía de confidencialidad de la información recibida con tal carácter, ya sea por las ANR, como por otra autoridad pública. En último término, que la información requerida contribuya a que los reguladores puedan comprobar el cumplimiento de la legislación comunitaria.
- k. Las ANR deberán facilitar la información que necesita la Comisión Europea para cumplir las tareas que le impone el Tratado. *“Esta disposición abarca la información relativa al marco regulador (que se utilizará para comprobar la compatibilidad de las medidas de las ANR con la legislación), pero también la información que la Comisión pueda exigir, por ejemplo, con vistas al cumplimiento de sus compromisos en la OMC”*²³⁰.

Las Directrices no sólo ayudan a los Estados miembros y a las ANR a hacer cumplir la letra f) del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva Marco, velando por que las empresas cumplan con la obligación de facilitar la información necesaria para que los reguladores definan los mercados pertinentes y evalúen el peso significativo en dichos mercados, sino también que las orientan en el manejo de la información confidencial.

La información a que hace referencia es aquella que fue considerada como confidencial y facilitada, en el marco de cooperación en el

²²⁹ 3.1. Criterios para la evaluación del PSM. 78 y 79. Directrices. La posición dominante puede derivar de una combinación de estos criterios, aunque considerados uno por uno no resulten necesariamente determinantes.

²³⁰ 5.3. Procedimientos de cooperación. Entre la Comisión y las ANR. 139. Directrices.

suministro de información, por la Comisión Europea, por las ANR de otros Estados miembros (Artículo 5.2 de la Directiva Marco), y por las autoridades nacionales de competencia (Artículo 5.3 de la Directiva Marco), así como por la información requerida a las empresas para analizar el mercado en cumplimiento de los fines de la Directiva Acceso o de la Directiva servicio universal.

Tal como hemos podido observar, las Directrices abundan y profundizan en los principios regulatorios contenidos en las diferentes Directivas comunitarias del MRCE, fundamentalmente en lo que respecta a los criterios de utilización de la información para los cometidos específicos de analizar el mercado y evaluar la existencia de operadores con peso significativo en el mercado, todo ello encuadrado en los mecanismos de consulta.

Por ello a continuación exponemos los alcances de la Recomendación de la Comisión Europea sobre los mercados pertinentes de productos y servicios, a fin de precisar las líneas de procedimiento que estableció esta institución comunitaria, con posterioridad a la normativa analizada en los párrafos anteriores.

c. La Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante

Uno de los objetivos del MRCE es la progresiva reducción de la regulación sectorial ex ante, en la medida que se desarrolle la competencia en el mercado. Para ello es necesario identificar los mercados de productos y servicios en los que puede estar justificada una regulación ex ante, de conformidad con los principios de la legislación sobre competencia. Bajo esa premisa la Comisión Europea realizó una Recomendación, con fecha 11 de

febrero de 2003²³¹, donde identificó dos grandes tipos de mercados: los mercados de servicios o productos suministrados a los usuarios finales y los mercados de los recursos necesarios para que los operadores suministren tales servicios y productos a los usuarios finales, es decir mercados al por menor o “*minoristas*” y al por mayor o “*mayoristas*” respectivamente.

Recordemos que el marco regulador vigente adoptado en 1997, indicaba cuatro mercados relevantes sobre los que las autoridades nacionales podían intervenir para fomentar el acceso de los operadores a los mismos. Ellos eran la telefonía fija, la telefonía móvil, la interconexión y los circuitos alquilados.

En este caso la Recomendación tomó en consideración, como punto de partida para la definición y la identificación de los mercados, la caracterización de los mercados al por menor a lo largo de un horizonte temporal dado, teniendo en cuenta las posibilidades de sustitución del lado de la oferta y de la demanda.

Para la identificación de los mercados, de acuerdo a los principios de la legislación sobre competencia, deben aplicarse tres criterios: el primero relativo a la presencia de obstáculos a la entrada, sean estos considerables y no transitorios. Dichos obstáculos pueden ser estructurales, legales o reglamentarios. Recordemos que los fallos estructurales derivan de una situación original de demanda o de los costes que crea unas condiciones asimétricas entre los operadores históricos y los nuevos, que dificultan o impiden la entrada de estos últimos al mercado; mientras que los obstáculos legales o reglamentarios se originan ante la existencia de medidas legislativas o administrativas que repercuten directamente sobre las condiciones de entrada o el posicionamiento de los operadores en el mercado.

El segundo criterio selecciona solamente aquellos mercados cuya estructura no tienda hacia una competencia efectiva dentro del horizonte

²³¹ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2003/311/CE) D.O.L. 114, de 8.5.2003, p. 45-49.

temporal pertinente. Y el tercero tiene por objeto determinar si la mera aplicación de la legislación en esta materia no permite hacer frente, de manera adecuada, a los fallos del mercado.

Estos mismos criterios deben ser tenidos en cuenta en todas y cada una de las revisiones periódicas de los mercados identificados en esta Recomendación, aplicados acumulativamente.

Así, se instó a los Estados miembros a vigilar la totalidad de los 18 mercados de productos y servicios²³². Si bien el principio que rige es que las ANR, al momento de revisar las obligaciones existentes para determinar su imposición, su mantenimiento o su modificación, deben efectuar su análisis sobre la base de los mercados identificados en esta Recomendación -sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos con arreglo a la legislación sobre competencia-, podrán identificar mercados distintos de los de la Recomendación, pero siempre que actúen de conformidad con el artículo 7 de la Directiva Marco. Como contrapartida, la no notificación de un mercado que tenga repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros, puede entrañar el inicio de un procedimiento de infracción.

La intervención de la Comisión y la sujeción de las ANR a las directrices de esta institución comunitaria se acentúa aun más porque cualquier mercado que se identifique debe basarse en la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia²³³ y ser coherente con las Directrices de análisis del mercado.

Es evidente la intervención de la Comisión Europea en la labor de las ANR, y su justificativo lo encontramos en el considerando 1 de la referida Recomendación, es decir en el objetivo de la misma, que consiste en *“ir reduciendo progresivamente la regulación sectorial ex ante a medida que se*

²³² Ver Anexo de la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003.

²³³ Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia DO C 372, de 9.12.1997, p.5.

desarrolle la competencia en el mercado". La Comisión intenta ser clara en este sentido: si existe competencia efectiva en esos mercados no está justificada tal regulación.

No obstante, y a modo de resguardo, se especifica que la propia Recomendación ha sido objeto de una consulta pública y de una consulta con las ANR y las Autoridades Nacionales de Competencia, de acuerdo al principio comunitario de cooperación.

El artículo 7 en su apartado 2 expresamente sujeta la cooperación entre ellas y la Comisión para la aplicación coherente en todos los Estados miembros de las disposiciones del MRCE, a fin de lograr acuerdos sobre los tipos de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar situaciones particulares del mercado, y hacia ese objetivo se orienta, en principio, esta Recomendación.

Precisamente, la Comisión Europea ha expresado, en su Comunicación sobre la revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas²³⁴, que el procedimiento del artículo 7 de la Directiva Marco *"ha mejorado la coherencia desde el punto de vista de la definición del mercado y la evaluación del <<peso significativo en el mercado>> por parte de las ANR"*. No obstante, la Comisión detectó la necesidad de reforzar la coherencia en la aplicación de las medidas.

d. Nueva Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas

Con fecha 17 de diciembre de 2007, la Comisión Europea adoptó la Recomendación relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de

²³⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Bruselas, 29.06.2006. COM (2006) 334 final.

regulación *ex ante* de conformidad con Directiva Marco y que viene a sustituir la Recomendación 2003/311/CE, que llevaba en vigor más de cuatro años, teniendo en consideración la evolución del mercado.

La Comisión ha eliminado 10 mercados de los 18 establecidos en la anterior Recomendación, es decir los mercados 3, 4, 5, 6, 7, 10, 14, 15, 17, 18. La no inclusión de los mercados minoristas se debe al hecho de que la Comisión Europea considera que una regulación efectiva en el mercado mayorista, es decir “*aguas arriba*”, será eficaz para proteger a los intereses de los ciudadanos. En consecuencia a nivel minorista se han unificado los mercados 1 y 2 (Mercado 1. Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales), y a nivel mayorista han quedado configurados los siguientes mercados: 2 (Origenación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija), 3 (Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija), 4 (Acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija), 5 (Acceso de banda ancha al por mayor), 6 (Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, con independencia de la tecnología utilizada para proporcionar la capacidad arrendada o dedicada) y 7 (Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales).

Según la Recomendación, el punto de partida para la identificación de mercados es la definición de mercados al por menor desde una perspectiva de futuro, teniendo en cuenta la sustituibilidad del lado de la demanda y de la oferta; y una vez definidos dichos mercados, conviene identificar los mercados al por mayor.

Las ANR, al identificar mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, deben aplicar los siguientes tres criterios acumulativos:

- a) Presencia de obstáculos fuertes y no transitorios al acceso al mercado, ya sean de carácter estructural, legal o reglamentario.

b) El mercado no tiende hacia una competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente.

c) Que la aplicación de la legislación sobre competencia no permita hacer frente de manera adecuada a los fallos del mercado en cuestión.

En consecuencia, cualquier mercado que satisfaga los tres criterios, de forma acumulativa, en ausencia de regulación ex ante puede ser objeto de regulación ex ante. A contrario sensu, las ANR pueden decidir no llevar a cabo un procedimiento de análisis de mercado si llega a la conclusión de que un mercado determinado no satisface los tres criterios.

La Recomendación establece cuáles son los principales indicadores que deben considerarse al evaluar los dos primeros criterios, en particular cita la siguiente información: *“indicadores de obstáculos al acceso en ausencia de regulación (incluido el alcance de los costes irre recuperables), la estructura del mercado, el comportamiento y la dinámica del mercado, por ejemplo indicadores como cuotas de mercado y tendencias, precio de mercado y tendencias, y alcance y cobertura de redes o infraestructuras competidoras”*²³⁵.

Por su parte, los mercados distintos de los enumerados en esta Recomendación deben definirse sobre la base de los principios de competencia establecidos en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, del año 1997, y ser coherentes con las Directrices de la Comisión sobre análisis de mercado, y satisfaciendo al mismo tiempo los tres criterios definidos anteriormente.

III. El condicionamiento de la información para la imposición, modificación o supresión de las obligaciones de los operadores

²³⁵ Considerando 6 de la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007.

El principio que prima en la modificación, supresión o imposición de obligaciones de los operadores es que si existe competencia en el mercado no se justifica la regulación. En consecuencia las obligaciones reglamentarias solo deberían imponerse en los mercados de comunicaciones electrónicas cuyas características puedan justificar una regulación sectorial y en los que los reguladores hayan determinado la presencia de uno o más operadores con peso significativo en dichos mercados.

En ese sentido, a partir de la nueva redacción que propone el artículo 14 de la Directiva Marco, se produce de forma clara y precisa, un acercamiento específico al Derecho de la Competencia a nivel comunitario, considerando aspectos cualitativos –poseer una fuerza en el mercado tal que permita un comportamiento independiente de competidores y clientes- y dejándose de lado aspectos cuantitativos, que regían con anterioridad, como lo es la cuota de mercado igual o superior al 25%.

III.1. Determinación de las obligaciones de los operadores

En el momento de determinar la modificación, el mantenimiento o supresión de las obligaciones existentes que fueron impuestas con anterioridad al MRCE, las ANR debieron realizar el análisis correspondiente, de acuerdo a los mercados establecidos en la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003 cumpliendo la exigencia de que la definición de los mercados a efectos de la regulación ex ante se basa en los principios de la legislación sobre la competencia. Razón por la cual, hasta tanto se efectuaron los análisis correspondientes, de acuerdo al MRCE, siguieron en vigor las obligaciones existentes.

Precisamente, la Comisión Europea manifestó que no esperaba que las ANR suprimiesen las obligaciones reglamentarias anteriormente impuestas a operadores con peso significativo en el mercado que hayan sido impuestas para satisfacer necesidades reglamentarias legítimas y sigan siendo pertinentes sin aducir pruebas claras de que dichas obligaciones han

conseguido su propósito y, por tanto, no resultan ya necesarias por considerarse que existe competencia efectiva en el mercado pertinente²³⁶.

Los Estados miembros mantuvieron todas las obligaciones establecidas en el Derecho nacional a que se refieren el artículo 7 de la Directiva Acceso y el artículo 16 de la Directiva Servicio Universal, hasta que las ANR se pronunciaron respecto de dichas obligaciones, de conformidad con el artículo 16 de la Directiva Marco²³⁷.

El artículo 7 de la Directiva Acceso expresamente dispone, respecto de la revisión del anterior régimen de obligaciones en materia de acceso e interconexión, que *“los Estados miembros mantendrán todas las obligaciones en materia de acceso e interconexión impuestas a las empresas suministradoras de redes o servicios públicos de comunicaciones que estuvieran vigentes antes de la fecha de entrada, en vigor de la presente Directiva en virtud de los artículos 4,6,7,8,11,12 y 14 de la Directiva 97/33/CE, del artículo 16 de la Directiva 98/10/CE y de los artículos 7 y 8 de la Directiva 92/44/CEE, hasta el momento en que se proceda a su revisión...”*.

Otro tanto sucede con la revisión de las obligaciones de servicio universal, dado que, de acuerdo lo dispuesto por el artículo 16 de la Directiva servicio universal, los Estados miembros debieron mantener todas las obligaciones sobre tarifas al público para el suministro de acceso a la red telefónica pública y utilización de la misma, impuestas en virtud del artículo 17 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo; acerca de la selección y preselección de operadores, impuestas en virtud de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las

²³⁶ Directrices de la Comisión de 11 de julio de 2002. 4.1. Imposición, mantenimiento modificación o supresión de obligaciones con respecto a los operadores con PSM. 119.

²³⁷ Artículo 27 de la Directiva Marco. Medidas Transitorias

telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de la red abierta (ONP); y respecto de las líneas arrendadas, impuestas en virtud de los artículos 3,4,6,7,8, y 10 de la Directiva 92/44/CEE.

Según la Recomendación, tratada en el epígrafe anterior, las obligaciones reglamentarias deben ser apropiadas y basarse en la naturaleza del problema detectado, ser proporcionadas y estar justificadas a la luz de los objetivos establecidos en el marco regulador. Especialmente en *“conseguir un máximo de beneficios para los usuarios, velar porque no exista falseamiento ni restricción de la competencia, promover una inversión eficiente en materia de infraestructura, fomentar la innovación y promover el uso y una gestión eficientes de las radio frecuencias y de los recursos de numeración”*²³⁸.

Las obligaciones reglamentarias pueden imponerse a las empresas con peso significativo tanto en el mercado minorista como mayorista.

En el mercado al por menor las obligaciones se refieren a los controles de regulación de los servicios al por menor, la disponibilidad del conjunto mínimo de líneas arrendadas - se trata del suministro de un mínimo de líneas arrendadas y estandarizadas que ya existía, y que la Comisión podrá adecuarlas al progreso técnico-, y la selección y preselección del operador, en virtud de los artículos 17, 18, y 19 de la Directiva Servicio Universal, respectivamente.

En lo que respecta a los mercados al por mayor, encontramos varias obligaciones, todas ellas contenidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva Acceso. Ellas son: la obligación de transparencia, orientada a hacer públicas las características de las redes, las ofertas de servicios, los precios o la contabilidad; permite imponer ofertas de referencias (OIR, OBA), suficientemente desglosadas, incluyéndose expresamente el acceso al bucle local; obligación de no discriminación, que afecta a la interconexión y al acceso y se traduce en un igual tratamiento a los operadores que intervienen en el

²³⁸ Considerando (20). Recomendación.

mercado. La obligación de separación contable es aplicable a empresas verticalmente integradas. En ese sentido el regulador puede hacer pública la documentación contable si ello contribuye a un mercado abierto. La obligación de acceso a recursos de red específicos y su utilización, principalmente para satisfacer las solicitudes razonables de acceso en aquellas situaciones en que dicha denegación pueda constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales. Y, finalmente, la obligación de control de precios y contabilidad de costes, que incorporan la orientación a costes de los precios de interconexión y acceso.

Si bien se establece este listado específico, el artículo 8 de la Directiva Acceso prevé que las ANR tengan la posibilidad de imponer obligaciones diferentes, debiendo, en esa caso, solicitarlo a la Comisión Europea quien, previo dictamen del Comité de comunicaciones, lo autorizará o no, mediante decisión motivada.

Es fácilmente observable que el modelo de obligaciones preestablecidas, por el que ha optado el MRCE, *“asegura al nuevo entrante las condiciones en que podrá acceder a las instalaciones existentes, de lo que dan fe la oferta de interconexión de referencia o la oferta del bucle de abonado; pero asegura asimismo al operador establecido que el regulador no irá más allá de lo preestablecido, por muchas que sean las presiones o por muy conveniente que le resulte; no lo hará, porque no puede legalmente hacerlo y en eso estriba la seguridad jurídica de que aquí se trata”*²³⁹.

En cuanto a los operadores que no detentan un peso significativo en el mercado, también pueden imponérsele una serie de obligaciones, enumeradas en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva Acceso. A saber: obligaciones en materia de ubicación, cuando la normativa referida a protección ambiental, salud, seguridad u ordenación territorial prive a otras empresas de alternativas viables de ubicación (Artículo 12 de la Directiva

²³⁹ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Ante la nueva Ley de Telecomunicaciones: viejas restricciones y nuevas libertades en los mercados emergentes/*REDETI*, Año N° 6, 2003, N°1, p.54-55.

Marco); obligaciones de separación de cuentas si son empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos en otros sectores (Artículo 13 de la Directiva Marco); obligaciones relativas al acceso a los sistemas de acceso condicional, obligaciones de interconectar para garantizar la interoperabilidad extremo a extremo, y acceso a interfases de programas para garantizar la accesibilidad a servicios de radiodifusión y televisión digitales especificados (Artículo 5 apartados 1 y 2 y artículo 6 de la Directiva Acceso); obligaciones basadas en las disposiciones pertinentes de la Directiva de protección de datos; obligaciones que se impongan a los operadores para cumplir con los compromisos internacionales de la Comunidad; obligaciones de atender las llamadas a los abonados que utilizan recursos de numeración específicos y obligaciones necesarias para la implantación de la conservación del número (Artículos 27, 28 y 30 de la Directiva Servicio Universal); y finalmente, obligaciones relativas a compromisos contraídos por una empresa con motivo de un procedimiento de selección comparativa o competitiva en relación con el uso adecuado de las radiofrecuencias (Condición B7 del Anexo de la Directiva Autorización, aplicada a través del apartado 1 del artículo 6 de dicha Directiva).

A modo de síntesis podemos decir que sólo la ausencia de competencia y la existencia de un operador con peso significativo en el mercado, son las circunstancias para la regulación posterior. Es decir que las obligaciones reglamentarias “*ex ante*” sólo puedan imponerse cuando no exista uno o más empresas con peso significativo y cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y comunitaria no basten para remediar el problema.

Para las ANR la definición de mercado relevante y la determinación del poder de mercado de un operador dominante, constituye una cuestión crucial para la aplicación del Derecho de la Competencia, todo ello conforme a criterios fundamentalmente económicos, y basados en la información que obtiene, de los operadores, el regulador del mercado. Los

datos más importantes son los precios, los costes, y las preferencias de los consumidores, entre otros.

La definición de mercado permite determinar los ámbitos y los límites de la competencia entre empresas, y de esa manera establecer el marco dentro del cual las autoridades comunitarias y nacionales aplicarán la normativa sobre la competencia. Para que el regulador pueda definir el mercado de referencia debe, primeramente, establecer cuáles son los productos o servicios englobados en un mismo mercado, para luego hacerlo de acuerdo a su dimensión geográfica²⁴⁰.

El enfoque general en materia de designación de operadores con PSM ha sido el de atenerse a los principios expuestos en las directrices sobre PSM. Aun cuando la cuota de mercado siga siendo un factor importante, también se ha mostrado la importancia de otros factores en el análisis global. Entre ellos la competencia potencial, la dinámica del mercado y los obstáculos a la entrada.

IV. La Comisión Europea y los procedimientos de definición y análisis de los mercados

Tal como hemos expuesto en párrafos anteriores, la Comisión Europea juega un papel fundamental en la definición y análisis de los mercados, a partir de su intervención en los mecanismos de consulta, ya sea a través de sus Recomendaciones a los Estados miembros para la adopción de las medidas regulatorias, o bien mediante el ejercicio de su poder de veto, por el cual insta a las ANR a retirar el proyecto y a proponer uno nuevo.

²⁴⁰ “El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos.

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a las de aquéllas”. ESCUDERO, Alberto; FERRER, Raquel (et al). *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español*. Madrid: Dykinson, 2002, p.42.

De esta manera, la Comisión echa mano a su poder de veto, y en forma general al mecanismo de consulta del artículo 7 de la Directiva Marco, con el objeto de lograr que todas las medidas adoptadas en los Estados miembros sean similares para solucionar problemas semejantes, minimizando entonces el impacto de las decisiones en el mercado común y logrando la armonización en la aplicación del MRCE.

En la evolución normativa, reglamentaria y de ejecución del proceso de definición y análisis de los mercados, podemos distinguir dos etapas. En la primera la Comisión estableció las recomendaciones y directrices, que junto con las disposiciones del MRCE, constituyen el marco jurídico para los procedimientos de análisis y definición de los mercados, tal como lo hemos analizado anteriormente.

La Comisión ha trabajado con las ANR responsables de la aplicación del MRCE en la elaboración de las directrices sobre las obligaciones que pueden imponerse a las empresas con peso significativo en determinados mercados, con el objetivo de mejorar la coherencia en la aplicación de estas obligaciones y elaborar un marco conceptual común que incentive la reglamentación referida a la existencia de competencia efectiva en el mercado.

La segunda etapa, se centra en las definiciones de los mercados pertinentes de acuerdo con las circunstancias nacionales y dentro de los territorios de los Estados miembros, así como la determinación de los operadores con peso significativo en el mercado y la consecuente imposición, modificación o eliminación de las obligaciones regulatorias.

En cada uno de los Estados miembros de la Unión, y de conformidad con las Directrices de la Comisión Europea y de lo dispuesto en las Directivas comunitarias que conforman el MRCE, se procedió a efectuar el análisis de los mercados minoristas y mayoristas correspondientes.

De esta manera, y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 7 de la Directiva Marco, los resultados alcanzados a tales efectos fueron notificados a la Comisión Europea.

El regulador inglés (Oftel) fue el primero en utilizar los mencionados mecanismos de consulta. A través de su notificación formal de 3 de octubre de 2003, definió el mercado de Acceso al por mayor y originación de llamadas en redes móviles públicas (wholesale access and call origination on public mobile telephone networks) como un nuevo mercado de referencia para el Reino Unido.

Precisamente, el tiempo en que han demorado y, en algunos casos, la forma en que lo han hecho las ANR para transponer las disposiciones del MRCE, constituye una de las mayores preocupaciones de la Comisión Europea debido a que dicho comportamiento ha enviado una señal negativa a los consumidores, a los operadores, a los inversores, generando una incertidumbre en el mercado que, en definitiva, no favorece la consolidación de la competencia²⁴¹.

A lo largo de 2004, veinte Estados miembros habían completado la aprobación de la legislación primaria y enviado a la Comisión la notificación correspondiente. A los restantes cinco Estados miembros -Bélgica, República Checa, Estonia, Grecia y Luxemburgo- la Comisión les inició un procedimiento de infracción por ausencia de notificación²⁴².

A 1 de octubre de 2004, la Comisión había recibido 101 notificaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva Marco, procedentes de nueve Estados miembros²⁴³. Siete países de la Unión Europea -Bélgica, República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Luxemburgo y

²⁴¹ “La transposición rápida y correcta de estas directivas resulta de vital importancia para el sector. Cualquier demora retrasará el proceso que permitirá a las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) analizar los mercados y suprimir, modificar o imponer obligaciones en función del nivel de competencia que se compruebe existe. Más preocupante aún, sin embargo, es la señal negativa que estas demoras envían a los consumidores y al mercado”. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al comité económico y social europeo y al Comité de Regiones. Conectando Europa a alta velocidad: evolución reciente del sector de las Telecomunicaciones electrónicas. Bruselas, 3.2.2004 COM (2004) 61 final, p.10.

²⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004, Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final.

²⁴³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004. Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final.

Polonia- fueron advertidos formalmente por la Comisión Europea por sus retrasos en la notificación de los análisis de los mercados de telecomunicaciones.

Al finalizar 2005, sólo una ANR, la finlandesa, había analizado el mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil, de conformidad con el marco regulador, no habiendo encontrado situaciones de dominio en este mercado. La Comisión Europea sostuvo que era necesario que la industria haga más progresos en esta área, con lo cual seguirá observando atentamente los acontecimientos y examinará las posibles actuaciones paneuropeas que puedan resultar más eficaces y oportunas²⁴⁴.

Grecia, por su parte, no adoptó medidas primarias de transposición hasta enero de 2006, y unos pocos Estados miembros deben aún adoptar la legislación secundaria.

En 2006 eran varios los países de la Unión Europea que no habían iniciado aún la notificación de las revisiones del mercado, *“que constituyen un aspecto clave del marco”*, según la Comisión Europea, a quien le preocupa también el tiempo que puede pasar en algunos casos entre el inicio de dicha revisión y su conclusión²⁴⁵.

Hasta 2007 se notificaron a la Comisión Europea más de 600 proyectos de medidas, lo que significa que la primera ronda de revisiones correspondientes a los 18 mercados está casi concluida²⁴⁶. Bulgaria y Rumania son las excepciones, en razón de haberse incorporado a la UE el 1 de enero de 2007.

²⁴⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe). Bruselas, 20.02.2006. COM (2006) 68.

²⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe). Bruselas, 20.02.2006. COM (2006) 68.

²⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe). Consolidación del mercado interior de las comunicaciones. Bruselas, 11.07.2007 COM (2007) 401 final.

La Comisión Europea, en virtud de dispuesto en el artículo 7 de la Directiva Marco, se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto de las notificaciones efectuadas por los Estados miembros sobre el análisis y definición de los mercados pertinentes.

Este mecanismo de transparencia y consulta, según la Comisión Europea, es un medio para evitar que las ANR adopten decisiones diferentes con el consecuente agravante de acentuar las diferencias entre los tipos y etapas de liberalización del sector en los Estados miembros; y todo ello justificaría este mayor nivel de intervención de institución comunitaria.

En este caso estamos en presencia de una concentración del poder de decisión en el nivel comunitario, aunque esta situación se podría fundamentar en la necesidad de que el MRCE se aplique de forma armonizada, en pos de la evolución necesaria de la liberalización del sector y el desarrollo de sus mercados.

El MRCE –que vendría a sistematizar, compilar y armonizar la normativa del Sector- se apuntala en ese objetivo, a partir de resaltar la importancia del poder de veto de la Comisión Europea y de los mecanismos de cooperación entre las ANR. En ese sentido, si bien son las ANR quienes en principio adoptan las decisiones de regulatorias analizando los mercados y determinando la competencia efectiva en los mismos, la decisión final se realiza de conformidad con lo dispuesto por la Comisión Europea, encontrando sólo un mecanismo de maniobra en las decisiones provisionales y excepcionales que pueden adoptar por un tiempo limitado los reguladores, pero que en definitiva está condicionada al procedimiento de consulta de los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco y al poder de veto de la Comisión Europea, si hubiere motivos para ello.

Asimismo, otro de los factores que inciden en la intervención de la Comisión es el hecho de que corresponde a esta institución comunitaria que el sector posea un marco comunitario jurídico previsible, a fin de reforzar la

seguridad de los inversores, y estimular el despliegue de servicios innovadores y avanzados para los usuarios.

En ese sentido tal como hemos analizado anteriormente, la Comisión Europea cumple una función importante en la definición de los mercados de productos y servicios pertinentes, contribuyendo con la labor de las ANR, a través de sus Recomendaciones y Directrices, estableciendo un marco general y único de análisis para todos los Estados miembros.

De esta manera, la dimensión comunitaria de los efectos de las decisiones de las ANR de los Estados miembros y la posible falta de efectividad de los mecanismos de colaboración entre dichas autoridades, son las causas por las cuales se justificaría el grado de intervención que detenta la Comisión Europea, quien, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, puede encontrarse en una mejor situación para resolver los problemas regulatorios que pudiere acarrear el procedimiento de análisis de los mercados.

La Comisión Europea ha realizado varias evaluaciones sobre las decisiones a ser adoptadas por los reguladores en el marco de dichos procedimientos. Y para efectuar los oportunos comentarios y recomendaciones, debió determinar si la medida propuesta era compatible con el principio de proporcionalidad, si la acción adoptada se basaba en un fin legítimo, y si los medios empleados para alcanzar ese fin eran necesarios y lo menos costosos posible.

El principio de proporcionalidad -consolidado en la legislación y jurisprudencia comunitaria exige que los medios utilizados para alcanzar un fin dado no excedan de los que resultan apropiados y necesarios para dicho logro es un criterio fundamental de la Comisión Europea para evaluar la razonabilidad y pertinencia de las medidas propuestas por los reguladores.

Por esta razón, y tal como lo dijimos en capítulos anteriores, dichas autoridades deben incluir en sus decisiones una justificación de las medidas propuestas en relación con los objetivos del artículo 8 de la Directiva

Marco, así como una explicación de la proporcionalidad de su decisión con el problema que se desea solucionar. Esta es una de las primeras condiciones que deben cumplir los proyectos de medidas.

Asimismo la Comisión evalúa que la medida adoptada sea conforme al marco regulador en su conjunto –Directivas comunitarias, Directrices, Decisiones y Recomendaciones- y, consecuentemente, analiza la repercusión de la medida en el mercado único.

Con arreglo al apartado 4 del artículo 7 de la Directiva Marco, la Comisión Europea ha solicitado a diferentes ANR que retirasen diferentes proyectos de medidas, cuando los mismos afectaban a la definición de un mercado pertinente, difiriendo del incluido en la Recomendación sobre los mercados de productos y servicios, a nivel minorista y mayorista. Asimismo ha intervenido si afectaba a la designación o no de una empresa que individual o conjuntamente con otras es poseedora de PSM.

La Comisión Europea sostiene que *“a la hora de evaluar el PSM, las ANR deben considerar si un mercado es realmente competitivo o lo será durante la vigencia de la revisión del mercado”*. Lo que básicamente comprueba esta institución comunitaria es si los análisis que efectúan los reguladores siguen los principios de la legislación comunitaria sobre competencia, si tienen en cuenta en la mayor medida de lo posible las directrices sobre determinación de operadores con peso significativo en el mercado y está suficientemente avalada por los datos objetivos. Porque aunque las cuotas de mercado sigan siendo un indicador importante, también lo son otros factores como la competencia potencial, la dinámica del mercado y las barreras a la entrada.

Por otra parte, si considerase que el proyecto de medida crearía una barrera al mercado único europeo o si tuviese serias dudas sobre la compatibilidad de dicho proyecto con la legislación comunitaria, la Comisión Europea instaría el retraso de la adopción de la medida durante un período adicional máximo de dos meses, período durante el cual dicha institución,

previa consulta al Comité de Comunicaciones -con arreglo al procedimiento consultivo (art. 3 de la Decisión 1999/468/del Consejo)-, podría adoptar una Decisión por la que se exigiera a una ANR que retire el proyecto de medida. Dicha decisión debería ir acompañada de un análisis detallado y objetivo de por qué considera que el proyecto de medida no debe ser aprobado, junto con propuestas concretas de modificación de dicho proyecto. Si la Comisión no adopta ninguna decisión en dicho plazo, la ANR podrá adoptar el proyecto de medida²⁴⁷.

Hasta el 30 de septiembre de 2005 la Comisión solo utilizó la facultad de veto en cuatro ocasiones- de los 229 casos evaluados-, adoptando decisiones por las que se solicitó a las autoridades regulatorias la retirada de las medidas propuestas. Dichos casos fueron los siguientes: para Finlandia, uno referido al mercado de llamadas internacionales (Asuntos FI/2003/0024 Y FI/203/0027) y al mercado de acceso y originación de llamadas en redes telefónicas móviles públicas (Asunto FI/2004/0082); para Austria, sobre el mercado de servicios de tránsito en la red telefónica fija pública (Asunto AT/2004/0090). Y para Alemania respecto del mercado de terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija (Asunto DE/2005/0144).

Los motivos fundamentales por lo que la Comisión Europea ha vetado esos proyectos, son la insuficiencia de información aportada para justificar una definición de mercado o un análisis del operador con PSM. Pero fundamentalmente que en todos estos casos, según la Comisión Europea *“ejerció su facultad de veto para garantizar la aplicación coherente de los principios de la legislación sobre la competencia en la totalidad de la UE”*²⁴⁸.

²⁴⁷ 6.3. Facultad de la Comisión de solicitar la retirada de un proyecto de medida de una ANR. Puntos 150 a 152. Directrices de la Comisión Europea, de 11 de febrero de 2002.

²⁴⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE. Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Bruselas, 6.02.2006. COM (2006) 28 final, p.7.

La perspectiva general que se desprende de la evaluación de las notificaciones es que la regulación se ha ido centrando progresivamente en la cuestión de los fallos del mercado y que, en términos generales, las ANR no se han apartado por lo general de los mercados definidos en la Recomendación²⁴⁹.

En la actualidad las ANR de los Estados Miembros están llevando a cabo una revisión de los análisis y definición de los mercados relevantes, de acuerdo con la Recomendación de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2007.

V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la incidencia de la información en el análisis de los mercados

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es la ANR que posee la función de definir los mercados pertinentes para establecer y supervisar las obligaciones específicas de los operadores que intervienen en el mercado, de conformidad con los artículos 48.2.²⁵⁰ y 48.3. de la LGTel²⁵¹. Todo ello en virtud de la transposición que el Estado español realizó de los principios comunitarios contenidos en el MRCE, tal como hemos tenido oportunidad de estudiarlo en el Título II de la presente Tesis Doctoral.

Específicamente, el artículo 10 de la Ley 32/2003, desarrolla el procedimiento de definición y análisis de los mercados de referencia, por lo

²⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004. Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final.

²⁵⁰ Artículo 48.2 de la Ley 32/2003.

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”.

²⁵¹ Artículo 48.3 de la Ley 32/2003.

“En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:...”

“...g) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de esta Ley”.

cual a continuación analizaremos la importancia de la información regulatoria en la adopción de decisiones por parte del regulador español.

En virtud del artículo 48.3 e) corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de la red en condiciones de red abierta. Y por esta razón puede interpretar la información que le hubieren suministrado en el ejercicio de la protección de la libre competencia en el mercado de las comunicaciones electrónicas, y aplicarla al momento de efectuar los análisis correspondientes en cada uno de los mercados de referencia, para determinar la existencia o no de competencia efectiva en el mercado, los operadores con PSM, las barreras estructurales o legales a la entrada a esos mercados, y consecuentemente, establecer si procede la imposición, modificación o supresión de obligaciones a los operadores con PSM.

En este sentido, la Doctrina entendida en la materia subraya la importancia que tiene el cambio de acento que ha querido introducir la Comisión Europea en el MRCE. *“A la hora de aplicar la normativa ex ante, debe siempre partirse de la idea de que lo normal es que el mercado cumpla plenamente con sus funciones sin necesidad de intervenciones administrativas”*²⁵².

Recordemos que, de acuerdo con esta filosofía regulatoria, debe desaparecer progresivamente ese control “ex ante” que antes caracterizaba al sector en estudio, para orientarse a un control “ex post”, para lo cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede requerir de los operadores la información que, sobre la actividad que desarrollan, considere

²⁵² CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado/En/GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la (Coord.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p. 151-152.

necesaria para el ejercicio de todas las funciones que la LGTel y sus reglamentos de desarrollo establecen en su propio ámbito de actuación.

“Frente al control ex ante que resultaba con anterioridad de la imposición a quienes pretendían acceder al mercado de las telecomunicaciones de la carga de obtener un título administrativo individualizado, en la actualidad tienden a fortalecer los instrumentos de control ex post, entre los que ocupa un lugar capital, como presupuesto para el ejercicio de la potestad sancionadora, la imposición a los operadores de la obligación de suministrar a la Administración la información que ésta requiera para el ejercicio de sus funciones”²⁵³.

Con todo, seguramente lo más destacable de esta regulación, es el reforzamiento de las competencias y facultades de esta Comisión en relación con la supervisión y regulación de los mercados. En este sentido, se encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la realización de análisis prospectivos de los distintos mercados relevantes, a fin de determinar aquellos que no se estén desarrollando en un contexto de competencia efectiva e imponer, como consecuencia de ello, obligaciones o medidas correctoras a los operadores con poder significativo en los mismos.

En razón de todos estos argumentos expuestos, a continuación analizaremos, en primer término, el procedimiento de análisis y definición de los mercados, contemplado en la LGTel y sus reglamentos de desarrollo, para luego finalizar con una exposición sobre la incidencia de la información regulatoria en el análisis de los mercados 15, 16 y 17, todos ellos relacionados con la telefonía móvil, a través del estudio de cada una de las Resoluciones de la Comisión en esta materia.

V.1. Procedimiento de definición de los mercados y determinación de los operadores con PSM

²⁵³ LAVILLA RUBIRA, Juan José. Artículo 9/En/. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA SALCEDO, Tomás de la (Coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p.140.

De acuerdo con el MRCE, las ANR son quienes deben evaluar la necesidad de imponer, mantener, modificar o suprimir obligaciones a las empresas, conforme a la existencia de competencia efectiva en el mercado en análisis.

Como consecuencia de ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha tenido que abocar a esa tarea, a los efectos de identificar la existencia de operadores dominantes y el desarrollo de niveles de competencia efectiva en los diferentes mercados. Ella es la encargada de evaluar el grado de competencia efectiva en los distintos mercados, identificar a los operadores con PSM, e imponer, si procediere, obligaciones a los mismos, todo ello a fin de salvaguardar la competencia efectiva, y cumplir, en definitiva, con los objetivos de la LGTel.

Los artículos 10 y 13 de la LGTel, y el Reglamento 2296/2004 recogen este procedimiento, cuyas fases o etapas son las siguientes:

a. Definición de los mercados de referencia

A los efectos de definir los mercados de referencia el regulador debe tener en cuenta los mercados a nivel minorista y mayorista que la Comisión Europea identificó, primeramente en la Recomendación de 11 de febrero de 2003, y actualmente en la Recomendación de 17 de diciembre de 2007.

En concreto, *“cada mercado de referencia abarcará todos los servicios de comunicaciones electrónicas que sean suficientemente intercambiables o sustituibles, ya sea por sus características objetivas (en virtud de las cuales resultan especialmente idóneos para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto) ya*

*sea por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda en el mercado de que se trate*²⁵⁴.

En cuanto a los mercados geográficos se establecerán de acuerdo a las áreas en las que los operadores participan en la oferta y en la demanda de los correspondientes servicios de Comunicaciones electrónicas, y que las condiciones de competencia son similares o suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de las zonas vecinas por ser considerablemente distintas.

La Doctrina destaca como aspecto relevante y trascendente, el hecho de que la definición de los mercados, permite afinar y distinguir dentro de un único, aparente, mercado de las telecomunicaciones, distintos mercados relevantes, porque esto posibilita, a su entender, la aplicación *“del principio de proporcionalidad en la decisión de dejar de aplicar la regla –la libertad de la empresa y el derecho de la competencia- para aplicar la excepción que supone la normativa ex ante. Principio de proporcionalidad que lo hace patente cuando la normativa excepcional ex ante, sólo ha de aplicarse a los segmentos de mercado que lo precisan y, no innecesariamente, a todo el mercado de las telecomunicaciones”*²⁵⁵.

b. Evaluación de la situación de competencia efectiva en los mercados identificados

Para realizar esta función, el regulador debe seguir los principios comunitarios establecidos en el artículo 16 de la Directiva Marco y en las disposiciones de las Directrices de la Comisión Europea y en su Recomendación de 17 de diciembre de 2007.

²⁵⁴ Artículo 2.2. Reglamento 2296/2005.

²⁵⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado ..., p. 155.

Los parámetros que orientarán dicho análisis son, en primer lugar la existencia de barreras de entrada en el mercado; en segundo lugar, la presencia de legislación general de la competencia; y en tercer lugar, si conviene o no imponer obligaciones en el mercado, en función del nivel de competencia efectiva existente.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá informar al Servicio de Defensa de la Competencia sobre el alcance de estos análisis, adjuntando a la solicitud del citado informe *“toda la información relevante para que ésta pueda proceder a una adecuada valoración del grado de competencia existente en los mercados de referencia”*²⁵⁶. Dicho Servicio emitirá, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la referida solicitud, su informe.

Si bien este análisis se ha completado en España, por primera vez a principios del año 2007, como mínimo cada dos años, el regulador debe efectuar un análisis de los citados mercados, teniendo en cuenta una vez más el conjunto de Directrices establecidas por la Comisión Europea y el informe previo del Servicio de Defensa de la Competencia.

“La regulación sectorial de las Telecomunicaciones, está al igual que el Derecho de la Competencia, <<orientada al mercado>>, y tal y como era de esperarse el desarrollo de la competencia en los mercados de Telecomunicaciones conlleva la adaptación de la regulación sectorial para acercarla a la fisonomía y las particularidades comerciales, técnicas y socioeconómicas de la industria objeto de regulación y, a su vez, a un mayor acercamiento de ésta a los contenidos propios del derecho de la competencia. No obstante, la regulación sectorial irá en torno a objetivos inmediatos distintos de aquellos que le son propios al Derecho de la competencia, convergiendo en

²⁵⁶ Artículo 3.3. Real Decreto 2296/2005.

su fin último, puesto que ambas tratan de garantizar el libre juego competitivo del mercado”²⁵⁷.

Recordemos que este tipo de análisis tiene la finalidad de determinar si los distintos mercados de referencia se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. Y, en esa dirección, se debe analizar desde una óptica prospectiva, para determinar si la ausencia o existencia de competencia efectiva en cada mercado es una situación perdurable, si la supresión de las obligaciones específicas que, en su caso, tuvieran impuestas los operadores podría llevar a alterar la situación de la competencia en el mercado en cuestión o si la ausencia de competencia aconseja la imposición de obligaciones específicas.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede estimar que dos o más operadores tienen conjuntamente poder significativo en un mercado de referencia cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellos, operen en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados y se presenten, frente a sus clientes y competidores, en la misma posición que tendría un solo operador con poder significativo en dicho mercado²⁵⁸.

Para ello el regulador podrá tener en consideración diferentes variables como el grado de concentración del mercado, la madurez del mismo, el nivel de transparencia, el crecimiento estancado o moderado de la demanda y su elasticidad, las estructuras de costes similares, las cuotas de mercado, la falta de innovación tecnológica, los obstáculos al acceso al mercado, la ausencia de poder compensatorio de los compradores, el nivel de competencia potencial, la existencia de vínculos informales o de otra naturaleza entre las empresas afectadas, los mecanismos de retorsión.

²⁵⁷ DOMINGUEZ GONZÁLEZ, Alejandro. Capítulo II Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado/En/CREMADES, Javier, RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (Dir). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre)*. Colección Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley: Madrid, 2004, p.195.

²⁵⁸ En la práctica, la falta de competencia se puede deber a la existencia de ciertos vínculos entre los citados operadores o cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellos, operen en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados. Artículo 3.3. Real Decreto 2296/2005.

Por ello, la única manera de poder efectuar esos análisis es poseer la suficiente información sobre estos parámetros, a fin de tomar decisiones que tiendan hacia una regulación efectiva.

Precisamente, la Doctrina sostiene que *“en el Derecho de la competencia, podríamos hablar de límites naturales e inmanentes al ejercicio de una actividad que no restringen el ejercicio de los derechos sino que marcan sus límites naturales. En el caso de la normativa ex ante estamos ante normas preventivas, aptas para poder construir un mercado allí donde, de forma natural, es difícil que pueda construirse; normas preventivas que en alguna medida limitan o restringen el campo de lo que se puede hacer, el campo, en todo caso, de lo que se podía hacer hasta la aprobación de las normas ex ante”*²⁵⁹.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe hacer públicos los resultados de estos análisis y, cuando considere que en un mercado de referencia no existe competencia efectiva, identificará y hará públicos el operador u operadores que poseen poder significativo en dicho mercado.

De conformidad con el artículo 5 del Real Decreto 2296/2005, el regulador, en los términos previstos en el artículo 86 de la LRJPAC, someterá a un procedimiento de información pública la definición de los mercados de referencia, los análisis de los mismos y la identificación de los operadores con poder significativo en ellos, así como la adopción de medidas relativas a la imposición, mantenimiento, modificación o supresión de obligaciones específicas sobre estos operadores. Asimismo hará públicas las consultas en curso en relación con la posible adopción de las medidas que incidan significativamente en un mercado de referencia, y pondrá a disposición del público los resultados de dichas consultas, salvo la información que pueda

²⁵⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado..., p. 159.

considerarse confidencial en aplicación de la normativa nacional y comunitaria en materia de secreto comercial o industrial²⁶⁰.

Necesariamente, como medida de cooperación, también notificará no sólo los proyectos de medidas que puedan tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros, sino también sus motivaciones, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, así como a la Comisión Europea y a las ANR de los otros Estados miembros de la Unión Europea²⁶¹. Dichas notificaciones se realizarán en el plazo de un mes, luego del cual la Comisión deberá tener en cuenta las observaciones -en la mayor medida posible- pudiendo adoptar el proyecto de medidas resultante, comunicándoselo a la Comisión Europea.

Si el proyecto de medida tiene por objeto la definición de mercados distintos de los identificados en las Recomendaciones de la Comisión Europea, el regulador no podrá adoptar la medida si en un mes la Comisión Europea manifiesta que la adopción de dicha medida podría obstaculizar el mercado interior o que alberga serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el derecho comunitario.

La consecuencia inmediata será que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no podrá adoptar la medida definitiva hasta que transcurran otros dos meses adicionales y, en su caso, deberá retirar la medida si la institución Comunitaria, dentro de este plazo adicional, se pronuncia en el sentido de instar a la retirada del proyecto, mediante una decisión acompañada de un análisis detallado y objetivo de las razones por las que considera que el proyecto de medida no debería adoptarse.

²⁶⁰ Desde la página web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se accederá a todas las consultas en curso, y se constituirá como un punto único de información.

²⁶¹ No obstante, no se precisará notificación en el caso de la definición de mercados que coincidan con los identificados en las Recomendaciones de la Comisión Europea relativas a mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*.

Por supuesto que existe la posibilidad de recurrir a un mecanismo de urgencia, de tipo excepcional, bajo el fundamento de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios que no hagan posible actuar de acuerdo con los procedimientos de información pública y de notificación antes indicados. En ese sentido el regulador podrá adoptar inmediatamente medidas cautelares proporcionadas, que deberán comunicarse cuanto antes, junto a su motivación, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, a la Comisión Europea y a las otras ANR de los demás Estados miembros. Y de igual forma, si su intención es hacerlas permanentes o bien prolongar su período de aplicación, deberá proceder a su consulta y notificación pertinente. Tal como hemos podido observar la legislación ha traspuesto, con igual alcance, los principios comunitarios sobre definición y análisis de los mercados, quedando patente la importancia de la información en estos procedimientos, a través de los mecanismos de consulta.

c. Determinación de los operadores con PSM

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe identificar y hacer públicos el operador u operadores que poseen un poder significativo en cada mercado considerado.

Para ello, la propia legislación sectorial, replicando el concepto vertido en el artículo 14 de la Directiva Marco, establece qué *“cuando un operador u operadores tengan, individual o conjuntamente, poder significativo en un mercado de referencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá declarar que lo tienen también en otro mercado de referencia estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos sean tales que resulte posible hacer que el poder que se tiene en un*

*mercado produzca repercusiones en el otro, reforzando de esta manera el poder en el mercado del operador*²⁶².

Esta posición de PSM se corresponde con la definición comunitaria, y propia del Derecho de la competencia, de abuso de posición dominante²⁶³. Son empresas que están en posición dominante “*cuando ellas tienen la posibilidad de comportamientos independientes que las pone en medida de obrar sin tener notablemente cuenta de los competidores, de los compradores o de los proveedores*”, ha definido la Comisión Europea²⁶⁴.

El Real Decreto 2296/2005 la define como “*una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas*”²⁶⁵.

La jurisprudencia ha recogido en otros términos, pero perfectamente vinculados, esta noción: “*el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en una parte importante del mercado a tomar en consideración, teniendo en cuenta especialmente la existencia eventual y la posición de los productores o distribuidores que venden mercancías similares o sustituibles*”²⁶⁶.

d. Decisión sobre la imposición, modificación o supresión de obligaciones

Cuando, tras los análisis de los diferentes mercados, el regulador establece que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva y, consecuentemente, declara el operador u operadores con poder significativo

²⁶² Artículo 10.3 de la Ley 32/2003.

²⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado..., p. 159-160.

²⁶⁴ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971, Continental Can Company, JO L 7, de 8 enero 1972.

²⁶⁵ Artículo 3.2. Real Decreto 2296/2005.

²⁶⁶ STJCE de 18 de febrero de 1971 Société Sirena SRL.

en alguno de esos mercados, entonces concluye estableciendo las obligaciones específicas apropiadas que sean exigibles a dichos operadores.

Recordemos que, de acuerdo con la normativa comunitaria, las obligaciones específicas ex ante a imponer a los operadores con peso significativo en el mercado son las de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, control de precios finales, y orientación de costes.

El principio de proporcionalidad cobra especial protagonismo al momento de imponerse las obligaciones, mediante resoluciones suficientemente motivadas y fundamentadas en la información que posee el regulador sobre las condiciones del mercado en competencia. Este principio tiene distintos pasos o momentos en su aplicación. En primer lugar se debe comprobar la existencia de un objetivo o fin legítimo que autoriza a establecer una regulación que impone ciertas condiciones o limitaciones sobre determinados bienes o derechos. El segundo consiste en corroborar que las medidas adoptadas son conducentes a la satisfacción de ese fin. Como tercer paso se debe tratar de determinar que esas medidas son las que menos lesionen el mantenimiento de los otros bienes o valores que tienen que compatibilizarse con el fin legítimo y que se han visto restringidos por las medidas adoptadas²⁶⁷.

Mayor dificultad ofrece saber si la medida considerada adecuada es, sin embargo, proporcionada; proporcionada en el sentido de que, consiguiendo el fin que se propone, lo hace con las menores restricciones posibles, para los demás fines o bienes de que se trate.

Por lo cual resulta necesario ponderar los costes con los beneficios, es decir sacrificar un bien o valor en aras de otro que se considere más relevante.

El presupuesto de hecho que habilita al regulador a imponer, mantener, modificar o suprimir determinadas obligaciones específicas a los

²⁶⁷CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado ..., p. 491.

operadores, es la constatación de que en esos mercados se ha comprobado la inexistencia de un entorno de competencia efectiva²⁶⁸.

La LGTel, en su artículo 10.4, expresamente indica que en la imposición de dichas obligaciones se tendrá en cuenta la naturaleza del problema identificado, otorgando preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia. Y éstas no sólo deberán ser proporcionadas sino justificadas en el cumplimiento de los objetivos del artículo 3 de la LGTel, las cuales estarán vigentes sólo durante el tiempo estrictamente imprescindible.

Si se tratase de obligaciones específicas, se tomarán en consideración todas las condiciones peculiares y particulares propias de los nuevos mercados en expansión, es decir *“aquellos con perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación por los usuarios y en los que todavía no se ha alcanzado una estructura estable, para evitar que se limite o retrase su desarrollo”*. Precisamente una reglamentación precipitada podría perjudicar su desarrollo, crecimiento económico y evolución.

Por su parte, la supresión de las obligaciones impuestas a los operadores por haber sido declarados con poder significativo en dichos mercados, se producirá si se constatase que en el mercado de referencia existe competencia efectiva.

Según Calvo–Caravaca y Quadra-Salcedo, uno de los aspectos más eficaces del vigente marco regulatorio *“no es otro que el de la apreciación de que no hay condiciones de mercado en una parte del mismo, no determina la aplicación automática de todas las medidas posibles como antes de la nueva regulación ocurría.... Esta capacidad de selección de las medidas correctoras*

²⁶⁸ Una herramienta conceptual frecuentemente utilizada para evaluar los indicios de competencia entre diferentes productos o servicios es la denominada prueba del monopolio hipotético (test du monopoleur hypothétique, hypothetical monopolist test) también conocida por sus siglas inglesas como la prueba SSNIP (small but significant non transitory increase in price, pequeño pero significativo aumento duradero de los precios); es decir, qué sucedería si hubiese un aumento duradero, pequeño pero significativo (de entre un 5% y un 10%), del precio de un producto o servicio determinado, suponiendo que los precios de los demás productos o servicios determinado, suponiendo que los precios de los demás productos o servicios se mantuvieran constantes: cuando la elasticidad cruzada de la demanda entre dos productos es alta, se puede concluir que los consumidores consideran a ambos productos sustitutos cercanos” CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado..., p. 174-175.

*es una aplicación del principio de proporcionalidad que antes estaba ausente en la antigua regulación y la hacía excesivamente rígida y, por lo tanto, inadecuada*²⁶⁹.

El artículo 13 de la LGTel señala que la Comisión puede imponer a los operadores que hayan sido declarados con PSM, obligaciones en materia de control de precios, tales como la orientación de los precios excesivos o la compresión de los precios en detrimento de los usuarios finales.

En esa dirección, el Real Decreto 2296/2005²⁷⁰ establece y precisa las obligaciones en materia de acceso e interconexión, en mercados al por menor y al por mayor.

La importancia de citarlas aquí radica en que muchas de ellas se fundamentan en la información que deben suministrar los operadores.

Así, hablamos de obligaciones de transparencia²⁷¹ en materia de acceso e interconexión respecto de aportar datos sobre la contabilidad, las características de las redes, las especificaciones técnicas, las condiciones de suministro y utilización, y los precios. La Comisión podrá establecer el contenido y el grado de concreción con la que se deberá hacer pública dicha información, así como la forma y periodicidad de su publicación²⁷². Asimismo podrá determinar la información concreta que deberá contener la Oferta de Referencia, el nivel de detalle exigido y la modalidad de su publicación o puesta a disposición de las partes interesadas, habida cuenta de la naturaleza y propósito de la información en cuestión²⁷³.

²⁶⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. Capítulo II. Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado..., p.155.

²⁷⁰ 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. BOE, núm.314, de 30.12.2004, p. 42372-42396.

²⁷¹ Artículo 7. Obligaciones de transparencia.

²⁷² Sin perjuicio de lo dispuesto en el título III del Código de Comercio y en el Capítulo VII del texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

²⁷³ En particular, se podrá requerir que las ofertas incluyan, entre otros, los siguientes elementos:

- a. La localización y la descripción de los puntos en los que se ofrece el acceso, incluyendo, en su caso, los niveles de red o área de cobertura asociados a cada uno de ellos y su numeración asociada.

Las obligaciones de no discriminación se refieren a proporcionar a terceros servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales o asociados y en las mismas condiciones²⁷⁴.

En cuanto a las obligaciones de separación de cuentas, se podrá exigir a dichos operadores, cuando estén integrados verticalmente, que pongan de manifiesto de manera transparente los precios al por mayor y los precios de transferencia que practican, en particular para garantizar el cumplimiento del principio de no discriminación o, cuando proceda, para impedir las subvenciones cruzadas de carácter desleal. A estos efectos, la CMT podrá especificar el formato y la metodología contable que deberá aplicarse.

Recordemos que, sin perjuicio de las obligaciones de suministro de información que recaigan sobre los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a fin de facilitar la comprobación de las obligaciones de transparencia y no discriminación, la Comisión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 32/2003, podrá exigir que se le faciliten, documentos contables, incluida la información relativa a los ingresos percibidos

-
- b. Los servicios o modalidades de servicio de acceso ofrecidas. Cuando sea pertinente, se señalarán las particularidades de índole técnica o económica aplicables a cada una de ellas y la descripción exhaustiva de las capacidades funcionales incluidas dentro de cada servicio o modalidad de servicio de acceso.
 - c. Las características técnicas requeridas de las redes o elementos específicos que vayan a emplearse para la conexión a los puntos en que se ofrece el acceso; en su caso, se incluirá la información relativa a las condiciones de suministro de dichas redes o elementos específicos.
 - d. Las especificaciones técnicas de las interfaces ofertadas en los puntos en los que se ofrece el acceso; cuando sea pertinente, se incluirán sus características físicas y eléctricas, los sistemas de señalización y los protocolos aplicables a los servicios de acceso y las capacidades funcionales ofertadas a través de la interfaz.
 - e. La información, en su caso, sobre los servicios o capacidades funcionales proporcionados a los usuarios finales por el operador obligado, para los que se requiera su interfuncionamiento en los puntos en los que se ofrece acceso.
 - f. Las características y las condiciones para la selección de operador, y se incluirán, si procede, limitaciones o peculiaridades que afecten a determinados tipos de comunicaciones en función de sus características o de su origen o destino.
 - g. Las características y las condiciones para la conservación de los números o, en su caso, nombres o direcciones.
 - h. Los procedimientos y las condiciones para el acceso a la información para la prestación de los servicios y a los sistemas de operación relevantes.
 - i. Las condiciones generales para la realización y el mantenimiento del acceso, en especial, las relativas a los métodos y las fases de las pruebas para su verificación y procedimientos para proceder a las actualizaciones o a las modificaciones en los puntos de acceso cuando no constituyan una modificación en la oferta.
 - j. Los acuerdos de nivel de servicio.
 - k. Las condiciones económicas, incluyendo los precios aplicables a cada una de las componentes de la oferta.

²⁷⁴ La calidad de los servicios, los plazos de entrega, las condiciones de suministro.

de terceros en materia de acceso e interconexión, y hacer pública dicha información en la medida en que contribuya a la consecución de un mercado abierto y competitivo, con arreglo a lo establecido en la normativa nacional y comunitaria en materia de secreto comercial e industrial²⁷⁵.

Completan el cuadro de obligaciones, las de acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización²⁷⁶; así como sobre control de precios y contabilidad de costes²⁷⁷. En el caso de estas últimas obligaciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a los efectos del cálculo del coste de suministro eficiente de servicios, podrá utilizar sistemas o métodos de contabilización distintos de los utilizados por el operador, que tendrán en cuenta una tasa razonable de rendimiento de las inversiones efectuadas en función del riesgo asumido por aquel. Además, podrá requerir en cualquier momento al operador para que justifique, sobre la base de dichos sistemas, los precios que aplica o pretenda aplicar y, cuando proceda, exigirle su modificación. En todos aquellos casos en que la imposición de obligaciones resulte inadecuada o insuficiente para lograr los objetivos del artículo 3 de la

²⁷⁵ Artículo 9 del Real Decreto 2296/2005.

²⁷⁶ Artículo 10. Real Decreto 2296/2005.

En particular, se podrán imponer las siguientes obligaciones:

- a. Conceder acceso a terceros a elementos y recursos específicos de sus redes, incluido el acceso desagregado al bucle de abonado.
- b. Negociar de buena fe con las empresas que soliciten el acceso.
- c. No revocar una autorización de acceso a recursos previamente concedida, en especial cuando resulte esencial para el suministro de sus servicios.
- d. Prestar servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa a terceros.
- e. Conceder libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales.
- f. Facilitar la ubicación u otras modalidades de compartición de instalaciones, incluyendo conductos, edificios o mástiles.
- g. Prestar determinados servicios necesarios para garantizar la interoperabilidad de servicios extremo a extremo, ofrecidos a los usuarios, con inclusión de los recursos necesarios para los servicios de red inteligente o la itinerancia en redes móviles.
- h. Proporcionar acceso a sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos similares, necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia en la prestación de servicios.
- i. Interconectar redes o los recursos de éstas.

²⁷⁷ Artículo 11 Real Decreto 2296/2005: La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones velará por que los métodos de control de precios que imponga sirvan para fomentar la eficiencia y la competencia sostenible y potencie al máximo los beneficios para los consumidores.

LGTel, el regulador podrá imponer a los operadores declarados con PSM al por mayor otras obligaciones en materia de acceso o interconexión, siendo necesario para ello la autorización previa de la Comisión Europea a la propuesta de medida, remitiéndole toda la documentación que justifique la medida que se intenta adoptar²⁷⁸.

Respecto de las obligaciones aplicables a los operadores con peso significativo en el mercado al por menor, encontramos las correspondientes a selección de operador²⁷⁹; y las obligaciones en la prestación del servicio de líneas susceptibles de arrendamiento, donde destaca la obligación de transparencia. A estos efectos los operadores deben hacer pública, al menos en su página Web, las características técnicas, incluidas las características físicas y eléctricas, así como las especificaciones técnicas y una descripción detallada del funcionamiento, correspondientes al punto de terminación de red; las tarifas, incluidas las cuotas de conexión inicial, las cuotas por alquiler periódico y otras, en su caso; las condiciones de provisión (procedimiento de solicitud, plazo normal de entrega, el período de contratación y el plazo de reparación de averías)²⁸⁰.

²⁷⁸ Artículo 12 del Real Decreto 2296/2005.

²⁷⁹ Artículo 13, 14, 15 y 16 del Real Decreto 2296/2005.

²⁸⁰ Artículo 17. Suministro del conjunto mínimo de líneas susceptibles de arrendamiento.

1. Los operadores que, de conformidad con el artículo 3.2, hayan sido declarados en la totalidad o en parte de su territorio con poder significativo en el suministro parcial o total del conjunto mínimo de líneas susceptibles de arrendamiento publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* con arreglo al artículo 17 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 de los servicios de comunicaciones electrónicas, estarán sujetos en el suministro de dichos servicios a los principios de:

a. Transparencia, a cuyos efectos los operadores harán pública, al menos en su página web, la siguiente información: 1. Características técnicas, incluidas las características físicas y eléctricas, así como las especificaciones técnicas y una descripción detallada del funcionamiento, correspondientes al punto de terminación de red; 2. Las tarifas, incluidas las cuotas de conexión inicial, las cuotas por alquiler periódico y otras, en su caso; 3. Las condiciones de provisión con, al menos, los siguientes elementos: Procedimiento de solicitud; Plazo normal de entrega, que es el plazo, contado a partir de la fecha en que el usuario ha solicitado en firme la línea arrendada, en que el 95 % de todas las líneas arrendadas del mismo tipo hayan sido conectadas para los clientes. Este plazo se establecerá teniendo como base los plazos de entrega reales de líneas arrendadas a lo largo de los últimos tres meses. En el cálculo no se tendrán en cuenta los casos en que los clientes hayan solicitado plazos más extensos; El período de contratación, que incluirá el período establecido en general para el contrato y el período de contratación mínimo que el usuario estará obligado a aceptar; El plazo de reparación de averías, que es el plazo, contado a partir de la fecha en que se ha informado de la avería a la unidad responsable del operador, hasta el momento en que se haya restablecido el 80 % de todas las líneas arrendadas del mismo tipo y, en su caso, se haya notificado el funcionamiento a los usuarios. Se podrán establecer diferentes plazos de reparación de averías.

La regulación también contempla que, cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considere que las obligaciones impuestas en los mercados al por mayor y las relativas a la selección de operador, a los operadores que hayan sido declarados con poder significativo en los correspondientes mercados, no permiten alcanzar los objetivos de la LGTel, les puede imponer obligaciones apropiadas en la provisión de servicios al por menor, que deben basarse en la naturaleza del problema identificado, ser proporcionadas y justificadas²⁸¹, como las obligaciones sobre control de precios²⁸² y contabilidad de costes²⁸³.

Finalmente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones facilitará a la Comisión Europea, cuando ésta así lo requiera, información sobre los controles aplicados y, si procede, sobre los sistemas de contabilidad de costes utilizados por las empresas en cuestión.

Asimismo, comunicará al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y al Ministerio de Economía y Hacienda, al menos con diez días de antelación a su aplicación efectiva, las medidas que pretenda adoptar en relación con el control de los precios al por menor. Y facilitará a la Comisión Europea, previa solicitud, información sobre los controles aplicados y, si procede, sobre los sistemas de contabilidad de costes utilizados por los operadores obligados²⁸⁴.

e. Publicación de la medida adoptada

La Comisión debe publicar en el BOE cada una de las resoluciones sobre los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que deben incluirse los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el

²⁸¹ Artículo 18 del Real Decreto 2296/2005.

²⁸² Artículo 19 del Real Decreto 2296/2005.

²⁸³ Artículo 20 del Real Decreto 2296/2005.

²⁸⁴ Artículo 21 del Real Decreto 2296/2005.

ámbito geográfico de los mismos, cuyas características justifican la imposición de obligaciones específicas.

V. 2. La información utilizada por el regulador español para el análisis y definición de los mercados de referencia y la imposición de obligaciones

Expuesto el procedimiento para la definición y análisis de los mercados relevantes en el ámbito nacional, a continuación analizaremos cuál ha sido la información que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones –en virtud de sus competencias establecidas por la LGTel y demás normativa de desarrollo- ha utilizado para llevar a cabo dicha labor. A estos efectos hemos seleccionado como casos testigos los mercados 15 –acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil-, 16 –terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales- y 17 –Itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil- al objeto de analizar cuáles han sido los datos e informaciones del sector que el regulador español ha tenido en cuenta para establecer la existencia o no de competencia en cada uno de dichos mercados e imponer, en su caso, las correspondientes obligaciones.

La elección de estos mercados se justifica porque todos ellos corresponden a los mercados de telefonía móvil, ya sea a nivel minorista como mayorista. Y precisamente son los servicios de comunicaciones móviles los servicios que han experimentado una mayor evolución en relación con la existencia de la competencia en el mismo, un incremento en los niveles de penetración y una mayor sofisticación de la tecnología.

Asimismo, el análisis se complementa con la exposición de las medidas adoptadas en dichos mercados por otras ANR europeas, de las observaciones de la Comisión Europea a los proyectos de medidas de las distintas ANR y, en su caso, el ejercicio del poder de veto de esta institución comunitaria.

La finalidad de esta exposición, consiste en comprobar, una vez más, el grado de incidencia de la información en la adopción de estas medidas regulatorias, en materia de telecomunicaciones.

a. Mercado 15

Al momento de efectuar el análisis y definición del mercado 15²⁸⁵, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones observó que las condiciones de competencia en los dos niveles de mercado, sea minorista o mayorista, eran suficientemente homogéneas a escala nacional, tanto desde el punto de vista de sustituibilidad de la demanda como de la oferta. Precisamente concluyó que eran tres las empresas que operaban en este mercado de referencia con concentración muy alta y estable. A saber: Telefónica Móviles España, Vodafone España y Amena, hoy Orange. Al respecto el regulador español observó que la presencia de estos tres operadores y la vigilancia mutua a la que estaban sometidos, favorecía la transparencia en este mercado, con vistas a supervisar el mantenimiento de la línea de conducta común (la negativa de acceso a la red de cada uno de ellos)²⁸⁶.

Asimismo, esta Comisión analizó que el mercado minorista de originación y tráfico móvil se ha desarrollado, y se desarrolla, en un entorno de competencia efectiva teniendo en cuenta, como información, la evolución positiva de la portabilidad en el año 2004²⁸⁷.

²⁸⁵ Resolución de 2 de febrero de 2006, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Resolución de 2 de marzo de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. BOE núm. 35, 10.02.2006, p. 5343-5344.

²⁸⁶ II.3.3.2. Aplicación de los principios en el mercado español de acceso y originación mayorista en redes móviles. B) Transparencia en el mercado de referencia.

²⁸⁷ II.3.2.7. Conclusiones.

Asimismo, el regulador español utilizó no sólo el índice de inestabilidad²⁸⁸, que mide la volatilidad o la forma en que evoluciona la posición relativa de las empresas a lo largo del tiempo, sino también otros indicadores económicos como los ingresos de explotación y el nivel de endeudamiento.

De la preconsulta realizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se obtuvieron una serie de datos relevantes para el procedimiento de análisis del mercado. Se constató que entre enero de 2000 y diciembre de 2004 se produjo una reducción en el precio de las cuotas fijas, el aumento del volumen de minutos originados en las redes móviles, una reducción del precio medio por SMS y del precio medio por minuto de los servicios de tráfico, así como un ligero descenso en el precio medio efectivo (tráfico, cuota de abono e itinerancia).

Ya hemos señalado que la cuota de mercado de un operador es un dato básico y muy importante utilizado por el regulador para este tipo de análisis. En este caso, si bien los OMRs alegaron que la asimetría de sus cuota impedía considerar que podía existir interés común en este mercado, el regulador sostuvo que esta situación no excluía, por si misma la existencia de una PSM conjunta, y además existía un dato de gran relevancia como lo es una tendencia paulatina y continuada en cuanto al acercamiento de cuotas entre los tres operadores anteriormente mencionados²⁸⁹.

El regulador español identificó la negativa de suministro/acceso en el mercado de referencia y la posible utilización por los operadores con PSM de tácticas dilatorias ofreciendo el acceso en un momento más tardío en comparación con el acceso ofrecido a la propia empresa, como problemas de competencia. En consecuencia, impuso las obligaciones de atender solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización,

²⁸⁸ Se calcula como la suma de la diferencia de las cuotas de mercado en valor absoluto dividida por dos. El valor de este índice varía entre 0 (que corresponde a una inestabilidad mínima) y 1 (en la que sería máxima).

²⁸⁹ "En efecto, en el mercado minorista, la diferencia de cuota supera el 10% pero son relevantes a estos efectos los análisis de la tendencia a la convergencia, lo que unido al altísimo grado de concentración del mercado y las barreras de entrada descritas, no permite excluir la existencia de PSM en el mercado mayorista" (Documento 1 Versión no confidencial. Definición del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo en el mercado y la propuesta de obligaciones específicas, p. 56).

así como de ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de acceso. Asimismo, dentro de conjunto de medidas regulatorias estableció que, en el supuesto de que los operadores no lleguen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión será competente para resolver la razonabilidad de la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

A nivel comunitario, del análisis del mercado 15 en Dinamarca (DK/2005/0243) se concluyó que no existía ningún operador que ostentara PSM en este mercado. Debido a ello las obligaciones que pesaban sobre los operadores TDC y SONOFON fueron retiradas. Otro tanto sucedió con Holanda (NL/2005/0242) donde se eliminaron las obligaciones existentes y con Italia (IT/2005/0259) donde no se impusieron obligaciones.

Precisamente, en relación con la notificación de Italia, AGCOM determinó en su análisis que el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes móviles se encontraba en una situación de competencia efectiva y por tanto no se propuso ninguna regulación. Por su parte, la Comisión Europea observó que la tendencia hacia la competencia en este mercado es muy reciente, y por lo tanto invitó a la ANR italiana a examinar con detalle el desarrollo futuro del mercado para asegurarse de que esta tendencia hacia la competencia efectiva es real y permanente. Adicionalmente, la Comisión Europea indicó que AGCOM debía analizar el mercado de acceso y originación de llamadas a números no geográficos lo antes posible, ya que este aspecto no fue incluido en el análisis de mercado.

b. Mercado 16

En el Mercado 16²⁹⁰, según la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es clara la posición de dominio individual de cada uno de estos operadores en los respectivos mercados de terminación en sus redes móviles, dado que se evidencia el principio “*el que llama paga*” (“*Calling party pays*”) para el sistema de facturación vigente en Europa entre cada operador y los usuarios finales, la condición de monopolistas de los operadores móviles en el mercado de referencia, la existencia de barreras de entrada absolutas en el horizonte temporal de dos años, y la falta de poder compensatorio de negociación de la demanda²⁹¹.

En concreto, la demanda en el nivel mayorista estaba determinada directamente por la demanda del usuario final, el cual sólo desea contactar con una persona perteneciente a una red móvil concreta. Por ello en este mercado no es posible la sustituibilidad de la oferta dado que únicamente el operador móvil del que es cliente el usuario llamado y que ha emitido la tarjeta SIM, es capaz de tener acceso a esta información, y no un hipotético tercero interesado en prestar estos servicios.

El regulador español tuvo en consideración que los operadores móviles ostentaban una posición de monopolio en la prestación del servicio de referencia, siendo la cuota de cada uno de ellos en sus respectivos mercados del 100%, con independencia de que se midiera en términos de ingresos o minutos.

Otro dato importante que resalta la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es que los operadores móviles, que compiten entre sí por la misma base de clientes y que alcanzan unas determinadas cuotas de mercado, tenían idénticas y mutuas necesidades de interconexión para

²⁹⁰ Resolución de 23 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (Mercado 16), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 57, 08.03.2006, p. 9433.

²⁹¹ *La posibilidad de que un operador pueda actuar con independencia de sus clientes depende de la posición de estos en las negociaciones, La fuerza del poder compensatorio de la demanda depende de si el cliente puede cambiar de proveedor, reducir de forma significativa el consumo o incluso dejar de utilizar el servicio ante una subida en el precio del mismo.* II.3.2.1. Poder compensatorio de la demanda.

terminar las llamadas originadas en una red y terminadas en otra. Por ello, los operadores de red diseñaron una estructura tarifaria con precios más bajos para las llamadas móviles dentro de la misma red y con precios superiores para llamadas a otras redes móviles, con el objeto de explotar economías de red.

El regulador español hizo públicos determinados estudios realizados para el diagnóstico de los problemas de competencia en este mercado al objeto de obtener los puntos de vista de los diferentes agentes intervinientes. Estas preconsultas se han hecho públicas a través de su página web y posteriormente la consulta pública en el marco del procedimiento de definición y análisis del mercado de referencia.

Precisamente en esa consulta un operador como Colt señaló que esta Comisión no recogía uno de los principales problemas de competencia como es la discriminación de precios entre las llamadas entre móviles y las llamadas fijo- móvil. Y respecto de estas alegaciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones estudió, en su momento y de forma conjunta el problema de precios de terminación excesivos con respecto a las llamadas fijo-móvil y la discriminación de precios de los ORM frente a los operadores fijos y también entre sí. De esta manera concluyó que el operador de red tendría incentivos para fijar precios excesivos en la terminación y elevar así el coste de la prestación de las llamadas fijo-móvil al mismo tiempo que el ORM ofrecería llamadas on-net en unas condiciones no replicables por los operadores, captando con ello un porcentaje creciente de tráfico con destino a las redes móviles e intensificar el uso de la telefonía móvil en detrimento de la telefonía fija.

Amena, ONO, Euskaltel, MCI, Tele2, ASTEL, entre otros operadores, al igual que el Servicio de Defensa de la Competencia, indicaron al regulador que era necesaria la imposición a los ORM de la obligación de no discriminación a terceros respecto a los precios que se aplica a si misma, para evitar el efecto red. Precisamente esta obligación fue impuesta por el regulador.

Por su parte ONO alegó que las medidas propuestas para los OMR debían ser extensivas a Xfera, porque a pesar de que la cuota pueda ser marginal en el inicio, sus incentivos para elevar los precios podían ser incluso mayores por el menor impacto de esta medida en el mercado. Si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tuvo en cuenta la información aportada por ONO y, en consecuencia, no impuso a Xfera dicha obligación en el marco del mercado 16, si lo hizo con posterioridad en su Resolución de 4 de octubre de 2007²⁹². En esta ocasión el regulador observó, como dato importante, que pesar de que Xfera había alcanzado un acuerdo de itinerancia nacional hasta que pudiera alcanzar con su propia red cobertura nacional, era capaz de prestar este servicio de terminación porque disponía de los elementos de red y arquitectura propia de un OMR, exceptuando los equipos de red relacionados con el acceso radio en aquellas áreas geográficas donde no había desplegado su red²⁹³. En consecuencia, se comportaba para los otros prestadores del servicio telefónico disponible al público de la misma forma que se comporta un OMR, siendo el encargado de proporcionar el servicio de terminación de llamadas de voz a las distintas redes fijas y móviles²⁹⁴.

Otra información importante tenida en cuenta para el análisis del Mercado 16, resultante de las preconsultas realizadas por el regulador, fue que los servicios minoristas de telefonía fija y de telefonía móvil constituyen dos mercados de referencia distintos. Ello implicaba que *“entre los operadores*

²⁹² Resolución de 4 de octubre de 2007, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en la red móvil de Xfera Móviles, S.A., la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea.

²⁹³ Xfera dispone de su propia red de conmutación (HLR2 y MSC3), mediante la cual es capaz de asegurar la interoperabilidad de los servicios y la interconexión con otras redes fijas y móviles, con independencia de la ubicación de su usuario. Así, Xfera sólo utilizará los elementos de la red del OMR con el que ha firmado el acuerdo de itinerancia nacional, cuando su cliente este situado en una zona para la cual su red UMTS carece de cobertura.

²⁹⁴ Por ello la Comisión impuso a Xfera la obligación de proporcionar servicios de terminación a todos los operadores (atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización; ofrecer precios razonables por la prestación de los servicios de terminación; y no discriminar a los operadores que presten servicios equivalentes y proporcionar a terceros, servicios e información de la misma calidad que los que proporcionen para sus propios servicios o los de sus filiales o asociadas y en las mismas condiciones); y, en el caso de que los operadores no llegasen a acuerdos voluntarios de acceso, la Comisión resolverá sobre la solicitud de acceso y, en su caso, dictará las condiciones del acuerdo para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel (arts. 11.4 y 14 de la LGTel).

móviles existe una competencia directa por la captación de clientes de telefonía móvil, que no se produce entre los operadores móviles y fijos en los mismos términos”.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones identificó también una serie de problemas en los mercados de terminación móvil: precios excesivos y discriminación de precios, así como la discriminación de calidad. En consecuencia, entre las obligaciones impuestas por el regulador se incluyeron la de atender solicitudes razonables de acceso a los recursos específicos de sus redes y a su utilización; ofrecer los servicios de terminación a precios orientados en función de los costes de producción; separar sus cuentas en relación con las actividades de acceso e interconexión y la obligación de no discriminación en relación con la calidad de los servicios, los plazos de entrega y las condiciones de suministro a otros operadores que presten servicios equivalentes.

A nivel comunitario, para el Mercado 16 el regulador italiano (IT/2005/0316) designó a los cuatro operadores móviles (TIM, Vodafone, WIND y H3G) con PSM, cada uno en el mercado constituido por su propia red, e impuso las obligaciones diferenciando a todos los operadores (transparencia, no discriminación y acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización); y a TIM, Vodafone y WIND (obligación de control de precios y contabilidad de costes).

Por otra parte en Austria (AT/2005/0238) las obligaciones que se impusieron a Tele2, como operador con PSM en el mercado constituido por su red virtual fueron las de atender a las solicitudes de interconexión, de no discriminación en relación con calidad y precios, de publicar una oferta de referencia de servicios de terminación, y control de precios (precios orientados a costes de acuerdo con el método LRAIC en relación con los precios de terminación de la red del operador móvil de acogida).

Por su parte en Luxemburgo se designaron con PSM los operadores Entreprise de Postes et de Télécommunications, Tango y

Vodafone, cada uno en el mercado constituido por su propia red, proponiendo imponerles las obligaciones de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, de no discriminación, transparencia y control de precios y contabilidad de costes.

Y en Malta (MT/2005/0214) se distinguieron tanto mercados como redes de operadores, designándose a todos los operadores móviles con PSM (Vodafone y Go Mobile), cada uno en el mercado constituido por su propia red. Las obligaciones impuestas fueron el acceso y utilización de recursos específicos de sus redes, la no discriminación, la transparencia, el control de precios y la contabilidad de costes y la separación contable.

Si bien la Comisión Europea sostuvo que, en principio, las ANR no iban a recurrir a la posibilidad de adoptar medidas urgentes, de carácter excepcional, y por ello provisionales, Italia, Hungría y Alemania han sido algunos de los Estados miembros que lo hicieron con fundamento en el artículo 7.6 de la Directiva Marco.

El primero de ellos fijó los precios máximos de terminación de llamadas vocales en redes móviles²⁹⁵, mientras que Hungría estableció medidas provisionales en el mismo mercado (HU/204/0101).

Sin embargo es importante recordar que, si alguna de estas ANR hubiera querido prolongar en período de vigencia o hacer definitivas estas medidas, deberán seguir el procedimiento de los artículos 6 y 7 de la Directiva Marco, con la consecuente participación de la Comisión Europea.

Por otra parte resulta de interés destacar dos comentarios realizados por la Comisión Europea en relación con la notificación de Dinamarca del Mercado 16 (DK/2005/0204). El primero de ellos referido a la obligación de control de precios. La ANR danesa –National Telecom Agency (NITA)- ha basado esta obligación en un mecanismo de comparación internacional (benchmarking), pero la Comisión Europea sostuvo que debía justificar por qué consideró que los países elegidos eran los más adecuados

²⁹⁵ Los operadores con PSM son TIM, Vodafone, Wind y 3G, cada uno en el mercado constituido por su propia red.

para realizar dicha comparación. Adicionalmente, invitó a NITA a reflexionar sobre la imposición de otros métodos de control de precios basados en el cálculo de los costes. Asimismo el regulador danés no impuso la obligación de control de precios a los operadores Tele2 y 3, razón por la cual la institución comunitaria consideró que la decisión de imponer regulación asimétrica ha de justificarse debidamente indicándole que reconsiderase la imposición de la obligación de control de precios a estos operadores.

En cuanto a la exclusión de la terminación en redes 3G del Mercado 16 por la autoridad chipriota, en base a que los operadores utilizan actualmente redes de 2G, la Comisión Europea le indicó oportunamente que los análisis de mercado han de ser prospectivos y tecnológicamente neutros y, por ello, invitó a Chipre a reconsiderar la inclusión de estos servicios en el mercado relevante o, en su defecto, a analizar la terminación en estas redes tan pronto como se encuentren disponibles en ese Estado miembro. La ANR chipriota estimó que, debido a que el mercado móvil cuenta con un operador incumbente, que mantiene un 90 por cien de cuota de mercado, y un operador entrante que se encuentra en fase de despliegue de red, en los mercados 15 y 16 (CY/2006/0333 y 334) no debía imponerse una obligación de acceso, permitiendo en consecuencia la entrada de operadores móviles virtuales, ya que ello dificultaría el despliegue de red del operador entrante. Si bien la Comisión Europea aceptó esta conclusión invitó a la autoridad a imponer al operador con PSM una obligación de control de precios en relación con los servicios de roaming nacional que ha de ofrecer al operador entrante.

De lo expuesto, es posible concluir en base a los análisis y exposiciones realizados en párrafos anteriores, y tal como lo sostiene la Comisión Europea, que, en general, las ANR han tenido muy en cuenta las observaciones contenidas en las decisiones de la Comisión a la hora de adoptar sus medidas definitivas, durante al primera ronda de mercados²⁹⁶.

²⁹⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004. Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final, p.11.

En ese sentido es lógico que la Comisión Europea avale y respalde el trabajo que los reguladores han llevado a cabo hasta el momento en la preparación, elaboración y notificación de los análisis de mercados, pero particularmente ha resultado muy importante la cooperación en el Grupo de entidades reguladoras europeas para tratar de adoptar enfoques comunes en materia de regulación, de conformidad con el MRCE²⁹⁷.

c. Mercado 17

Tal como lo indicamos en párrafos anteriores, el caso del mercado 17 presentó la particularidad que, hasta el 30 de septiembre de 2005, ninguna ANR había notificado este mercado. Fue Finlandia (FI/2005/0304) quien primero lo hizo. Al respecto la Comisión Europea entendió que este retraso se debió a que el análisis de este mercado exigía una gran recogida de datos transfronterizos, actividad en la cual intervienen las autoridades reguladoras involucradas, que trabajan en un marco de cooperación a través del Grupo de entidades reguladoras europeas²⁹⁸. Por esa razón esta institución comunitaria creó un sitio web sobre las tarifas ya publicadas de itinerancia de los operadores de telefonía móvil en la Unión Europea con el propósito de acrecentar la transparencia de dichas tarifas²⁹⁹.

Los elevados precios que debían abonar los usuarios de las redes públicas de telefonía móvil eran motivo de preocupación de las ANR, de los propios consumidores y de las instituciones comunitarias, en particular la Comisión Europea. Por ello esta Comisión puso en marcha una consulta pública sobre itinerancia internacional en dos fases: la primera con una solicitud

²⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004. Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final, p. 12.

²⁹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE. Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Bruselas, 6.02.2006. COM (2006) 28 final.

²⁹⁹ IP/05/1217, de 4 de octubre de 2005.

de comentarios sobre los principios básicos, en su sitio web desde el 20 de febrero al 22 de marzo. Y la segunda ronda con un concepto de regulación más concreto como base para el debate³⁰⁰.

Al respecto el 23 de marzo de 2006 se adoptó, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la resolución relativa a la contestación a la consulta pública de la Comisión Europea en relación con el mercado de itinerancia internacional. El regulador español estimó que no era necesario la adopción de un nuevo reglamento comunitario para tratar específicamente los problemas de los precios de roaming, ni en el nivel mayorista ni el minorista; aunque indicó que *“si finalmente las instituciones comunitarias, en lugar de llevar a cabo la revisión completa de dicho marco se limitarán a regular de forma específica los servicios de roaming, la CMT considera más adecuada una regulación centrada en el problema identificado por la propia CE, esto es los precios de roaming ofrecidos a los usuarios finales”*.

Asimismo el regulador fue muy insistente respecto de que, en materia de precios, una regulación minorista consistente en la imposición de un precio único para los servicios de roaming en todos los países de la UE no respetaría el principio de proporcionalidad, ya que existen medidas de menor intensidad regulatoria y de menores efectos en las condiciones del mercado para lograr el mismo objetivo. También señaló que los servicios mayoristas deberían analizarse en el marco del análisis de los mercados relevantes.

En su respuesta a la segunda fase de la consulta pública, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indicó, a través de la Resolución de 11 de mayo de 2006, que el marco normativo vigente era el adecuado para analizar y solucionar de la forma más eficiente posible los problemas detectados en los servicios de itinerancia internacional. No obstante reiteró que, si finalmente se adoptara una regulación específica, la misma debería reducirse únicamente a los servicios minoristas y no distorsionar la situación competitiva en los mercados de telefonía móvil nacional. A su vez

³⁰⁰ Se recibieron un total de 152 aportaciones de diversas partes interesadas, entre ellas Estados miembros, operadores, ANR, asociaciones profesionales y de usuarios.

señaló que los precios máximos aplicados a los servicios de itinerancia internacional deberían referenciarse con aquellos aplicados en el país visitado de forma que todos los usuarios europeos reciban el mismo trato en el uso de estos servicios.

Como consecuencia de las distintas respuestas presentadas por las diferentes ANR, con fecha 12 de julio de 2006, la Comisión Europea publicó su propuesta de Reglamento relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad cuyo objetivo era modificar el actual marco regulador de las comunicaciones electrónicas a fin de establecer la base jurídica necesaria para tomar medidas eficaces y rápidas destinadas a conseguir una reducción sustancial de las tarifas de la itinerancia móvil en la Comunidad de manera armonizada. A estos efectos proponía aplicar el enfoque de que los precios que pagan los usuarios de las redes públicas de telefonía móvil por los servicios de itinerancia cuando se desplazan en el interior de la Comunidad no deben ser, de forma injustificada superiores a los que se les aplican cuando efectúan llamadas dentro de su propio país. Es decir el denominado *“enfoque del mercado doméstico europeo”*. En virtud de las contestaciones de los reguladores de los Estados miembros, la Comisión Europea abandonó su idea original en relación con el *“principio de los precios de origen”* que habría vinculado los precios de la itinerancia internacional a los que abona el cliente itinerante por las llamadas equivalentes efectuadas en su red nacional.

Esta propuesta promovía la transparencia de las tarifas al por menor al imponer a los proveedores móviles la obligación de facilitar información personalizada sobre las tarifas de itinerancia al por menor a sus clientes itinerantes previa solicitud por su parte y de forma gratuita. Asimismo le confería a las ANR la responsabilidad de garantizar su observancia y realizar un seguimiento de la evolución de los precios al por mayor y al por menor en relación con la prestación de servicios de comunicaciones de voz y datos,

incluidos el servicio de mensajes cortos (SMS) y el servicio de mensajes multimedia (MMS) a los clientes itinerantes dentro de la Comunidad.

La Comisión Europea justificó la adopción de una regulación a nivel comunitario en que la cuestión no podía ser resuelta usando las medidas reguladoras existentes y que, de conformidad con el principio de subsidiariedad, dado el carácter transfronterizo específico de los servicios de itinerancia, la actuación de los Estados miembros por sí solos no permitiría alcanzar los objetivos de la propuesta ni sería suficiente para ello. Asimismo, la Comisión Europea entendió que la opción reguladora propuesta era la que menos interfería en el comportamiento comercial de las empresas afectadas.

Finalmente, y luego de amplios debates entre las ANR y la Comisión Europea, el Reglamento comunitario de itinerancia entró en vigor el 30 de junio de 2007³⁰¹ e introdujo un enfoque común para garantizar que los usuarios de las redes públicas de telefonía móvil que se desplazan dentro de la Comunidad no tengan que abonar unos precios excesivos por los servicios de itinerancia comunitaria cuando efectúen y reciban llamadas. En efecto, estableció que los precios de itinerancia internacional pagados al viajar dentro de la EU serán limitados por una Eurotarifa a no ser que el cliente opte por un paquete especial ofrecido por su operador³⁰².

Si bien el Reglamento expira tres años después de su entrada en vigor, la Comisión Europea deberá examinar el funcionamiento del mismo e informar al Parlamento Europeo y al Consejo a más tardar 18 meses después de su entrada en vigor. Al respecto evaluará, en particular, si se han cumplido los objetivos propuestos y revisará las tarifas al por mayor y al por menor para la prestación a los clientes itinerantes y si, a la luz de la evolución del mercado

³⁰¹ Reglamento (CE) nº 717/2007 del parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE. DO L 171 de 29.06.2007, p. 32/40.

³⁰² Dichos precios no pueden ser superiores a 49 céntimos para realizar llamadas y a 24 céntimos para recibir llamadas.

y en relación con la competencia y la protección del consumidor, es necesario prorrogar la vigencia de este Reglamento.

Este Reglamento refuerza aún más las facultades de la Comisión Europea en relación con el control de las decisiones adoptadas en el marco de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por su parte también se establece un deber de supervisión e información para las ANR en relación con la observancia y aplicación del Reglamento³⁰³, facultando a dichas autoridades para exigir a las empresas sometidas a las obligaciones impuestas por este Reglamento que faciliten, de forma diligente y con el nivel de detalle exigido por las ANR, toda la información pertinente. Asimismo, dispone que la Comisión revisará el funcionamiento de este Reglamento e informará al Parlamento Europeo y al Consejo.

Por otra parte, en el ámbito español la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tuvo en consideración, para el análisis del Mercado 17³⁰⁴, como datos relevantes, que el mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil facturó, en 2005, un total de 636 millones de euros, lo que supuso un crecimiento del 7,5% con respecto a 2004, y que el tráfico cursado por los operadores presentes en el mercado de referencia cambió su tendencia experimentando un crecimiento del 10% con respecto a 2004.

Para el análisis de este mercado se aplicaron algunos de los índices que se usan con más frecuencia. Las medidas de concentración pretenden medir, de modo simplificado, la proximidad de un mercado a una estructura de competencia perfecta o bien a una de monopolio.

Como primer indicador del índice de concentración del mercado se han calculado los índices de concentración CR_i. Estos índices se calculan

³⁰³ Artículo 7 del Reglamento de itinerancia.

³⁰⁴ Resolución de 25 de enero de 2007, relativa a la definición y análisis del mercado al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil (Mercado 17), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y acordó su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 48, 24.02.2007.

como la suma de los “i” operadores de mayor cuota en un periodo determinado, en este caso el año. Así, el CR_3 representa la cuota de mercado que tienen conjuntamente los tres mayores operadores en el mercado.

Otra medida frecuentemente utilizada es el índice de Herfindahl³⁰⁵ que tiene una serie de propiedades de consistencia que un buen índice debe cumplir, de tal modo que puede obtenerse de forma axiomática como medida proporcional del poder de mercado, lo que no ocurre con CR_i ; y el índice de inestabilidad³⁰⁶ mide la volatilidad o la forma en que evoluciona la posición relativa de las empresas a lo largo del tiempo.

De todos esos parámetros la Comisión concluyó que el Mercado 17 no se encuentra concentrado en torno a una única empresa, sino que las cuotas de mercado son similares entre dos participantes, en términos de ingresos y tráfico en torno al 40% del mercado. Por otro lado, el regulador observó un aumento de la inestabilidad en las cuotas en el periodo analizado fruto del posicionamiento de VODAFONE como principal operador del mercado de itinerancia internacional en 2005³⁰⁷.

Cabe recordar que el Anexo II de la Directiva Marco establece una serie de criterios adicionales que deben ser satisfechos para que en un mercado determinado pueda existir una posición de dominio colectiva. En las Directrices se afirma que *“la lista de criterios no es exhaustiva y que los criterios en ella indicados no son acumulativos. Su objetivo es más bien ilustrar el tipo de pruebas que pueden utilizarse para respaldar la constatación de la*

³⁰⁵ Es la suma del cuadrado de las cuotas de mercado de todas las empresas de un mercado. Su valor varía entre 1 (concentración mínima) y 10.000 (concentración máxima).

³⁰⁶ El valor de este índice varía entre 0 (que corresponde a una inestabilidad mínima) y 1 (en la que sería máxima).

³⁰⁷ *“En el caso español, VODAFONE es propiedad del mayor grupo de telefonía móvil a nivel mundial, con un total de 170 millones de clientes como se ha apuntado anteriormente. Cuenta con una posición privilegiada, dado que las filiales del Grupo Vodafone están presentes en 26 países (de los cuales 17 son europeos). Esta mayor envergadura le confiere ciertas ventajas tecnológicas sobre los competidores al nivel español, debido a su capacidad para introducir de forma simultánea nuevos desarrollos y facilidades de itinerancia, de forma que los usuarios de VODAFONE que viajen haciendo uso de las redes del grupo pueden disponer de un servicio móvil con prestaciones y facilidades similares a las que disfrutaban en su país de origen.*

Por su parte, el Grupo Telefónica cuenta con 99 millones de clientes de telefonía móvil (sin tener en cuenta a O2) y está presente en 19 países (5 de ellos europeos). De esta forma, el operador que en el mercado español cuenta con una mayor cuota de mercado afronta la competencia de operadores móviles pertenecientes a grandes grupos internacionales de telecomunicaciones, cuyo objetivo es emular las ventajas competitivas de las que disfruta VODAFONE”.

existencia de una posición dominante colectiva (oligopolística) en forma de coordinación tácita”.

Entre los criterios más relevantes encontramos a la madurez del mercado³⁰⁸, el crecimiento estancado o moderado por parte de la demanda³⁰⁹, la baja elasticidad de la demanda³¹⁰, la homogeneidad del servicio comercializado³¹¹, la ausencia de poder compensatorio de la demanda³¹², entre otros.

VI. La publicación de informes anuales del sector de las telecomunicaciones

La elaboración y publicación anual de las estadísticas del sector constituye una de las funciones que debe cumplir la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Doctrina, si bien no ha desarrollado teorías sobre esta función, se ha manifestado respecto de la misma incluyéndola dentro de la función asesora. Así Fernández Ferreres define que la elaboración del informe anual para el Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, debe reflejar *“las actuaciones de la Comisión y las sugerencias que formule; así como la*

³⁰⁸ El mercado de itinerancia internacional, tal y como se ha definido en el marco del presente informe, se considera maduro.

³⁰⁹ El mercado mayorista de itinerancia internacional ha venido experimentando una ralentización en el crecimiento de la demanda entre los años 2003 y 2004, y una progresiva recuperación durante el ejercicio 2005.

³¹⁰ La demanda de los servicios de itinerancia internacional no se considera inelástica en tanto que los demandantes de dichos servicios no son los clientes finales sino los operadores en la red base.

³¹¹ Con respecto a la homogeneidad del servicio comercializado en el mercado de referencia cabe decir que, obviamente, los servicios incluidos en el mismo, voz y SMS, son productos homogéneos. Por tanto, la sustituibilidad por parte de los operadores demandantes entre los diferentes servicios mayoristas prestados por los operadores móviles españoles es completa.

Ahora bien, los operadores oferentes de este mercado sí han intentado diferenciarse en términos de las facilidades asociadas a la red en cuestión. Así, los operadores móviles realizan esfuerzos con el fin de poner a disposición de los operadores extranjeros los avances tecnológicos que les permitan ofrecer a sus usuarios finales los mismos servicios que ofrecen en la red base.

³¹² Los demandantes cuentan con un elevado poder de negociación, si bien el hecho que los contratos sean recíprocos podría reducir dicho poder.

*realización de estadísticas informativas y censos de las entidades que actúen en el sector*³¹³.

Por su parte Vida Fernández destaca, que esta “*especie de <<anuario de las telecomunicaciones>>*” en el que se observa una clara intención divulgativa”, responde a principios de publicidad y accesibilidad de la regulación del sector a los ciudadanos³¹⁴.

La elaboración del Informe Anual, está previsto en la normativa sectorial. Consiste en un procedimiento regulado no sólo en la LGTel y, por supuesto, en el Reglamento de Régimen Interno de la Comisión, sino también en la Ley 12/1997.

Precisamente el artículo 48.11 de la LGTel prevé expresamente que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “*elaborará anualmente un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, que será elevado a las Cortes Generales. Este informe reflejará todas las actuaciones de la Comisión, sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, las medidas para corregir las deficiencias advertidas y para facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones*”.

Como es posible observar, en el precepto no existen plazos para la presentación de este informe a las Cortes Generales ni para su elaboración, así como tampoco mención alguna sobre las fuentes o los datos que servirán para la confección del mismo, y el tipo de medio o formato por el cual se debe hacer público. Es cierto que estos dos últimos elementos corresponden determinarlos a la propia Comisión, porque ella es quién mejor puede determinar qué tipo de información necesita disponer o bien requerir a los

³¹³ FERNÁNDEZ FARRERRES, Germán. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones/En/Quadra Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás. *Aspectos Jurídicos de las Telecomunicaciones*. Cuadernos de Derecho Judicial VI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 72-73.

³¹⁴ VIDA FERNÁNDEZ, José. Artículo 48/En/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA SALCEDO, Tomás de la (Coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p. 817.

operadores para realizar el informe anual del sector, así como cuál es la mejor metodología para reflejar las diferentes actuaciones de la Comisión, presentar las observaciones y mencionar las sugerencias sobre la evolución del mercado, analizar el grado de cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, y proponer las medidas necesarias para corregir las deficiencias observadas, a fin de facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones.

En ese sentido, el artículo 26.2. del Reglamento de Régimen Interno de la Comisión³¹⁵, con mayor amplitud, establece una serie de pasos que debe cumplir el regulador. En primer lugar, elaborar, con una periodicidad anual, un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones en el cual se reflejarán, con referencia al año anterior, todas las actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, las medidas para corregir las deficiencias advertidas y las expectativas de desarrollo. En segundo lugar, y dentro del primer trimestre de cada año, procederá a su elevación al Gobierno a través del Ministerio de Fomento –Hoy corresponde al de Industria, Comercio y Turismo-. El tercer paso consiste en la remisión del informe, por el Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado para su tramitación con arreglo al Reglamento de cada una de las Cámaras.

El procedimiento descrito es el que se sigue para la elaboración, tramitación, elevación al Gobierno y a las Cortes, y posterior publicación. Aunque de este último paso nada se diga en la LGTel.

³¹⁵ Artículo 26. Informe Anual: “1.La Comisión elaborará anualmente un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, que será elevado a las Cortes Generales.

2. Este informe será elaborado y elevado al Gobierno, a través del Ministro de Fomento, en el primer trimestre de cada año y en él se reflejarán, con referencia al año anterior, todas las actuaciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, las medidas para corregir las deficiencias advertidas y las expectativas de desarrollo.

El Gobierno remitirá este informe al Congreso de los Diputados y al Senado para su tramitación con arreglo al Reglamento de cada una de las Cámaras”.

Por su parte el artículo 1.cinco de la Ley 12/1997³¹⁶, sólo difiere, respecto de la LGTel, en que contemplaba que el informe también trataría sobre mercados de los servicios telemáticos e interactivos.

VI.1. Alcance y contenido del informe anual

En la práctica el Informe Anual, se presenta como una exposición de la situación en que se encuentran los diferentes mercados, así como el nivel de competencia alcanzado, las deficiencias observadas y las medidas regulatorias propuestas, con fundamento en el panorama económico de España, en la tendencias del sector, en los análisis de las estadísticas y demás datos en materia de telecomunicaciones que el regulador obtiene y analiza año tras año para su elaboración. En el caso concreto de España, el suministro de los datos se realiza en función de los requerimientos de información que envía la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a los operadores que intervienen en el mercado.

Los mercados analizados son, tanto a nivel minorista como mayorista, el de comunicaciones fijas, comunicaciones móviles, servicios de Internet y servicios audiovisuales³¹⁷.

Las estadísticas del sector representan una parte muy importante del Informe Anual, donde se reflejan variables como facturación, inversión, empleo, gasto publicitario, cuotas de mercado y resultados de la explotación, entre otras. Los datos del mercado que sustentan los estudios efectuados, como las conclusiones vertidas, son esencialmente provistos por los operadores, a través de una aplicación informática, lo cual posibilita el

³¹⁶ “La comisión elaborará anualmente un informe al Gobierno sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos. Que será elevado a las Cortes Generales. Este informe reflejará todas las actuaciones de la Comisión, sus observaciones y sugerencias sobre la evolución del mercado, el cumplimiento de las condiciones de la libre competencia, las medidas para corregir las deficiencias advertidas y para facilitar el desarrollo de las telecomunicaciones”.

³¹⁷ Ver Informes Anuales 2004, 2005, 2006 y 2007 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, p. 35 y ss.

procesamiento de los datos de forma más rápida, completa y con mínimo margen de error.

Este informe también contiene una memoria de las actividades realizadas en ocasión de las notificaciones e inscripciones de las Autorizaciones Generales, del ejercicio de sus funciones de arbitraje, de inspección y sancionadoras, de control del cumplimiento de las obligaciones de servicio público así como de las concentraciones empresariales, sobre la implementación del MRCE, el asesoramiento realizado al Gobierno y a otras instituciones, sus actividades anuales en el ámbito internacional, la intervención en materia de tarifas y planes de descuento, las consultas públicas llevadas a cabo durante el año de estudio, y las medidas de salvaguarda de la competencia en el mercado.

Tratamiento aparte se dispensa a temas relacionados con la organización, estructura y datos económico-financieros de esta ANR, así como a las medidas legislativas aprobadas y publicadas en ese año –a nivel nacional como comunitario- y la jurisprudencia referida a las materias sobre las que posee competencia el regulador.

La posibilidad de acceso a la información contenida en el Informe Anual es bastante amplia, ya sea de forma física –publicación del informe sectorial- como a través de su página web³¹⁸, donde es posible encontrar informes trimestrales del sector, e informes anuales de períodos anteriores. Los datos del sector se presentan con un nivel de desagregación que respeta la confidencialidad de la información suministrada, es decir que prácticamente no se indican ni particularizan los operadores asociados a los datos publicados.

VI.2. Los informes del mercado de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros

³¹⁸ www.cmt.es

Así como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones elabora el informe anual del sector, los reguladores de otros Estados miembros también publican informes sectoriales, ya sean anuales, trimestrales o mensuales. Sirva como muestra la relación que se expone a continuación de diferentes reguladores del sector de las telecomunicaciones, y que constituye un reflejo de la labor que llevan a cabo las mismas de recopilación, análisis y publicación de datos del sector. La información que se recoge aquí se ha extraído, principalmente, de las páginas webs de cada una de estas ANR.

La Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes –ART-³¹⁹ hace público sus informes trimestrales y anuales a través del Observatorio de Mercados.

El Informe Anual, es decir el Rapport Public d'Activité, que se puede consultar en diferentes idiomas como el inglés y el alemán, analiza los datos de los distintos segmentos del mercado al por menor, como la telefonía fija, Internet, comunicaciones móviles, los servicios de capacidad, los servicios de valor añadido y los servicios de información. En todos ellos se exponen las variaciones experimentadas desde el año 2002 a la fecha, sin hacer mención una individualización en concreto de los operadores.

Asimismo recoge la evolución del equipamiento de los hogares en bienes y servicios de telecomunicaciones, que ha estado muy marcada por la irrupción de Internet de alta velocidad, así como por el crecimiento del equipamiento de telefonía móvil y una estabilización del correspondiente a la telefonía fija.

Quizás una de las informaciones más llamativas, por el grado de completitud, es la comparación de tarifas que realiza con los demás países de la Unión Europea en relación con una cesta en telefonía fija, la cuota de abono, las llamadas locales, las llamadas nacionales, las llamadas móviles. Y respecto de las llamadas de móviles, establece las diferencias entre los precios más elevados y los precios más bajos según el uso del móvil en Europa. Para este

³¹⁹ www.art-telecom.fr

informe del año 2006, el regulador francés ha recurrido al 12º Informe de la Comisión Europea.

Por otra parte, en la misma página web, dedica un informe especial mensual y trimestral a la telefonía móvil, en donde desagrega por volumen de tráfico y por ingresos las cuotas de mercado de los operadores. En la misma dirección refleja datos por operador en cuanto a número de clientes, mensajes SMS, reparto geográfico de los clientes, entre otros datos.

A mes de mayo de 2008 se puede consultar un informe sobre la marcha y desarrollo global de los operadores móviles virtuales, identificándolos por zona geográfica y por cuota de mercado.

En Reino Unido, la Office of Communications –OFCOM-³²⁰, el regulador independiente y la autoridad de competencia de Reino Unido para las industrias de comunicaciones, con competencias en materia de audiovisual, radio, telecomunicaciones e industria de las comunicaciones, publica informes anuales y trimestrales, realiza un seguimiento del mercado destacando las principales tendencias que se perfilan a partir de los datos que se recopilan en este sector. Básicamente diferencia los servicios de comunicaciones fijas, móvil e Internet. En sus informes se incluyen datos sobre los ingresos y el volumen de los negocios, las líneas en servicio; los ingresos y minutos por llamadas locales, internacionales, y a móviles, así como el número de clientes, en los segmentos residencial y de negocios, desagregando entre los operadores fijos más relevantes. Además, se publica el índice de concentración de Herfindhal (HHI), en base a un censo de operadores para la elaboración del Fixed Update.

Igual nivel de desagregación se evidencia para los servicios de interconexión en redes fijas, separando interconexión entre operadores fijos y con operadores móviles.

En Mobile Update se especifican, para cada operador individual, una serie de variables, siendo las más importantes los ingresos por cuotas de abono y de alta, el número de SMS y de MMS, los ingresos por tráfico, las

³²⁰ www.ofcom.gov.uk

cuotas de mercado de cada operador por ingresos en prepago y postpago, así como los ingresos y minutos medios por cliente, y los ingresos de la interconexión por operador, entre otros.

Asimismo, resulta también importante la sección sobre informes e investigaciones que realiza el propio regulador, donde trata temas tan diversos como la obligación de servicios universal en relación con las personas sordas y los servicios de teléfono texto; el servicio de desconexión por falta de pago de los clientes residenciales; los problemas de reglamentación que plantea la próxima generación de redes de acceso; los servicios móviles en los aviones, entre otros.

Ya fuera del ámbito de la Unión Europea, consideramos de relevancia analizar la información del que se encuentra disponible en la página web de la Federal Communications Commissions –FCC-. Entre los informes estadísticos cabe destacar su variedad y diversidad.

El informe Anual Internacional de Telecomunicaciones recoge el tráfico entre los Estados Unidos y otros países, indicando también los ingresos correspondientes. Esta información es utilizada por el Gobierno para apoyar las políticas y realizar las planificaciones con respecto a la industria de las telecomunicaciones.

Otro informe describe la evolución y las tendencias de la industria de las telecomunicaciones en el ámbito internacional, comparándose la tendencia para 40 países seleccionados y 10 regiones del mundo. Si bien se recoge la información actualizada podemos encontrar información histórica que data del año 1950.

También se evalúa, de forma anual, la competencia en los mercados nacional e internacional por satélite, de las comunicaciones inalámbricas o también denominados servicios de radiocomunicaciones móviles, así como los precios de la industria del cable y los exámenes periódicos de la industria de la radio.

Finalmente merece la pena resaltar el informe elaborado por la Oficina del Consumidor, que refleja las investigaciones y denuncias tramitadas para cada trimestre del año. Asimismo se indican las consultas que los consumidores realizan a la FCC, sea a través de correo postal, fax, correo electrónico o teléfono, en relación con temas cuya competencia recae en este regulador.

En definitiva, es práctica normal de los reguladores publicar informes coyunturales, donde se ofrecen datos, en algunos casos en forma desagregada, de los principales servicios de telecomunicaciones. Varía, según los casos, la periodicidad mensual, trimestral, semestral o anual, de la puesta a disposición de los agentes interesados en el mercado en estudio, así como la elaboración de informes sobre temas relevantes para el desarrollo de las telecomunicaciones.

VII. Recapitulación

En el presente capítulo, hemos comprobado cómo la información se aplica a la regulación del mercado de las telecomunicaciones, ya sea en el procedimiento de análisis de los mercados, a nivel nacional como comunitario, y en la publicación de los informes anuales que los reguladores realizan sobre la evolución del sector.

En relación con los informes sectoriales, los reguladores, con carácter general publican, de forma física como electrónica, a través de sus páginas Webs, los datos y estadísticas de que disponen sobre las comunicaciones electrónicas sobre la evolución de los ingresos, clientes, líneas y tráfico, de los diferentes mercados. Esta publicación destinada para todos los agentes que intervienen en el sector como para el público en general, está regulada en la LGTel, como lo estaba en la legislación anteriormente vigente. Y

constituye una medida que contribuye a dar mayor transparencia a la regulación del sector.

Respecto de los procedimientos de análisis de los mercados, hemos expuesto cómo el MRCE y la legislación nacional recogen los pasos que los reguladores deben seguir al momento de adoptar decisiones vinculadas a la definición de los mercados, la determinación de los operadores con PSM y, en su caso de las obligaciones regulatorias.

En dichos procedimientos, establecidos por los artículos 7, 15 y 16 de la Directiva Marco, las ANR, entre ellas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, no sólo han seguido la Recomendación de la Comisión Europea sobre los mercados relevantes, sino también sus Directrices.

Es aquí dónde hemos tenido oportunidad de estudiar la incidencia de la información en la imposición, modificación o supresión de las obligaciones. Como principio general, las ANR tienen el deber de recoger toda la información que consideren necesaria para evaluar si existe competencia en el mercado. A estos efectos, de acuerdo a sus competencias, acuden a la consulta, al trámite de información pública o a los requerimientos de información.

A dichas competencias se suman las facultades de apreciación de la información regulatoria, a fin de analizar, prospectivamente el mercado. Inciden diferentes factores fácticos, económicos y jurídicos, que resumidos en tres criterios resultan ser las líneas rectoras al momento de definir el mercado y de establecer la existencia o no de operadores con PSM.

Los criterios a tener en consideración, cumulativamente, son los siguientes: la presencia de obstáculos a la entrada (estructurales, legales o reglamentarios) sean éstos considerables y no transitorios; que el mercado no tienda hacia una competencia efectiva dentro de un horizonte temporal pertinente; y detectar que la mera aplicación de la legislación en esta materia no permite hacer frente, de manera adecuada a los fallos del mercado.

En ese sentido, hemos podido comprobar que para determinar la intercambiabilidad, desde el punto de vista de la demanda, las ANR recurren a los indicios de comportamientos de los consumidores, lo cual permite definir la dimensión geográfica del mercado. Otro tanto sucede con la sustituibilidad de la oferta donde cobran especial importancia la cantidad de operadores en el mercado analizado, así como la existencia o no de productos intercambiables. Asimismo el hecho de no detectar ámbitos inferiores al nacional en que las condiciones de competencia aplicables a un determinado servicio sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional.

La cuota de mercado constituye una información liminar en los diferentes análisis de mercados realizados en toda la Unión Europea y se utiliza como un indicador del peso en el mercado; precisamente el tamaño relativo de una empresa dentro del sector incide sobre los incentivos que tienen las demás empresas para competir en ese mercado. Las ventas expresadas en volumen como las expresadas en valor proporcionan información de gran valor y utilidad para la mediación del mercado. Recordemos que normalmente las cuotas de mercado superiores al 50% implican un indicio de estar en presencia de operadores con PSM y así lo ha indicado en sus resoluciones el regulador español. Otro tanto sucede con la existencia de barreras de entrada, los costes hundidos y respecto del operador que controla las infraestructuras, que se reconoce como información relevante en los procedimientos de análisis de mercados.

Resulta importante resaltar que las Directrices reconocen que el hecho de que un operador esté presente en mercados conexos al mercado de referencia es una información fundamental que podría determinar la capacidad que tiene dicho operador para comportarse de forma independiente.

Finalmente debemos considerar como información relevante para el análisis de los mercados la homogeneidad del servicio prestado, la ausencia de poder compensatorio de la demanda, el crecimiento estancado o moderado de la demanda, el estadio de madurez del mercado, etc.

El poder de veto de la Comisión Europea se ha fundamentado, en la mayoría de las ocasiones, en la insuficiencia de información aportada por las ANR para justificar una definición de mercado o un análisis del operador con PSM, también en la insuficiencia del periodo temporal analizado y considerado para imponer obligaciones o suprimirlas. Todo ello, según esta institución comunitaria, al objeto de garantizar la aplicación coherente de los principios de la legislación sobre la competencia en la totalidad de la Unión Europea. De allí que sea de suma importancia que los reguladores nacionales cuenten con información completa y veraz para fundamentar, de forma debida, sus decisiones.

Por otra parte, también se han utilizado índices de concentración que calculan la suma de los operadores con mayor cuota en un periodo determinado. Dichas medidas tienen por objeto medir, de modo simplificado, la proximidad de un mercado a una estructura de competencia perfecta o bien a una de monopolio. Ejemplo de ello son el Índice de Herfindahl y el Índice de inestabilidad que mide la volatilidad o la forma en que evoluciona la posición relativa de las empresas a lo largo del tiempo.

Por ello, a modo de síntesis del presente capítulo proponemos un nuevo criterio de clasificación de la información regulatoria, como complemento de los criterios expuestos en el Título primero de la presente Tesis Doctoral.

Dicho criterio consiste en considerar la función que cumple la información en pos de la consecución de los objetivos del Marco Regulatorio vigente en el sector de las telecomunicaciones:

1º) Información que contribuye al desarrollo del mercado interior. Las ANR tienen el deber de contribuir de manera transparente al desarrollo del mercado interior a través de la cooperación entre ellas y con la Comisión Europea, a fin de lograr la aplicación de la normativa comunitaria de forma coherente, intentando alcanzar acuerdos sobre los tipos de instrumentos y las soluciones más apropiadas para tratar las situaciones que se susciten en el mercado.

Todo ello mediante los intercambios de información y la transmisión mutua de aquella información que se oriente al logro de ese objetivo.

2º) Información que garantiza a los consumidores un alto nivel de protección en su relación con los suministradores. Un ejemplo es la publicación que realiza la Comisión Europea de la información sobre los costes que contribuyen a determinar los precios para los usuarios finales, con el objeto de garantizar la eficacia y la eficiencia del mercado de las comunicaciones electrónicas paneuropeas, y en relación con los precios de itinerancia.

3º) Información que fomenta y garantiza la competencia efectiva. En este sentido los Estados miembros deben velar por que se publique y mantenga actualizada de manera adecuada, o en su caso se notifique debida y oportunamente, toda la información pertinente sobre los derechos, condiciones, procedimientos, tasas, cánones y decisiones en materia de autorizaciones generales y derechos de uso, para que todas las partes interesadas puedan acceder fácilmente a dicha información, y expresar oportunamente su opinión al respecto. Y dentro de ella es posible distinguir:

a) Información que permite imponer, modificar o suprimir obligaciones para los operadores. Los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco, disponen el procedimiento para modificar, imponer o suprimir estas obligaciones, de conformidad a la existencia o no de competencia, previa determinación de los diferentes mercados en cada uno de los Estados miembros.

b) Información que posibilita determinar si una empresa tiene peso significativo en el mercado, es decir si individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición de dominio o de fuerza económica que permite que su comportamiento sea independiente de los competidores, los clientes y los consumidores.

Es doctrina constante de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y así lo ha reconocido en sus diferentes análisis de los mercados relevantes la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas, es decir superiores al 50 %, evidencian por sí mismas, salvo circunstancias excepcionales, la existencia de una posición dominante.

Las ANR deben notificar a la Comisión Europea los nombres de los operadores que detenten esta posición, así como las obligaciones que les hayan impuesto y cualquier cambio relacionado con las mismas.

c) Información que contribuye al análisis de los mercados de productos o servicios. Específicamente se establecen tres criterios en este punto. A saber: la identificación de obstáculos considerables y no transitorios a la entrada en el mercado, sean éstos de carácter legal, institucional o reglamentario; el análisis de la estructura del mercado y su tendencia o no hacia la competencia en horizonte temporal determinado; y la presencia y resolución de los fallos del mercado, de acuerdo con la aplicación de la legislación sobre competencia.

CAPÍTULO III

La incidencia de la información en la aplicación armonizada del marco regulador de las comunicaciones electrónicas

Sumario: I. **Introducción** II. **La Comisión Europea y la aplicación armonizada del MRCE.** 1. El papel de la información en el proceso de armonización. 2. Los procedimientos de información previstos en el marco regulador vigente en que interviene la Comisión Europea. III. **La Comisión Europea y los requerimientos de información de cara a la nueva regulación de sector y hacia la competencia efectiva en el mercado.** 1. La Comisión Europea y el Derecho de la Competencia 2. La Comisión Europea y sus solicitudes de información en el marco del ejercicio de sus competencias. 3. El papel de la Información en el Reglamento 1/2003. 4. El alcance de los requerimientos de información a los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a. Amplias competencias de la Comisión Europea para requerir información b. El deber de información como principio derivado de los Tratados. c. El principio de defensa y el derecho a no autoinculparse frente a la obligación de aportar la información solicitada por la Comisión Europea. IV. **La Comisión Europea y su competencia de control de la ejecución de las políticas europeas en el sector.** 1. La Comisión Europea y su competencia de control a. Principios generales sobre el control que ejerce la Comisión Europea b. Tipos de control V. **Recapitulación.**

I. Introducción

A fin de lograr un estudio completo de la aplicación de la información regulatoria en el mercado de las comunicaciones electrónicas, el presente capítulo pretende demostrar el grado de importancia que posee la información en el desarrollo del sector -continuando con las líneas directrices de la presente investigación- y su incidencia en el cumplimiento de las misiones conferidas por el MRCE a la Comisión Europea y de las funciones que el Derecho comunitario le atribuye a la misma.

La Comisión Europea no sólo es guardiana de los Tratados, impulsora de la política comunitaria y órgano expresivo del interés comunitario ante el Consejo, sino también órgano ejecutivo y de control de la UE.

Por todo ello, y en base a estas cuatro premisas que caracterizan esta institución comunitaria, el presente capítulo aborda, en primer lugar, cuál

es el papel que cumple dicha institución comunitaria en la aplicación armonizada del MRCE y la incidencia de la información del sector de las comunicaciones electrónicas en dicho proceso. En segundo lugar analiza los diferentes mecanismos de obtención de información por parte de la Comisión Europea en el marco de su función de defensa de la competencia. Asimismo establece los criterios jurisprudenciales establecidos por el TJCE sobre la aplicación del Derecho Comunitario al momento de efectuar los requerimientos de información a los Estados miembros de cara a la nueva regulación de sector y hacia la competencia efectiva en el mercado. Y finalmente, en tercer lugar expone cómo repercute la información en el control que la Comisión Europea realiza de la ejecución de las políticas europeas en el sector. El capítulo culmina con una recapitulación, a modo de síntesis, de los temas analizados.

II. La Comisión Europea y la aplicación armonizada del MRCE

La armonización comunitaria es un principio instrumental que incide en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y que establece una serie de competencias que dichos estados transfieren a la Comunidad y que, en el caso de las comunicaciones electrónicas con el MRCE, se ha planteado una acción común con la Comisión Europea para la aplicación armonizada del mismo.

Los artículos 211 del TCE y el actual 9D del Tratado de Lisboa, establecen un conjunto de competencias –de iniciativa, de control y normativas– de las que dispone la Comisión Europea, con el objeto de garantizar el funcionamiento del mercado común.

En esa dirección, debe velar por la aplicación de las disposiciones de los Tratados y de todas las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias en virtud de los mismos; formular recomendaciones o emitir dictámenes sobre las materias que expresamente así lo prevea o que la Comisión estime necesario; ejercer las competencias que el Consejo le

atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas; y, al disponer de un poder de decisión propio, participar en la formación de actos del Consejo y del Parlamento Europeo en las condiciones que dispongan los Tratados.

De conformidad con nuestra línea de investigación, y a fin de determinar la incidencia de la información en la aplicación armonizada del MRCE, debemos comenzar definiendo qué se entiende por armonización, para luego esbozar los principios que rigen dicho procedimiento.

II.1. El papel de la información en el proceso de armonización

Por armonización se entiende aquellos supuestos *“en los que el Derecho nacional continúa subsistente, pero se ve privado de la posibilidad de determinar por sí mismo sus objetivos, de manera que debe modificarse y evolucionar en función de las exigencias comunitarias, resultando, no un Derecho uniforme, sino unos Derechos nacionales homogéneos y coherentes”*³²¹.

El carácter instrumental de la armonización comunitaria la instituye, no como un fin en sí misma, sino que está al servicio de la realización del mercado común, y éste, a su vez, está al servicio de la integración europea³²².

Por ello, de las necesidades del sector de que se trate, del grado de maduración y evolución de la legislación de los Estados miembros, así como de la consecución de los objetivos de las diferentes políticas europeas, dependerá la intensidad de las medidas armonizadoras.

En cuanto a los actos comunitarios para lograr la armonización, existen diferentes instrumentos normativos para la aproximación de legislaciones que inciden directamente en el establecimiento o el

³²¹ DIEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea. Tercera edición adaptada a la Constitución Europea*. Navarra: Civitas, 2005, p. 269.

³²² MILLAN MORO, Lucía. *La armonización de legislaciones en la CEE*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p.499.

funcionamiento del mercado interior, leyes marco para remediar divergencias en las legislaciones nacionales sobre condiciones de competencia, y en general sobre diferencias normativas entre los Estados miembros.

El artículo 94 del TCE (Art.95 del Tratado de Lisboa) deposita en el Consejo la adopción -por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social- de las directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

La Directiva Marco, como instrumento jurídico vinculante para los Estados miembros en cuanto a los resultados que deben obtenerse, exigió una transposición al marco jurídico nacional, dejándoles a éstos una cierta libertad en cuanto a la forma y los medios de su aplicación.

Precisamente, la directiva es el acto comunitario que se adapta mejor, en términos generales, a las funciones que debe realizar la armonización de legislaciones, y al particular sistema de distribución de competencias entre la UE y los Estados miembros que la armonización supone. Y éste fue el criterio que se tuvo en cuenta al momento de establecer el MRCE. Recordemos que la Directiva Marco estableció un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, fijando las misiones de las ANR, e instaurando una serie de procedimientos a fin de garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la UE.

Resulta importante destacar que en todas las Directivas comunitarias que integran el MRCE, se dispone expresamente las medidas que deben llevar cabo los Estados miembros para su incorporación al Derecho Nacional. En ese sentido, deben adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a los principios establecidos en dichas directivas, y comunicar a la Comisión

Europea el texto de las disposiciones de Derecho interno adoptadas, así como cualquier modificación de las mismas³²³.

Asimismo, si un Estado miembro pretende adoptar medidas legales, reglamentarias o administrativas, y considere que las mismas pudieren provocar una distorsión, deberá consultar a la Comisión la pertinencia de tal adopción.

A su vez la Comisión Europea necesita recabar información a fin de comprobar la existencia de divergencias entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que pudieran falsear las condiciones de competencia en el mercado común y provocar distorsiones que debieran ser eliminadas. Y por esta razón, es necesario celebrar consultas con los Estados miembros interesados.

Las necesidades de consulta son especialmente intensas en los ámbitos en los que la Comunidad tiene competencias nuevas o compartidas - especialmente en los de justicia y asuntos de interior, energía o protección de los consumidores-, pero también en las políticas sectoriales en las que la Comunidad tiene importantes competencias, como las de transporte y mercado interior. De hecho, la cantidad de consultas llevadas a cabo por la Comisión³²⁴ demuestra la importancia que posee este mecanismo de obtención de información sobre los distintos ámbitos donde interviene la misma, al momento de adoptar las medidas que favorezcan el desarrollo y evolución de las políticas de la Unión Europea, hacia la consecución de los objetivos comunitarios propios de este sector.

Para ello la Comisión debe realizar, entre otras acciones, amplias consultas antes de proponer los textos legislativos y justificar en el memorándum explicativo la pertinencia de sus propuestas en relación con el principio de subsidiariedad.

³²³ Artículo 28 de la Directiva Marco, artículo 38 de la Directiva servicio Universal; artículo 18 de la Directiva Autorización, artículo 18 de la Directiva Acceso.

³²⁴ En los diez años transcurridos se llevaron a cabo 38 Libros Verdes, 19 Libros Blancos y más de 1200 comunicaciones, de todos los sectores en conjunto y 1500 informes sobre la acción comunitaria.

En efecto, el principio de subsidiariedad presenta dos vertientes sobre la intervención de la Unión Europea. De forma positiva intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, por lo cual deberá abstenerse si la actuación de los Estados miembros permite lograr esos objetivos.

Este principio tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión no actúa, excepto para los sectores de su competencia exclusiva, siempre que su acción sea más eficaz que una acción emprendida en el ámbito nacional, regional o local. Está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción de la Unión no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos del Tratado.

La Comisión cobra un protagonismo en este punto bajo el fundamento de una necesaria armonización normativa en el sector. La misma Directiva Marco establece el principio que lo justifica, a través del considerando 41. Entiende, en primer término, que los objetivos de conseguir un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario. Ello habilitaría a la Unión a adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado³²⁵. Dejando

³²⁵ Art. 5 TCE "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, en el ámbito comunitario.

Ninguna acción de la comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

claro, por cualquier duda que pudiera suscitarse, que conforme al principio de proporcionalidad, enunciado en dicho artículo, *“la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”*.

Como lo resalta la Doctrina entendida en la materia *“...la Comisión se atribuye competencias de intervención que no son sólo normativas sino de aplicación de las Directivas comunitaria.”* (...) *“a costa de pasar por los procedimientos de Comitología que suponen una restricción de las competencias de ejecución que se supone que podrían corresponder a la Comisión”*. El hecho de recurrirse a los comités consultivo y de reglamentación hace suponer que *“las facultades ejecutivas de la Comisión resultan más o menos atemperadas por los Comités en los que la presencia de los representantes de los Estados miembros representa para estos una garantía de control de la acción de la Comisión por más que deban aceptar la pérdida del control unilateral de la aplicación de las Directivas”*³²⁶.

El ámbito competencial de la Unión es una de las cuestiones que mayor debate ha suscitado a nivel comunitario. Básicamente por una progresiva ampliación de su esfera de actuación, excediendo los principios contenidos en los Tratados.

La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han sostenido en alguna ocasión que el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior es una competencia exclusiva de la Comunidad, por ser una competencia funcional propia de las instituciones comunitarias. Sin embargo nos encontramos aquí en una zona más bien de penumbra donde los Estados miembros retienen una capacidad legislativa y por ello la invocación por parte de la Comisión de este principio en estudio, al momento de intervenir en la proposición de una medida legislativa

³²⁶ *“La remisión a la Decisión de Comitología implica distintos poderes según se trate de un procedimiento consultivo o de reglamentación”*. QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. La liberalización de las telecomunicaciones: elementos esenciales y Nuevo Marco Regulatorio/En/ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (Dir.). *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p.41.

armonizadora del mercado interior como es este caso, nos indican que es una competencia compartida sin ninguna duda.

De esta manera se intenta fundamentar la intervención de la Comisión para la aplicación armonizada de la normativa comunitaria. Es decir que la dimensión comunitaria de las decisiones a adoptar por las ANR, justificaría no sólo su intervención en la consulta del artículo 7 de la Directiva Marco, con la consecuente posibilidad de bloqueo de sus decisiones, sino también recurriendo a la Decisión sobre *“comitología”*.

Sin embargo debemos tener en consideración dos preceptos que influyen y limitan directa e indirectamente el ejercicio de esta competencia. El primero de ellos el principio de proporcionalidad, por el cual ninguna de las acciones de la Comunidad puede exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado³²⁷ y el segundo, el principio de cooperación leal, por el cual se establece la obligación de los Estados miembros de actuar conforme al artículo 10 del TCE, adoptando todo tipo de medidas que garanticen la eficacia del Derecho comunitario.

El artículo 3 ter DEL Tratado De Lisboa establece como principio que la Unión *“intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*. Salvo por algunas precisiones relacionadas con el ámbito de aplicación el alcance del precepto es similar al contenido en los Tratados.

Teniendo en consideración los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, las facultades atribuidas a la Comisión se conforman de esa manera, porque dicha institución comunitaria, se encontraría en mejor situación que los Estados miembros para resolver en estos temas. Razón por la cual los mecanismos de cooperación y colaboración e intercambio de información entre

³²⁷ Artículo 5 apartado 3 TCE.

las ANR contribuirían a cumplir los objetivos propuestos en las políticas comunitarias.

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, aprobado junto al Tratado de Lisboa establece una serie de directrices para ser tenidas en cuenta no sólo por las instituciones comunitarias sino también por los Estados miembros.

En ese sentido la Comisión deberá remitir todas las propuestas legislativas y sus modificaciones a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y al legislador de la Unión, motivando las mismas de acuerdo a estos dos principios en estudio.

Asimismo, mediante indicadores cualitativos y cuantitativos deberá justificar las razones por las que entiende que un objetivo de la Unión puede lograrse mejor en su nivel, teniendo en consideración que cualquier carga, tanto financiera como administrativa que recaiga en la Unión, en los gobiernos nacionales, en las autoridades regionales, o en los ciudadanos deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar.

Por su parte si los Parlamentos nacionales entienden que la propuesta no se ajusta al principio de subsidiariedad podrán enviar a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado, que será tenido en cuenta por estas instituciones³²⁸.

Es evidente que la redacción propuesta ejerce un contrapeso muy importante respecto del ejercicio de las competencias de la Comisión Europea, bajo el fundamento de la insuficiencia del alcance que pudieran lograr los Estados miembros respecto de los objetivos de la acción comunitaria pretendida, o bien debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel de la Unión Europea.

³²⁸ Este Protocolo establece la posibilidad de que la Comisión pueda volver a estudiar su propuesta si al menos un tercio del conjunto de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros y a las cámaras de los Parlamentos nacionales emiten dictámenes motivados sobre tal incumplimiento. El mecanismo de subsidiariedad con este incremento en las consecuencias de su aplicación, se presenta como una innovación respecto de la apertura a la participación de los Parlamentos nacionales. La Comisión Europea, por su parte, debe presentar al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo de Ministros y a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros un informe anual sobre la aplicación de este principio.

Pero no podemos perder de vista que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución, y su ejercicio por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Por ello la Unión debe actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en el Tratado de Lisboa.

Entonces, pretender una armonización en la reglamentación de los mercados de las comunicaciones electrónicas a escala europea con mayores competencias para la Comisión Europea no constituye la única solución, ni siquiera la más aceptable, dado que ello se puede lograr a través de una cooperación y coordinación entre las ANR, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de Competencia.

La complementariedad entre las instituciones comunitarias es un aspecto central del sistema en la Unión Europea y exige que se consolide y respete por razones de seguridad jurídica, de responsabilidad, de proporcionalidad de las decisiones y de transparencia en sus correspondientes funciones.

De la claridad en el ejercicio de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, aun en la figura de sus autoridades nacionales, dependerá la eficacia, eficiencia y efectividad de las políticas de la Unión, teniendo en consideración la racionalización de las consultas y el impacto de la legislación adoptada, conforme a la acción comunitaria propuesta y finalmente desplegada en el sector de las telecomunicaciones.

Por todo lo expuesto podemos concluir que, la pretendida aplicación uniforme del Derecho comunitario reduce notablemente la autonomía de los Estados miembros y acrecienta las facultades de control y ejecución de la aplicación del Derecho comunitario por parte de la Comisión Europea.

La información, por su parte, cumple su misión esencial al contribuir a los grandes objetivos planteados en las políticas de la Unión Europea. De su profusión, claridad, extensión, apertura y disponibilidad

dependerá su contribución a consolidación del mercado de las telecomunicaciones.

II.2. Procedimientos de información previstos en el Marco Regulator vigente en que interviene la Comisión Europea

Existe una cantidad importante de información relacionada con la regulación del sector cuya transmisión, difusión, requerimiento y publicación recae en la Comisión Europea. Por ello a continuación expondremos cuál es el alcance de los principales procedimientos de información en los que interviene la Comisión, a fin de dimensionar la importancia que la misma reviste en la transparencia y coherencia de la regulación del mercado.

La regla general contenida en el MRCE respecto del deber de información de las ANR a la Comisión Europea dispone que los Estados miembros deben velar por que estas autoridades faciliten a la Comisión *“cuando ésta lo solicite de forma motivada, la información necesaria para desempeñar las misiones que le asigna el Tratado”*³²⁹.

Por ello, los Estados miembros deben garantizar que dichas autoridades aporten a la Comisión, cuando ésta lo solicite de forma razonable, la información necesaria para desempeñar las misiones que le asigna el Tratado, porque la misma debe ser proporcional al cumplimiento de las misiones encomendadas. Y también deben garantizar que la información facilitada a una ANR pueda ser, en caso necesario, puesta a disposición de otra de estas autoridades del mismo o de otro Estado miembro, previa solicitud motivada, con el objeto de que cualquiera de ellas pueda ejercer las competencias que le atribuye el Derecho Comunitario.

El Sexto Informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones, conjuga el deber de información de los Estados miembros con las obligaciones que se derivan del cumplimiento de los

³²⁹ Artículo 5.2 de la Directiva Marco.

Tratados. Dicho texto expresa en ese sentido que, además del esfuerzo de información del que forma parte esta Comunicación, la Comisión sigue incoando procedimientos de infracción contra aquellos Estados miembros que a su juicio incumplen sus obligaciones con arreglo al Tratado por no incorporar, notificar o aplicar los principios establecidos en las directivas que conforman el marco regulador³³⁰.

En esa dirección, la Comisión Europea tiene el deber de examinar, de manera periódica, la aplicación de las Directivas comunitarias que conforman el MRCE, y de informar al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo, pudiendo solicitar información a los Estados miembros, quienes deberán facilitársela sin dilación injustificada³³¹. Precisamente la Comunicación COM (2008) 153, de 19 de marzo de 2008, es el último Informe de la Comisión Europea sobre el Mercado Único Europeo de las comunicaciones electrónicas 2007³³².

Por otra parte, cuando la Comisión Europea tenga intención de hacer obligatoria la aplicación de determinadas normas y/o especificaciones propias del sector, debe publicar un anuncio a tal efecto en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas e invitar a todas las partes afectadas a formular observaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.4 Directiva Marco.

Así, cuando sea necesario adoptar medidas de armonización para la aplicación de políticas comunitarias que vayan más allá de las medidas técnicas de aplicación, la Comisión podrá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo una propuesta basada en los Tratados³³³. Y, por ejemplo, ella podrá

³³⁰ Sexto Informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. COM (2000) Bruselas 7.12.2000, p.6.

³³¹ Artículo 17 Directiva Acceso; Art.25 Directiva Marco; Art.16 Directiva Autorización; Art.36.3 Directiva Servicios Universal, Art.18 Directiva sobre la Privacidad y las comunicaciones electrónicas.

³³² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre el Mercado Único Europeo de las comunicaciones electrónicas 2007 (13º Informe). Bruselas, 19.03.2008 COM (2008) 153.

³³³ Considerando 7 Decisión Espectro.

organizar consultas fuera del marco de la Decisión Espectro para tener en cuenta las opiniones de los Estados miembros, de las instituciones comunitarias, de la industria y de todos los usuarios afectados, tanto comerciales como no comerciales, así como de otras partes interesadas, sobre los avances tecnológicos o sobre cualquier cambio en el mercado o en la reglamentación que pueda afectar al uso del espectro radioeléctrico³³⁴.

Es importante resaltar la importancia de la información que la Comisión Europea le transmite a los diferentes comités para contribuir a la labor encomendada por el MRCE. Así la Comisión debe presentar al Comité del Espectro Radioeléctrico –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Decisión Espectro- las medidas técnicas de aplicación necesarias con vistas a garantizar las condiciones armonizadas que permitan la disponibilidad y el uso eficiente del espectro radioeléctrico, así como para que esté disponible al público la información relacionada con el uso del espectro radioeléctrico.

Asimismo, toda la información pertinente sobre el resultado de las consultas periódicas con los representantes de los operadores de redes, proveedores de servicios, usuarios, consumidores, fabricantes y sindicatos, así como los países terceros y organizaciones internacionales, será objeto de comunicación entre la Comisión y el Comité de Comunicaciones, de acuerdo con el artículo 23.1 de la Directiva Marco. Aunque en varios Estados miembros el proceso de consulta no aporte suficiente información a los agentes del mercado o no sea tan transparente, en lo que se refiere a las observaciones enviadas, para los agentes del mercado y los consumidores es importante que las ANR lleven a cabo una consulta pública correcta en relación con las decisiones reguladoras³³⁵.

En cuarto lugar cabe destacar que, con el objeto de garantizar la eficacia y la eficiencia del mercado de las comunicaciones electrónicas, la

³³⁴ Considerando 10 Decisión Espectro.

³³⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe). Bruselas, 20.02.2006. COM (2006) 68, p.12.

Comisión Europea debe controlar y publicar la información sobre los costes que contribuyen a determinar los precios para los usuarios finales³³⁶.

Por su parte los Estados miembros deben remitir a la Comisión Europea, una copia de cuanta información se publique sobre las informaciones específicas impuestas a las empresas en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva Acceso y la Comisión ofrecerá esta información de manera que se facilite el acceso a la misma y la remitirá, según proceda, al Comité de Comunicaciones³³⁷.

Y finalmente podemos indicar que, de conformidad con el artículo 23.2 de la Directiva Marco, el Comité de Comunicaciones, teniendo en cuenta la política de comunicaciones electrónicas de la UE, fomentará el intercambio de información entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión Europea sobre la situación y la evolución de las actividades de regulación de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

III. La Comisión Europea y sus requerimientos de información de cara a la nueva regulación de sector y hacia la competencia efectiva en el mercado

III.1. La Comisión Europea y el Derecho de la Competencia

La Comisión Europea, como guardiana de los Tratados aplica el Derecho comunitario de la competencia.

La competencia no es un fin en sí mismo, sostiene la Doctrina, *“sino un medio de organizar la actividad productiva. Su finalidad es disciplinar a quienes participan en el mercado para que suministren a los consumidores bienes y servicios de la mayor calidad a los precios más bajos. Por ello, la*

³³⁶ Considerando 23 Directiva Acceso.

³³⁷ Artículo 15.2. de la Directiva Acceso.

*preservación de mercados competitivos es algo de máxima importancia para el bienestar material de la sociedad, es decir, de los individuos que la integran*³³⁸.

Los artículos 81 y 82 del TCE son los preceptos que contienen prescripciones sobre el Derecho de la Competencia. Mientras el artículo 81 prohíbe los acuerdos entre empresas así como las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto falsear, restringir o impedir la competencia, el artículo 82 establece la incompatibilidad con el mercado común y prohíbe la explotación por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de él.

Las normas de la competencia contenidas en los Tratados regulan la actividad económica con varios fines. Uno de ellos, sostiene la Doctrina, consiste en *“derribar las “fronteras invisibles” entre Estados miembros, es decir, los pactos entre empresas cuyo objeto o efecto es el reparto de los mercados nacionales”*. Asimismo sirven para controlar las actividades de las grandes empresas, *“velando por la permanencia de una pluralidad de centros de decisión económica independientes, y evitando que puedan abusar de su poder económico en caso de que sus competidores hayan desaparecido en la lucha competitiva”*. Y también contribuyen *“a racionalizar la producción y mejorar la distribución de sus productos”* y mejorar la competitividad de las empresas a nivel mundial mediante los progresos tecnológicos³³⁹.

Sabemos que una de las misiones más importantes de los organismos de regulación es el control de la disciplina de la competencia en el mercado. Las atribuciones en la materia están repartidas entre la UE y los Estados miembros, entre la Comisión y el Gobierno de cada Estado y sus

³³⁸ BERNALDO DE QUIRÓS, Lorenzo. Liberalización, desregulación y mercado/En/ ORTEGA MARTÍN, Eduardo (Dir.). *Derecho Administrativo-Económico*. Cuadernos de Derecho Judicial XII-2000. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, p. 230-231.

³³⁹ ESCUDERO, Alberto; FERRER, Raquel (et al). *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español*. Madrid: Dykinson, 2002, p.28.

autoridades reguladoras independientes o las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros.

Como expresa la Doctrina entendida en la materia, *“se trata de un sistema que, partiendo de la aceptación de la economía de mercado libre como el mejor sistema de organización de los recursos económicos, trata de eliminar los peligros inherentes a este sistema que pueden poner en entredicho los objetivos del mismo”*. De esta manera se impide que *“las empresas construyan espacios económicos protegidos, inmunes a la vigencia efectiva de las libertades comunitarias, y que alteran el libre acceso al mercado”*³⁴⁰.

El regulador no desconoce que el Derecho de la Competencia es un instrumento útil para evitar conductas colusorias y abusos del monopolista, entre ellos el reforzamiento de su posición dominante, pero su eficacia es limitada cuando el objetivo es fomentar activamente el desarrollo veloz de competencia efectiva en el sector. Así pues, el éxito de la liberalización depende de la firme aplicación del Derecho de la Competencia, pero éste no es suficiente y debe ser complementado con normativa sectorial.

La competencia en un mercado requiere, en algunos casos, de regulación y control por parte del Estado en ese mercado. Todo ello en dos líneas de acción. Por un lado al imponer un conjunto de medidas que encaucen y limiten la actividad de estas empresas en el mercado, protegiendo la prestación misma del servicio, cualitativa y cuantitativamente hablando. Y por otro, asegurando la competencia efectiva en el sector, a fin de evitar toda práctica que pudiera resultar atentatoria contra la competencia.

La Comisión Europea cuenta, en este sentido, con una Dirección General de Competencia, bajo la dirección del Comisario responsable de la política de competencia³⁴¹.

³⁴⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001, p. 21.

³⁴¹ Dicha dirección está compuesta por diferentes departamentos: Unidad de control de concentraciones, Área de información, comunicación y multimedia, Relaciones con otras instituciones, Servicios, Cárteles, industrias de base y energía; Ayudas del Estado, e Industrias de bienes de consumo y de equipo.

La competencia asume un papel importante en aquellos sectores donde los cambios tecnológicos y las innovaciones son rápidos y en permanente evolución y la demanda crece en forma acelerada. No obstante, estos mismos argumentos se utilizan para sostener la necesidad de no liberalizar este sector e imposibilitar así la introducción de la competencia.

Dentro del MRCE es posible diferenciar tres tipos de medidas. A saber medidas de liberalización, *“para eliminar las barreras de entrada en el mercado y hacer efectivas las reglas de competencia”*; las medidas de armonización, para facilitar la prestación de servicios en toda la Comunidad acercando entre sí las regulaciones de los diferentes Estados miembros; y medidas tendentes a la aplicación del tratado, a fin de *“asegurar la plena competencia y velar por el cumplimiento del marco jurídico comunitario”*³⁴². A lo largo de nuestra exposición hemos tenido oportunidad de observar la existencia de todo tipo de medidas reguladoras tendentes a contribuir a la consolidación de la competencia eficaz en el sector.

Sabemos que el gran beneficiario de la competencia es el consumidor, o al menos así debería ser. Con competencia los precios bajan, la calidad mejora y el consumidor ve incrementadas sus posibilidades de elección.

Excepto las empresas que actualmente están prestando sus servicios aprovechando la falta de competencia, todas las partes interesadas en el sector se beneficiarán con la competencia. Incluso para la mayoría de estas empresas, los costes sólo existirán en el corto plazo ya que, en el medio plazo, muchas de ellas podrán resultar beneficiadas. Ciertamente, ya lo sostenía el Tribunal de Defensa de la Competencia, *“la introducción de competencia obligará a reestructuraciones y a una gestión distinta en las empresas que antes disfrutaban del monopolio o se protegían con restricciones a la competencia...”*, no obstante ello en el largo plazo, la competencia favorecerá a esas empresas que están ahora al abrigo de la competencia

³⁴² CIMAS HERNANDO, Marta. Directivas comunitarias de telecomunicaciones/En/El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 99.

porque *“les obligará a innovar, a mejorar su gestión y su competitividad. En consecuencia, la mayoría de esas empresas no sólo sobrevivirán sino que expandirán sus actividades y aumentarán sus beneficios”*.³⁴³

III.2. La Comisión Europea y sus solicitudes de información en el marco del ejercicio de sus competencias

No solamente existen Directivas comunitarias en el sector de las telecomunicaciones que establecen como elemento vital de cooperación a la información.

Recordemos que uno de los principales fundamentos jurídicos sobre las competencias que posee la Comisión Europea para requerir información de los Estados miembros, de las empresas o de otras instituciones comunitarias, es el artículo 284 TCE que establece expresamente: *“para la realización de las funciones que le son atribuidas, la Comisión podrá recabar todo tipo de informaciones y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijadas por el Consejo”*.

Sin embargo no debemos pasar por alto, en nuestro análisis, el Reglamento N° 17 de 21 de febrero de 1962, que otorgó a la Comisión amplios poderes de investigación, de decisión y de sanción, configurándola como la autoridad comunitaria competente para estos efectos y habilitándola, a demás, para dictar otros reglamentos de desarrollo.

Este Reglamento situaba a la información como núcleo sobre el cual se fundamentaban los posteriores ejercicios de las facultades de la Comisión Europea para salvaguardar la competencia en el Sector.

Específicamente prescribía que en el cumplimiento de las tareas que le sean asignadas por el artículo 89 y de las disposiciones promulgadas en aplicación del artículo 87 del Tratado, la Comisión podía recabar todas las informaciones que considerara necesarias de los Gobiernos y autoridades

³⁴³ Citado por Marta CIMAS HERNANDO en Directivas comunitarias de telecomunicaciones..., p.19.

competentes de los Estados miembros, así como de las empresas y asociaciones de empresas y estableciendo para ello un procedimiento específico.

Al momento de solicitar la información, la Comisión debía acompañar una copia de su petición a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la sede de la empresa o de la asociación de empresas requeridas, de conformidad con el artículo 11.1, apartado 2. De esta manera daba aviso de esta misión y de la identidad de los agentes acreditados.

Por su parte, las autoridades nacionales estaban facultadas expresamente para formular todo tipo de observaciones en los procedimientos que desarrollaba la Comisión Europea en aplicación del Derecho comunitario de la competencia³⁴⁴. Y para ello debía mantenerlas informadas de los distintos trámites del procedimiento de aplicación, en virtud de este Reglamento, que afectaban a empresas establecidas en los diferentes territorios, garantizando así una mejor confrontación entre las informaciones proporcionadas por las empresas, con las indicaciones y observaciones que pudiera transmitirle el Estado miembro de que se tratase.

De acuerdo con el artículo 14.4 del Reglamento 17, tras haber oído a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la verificación, la Comisión tomaba las decisiones oportunas. Las observaciones o comentarios de las autoridades nacionales no eran vinculantes para la Comisión y éstas no ostentan, por tanto, poder de veto.

Las empresas a las que se practicaba el requerimiento de información no tenían necesariamente que ser sospechosas de haber infringido el derecho comunitario de la competencia. Éste podía dirigirse a empresas objeto de análisis por su posible intervención en infracciones al derecho de la competencia, como también a empresas ajenas a esta intervención, pero en las

³⁴⁴ Artículo 10.2. del Reglamento 17.

que la administración estima existe información útil para la aplicación del Derecho de la Competencia.

En las solicitudes de información la Comisión debía indicar, el objeto de aquéllas, el plazo de contestación, así como las sanciones previstas en caso de incumplimiento o de aportación de información incompleta, incierta, o falsa.

Asimismo la Comisión Europea tenía la potestad de obligar a las empresas a que facilitaran toda la información necesaria relacionada con los hechos de los que pudiera tener conocimiento, y a que le presentasen, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obraran en su poder, incluso si los mismos pudieran servir para probar contra ellas o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia. Sin embargo no puede, mediante una decisión de información, vulnerar el derecho de defensa reconocido a la empresa.

Sin embargo la Comisión no podía imponer a los requeridos la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión³⁴⁵. Aquí también existen límites a las solicitudes de información, tanto en aspectos de forma, de procedimiento como sustanciales.

En efecto, el requerimiento por parte de la Comisión no implicaba en modo alguno una medida de valor coercitivo, pero se preveía la posibilidad de establecer una sanción por la no aportación o la aportación inexacta de la información requerida.

El Reglamento 17 exigía que la Comisión comunicase a los afectados los recursos que son posibles únicamente en las decisiones relativas a la obligación de suministro de información y a la obligación de someterse a la práctica de verificación.

Todas las decisiones de la Comisión Europea que contenían una declaración negativa, una orden de cese de conductas ilícitas, una exención

³⁴⁵ STJCE de 18 de octubre de 1989, Asunto 374/87 Orkem, Fund. 34 y 35, Rec. 3351.

individual, una renovación, revocación o modificación de una autorización anterior, debían ser publicadas en el Diario Oficial, de conformidad con lo que dispuesto en el artículo 21.1 del Reglamento 17. Con dicha publicación se persiguen dos fines: por un lado, informar a los operadores económicos de la aplicación de la política de la competencia que efectúa la Comisión Europea (declaraciones negativas, exenciones y decisiones de compatibilidad) e implicaba un control de la actividad administrativa en tanto que asegura una cierta transparencia en esta materia. Por otro lado, la publicidad tiene un aspecto represivo evidente, que puede atentar a la imagen de marca de la empresa afectada³⁴⁶.

III.3. El papel de la información en el Reglamento nº 1/2003

El Consejo, mediante el Reglamento (CE) nº1/2003³⁴⁷, que deroga el Reglamento 17, estableció diferentes procedimientos de cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros para la aplicación de las normas de competencia comunitaria, y que tienen como principal protagonista a la información, sea a través del intercambio, la consulta, o la simple difusión de la misma. Por esta razón entendemos que este reglamento recoge las diferentes funciones que cumple la información en la regulación del sector, tal como postulamos en la presente investigación.

En ese sentido los Estados miembros, cuando actúen en virtud del artículo 81 o 82 del TCE –normas sobre competencia-, deben informar por escrito a la Comisión antes de proceder a las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciadas dichas diligencias, información que también se hará llegar a las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. Estas últimas podrán consultar con la Comisión Europea cualquier caso de aplicación de Derecho Comunitario.

³⁴⁶ CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 208-209.

³⁴⁷ Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado DO L 001, de 4.01.2003.

El Reglamento atribuye a la Comisión Europea importantes competencias relativas a la constatación y cese de infracciones a los artículos antes mencionados (Art.7); a la imposición proporcionada de remedios estructurales o de determinados comportamientos (Art.7); a la adopción de medidas cautelares mediante decisión sobre la base de la declaración de la existencia prima facie de una infracción (Art.8), a la conversión de compromisos adoptados por las empresas, en obligatorios (Art.9); a la reapertura de procedimientos (Art.9.1.); y a la declaración de inaplicabilidad del artículo 81 del Tratado (Art.10).

Para el ejercicio de dicha competencia, la Comisión Europea utiliza la información que le suministran las empresas del sector en análisis, así como los Estados miembros, a fin de comprobar y verificar, de primera mano, la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en la legislación comunitaria.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado, en diferentes sentencias, que la Comisión Europea posee un amplio margen de discrecionalidad en relación con sus necesidades de información para el ejercicio de sus funciones³⁴⁸.

De forma destacada, los poderes de investigación de la Comisión Europea se centran en las investigaciones por sectores económicos y por tipo de acuerdos *“cuando la evolución de los intercambios entre Estados miembros, la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que pueda limitarse o falsearse la competencia dentro del mercado común”*³⁴⁹.

Asimismo esta institución comunitaria puede solicitar –mediante una decisión³⁵⁰ o una simple solicitud³⁵¹- toda la información que contribuya a

³⁴⁸ STJCE, de 13 de febrero de 1992. Asunto C-210/90, Roquette Frères SA contra Direction Générale des Impôts, Rec. P. I-731.

³⁴⁹ Artículo 17. Reglamento CE N° 1/2003 del Consejo.

³⁵⁰ La diferencia sustancial con las solicitudes simples de información es que la respuesta al requerimiento de información mediante decisión es obligatoria

la realización de las tareas encomendadas en este Reglamento, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 18. Las solicitudes escritas de información, que puedan realizarse en cualquier fase del procedimiento, constituyen el método más comúnmente usado por la Comisión en sus investigaciones, la cual posee un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la necesidad de su utilización³⁵². No obstante, de acuerdo al principio de proporcionalidad y razonabilidad, deberá motivar las razones de su solicitud de información e indicar el fundamento jurídico de la misma, su objeto, la especificación de la información requerida (cifras, datos, documentos específicos de la empresa), el plazo fijado para contestar la solicitud y las sanciones por el suministro de información inexacta o engañosa³⁵³.

Y en igual sentido, a fin de recopilar información relacionada con sus investigaciones la Comisión Europea podrá oír a toda persona física o jurídica que acepte ser entrevistada (Art.19). Asimismo se prevé un mecanismo de consulta a través de un Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes. La Comisión deberá tenerlo en cuenta e informar en qué medida lo hizo. Igual cooperación se prescribe para con los órganos jurisdiccionales nacionales.

En materia de inspección la Comisión podrá proceder a cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas. Mientras que las autoridades de competencia de los Estados miembros harán lo propio en esta materia, *“al amparo de su Derecho nacional en nombre y por cuenta de la autoridad de competencia de otro Estado miembro, con el fin de*

³⁵¹ Las solicitudes simples de información constan de dos partes: una carta de acompañamiento que contiene las instrucciones formales y sustanciales necesarias para permitir a las empresas responder; y un cuestionario detallando la información y los documentos requeridos.

³⁵² Sentencias del TJCE de 18 de octubre de 1989 en el Asunto 374/87, Orkem c. Comisión, Rec. P. I-3283 y en el Asunto 27/88, Solvay c. Comisión, Rec. P. I-3355.

³⁵³ Este reglamento prevé que se podrá imponer una multa de hasta el 1% del volumen de negocios de la empresa en el ejercicio anterior (art. 23.1 a.), así como multas coercitivas hasta el 5 % del volumen de negocios diario realizado durante el ejercicio social anterior, con el fin de obligar a las empresas a proporcionar en plazo y de la manera más exacta posible la información requerida. Tal como podemos apreciar este poder de información se ha visto reforzado en relación con el antiguo Reglamento 17.

demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado”, de acuerdo con el artículo 22.

Por su parte las verificaciones, como las solicitudes de información, pueden ser simples o mediante decisión, siendo la obligatoriedad lo que caracteriza a esta última. Deben estar suficientemente fundadas con indicación específica de objeto y fin de la verificación, en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Todos los expedientes de investigación concluyen con una resolución que puede ser una declaración negativa respecto de la existencia de una práctica colusoria o de una empresa en posición dominante. También puede consistir en una decisión de exención individual en la que, a pesar de tratarse de una práctica colusoria de alguna empresa, se otorga excepción a la aplicación de las reglas de la competencia. Junto a estas formas básicas de terminación de los expedientes, existen otras menos formalizadas como las cartas de compatibilidad (comfort letters) o el archivo puro y simple del expediente previa constatación liminar de que no se está ante una práctica prohibida. También el procedimiento puede concluir mediante acuerdo de la Comisión con la empresa.

El procedimiento de investigación plantea problemas interesantes respecto de las atribuciones que tiene la Comisión para recabar datos y verificar su exactitud, o incluso para exigirlos imperativamente. Resulta patente la necesidad de cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros a fin de contribuir a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado.

En el ámbito de la cooperación, y a los efectos de aplicar uniformemente la normativa comunitaria de competencia, los órganos jurisdiccionales no podrán adoptar resoluciones incompatibles con decisiones de la Comisión Europea sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado. Esta misma obligación se aplica a las decisiones de las autoridades de los Estados miembros.

Este abanico de competencias, se cierra con la posibilidad de imponer multas coercitivas y sancionadoras a las empresas y asociaciones de empresas, mediante decisión fundada. Las acciones o negligencias que fundamenten dicha imposición se circunscriben a la aportación de información engañosa, incompleta, inexacta, fuera de plazo, en respuesta a las solicitudes de información formuladas en ocasión de los procedimientos de inspección; así como también en aquellos casos en que infrinjan las disposiciones de los artículos 81 y 82 del Tratado, contravengan las decisiones que ordenen la adopción de medidas cautelares, y cuando no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión de la Comisión Europea.

Si al término del procedimiento se constata la existencia de una infracción, la Comisión puede acordar igualmente su penalización con multas de diferente cuantía, reguladas pormenorizadamente en los artículo 23 -multas sancionadoras- y 24 -multas coercitivas-.

Tal como hemos podido observar, queda en manos de la Comisión Europea un amplio poder de coordinación, supervisión y control de la ejecución de las políticas comunitarias, más allá de la descentralización y la participación de los órganos jurisdiccionales, las ANR y las autoridades de defensa de la competencia en el ámbito de la libre competencia. Y tal como sintetiza Ordóñez Solís, a partir del Reglamento 1/2003 *“se estrecha aún más la colaboración entre la Comisión y las Administraciones nacionales, se fortalece la cooperación con los tribunales nacionales y se hace de la transparencia y de la información una de las claves de la nueva cultura en la gestión de las políticas comunitarias”*³⁵⁴.

La reforma efectuada por los Reglamentos 1/2003 y Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión de 4 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE supone un fortalecimiento de los poderes de que dispone la Comisión Europea para investigar las infracciones de los artículos 81 y 82 TCE,

³⁵⁴ ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Intervención pública, libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 89-90.

respecto de su regulación anterior, constituyendo un eje primordial la información que la Comisión Europea obtiene a través de sus solicitudes.

Una de las particularidades de este Reglamento es el tratamiento que hace de la información confidencial. Tanto la Comisión como las autoridades de competencia de los Estados miembros están facultadas para *“procurarse entre sí y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial”*³⁵⁵.

La información recabada sólo se utilizará como medio de prueba a los efectos de la aplicación del artículo 81 u 82 del Tratado, cuando se aplique el Derecho nacional de la Competencia al mismo asunto y paralelamente con el Derecho de la competencia comunitario, y ello no conduzca a un resultado diferente. Por supuesto que no puede ser publicada la información que afecta al secreto comercial.

Por otra parte, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que ésta les remita la información que obre en su poder, o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias.

Y correlativamente, a efectos únicamente de la preparación de sus observaciones, las autoridades de competencia de los Estados miembros y la Comisión Europea podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate³⁵⁶.

III.4. El alcance de los requerimientos de información a los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

³⁵⁵ Artículo 12. Reglamento 1/2003.

³⁵⁶ Artículo 15. Reglamento 1/2003.

Existen varios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los cuales se abordaron distintos aspectos del deber de información de los Estados miembros y de las personas jurídicas en relación con los requerimientos realizados por la Comisión Europea. Entendemos que es importante reseñarlos en esta investigación porque, por un lado, nos permiten dimensionar el deber de colaboración de todos ellos para con la Comisión Europea, en el marco de sus competencias de control, y, por el otro, en razón de que estas sentencias sientan los principios que se aplican de forma genérica al momento de requerir información a los Estados miembros y a las empresas.

En forma resumida es posible afirmar que la constatación de infracciones por parte de la Comisión Europea, se debe a incumplimientos por no aportar diferentes tipos de información. Entre otras circunstancias por no dar información sobre empresas públicas (STJCE de 16.06.1987 Asunto 118/85 Comisión contra Italia), por no comunicar datos estadísticos (STJCE de 4.02.1988 Asunto 113/86 Comisión contra Italia), y por no informar sobre unas reglamentaciones técnicas (STJCE de 16.09.1987 Asunto C- 279/94 Comisión contra Italia), entre otras.

Del conjunto de jurisprudencia en esta materia podemos extraer los principales criterios que resultan aplicables a nuestro tema de estudio.

a. Amplias competencias de la Comisión Europea para requerir información

La Comisión Europea puede solicitar todas las informaciones que considere necesarias para la clarificación del asunto. Por ello queda a su discreción la consideración de cuándo la información aportada es necesaria para poder descubrir una infracción de las normas sobre competencia y, en consecuencia, si debe requerir una mayor cantidad de información.

Este principio queda recogido en el MRCE –artículo 5 de la Directiva Marco-, al entender que la Comisión puede requerir cuanta información necesite para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y razonabilidad.

Por ello, aún cuando disponga de indicios o de elementos probatorios sobre la existencia de una infracción, esta institución comunitaria puede considerar legítimamente necesario solicitar información adicional que le permita delimitar mejor el alcance de la infracción, así como determinar la duración de la misma y el círculo de las empresas implicadas³⁵⁷. Así, en el marco de una solicitud de información, la presentación de documentos de los que no haya podido obtener copia o extracto con ocasión de una verificación anterior.

Tal como lo hemos expuesto en párrafos anteriores, es la Comisión Europea quien solicita información a los Estados miembros y a las personas jurídicas –públicas y privadas-, a fin de cumplir sus misiones, razón por la cual esta institución comunitaria es quien está en condiciones de evaluar si se deben tener o no por contestados tales requerimientos en función de la veracidad, completitud, exactitud de los datos aportados. Baste como ejemplo la Sentencia de 8 de noviembre de 2001³⁵⁸, donde se planteó el incumplimiento de Italia respecto del establecimiento de planes de acción para la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias, conforme la Directiva 91/676/CEE del Consejo³⁵⁹, así como de no haber realizado íntegra y completamente operaciones de control en ese sentido, ni haber elaborado y remitido un informe completo respecto de las

³⁵⁷ STJCE, de 18 de octubre de 1989. Asunto C- 374/87. Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por República Francesa. Tiene por objeto la anulación de la decisión IV/31.866 de la Comisión, de 9 de noviembre de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17 del Consejo, alegándose la inexistencia de previa solicitud de información, la utilización ilegal de la facultad por la Comisión de solicitar información y la violación del derecho de defensa por cuanto la Comisión obligó a la demandante a declarar contra sí misma. El tribunal desestimó el motivo de la utilización ilegal por la Comisión de las facultades atribuidas para requerir información.

³⁵⁸ Sentencia de 8 de noviembre de 2001. Asunto C-127/99 Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Italia.

³⁵⁹ Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991. DO L 375, p. 0001.

medidas preventivas propuestas, de un mapa de identificación de las aguas y localización de las zonas vulnerables, de un resumen de los resultados de los controles, del calendario probable de los resultados de las medidas adoptadas, entre otras cuestiones (Artículo 10 y Anexo V de la Directiva). Si bien las autoridades italianas respondieron al escrito de requerimiento de la Comisión ante la falta de este informe, esta entendió que no constituía un informe conforme los elementos previstos en la Directiva.

Por otra parte, es el sujeto requerido a quien le incumbe probar detallada y completamente la realidad de sus cifras y, en su caso, la inexactitud de los cálculos de la Comisión, ya que se encuentra en mejor situación para recoger y comprobar los datos aportados.

En ese sentido, el Tribunal ha dicho que *“si la Comisión considera que no debe aceptar las cifras comunicadas por un Estado miembro, porque las autoridades nacionales no han aplicado correctamente la normativa comunitaria relativa a los ingresos y gastos, como la tasa de corresponsabilidad en el sector de los cereales, normativa vigente en los distintos sectores de la política agrícola común, no tiene la obligación de demostrar exhaustivamente la irregularidad de los datos que le han sido transmitidos; le basta con aportar un elemento de prueba de la duda seria y razonable que alberga con respecto a las cifras comunicadas por las administraciones nacionales”*³⁶⁰.

En la Sentencia de 13 de junio de 2002, Asunto C- 382/99 Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades Europeas³⁶¹, el

³⁶⁰ STJ de 10 de noviembre de 1993. Reino de los Países Bajos contra Comisión de las comunidades europeas. Liquidación de cuentas del FEOGA- Ejercicio de 1988. Asunto C-48/91.

La demanda tiene por objeto la anulación parcial de la Decisión 90/644/CEE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1990, relativa a la revisión de cuentas de los Estados miembros en concepto de gastos financiados por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria (FEOGA), sección "Garantía", durante el ejercicio financiero de 1988 (DO L 350, p. 82).

La gestión de la financiación del FEOGA descansa principalmente en las administraciones nacionales encargadas de velar por el estricto respeto de las normas comunitarias. Este régimen, no posee un control sistemático por parte de la Comisión, que, por otra parte, está en la imposibilidad material de llevarlo a cabo (véase la sentencia de 27 de enero de 1988, Dinamarca/Comisión, 349/85, Rec. p. 169, apartado 19). Precisamente la Comisión opera sobre la base de datos que le transmiten los Estados miembros –quienes están en condiciones de conocer y determinar con precisión los datos necesarios para la elaboración de las cuentas del FEOGA- datos que puede verificar a través de investigaciones para poder, en su caso, confirmar o desmentir su exactitud y veracidad.

³⁶¹ STJCE de 13 de junio de 2002, Asunto C-382/99 Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades Europeas.

Tribunal se manifestó sobre las consecuencias de la falta o insuficiencia de información facilitada por el Estado miembro. En este sentido, si un Estado miembro no facilita a la Comisión la información que ésta le solicita o lo hace sólo de manera incompleta, la legalidad de la Decisión adoptada por la Comisión, concretamente en lo que respecta a la obligación de motivación, se debe examinar en función de la información de que disponía la Comisión en el momento en que la adoptó³⁶². Por ello quien no aportó la información no puede alegar elementos que omitió comunicar a la Comisión durante el procedimiento administrativo para impugnar la legalidad de dicha decisión³⁶³. El Tribunal sostuvo que *“este es el caso, a fortiori, cuando el Estado ha rehusado responder a una solicitud expresa de información por parte de la Comisión”*, procediéndose a la desestimación del recurso.

No debemos perder de vista que, más allá de que la Comisión Europea tenga amplias facultades para requerir información, existe un deber de cooperación que exige, a los Estados miembros, proporcionar a la Comisión el conjunto de elementos necesarios para poder cumplir sus funciones, tal como podemos analizar a continuación.

b. El deber de información como principio derivado de los Tratados

Por principio, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado, los Estados miembros están obligados a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión que especialmente, según el artículo 155, consiste en velar por la aplicación de las disposiciones adoptadas por las instituciones comunitarias en virtud del Tratado y en ese sentido la Comisión debe ser informada íntegramente en relación con las medidas adoptadas por dichos

Tiene por objeto la anulación parcial de la Decisión 1999/705/CE de la Comisión, de 20 de julio de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por los países Bajos a 633 estaciones de servicio neerlandesas situadas en la frontera con Alemania (DO L 280, p. 87) en la medida que declara que las subvenciones concedidas a determinadas categorías de estaciones de servicio son incompatibles con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

³⁶² STJCE de 10 de junio de 1986. Bélgica contra Comisión 234/84, Rec. p. 2263, apartados 16 Y 22.

³⁶³ STJCE de 14 de septiembre de 1994, España /Comisión, Asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92.

Estados para la aplicación de dichas disposiciones. Constituye un incumplimiento del Estado miembro el hecho de no contestar a las preguntas formuladas por la Comisión Europea en el marco de sus atribuciones relativas al control de la aplicación de una Directiva, *“sin ni siquiera dar explicaciones sobre su postura, como le impone, como mínimo, el deber de cooperación leal”*³⁶⁴.

El Tribunal ha sido contundente en su pronunciamiento de 14 de octubre de 1992, al disponer que constituye un incumplimiento de las obligaciones de un Estado miembro el hecho de negarse a prestar su colaboración a la Comisión en el marco de las investigaciones llevadas a cabo por dicha Institución para determinar que se han producido realmente los incumplimientos del Derecho comunitario que resultan de normativas y prácticas corrientes en dicho Estado^{365 366}.

Recordemos que existe un principio por el cual un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho Comunitario: *“Es él el único responsable frente a la Comunidad del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho comunitario, al margen del uso que haya hecho de su libertad para*

³⁶⁴ STJCE, de 13 de diciembre de 1991. Asunto C-33/90. Comisión de las Comunidades Europeas c/ República de Italia. El Tribunal entendió que la solicitud de información de la Comisión en lo que atañe a la gestión de residuos, a los que se refiere la Directiva relativa a los residuos y la relativa a los residuos tóxicos y peligrosos así como la autoridad competente encargada de las operaciones de gestión, forma parte de la función de vigilancia de esta Institución comunitaria: La omisión del gobierno italiano, que impidió que la Comisión conociera la situación de la Región de Campania, fue considerada como una negativa a colaborar con dicha institución, en virtud del artículo 5 del Tratado.

³⁶⁵ STJCE Asunto C-65/91 de 14 de octubre de 1992. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica. En esa dirección se declaró que la República Helénica incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del Reglamento (CEE) nº 288/82, de remitir las debidas informaciones tanto al momento anterior como posterior a la adopción de una norma por parte de un Estado, de conformidad con los artículos 226 y 284 del TCE.

³⁶⁶ Reglamento (CEE) nº 288/82, del Consejo, de 5 de febrero de 1982, relativo al régimen común aplicable a las importaciones, y del Reglamento (CEE) nº 3420/83 del Consejo, de 14 de noviembre de 1983, relativo a los regímenes de importación de los productos, originarios de países de comercio de Estado no liberalizados en la Comunidad, por no incluir en la “lista D” -que no ha sido publicada- las cerillas de la partida 36.06 del Arancel Aduanero Común y al negarse, por este hecho, a conceder licencias de importación para tales productos procedentes de Suecia y de Bulgaria; y asimismo haber incumplido el artículo 5 del Tratado CEE.

*atribuir las competencias normativas*³⁶⁷. Porque en el caso de encontrarse con dificultades imprevisibles para la aplicación de una normativa comunitaria debe someter estos problemas a la Comisión Europea, presentando las propuestas apropiadas y aplicables al caso. Y en ese sentido la Comisión y el Estado miembro están obligados, en virtud de los deberes recíprocos de cooperación leal, conforme al artículo 5 del TCE, a colaborar de buena fe para superar esas dificultades dentro del respeto de las disposiciones del Tratado³⁶⁸.

c. El principio de defensa y el derecho a no autoinculparse frente a la obligación de aportar la información solicitada por la Comisión Europea.

El Tribunal de Justicia ha sido categórico en este punto al reconocer el respeto del derecho de defensa, como derecho fundamental, en el marco de los procedimientos administrativos que pueda conducir a sanciones, y respecto de los procedimientos de verificación previos, que pueden ser determinantes para la obtención de pruebas de carácter ilegal de la actuación de empresas, que puedan acarrear su responsabilidad³⁶⁹.

Aunque la Comisión posea la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria y relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y, llegado el caso, obligar también a presentarle documentos que obren en su poder, incluso si los mismos sirven para probar

³⁶⁷ STJCE, de 13 de diciembre de 1991. Asunto C-33/90 Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia. Recop. Jurisp. P. I- 5987, apartado 4.

³⁶⁸ STJCE, de 10 de julio de 1990. Asunto C-217/88 Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania. Se declaró que, al decidir no ordenar la ejecución inmediata de las resoluciones por las que se imponía la destilación obligatoria en la campaña 1984/1985 y no hacer uso de las medidas coercitivas previstas en el Derecho alemán contra los productores que se habían negado a entregar el vino de mesa para la destilación obligatoria, la República Federal Alemana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 5 del Tratado CEE y del apartado 1 del artículo 64 del Reglamento (CEE) n° 337/79 del Consejo, de 5 de febrero de 1979, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola.

³⁶⁹ STJCE, de 18 de octubre de 1989. Asunto C- 27/88. Solvay & Cie contra Comisión de las comunidades Europeas. Persigue la anulación de la Decisión IV/31.865 de la Comisión, de 24 de noviembre de 1987, relativa al procedimiento de aplicación del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento n° 17 del Consejo. Sus fundamentos jurídicos no difieren de los de la dictada en la misma fecha Orkem contra Comisión 347/87.

contra ella o contra terceros la existencia de una conducta contraria a la competencia, es posible que se vulnere el derecho de defensa de la empresa.

Y en ese sentido *“la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión”*³⁷⁰.

No obstante las empresas también pueden negarse a contestar las solicitudes de información de la Comisión Europea si el hecho de responder implicase un reconocimiento de la existencia de la infracción, dado que existe un derecho a no declarar contra uno mismo.

En este punto se da una evidente contradicción entre el deber que tienen los Estados miembros y las empresas de colaborar con la Comisión Europea y el derecho a no inculparse. Por ello, sabiendo que la Comisión tiene amplios poderes y un gran margen de discrecionalidad para solicitar información e investigar e inclusive aplicar sanciones ya sea por la comisión de la infracción como por la no aportación de información, a los agentes requeridos deberían aplicárseles las mismas salvaguardas y principios que en el procedimiento penal.

La Sentencia de 3 de octubre de 2000, que resuelve el Recurso de Casación Asunto C-458/98 P Industrie des poudres sphériques contra Consejo de la Unión Europea, recoge esta idea. En efecto, las instituciones comunitarias, deben actuar con toda la diligencia requerida, procurando dar a las empresas afectadas, en la medida en que lo permita el secreto comercial, indicaciones útiles para la defensa de sus intereses y eligiendo, de oficio si es preciso, las modalidades adecuadas para tal comunicación. Y en lo que respecta a las empresas interesadas debe haberseles ofrecido la posibilidad, en el curso del procedimiento administrativo previo, de manifestar en forma apropiada su punto de vista sobre la realidad y la oportunidad de los hechos y

³⁷⁰ STJCE, de 18 de octubre de 1989. Asunto C- 374/87. Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por República Francesa. Tiene por objeto la anulación de la decisión IV/31.866 de la Comisión, de 9 de noviembre de 1987, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17 del Consejo, alegándose la inexistencia de previa solicitud de información, la utilización ilegal de la facultad por la Comisión de solicitar información y la violación del derecho de defensa por cuanto la Comisión obligó a la demandante a declarar contra sí misma.

circunstancias alegadas y sobre los elementos de prueba tenidos en cuenta por la Comisión en apoyo de su alegación de la existencia de una práctica de dumping y del perjuicio consiguiente³⁷¹. Asimismo reconocerle el derecho a no declarar contra si mismo.

IV. La Comisión Europea y el control de la ejecución de las políticas europeas en el sector de las telecomunicaciones

IV.1. La Comisión Europea y su competencia de control.

La doctrina define a la Comisión Europea como la institución más singular y característica de la Unión Europea³⁷², como el *“elemento unitario del proceso de integración, garante del desarrollo de la CE y del cumplimiento de sus objetivos”*³⁷³, siendo su función primordial el promover, desarrollar y defender el interés comunitario conforme lo dispone el Derecho comunitario. Constituye, según Jean Monnet, la *“locomotora de la Comunidad”*³⁷⁴.

Expresar que la Comisión Europea representa el interés general de la UE y que los Tratados le atribuyen el poder de iniciar e impulsar la política comunitaria, podría parecer una obviedad, sin embargo asentarnos en esa afirmación nos posibilita resumir el marco funcional de la Comisión en cinco

³⁷¹ STJCE, de 27 de junio de 1991. Asunto C-49/88. Al-Jubail Fertilizer/Consejo, Rec. P. I-3187, apartado 17. El presente recurso tiene por objeto anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta ampliada) de 15 de octubre 1998 por la que se desestimó el Recurso que perseguía la anulación del Reglamento (CE) n. 892/94, por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre las importaciones de calcio metal originario de la República Popular China y de Rusia. IPS es una empresa especializada en la producción de calcio metal dividido en forma de granulados a partir del calcio metal primario y alegó que la Comisión no había incumplido sus obligaciones en materia de acceso al expediente en relación con la Nota técnica de 5 de agosto de 1993, sin embargo el Tribunal de primera Instancia entendió que la empresa había podido presentar sus observaciones en plazo con la excepción de tres puntos confidenciales que no le habían sido comunicados, y sobre lo cual no había alegado no haber estado en condiciones de manifestar su punto de vista sobre la referida nota discutido la imposibilidad de manifestarse sobre la nota a causa de la falta de comunicación de esos tres elementos.

³⁷² GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo. *El sistema institucional de las Comunidades Europeas. De los Tratados constitutivos y el Acta Única al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 1993, p.63.

³⁷³ GIRON LARRUECA, José Antonio. *La Unión Europea, La Comunidad Europea y El Derecho Comunitario*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002, p.57.

³⁷⁴ Recogido por DIEZ MORENO, Fernando en *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2001, p.123.

grandes competencias. A saber, la de proposición o iniciativa, de decisión, de ejecución, de negociación y de control. El artículo I-26 de la Constitución Europea recogía en sus incisos 1 y 2 estas notas características³⁷⁵, al igual que lo hace el Tratado de Lisboa a través del nuevo artículo 9 D³⁷⁶.

De allí que revista especial importancia comenzar este estudio esbozando los principios jurídicos comunitarios sobre la competencia de control de la Comisión Europea de la ejecución de las políticas europeas, para luego seguir con la aplicación específica de dicha competencia en nuestro sector en estudio.

a. Principios generales sobre el control que ejerce la Comisión Europea

La independencia de la Comisión Europea es uno de los rasgos más significativos a los efectos del funcionamiento de esta institución comunitaria³⁷⁷, básicamente por el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas como la de gestión, ejecución y coordinación, pero principalmente en lo que respecta a la de control.

Pertencen a la Comisión Europea *“las competencias genéricas de control de la ejecución del Derecho comunitario” (...)* *“pues esta institución*

³⁷⁵ Artículo I-25. Constitución Europea:

1. *“La Comisión Europea promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen la Constitución y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de ésta. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en la Constitución. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por la Constitución, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.*
2. *Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando la Constitución disponga otra cosa. Los demás actos de la Unión se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezca la Constitución”.*

³⁷⁶ Artículo 9 D. Tratado de Lisboa:

“1. La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales...”

³⁷⁷ Artículo I-26.7. *“La Comisión ejercerá sus responsabilidades con plena independencia. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo I-28, los miembros de la Comisión no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Se abstendrán de todo acto incompatible con sus obligaciones o con el desempeño de sus funciones”.*

tiene como objetivo de su actividad” (...) “una acción de vigilancia, de comprobación, de que los Estados miembros aplican, y aplican correctamente, el Derecho comunitario”³⁷⁸.

En ese sentido el Tratado de Lisboa recoge que la Comisión Europea supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Art. 9D).

Esta facultad de control se halla unida necesariamente a su labor de vigilancia e información y su fundamento jurídico se encuentra en los artículos 10 y 211 del TUE³⁷⁹.

En efecto, la Comisión vela por la aplicación de las disposiciones de los Tratados y de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de dichos Tratados, de allí su denominación “*gardien des traités*”.

En consecuencia, y como contrapartida, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión Europea, facilitando a ésta el cumplimiento de sus misiones, y por tanto abstenerse de realizar aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines y objetivos de las políticas de la Unión.

En virtud del principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se deben respetar y asistir mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los tratados, existiendo un deber general de adoptar

³⁷⁸ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 97.

³⁷⁹ Artículo 10: “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado”.

Artículo 211: “Con el objeto de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado común, la Comisión:

-velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del mismo tratado;

-formulará recomendaciones o emitirá dictámenes respecto de las materias comprendidas en el presente Tratado, si éste expresamente lo prevé o si la Comisión lo estima necesario;

-dispondrá de un poder de decisión propio y participará en la formación de los actos del Consejo y del Parlamento Europeo en las condiciones previstas en el presente Tratado;

-ejercerá las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas”.

todas aquellas medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas o resultantes de los actos de las instituciones comunitarias, sabiendo que las redes transeuropeas, así como el mercado interior son competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros³⁸⁰.

Atento a nuestro tema de estudio, resulta fundamental centrarnos, a continuación, en la facultad de la Comisión Europea para controlar las políticas del sector de comunicaciones electrónicas, tratando, en primer término, los aspectos conceptuales de dicha competencia, para luego aplicarlo al sector objeto de análisis, las telecomunicaciones.

b. Tipos de control realizados por la Comisión Europea

Siguiendo la clasificación propuesta por la doctrina, Moreno Molina establece dos tipos de control. Un control formal, por el cual la Comisión Europea comprueba “*si un Estado ha cumplido sus obligaciones de incorporación de directivas en tiempo y forma*”, y un control de la aplicación efectiva, es decir “*una fiscalización mucho más rigurosa y “a pie de obra”, que comprueba si la legislación comunitaria es realmente aplicada en la vida real*”³⁸¹. Este último tipo de control se realiza conforme a cuatro posibles fuentes: los planes, programas e informes de gestión; la visita o inspección ante una posible infracción en el lugar de los hechos; de acuerdo a preguntas y peticiones formuladas por el Parlamento Europeo; y de las quejas de ciudadanos y asociaciones³⁸².

Desde un plano subjetivo el control puede originarse a partir de denuncias que realicen las empresas, la propia Administración Pública o bien que los individuos informen a la Comisión Europa de dónde y cuándo se ha

³⁸⁰ Artículo 2 C. 2. Tratado de Lisboa.

³⁸¹ MORENO MOLINA, Ángel Manuel. *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 100-101.

³⁸² *ibidem*. 100-103.

producido una posible infracción, o bien que sea la propia Comisión la que descubra las violaciones cometidas e inicie el procedimiento correspondiente.

En primer término, y atento a las facultades de control preventivo, la Comisión puede solicitar información de los Estados miembros para verificar el cumplimiento del Derecho comunitario. El TCE presenta en diversos artículos las prerrogativas de la Comisión para recabar todo tipo de información y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijadas por el Consejo –artículo 284 (antiguo Artículo 213)-; también que puede recurrir ante el Tribunal de Justicia cuando un Estado miembro no se atuviere al dictamen de la Comisión emitido en razón del incumplimiento de las obligaciones prescritas en el TCE. No debemos olvidar que el artículo 81 y siguientes habilitan a la Comisión para determinar e imponer multas a las empresas que violen las reglas de la competencia en el marco comunitario.

Por su parte el artículo 226 del TCE faculta a la Comisión a iniciar un procedimiento de constatación de la infracción por parte de un Estado miembro respecto de la normativa comunitaria, con la posibilidad de recurrir, llegado el caso, ante el Tribunal de Justicia. La actividad de la Comisión en este proceso se extiende desde la comprobación de la infracción –y todo el desarrollo de la etapa precontenciosa-, la interposición de la demanda ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y al control del cumplimiento de la sentencia por el Estado miembro.

Todo ello con un límite establecido por el mismo TCE en el artículo 296.1 (antiguo Artículo 223) que expresamente prevé que ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad.

Existe una cuestión controvertida respecto de la posible extralimitación en que puede incurrir la Comisión Europea en el ejercicio de sus funciones, en virtud del artículo 226 antes citado, imponiendo una determinada interpretación del Derecho comunitario a los Estados miembros; pero

recordemos que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es a quien le corresponde, en última instancia, esa competencia.

Precisamente, en esa dirección, el Tribunal ha dicho que este artículo sólo dispone que si la Comisión Europea estima que un Estado miembro no ha observado una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado debe aquélla emitir una comunicación motivada invitando al Estado miembro a presentar sus observaciones. Pero la Comisión *“no tiene el poder de determinar, de esta u otra forma, de manera definitiva, los derechos y obligaciones de un Estado miembro o de dar al Estado garantías acerca de cómo puede aquél tener certeza de que su actitud va a ajustarse a lo prescrito en el Tratado. Atendiendo al sistema previsto en los artículos 168 y 171 del Tratado, la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados miembros y el enjuiciamiento sobre su comportamiento es competencia propia del Tribunal”*³⁸³.

En cuanto al deber de los Estados miembros de informar a la Comisión Europea, hay varias disposiciones en el régimen jurídico comunitario vigente que así lo disponen. Tal es el caso de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas públicas, y cuando un Estado miembro pretenda adoptar o modificar una disposición legal, reglamentaria o administrativa que pueda provocar una distorsión al falsear las condiciones de competencia en el mercado común, conforme a los artículos 88 y 97 del TCE.

No podemos desconocer la conformación de un deber general impuesto a los Estados miembros de notificar las medidas administrativas, legislativas y reglamentarias adoptadas para la consecución de los fines u objetivos establecidos en las políticas de la Comunidad. Es ése el principio que rige en esta materia. La información que los Estados miembros están obligados a suministrar a la Comisión debe ser clara y precisa, debe indicar sin ambigüedad cuáles son las medidas legislativas, reglamentarias y

³⁸³ STJCE, de 27 de mayo de 1981. Asuntos acumulados 142-143/80, Essevi Spa y Salengo.

administrativas mediante las cuales el Estado miembro considera haber cumplido las diferentes obligaciones le imponga la directiva³⁸⁴.

Recordemos que la Comisión Europea, en estrecha colaboración con los Estados miembros, puede tomar cualquier iniciativa útil para fomentar la coordinación de políticas que se apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos que se derivan del establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de los transportes, de las Telecomunicaciones y de la energía, conforme lo disponen los artículos 154³⁸⁵ y 155³⁸⁶ del TCE.

Como es de amplio conocimiento la Comisión posee, casi en exclusiva, la iniciativa legislativa y en ese sentido la Doctrina ha afirmado que ello se traduce en el hecho de que se ha confiado en la Comisión la concepción y la preparación de la política comunitaria, y que le corresponde presentar los proyectos normativos, aportando en la elaboración de las decisiones una visión de conjunto inspirada en el interés comunitario y asumiendo el papel de órgano “motor” de la Comunidad. Lo cual se traduce en que *“el Consejo no puede actuar por su cuenta, por su propia iniciativa o a petición de un Estado miembro o contra la voluntad de la Comisión y ahora tampoco del Parlamento”*³⁸⁷.

La facultad para adoptar directrices y recomendaciones es una segunda tipología de control. El poder de iniciar la política comunitaria también se manifiesta en su capacidad para formular recomendaciones y emitir

³⁸⁴ STJCE, sentencia de 25 de mayo de 1982. Asunto 97/81. Comisión contra Países Bajos.

³⁸⁵ Artículo 154 (antiguo artículo 129 B)

“1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 15 y 158 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Comunidad tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Comunidad”.

³⁸⁶ Artículo 155.2. *“Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, las políticas que apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos previstos en el artículo 154. La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, podrá tomar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación”.*

³⁸⁷ MANGAS MARTIN, Araceli. La Comisión/En/ MANGAS MARTIN, Araceli; LiñAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGRAW-HILL, 1999, p.55.

dictámenes cuando así lo establezcan los Tratados o cuando la Comisión lo estime conveniente, conforme al artículo 211 del TCE. Recordemos que los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco previeron la redacción de Directrices y Recomendaciones que finalmente elaboró la Comisión Europea para que sean tenidas en consideración por las ANR, al momento de la determinación de los mercados pertinentes. Con lo cual estamos en presencia de un control previo a la adopción de decisiones que inciden en el mercado de las Comunicaciones electrónicas, tal como hemos tenido oportunidad de comprobar en epígrafes anteriores.

Por otra parte sostenemos que debe incluirse en este ítem a la consulta como un modo de control. Hay varios tipos de procedimientos de consulta. Uno de ellos se produce cuando el Consejo y la Comisión Europea se consultan mutuamente y determinan las modalidades de su colaboración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 218 del TCE.

Otro modo de control es el previsto por el Reglamento interno de la Comisión que establece el régimen de funcionamiento para la adopción de acuerdos con los Gobiernos y las Administraciones públicas de los países miembros y con los sectores que pudieran verse afectados por las medidas propuestas por la Comisión Europea. En este sentido el Reglamento dispone que los Servicios que intervengan en la elaboración o ejecución de los acuerdos de esta institución comunitaria, deberán trabajar en estrecha cooperación con la misma, mediante consultas previas en razón de la naturaleza del asunto. Así, se consultará a las Direcciones Generales de presupuestos de Personal y Administración todo lo referente a presupuesto, finanzas, personal y administración, y lo harán al Servicio Jurídico para todas las cuestiones relativas a actos jurídicos o documentos con consecuencias jurídicas. Con similar alcance encontramos a los procedimientos de consulta de la Comisión con sus Comités consultivos.

Asimismo, un mecanismo de control lo constituye el procedimiento de consulta previsto en el artículo 7 de la Directiva Marco, por el cual la

Comisión Europea puede vetar las decisiones regulatorias de las ANR del sector.

Finalmente, el ejercicio de la competencia sancionadora representa otra faceta de la competencia de control, sean éstas netamente administrativas o pecuniarias, y tanto a los Estados miembros como a personas físicas y jurídicas. En este sentido la Directiva Autorización expresamente prevé en su artículo 10.4 la posibilidad de que los Estados miembros habiliten a la autoridad pertinente para imponer, cuando proceda, sanciones económicas a las empresas que no faciliten la información requerida.

V. Recapitulación

La Comisión Europea, representante del interés general de la Unión Europea, Defensora del Derecho comunitario y de la aplicación de las disposiciones de los Tratados y de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de dichos Tratados, tiene reconocidas competencias de proposición o iniciativa, de decisión, negociación, y de control de la concreción de las políticas europeas; y es esta facultad de control la que reconoce una mayor vinculación con la labor de vigilancia e información.

En el ejercicio de estas competencias la información de que dispone la Comisión Europea cobra un especial protagonismo, por ejemplo al momento de iniciar un procedimiento de constatación de una infracción por parte de un Estado miembro en relación con la normativa comunitaria. Para ello, la Comisión puede recabar, de forma motivada, información de los Estados miembros y de sus autoridades nacionales que resulte necesaria y proporcional para el desempeño de sus funciones.

Al respecto la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha abordado las diferentes vertientes del deber de información de los Estados miembros y de las personas jurídicas en relación con los requerimientos de información formulados por la Comisión Europea.

Como principio, el deber de aportar información tiene su fundamento en las disposiciones de los Tratados, razón por la cual si un Estado miembro se negase a prestar su colaboración a esta Comisión en el marco de sus investigaciones constituye un incumplimiento del Derecho comunitario.

Asimismo es la Comisión, en el ejercicio de estas competencias, quién determina no sólo el alcance del requerimiento sino el grado de suficiencia de la información que pudieren aportar oportunamente los requeridos, entendiendo que si no cumple los extremos solicitados, podría formular un nuevo requerimiento.

Pese a esta amplitud en el ejercicio de sus competencias para requerir información, el TJCE ha sido categórico al reconocer que la Comisión Europea no puede imponer a una empresa la obligación de aportar información y dar respuesta a requerimientos que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba corresponde a dicha Comisión, todo ello en reconocimiento del principio de defensa.

No obstante, dicha jurisprudencia también reconoce el principio de la carga de la prueba, en virtud del cual es el sujeto requerido a quien le incumbe probar detallada y completamente la realidad de las cifras que pudiera haber estimado la Comisión Europea, en el marco de un procedimiento de infracción. Asimismo si existiera una inexactitud en los cálculos de la Comisión, serán los interesados quienes se encuentran en mejores condiciones para recoger y comprobar los datos que pudieren dar fundamento a la decisión que se pudiere adoptar en este tipo de procedimientos.

Tal como hemos reconocido, la Comisión Europea ejerce un triple control respecto de la labor de las ANR en el sector de las Telecomunicaciones, ya sea a través de sus Recomendaciones, Comunicaciones, Directrices, que determinan, de alguna manera las líneas a seguir por dichos reguladores para el desempeño de alguna de sus misiones reconocidas, a través de la información que se intercambian en el marco de los procedimientos de consulta y, finalmente el control posterior que ejerce de las

decisiones regulatorias de las ANR en relación con la aplicación del Derecho comunitario. En ese sentido la Comisión Europea necesita recabar información a fin de comprobar la existencia de divergencias entre las disposiciones legales, administrativas o reglamentarias de los Estados miembros que pudieren falsear las condiciones de competencia en el mercado común y provocar distorsiones que debieran ser eliminadas.

Fundamentalmente hemos tenido oportunidad de analizar el grado de protagonismo de la Comisión Europea en el proceso de armonización normativa en el sector de las comunicaciones electrónicas. Y ello habilita a que adopte, con fundamento en el artículo 5 del Tratado, es decir de acuerdo con el principio de subsidiariedad, medidas con efectos y dimensiones a nivel comunitario. No obstante, existen tres principios que atemperan esta acción y que son el de proporcionalidad, por el cual ninguna de las acciones de la Comunidad puede exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado, el de subsidiariedad, que supone que la actuación de la Unión sólo es procedente cuando los objetivos de los Tratados no puedan alcanzarse de modo suficiente por la acción de los Estados miembros y sólo a través de dicha acción podrían lograrse más satisfactoriamente, y el de cooperación leal en virtud del cual se establece a obligación de los Estados miembros de adoptar medidas que garanticen la eficacia del Derecho comunitario.

Pretender únicamente una armonización en la reglamentación de los mercados de las comunicaciones electrónicas a escala europea con mayores competencias para la Comisión Europea no constituye la única solución, ni siquiera la más aceptable para incrementar el grado de armonización y transposición de las directivas comunitarias, dado que ello se puede lograr a través de una cooperación y coordinación entre las ANR, la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia.

Precisamente, entendemos que de la claridad en el ejercicio de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, aun en la figura de sus autoridades nacionales, dependerá la eficacia, eficiencia y

efectividad de las políticas de la Unión Europea, teniendo en consideración la racionalización de las consultas y el impacto de la legislación adoptada, conforme a la acción comunitaria propuesta y finalmente recogida en la normativa nacional del sector de las telecomunicaciones.

Al respecto, la complementariedad entre las instituciones comunitarias y las ANR constituye un aspecto fundamental de acuerdo con los principios de armonización en la Unión Europea. La información cumple su misión esencial al contribuir a los grandes objetivos planteados en las políticas de la Unión Europea y de su profusión, claridad, extensión, apertura y disponibilidad dependerá su contribución a consolidación del mercado de las telecomunicaciones.

Tal como hemos analizado, también en el ejercicio de las competencias de la Comisión Europea la información regulatoria del sector en estudio, contribuye a otorgar a sus decisiones una mayor transparencia en el ejercicio de sus correspondientes funciones.

No obstante, la pretendida aplicación uniforme del Derecho comunitario reduce notablemente la autonomía de los Estados miembros y acrecienta las facultades de control y ejecución de la aplicación del Derecho comunitario por parte de la Comisión Europea.

TÍTULO TERCERO
EL ACCESO A LA INFORMACIÓN REGULATORIA, SUS
LÍMITES Y EXCEPCIONES

CAPÍTULO I

Principios jurídicos del acceso a la información regulatoria

Sumario: I. **Introducción.** II. **Acceso a la información.** 1. Conformación del derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración Pública. a. En el ámbito europeo. b. En el ámbito español. 2. El objeto del acceso. La noción de documento administrativo. 3. El sujeto que accede a los documentos públicos. III. **El acceso a la información regulatoria del sector de las telecomunicaciones.** 1. Principios aplicables al acceso a la información regulatoria. 2. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el acceso a la información pública. a. Las condiciones de acceso a la información pública .b. La información de acceso público. IV. **Recapitulación.**

I. Introducción

Habiendo expuesto en los capítulos anteriores cómo incide la información en la regulación del mercado de las telecomunicaciones es necesario que abordemos, en el presente capítulo, cuáles son los principios que rigen el derecho de acceso a la información regulatoria.

La importancia de su tratamiento radica en que el derecho de acceso a los documentos se relaciona especialmente con el principio constitucional de transparencia administrativa que debe guiar toda la actuación de los poderes públicos y con el principio del control de la Administración Pública, tal y como fue expuesto en el Título I de la presente Tesis Doctoral.

En consecuencia, al objeto de estudiar el objeto, contenido y alcance del derecho de acceso a la información regulatoria, a continuación, analizaremos la evolución normativa y jurisprudencial de derecho de acceso a la información pública, al objeto de establecer una visión general del citado derecho en su configuración actual, considerando asimismo sus antecedentes, a fin de exponer sus perspectivas de futuro para una mayor protección y reconocimiento de este derecho.

Sentadas las bases del derecho de acceso a la información pública en manos de la Administración Pública, abordaremos las

particularidades que presenta el ejercicio del derecho de acceso a la información regulatoria en el sector de las telecomunicaciones.

Si bien no pretendemos hacer un estudio monográfico y detallado sobre el derecho de acceso, a continuación lo analizaremos como derecho subjetivo y como principio objetivo de comportamiento de la Administración Pública, y en particular del regulador de las telecomunicaciones.

II. Acceso a la información

A lo largo de la evolución de la Administración democrática moderna se han ido profundizando los principios de publicidad y transparencia de los actos y decisiones de las Administraciones Públicas, reforzándose de esta manera, a través de la normativa comunitaria y nacional, la confianza de los ciudadanos en los servicios públicos. Así, el acceso a la información se ha configurado como uno de los principales derechos de los ciudadanos en un Estado de Derecho.

El derecho de acceso a los registros y archivos consiste en *“el derecho a buscar y a tener constancia de determinada información sobre la actividad administrativa”*³⁸⁸.

El reconocimiento del acceso a la información administrativa es un tema que ha sido objeto de análisis y reglamentación desde hace varias décadas, aunque su desarrollo normativo, tanto a nivel comunitario como español, se ha profundizado en estos últimos años.

Según indica Pomed, el derecho de acceso de los ciudadanos a la documentación oficial aparece recogido por vez primera en el Derecho positivo, en la Real Ordenanza sueca del año 1766, relativa a la libertad de prensa³⁸⁹.

³⁸⁸ OTERO GONZÁLEZ, P. *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 32.

³⁸⁹ POMED SÁNCHEZ, I. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: INAP, 1989.

En primer término, se vinculó ese derecho con la libertad de información y de opinión, y hacia esa dirección se desarrolló la normativa y la jurisprudencia. Posteriormente se lo ha vinculado con los derechos de petición y de participación de los ciudadanos, característicos de un sistema democrático, y finalmente con los principios de publicidad administrativa y control de la actuación de la Administración, todo ello en el marco del principio de la transparencia pública.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge el denominado derecho a una buena administración, el cual comprende el derecho de acceso al expediente -garantizándose el secreto comercial e industrial en todo caso-, el derecho de audiencia previo a la adopción de una decisión desfavorable y en derecho a obtener una resolución eficaz³⁹⁰.

En la actualidad, en un sistema democrático, los ciudadanos ejercen sus derechos constitucionales de participación política a través de la libertad de expresión y de un amplio acceso a la información pública. Asimismo la publicidad de la información administrativa permite que los ciudadanos puedan controlar la gestión de la Administración Pública lo cual contribuye a la consolidación del principio de transparencia administrativa.

La jurisprudencia comunitaria³⁹¹ y española vincula el principio de transparencia administrativa con el derecho de acceso a los documentos. El Tribunal Supremo establece que el derecho consagrado en el artículo 105.b de la Constitución Española de acceso a la información de los archivos y registros públicos, tiene un claro engarce constitucional, pues supone no sólo una materialización del principio de transparencia, sino también un elemento esencial en cualquier estado democrático de Derecho³⁹², que está “*enraizado*”

³⁹⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Capítulo V, artículo 41.

³⁹¹ Sentencias del TJCE de 7 de diciembre de 1999 Asunto *Kuijjer/Consejo* (T-188/98); de 11 de diciembre de 2001 Asunto *Petrie y otro/Comisión* (T/191/99); y de 23 de noviembre de 2004 Asunto *Turco/Consejo* (T-84/03).

³⁹² STS de 1 de abril de 2003, Sala de lo Contencioso. Fundamento de Derecho 3.

*en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos*³⁹³.

En consecuencia, hablar de acceso a la información implica un reconocimiento y garantía no sólo del derecho que poseen los ciudadanos a solicitar y recibir información –en especial acceder a documentos en poder de las Administraciones Públicas–, sino también del principio de transparencia administrativa en relación con los actos administrativos y, en concreto, las decisiones que el regulador del mercado de las telecomunicaciones, adopta en el marco de sus competencias.

II.1. Conformación del derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración Pública

Al objeto de realizar un estudio lo más completo posible sobre los fundamentos jurídicos del derecho de acceso a los documentos públicos, a continuación expondremos una comparativa de los regímenes jurídicos español y el comunitario en esta materia.

En la actualidad la normativa europea aplicable son los Reglamentos Comunitarios (CE) 1049/2001, sobre el Acceso Público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 773/2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuesto de aplicación de los artículo 81 y 82 del Tratado CE³⁹⁴. Por su parte, en el ámbito nacional resultan de aplicación los artículos 105. b de la Constitución Española y 35 y 37 de la LRJPAC. Por ello, a continuación realizaremos un análisis de las características más importantes sobre la regulación del acceso a los

³⁹³ STS de 14 de noviembre de 2000, Sala de lo Contencioso. Fundamento de Derecho 5.

³⁹⁴ 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. DO C, núm. 325, de 22.12.2005.

documentos públicos, ya sea de las instituciones europeas como de las autoridades nacionales.

a. En el ámbito europeo

Es posible establecer una paulatina evolución del reconocimiento del derecho de acceso a los documentos en poder de las instituciones comunitarias.

En el Derecho comunitario existen diferentes instrumentos normativos que se refieren al derecho de acceso a los documentos.

El Comité de Ministros del Consejo Europeo fue, en los comienzos, el más prolífico en establecer a través de sus Resoluciones el reconocimiento de un derecho de acceso a la información administrativa para las personas afectadas por un acto de la Administración Pública³⁹⁵, sugiriendo a los Estados un sistema de libre acceso a los documentos oficiales, pero sometido a una serie de excepciones³⁹⁶.

Dicho Comité abordó definitivamente la cuestión, por medio de sus Recomendaciones (80) 2³⁹⁷ y (81) 19³⁹⁸ estableciendo con mayor amplitud, que el derecho de acceso a la información en poder de la Administración, correspondería a todo individuo independientemente de que se vea afectado directa o indirectamente por un acto proveniente de la autoridad pública. Es decir que el principio general fue el de derecho de acceso a la información administrativa de toda persona sin que cupiese exigir un interés particular en la

³⁹⁵ Résolution (77) 31 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 28 septembre 1977 et Exposé des motifs. "Protection de l'individu au regard des actes de l'administration".

³⁹⁶ Recommandation n° R (79) 854, relativa al acceso del público a los documentos oficiales y a la libertad de información.

³⁹⁷ Recommandation n° R(80) 2 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 mars 1980 et Exposé des motifs. "Exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration".

³⁹⁸ Conseil de l'Europe. Collection des recommandations, résolutions et déclarations du Comité des ministres portant sur les droits de l'homme, 1949-1987, Strasbourg, 1989, p.96.

información en cuestión, pero sometido a las excepciones originadas por motivo de interés público o privado.

Por último, su Recomendación de 21 de febrero de 2002 sobre acceso a la información oficial, hizo especial referencia a la importancia de la transparencia de la Administración Pública y de la disponibilidad de la información sobre asuntos de interés público en una sociedad plural y democrática. Precisamente, recoge el deber de los Estados miembros de facilitar el mayor acceso posible, dentro del respeto a otros derechos e intereses legítimos y pone especial atención en la necesidad de garantizar la flexibilidad y efectividad real del sistema, como la no onerosidad del acceso, la brevedad de los plazos para acceder a la información solicitada, la falta de motivación de la solicitud, un conjunto de formalidades mínimas, y el control por una autoridad independiente de las decisiones adoptadas por la autoridad que posee la información respecto de la que se solicita se acceso.

Pero en concreto podemos establecer que el derecho de acceso a nivel comunitario se sustenta en la siguiente normativa:

a) En el marco de la consolidación del derecho de acceso, el artículo 153.1 del TCE recogió la garantía de una información adecuada a los consumidores. En ese sentido *“para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”*.

b) En el año 1993, el Consejo y la Comisión Europea aprobaron el Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión, que constituyó el texto que dio inicio al desarrollo normativo del acceso a los documentos de cada institución comunitaria. En

efecto, así lo hizo la Comisión Europea³⁹⁹, el Consejo⁴⁰⁰ y posteriormente el Parlamento⁴⁰¹. Asimismo existen sitios de Internet⁴⁰² y una amplia red de puntos de información y contacto, así como publicaciones (estudios, informes, folletos) respecto de las actividades de las instituciones comunitarias⁴⁰³, al objeto de lograr una mayor difusión de la labor de las mismas.

c) El Tratado de Ámsterdam introdujo el actual artículo 255, que consagró el derecho de todo ciudadano o residente de la Unión a acceder a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión. Dicho artículo dispone lo siguiente:

“1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los

³⁹⁹ Decisión 94/90/CECA, CE, EURATOM, de 8 de febrero, precisada por la de 4 de marzo de 1994, sobre la mejora del acceso a los documentos.

⁴⁰⁰ El artículo 22 de su Reglamento interno, previó que el Consejo aprobaría las modalidades de acceso a documentos del mismo cuya divulgación no tuviera consecuencias graves o perjudiciales. Finalmente esto quedó regulado en la Decisión 93/731/CE, de 20 de diciembre.

⁴⁰¹ Decisión de la Mesa 97/632/CE, CECA, EURATOM, de 10 de julio, completada por la Decisión de la Mesa de 17 de abril de 1998 sobre el canon aplicable al envío de documentos voluminosos.

⁴⁰² *“El servidor Europa en Internet siguió acogiendo la información difundida por el conjunto de las Instituciones de la Unión y ya contiene varios millones de documentos y más de cincuenta bases de datos abiertas al público, con un acceso gratuito en la mayoría de los casos. En el transcurso del año, fueron consultados o teledescargados del sitio 500 millones de documentos: Entre los usuarios principales cabe destacar las empresas, las administraciones nacionales, las universidades, las organizaciones no gubernamentales y los medios de comunicación”.* Informe general 2002. Capítulo X: Información y Comunicación. Sección 1: Actividades de Información.

⁴⁰³ *“En 2002, la Comisión publicó en las once lenguas oficiales quince folletos y prospectos de información general sobre los logros y los grandes temas de actualidad de la Unión Europea. Se ha publicado asimismo un folleto de presentación general de la Unión en las lenguas de los países candidatos a la adhesión, con una difusión de 17 millones de ejemplares”.* Informe general 2002. Capítulo X: Información y Comunicación. Sección 1: Actividades de Información.

documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁴⁰⁴.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos”.

d) Por su parte la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece, en su artículo 42, el derecho de acceso con el siguiente alcance:

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”.

e) Pero quizás uno de los instrumentos normativos a nivel comunitario más importantes es el Reglamento (CE) 1049/2001 que ha venido a desarrollar los principios establecidos en los Tratados Comunitarios⁴⁰⁵, que tiene por objeto garantizar, de la manera más completa posible, el derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones comunitarias y determinar los principios generales y los límites que han de regularlo de conformidad con el apartado 2 del artículo 255 del Tratado CE⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ Como consecuencia de esta incorporación, el artículo 207 (ex artículo 151) quedó redactado de la siguiente manera: *“A los efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 255, el Consejo fijará en dicho reglamento las condiciones en las que el público tendrá acceso a los documentos del Consejo. A efectos del presente apartado, el Consejo definirá los casos en los que deba considerarse que actúa en su capacidad legislativa a fin de permitir un mayor acceso a los documentos en esos casos, sin menoscabo de la eficacia de su proceso de toma de decisiones. En cualquier caso, cuando el Consejo actúe en su capacidad legislativa, se harán públicos los resultados de las votaciones y las explicaciones de voto, así como las declaraciones en el acta”.*

⁴⁰⁵ La Propuesta de Reglamento por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las comunicaciones electrónicas, recoge en su artículo 47 que, en relación con el acceso a los documentos que estén en poder de esta autoridad, se aplicará el Reglamento (CE) 1049/2001. Asimismo dispone que no divulgará a terceros la información que procese o reciba para la que haya solicitado un tratamiento confidencial, y a estos efectos prevé que se estipulará en su reglamento interno las medidas prácticas de las normas sobre confidencialidad de la información en el seno de esta Autoridad.

⁴⁰⁶ *“Artículo 1. Objeto.*

El objeto del presente Reglamento es: a) definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo denominadas “las instituciones”) al que se refiere el artículo 255 del Tratado CE, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos; b) establecer normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de este derecho, y c) promover buenas prácticas administrativas para el acceso a los documentos”.

En efecto, todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, y aun aquella persona física o jurídica que no cumpla dichos requisitos, si así lo decidiera cada una de dichas instituciones, podrá acceder a todos los documentos que obren en poder de las mismas, es decir, los documentos por ellas elaborados o recibidos y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea. Para ello deberán realizar una solicitud por escrito, o bien directamente en forma electrónica o a través de un registro. Este mismo Reglamento, como tendremos oportunidad de estudiar en el próximo capítulo, establece los principios que rigen las excepciones a dicho acceso.

f) El Reglamento (CE) 773/2004 trata de forma conjunta tanto el acceso al expediente como la utilización de la información confidencial. La Comisión Europea da acceso, previa solicitud, a los destinatarios de los pliegos de cargos, después de su notificación y no se extiende a los secretos comerciales, a otro tipo de información confidencial, a los documentos internos de la Comisión, ni a la correspondencia entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros.

Pero lo más importante de esta normativa es que restringe el uso que se hace de la información a la cual acceden, porque expresamente establece que los documentos obtenidos a través del acceso al expediente sólo se utilizarán a efectos de procedimientos judiciales o administrativos para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado.

g) Finalmente, se aprobó la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuesto de aplicación de los artículo 81 y 82 del Tratado CE, que tiene por objeto mejorar las normas que regulan el acceso al expediente de la Comisión Europea en los asuntos de concentraciones, acuerdos y posiciones dominantes, definiendo el

alcance del derecho de acceso al expediente de las partes, así como de los documentos que pueden divulgarse y los procedimientos de tratamiento de la información confidencial.

Esta Comunicación establece el derecho de acceso al expediente en asuntos de competencia, previa solicitud, a las empresas o asociaciones de empresas a las que la Comisión envíe un pliego de cargos, para posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos de defensa frente a los cargos presentados por la Comisión, tanto en asuntos relacionados con los artículos 81 y 82 del Tratado CE como en asuntos en virtud del Reglamento de Concentraciones. Este acceso sólo se concede a los destinatarios de los pliegos de cargos y siempre que hayan formulado su correspondiente petición.

El objeto del derecho de acceso recae en todos los documentos que forman parte del expediente, es decir aquellos que han sido aportados, obtenidos o recopilados por la Dirección General de Competencia durante la investigación, con excepción de los documentos internos (denominados documentos no accesibles), de los secretos comerciales u otra información confidencial. En ese caso sí podrá tener acceso a la versión no confidencial que hubiere presentado la persona que aporte a la Comisión elementos que considera confidenciales.

Asimismo, al objeto de hacer más eficaz el acceso al expediente, la Comisión Europea puede facilitar los documentos en formato electrónico y en papel, siendo también posible que se invite a las partes a examinar los documentos de forma física. No obstante esta amplitud en el acceso a los documentos que por su naturaleza fueren accesibles a las partes que lo solicitan, esta institución comunitaria no está obligada a facilitar una traducción del expediente.

Finalmente uno de los aspectos más importantes es que la Comunicación establece un elemento temporal para posibilitar dicho acceso, dado que el mismo sólo será posible después de la comunicación de los cargos al interesado. En materia de acuerdos y posiciones dominantes, las partes que

lo soliciten podrán acceder únicamente una sola vez, salvo que la Comisión Europea se basara en nuevas pruebas en fases posteriores del procedimiento administrativo. Sin embargo, en los asuntos sobre concentraciones, el acceso de las partes que así lo soliciten, se produciría en cada fase del procedimiento hasta la consulta del Comité Consultivo.

b. En el ámbito español

Si comenzamos por citar la normativa preconstitucional en relación con el derecho de acceso a los documentos, debemos mencionar a la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, posteriormente modificada por la de 7 de octubre de 1978, que estableció en su artículo 1 el principio de publicidad: *“los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo en los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente clasificada, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley”*.

La redacción de este artículo se tradujo en un reconocimiento del principio de transparencia de la actuación de la Administración Pública y de la publicidad del procedimiento administrativo.

Con posterioridad, la Constitución española, en su artículo 105.b) remite a la regulación de la ley el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos:

“La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Este precepto no corresponde al Título I de la Carta Magna en relación con los Derechos y deberes fundamentales, sino en el Título IV, dedicado a los principios sobre el Gobierno y la Administración. De esta manera se entiende que la posibilidad de acceso a los documentos de las

Administraciones Públicas se configura como un principio vinculado al control de la actuación de la administración, a la publicidad de los actos y a la transparencia de las decisiones, propias de un estado democrático. No obstante, no puede desconocerse su vinculación con los artículos 20.1 d)⁴⁰⁷ y 23.1 sobre el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, entendiéndose que el derecho de los ciudadanos a recibir información de la Administración Pública es una manifestación clara de este derecho de raigambre constitucional, aunque no constituya un derecho fundamental.

El artículo 105 b) se traduce en que la Administración Pública debe, por un lado, ser transparente y facilitar la información que se le solicita, estableciendo al efecto mecanismos y procedimientos de acceso y, por otro, ser guardiana de la información que se considera secreta, en virtud de las materias de que trata y cuya difusión pudiera causar un perjuicio, ya sea vulnerando un interés público como privado.

Por su parte, la LRJPAC, establece en su artículo 35 diferentes derechos de los ciudadanos en relación con la información en poder de la Administración Pública:

“a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

(...)

e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

⁴⁰⁷ “Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión ...”.

f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras Leyes”.

Precisamente, en relación con este apartado, la misma LRJPAC reguló, a través de su artículo 37 -que no fue modificado por la reforma operada por Ley 4/1999- el derecho de acceso a la documentación de los archivos y registros administrativos con el siguiente alcance:

“1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

Pero este derecho de acceso no se agota, por lo demás, con la mera consulta y conocimiento del expediente, sino que también conlleva el de obtener copias o certificados de los documentos consultados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.8 de la LRJPAC.

Este precepto infraconstitucional establece expresamente que este derecho podrá ejercerse cuando los expedientes correspondan a procedimientos acabados en la fecha de solicitud del acceso, cuando no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos y siempre que no contengan datos referentes a la intimidad de las personas. En ese caso,

dichos documentos sólo podrán ser conocidos por aquellos que detenten su condición de interesados, es decir que acrediten un interés legítimo y directo. Esta misma limitación se aplica a los procedimientos administrativos sancionadores y disciplinarios⁴⁰⁸.

Si bien el precepto anteriormente mencionado es de aplicación general para el acceso a los archivos y registros públicos, la misma LRJPAC excluye expresamente el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes, a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local, los archivos regulados por la legislación del régimen electoral, los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública, el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley, y la consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

Por su parte la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local⁴⁰⁹ reconoce como derecho de los vecinos el siguiente:

⁴⁰⁸ Artículo 37.2.LRJPAC. *“El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completados, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.*

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

⁴⁰⁹ BOE nº 80, de 3 de abril de 1985. Modificada por las leyes: 39/1988 (BOE nº 313, 30-12-1988), 9/1991 (BOE nº 74, 27-03-1991), 31/1991 (BOE nº 313, 31-12-1991), 10/1993 (BOE nº 96, 22-04-1993), 39/1994 (BOE nº 313, 31-12-1994), 4/1996 (BOE nº 11, 12-01-1996), 7/1997 (BOE nº 90,15-04-1997), 34/1998 (BOE nº 241, 8-10-1998), 50/1998 (BOE nº 313, 31-12-1998), 11/1999 (BOE nº 96, 12-04-1999), 55/1999 (BOE nº 312, 30-12-1999), 14/2000 (BOE nº 313, 3-12-2000), 24/2001 (BOE nº 313, 31-12-2001), 57/2003 (BOE nº 301, 17-12-2003), 7/2007 (BOE nº 89, 13-04-2007), por los Reales Decretos Legislativos 2/1994 (BOE nº 154, 29-06-1994), 2/2000 (BOE nº 148, 21-06-2000); por el

“e. Ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución” (Artículo 18.1).

Asimismo, esta ley dispone que las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (Artículo 69.19). Y en ese sentido, las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.

Finalmente, debemos hacer una referencia a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos, la cual recoge varios de los principios anteriormente desarrollados no sólo, en relación con el acceso a la información administrativa sino también con los principios de transparencia y publicidad que deben caracterizar la actuación administrativa, conjugando los avances tecnológicos en relación con los medios informáticos.

En efecto, esta ley consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa de tales Administraciones de poner a disposición de éstos y de empresas al menos un punto de acceso general a través del cual los usuarios puedan, de forma sencilla, acceder a la información y servicios de su competencia; presentar solicitudes y recursos; realizar el trámite de audiencia; efectuar pagos o acceder a las notificaciones y comunicaciones que les remitan la Administración Pública. Todo ello con la finalidad de simplificar los

Real Decreto Ley 7/1996 (BOE nº 139, 8-06-1996); por las leyes orgánicas: 1/2003 (BOE nº 60, 11-03-2003), 14/2003 (BOE nº 279, 21-11-2003).

procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales^{410 411}.

II.2. El objeto del acceso. La noción de documento administrativo

Si bien el derecho de acceso se relaciona, según lo dispone expresamente la LRJPAC en su artículo 35, con los archivos y registros, nosotros partimos de la noción de que este derecho se ejerce, de forma genérica, sobre documentos administrativos. Esto quiere significar que los registros y los archivos son considerados documentos administrativos.

“Los documentos emitidos, cualquiera sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por la Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes”⁴¹².

En efecto, la Ley de Patrimonio Histórico Español define, en su artículo 59.1 que *“son archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa (...)”⁴¹³.*

Por otro lado la legislación define al expediente como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y

⁴¹⁰ Dicha Ley establece que “Las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias”.

⁴¹¹ Artículo 1.2. Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos. B.O.E. núm. 150, 23.06.2007, p. 27150-27166.

⁴¹² Artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

⁴¹³ Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español.

argumento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla, tal como lo recoge el artículo 164.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales⁴¹⁴ que, a mayor abundamiento, agrega que los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos.

En consecuencia, esto nos enfrenta con la tarea de definir qué se entiende por documento administrativo, según la normativa más relevante en esta materia, al objeto de lograr una mayor comprensión del derecho de acceso y recurrir a la normativa comunitaria y española aplicable.

La Ley del Patrimonio Histórico Español establece en su artículo 49.1 que se considera documento a *“...toda expresión en lenguaje natural o convencional (dibujo, documento cifrado, plano...y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”*.

El Real Decreto 283/1996, por el que se aprueba el Reglamento de utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, define el documento como *“entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada”*.

Por su parte el Reglamento (CE) 1049/2001 lo define como *“todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referente a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”*.

⁴¹⁴ Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Según dispone la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Reutilización de la Información del Sector Público, el término documento comprende tanto a cualquier contenido sea cual sea el soporte (escrito en papel o almacenado en forma electrónica o como grabación sonora, visual o audiovisual); así como a cualquier parte de tal contenido.

Si bien algunas de las definiciones aluden directamente al documento público es importante destacar que los documentos se pueden clasificar según el soporte en el cual está contenido (escrito, sonoro, electrónico); según la naturaleza pública o privada del autor del documento (documentos públicos y administrativos procedentes de la Administración Pública o de las instituciones comunitarias, o documentos elaborados por entes privados); según haya sido elaborado por el organismo o institución, o bien que esté en poder de la misma pero su origen sea externo; y de acuerdo a la finalidad perseguida puede ser un documento probatorio, preparatorio, de trámite o final, como una Resolución administrativa en el marco de un procedimiento administrativo.

Teniendo en consideración la totalidad de definiciones, y partiendo de una concepción amplia y genérica del concepto de documento, podemos concluir que, a los efectos de la presente investigación, el ejercicio del derecho de acceso en el ámbito regulatorio de las telecomunicaciones alude al conjunto de documentos que consten no sólo en los expedientes tramitados ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones – entendiendo como tales al documento en sí mismo como a su contenido- sino también en los archivos del regulador, como consecuencia del ejercicio de sus competencias reguladoras.

II.3. El sujeto que accede a los documentos públicos

Según la normativa nacional, la titularidad del derecho de acceso recae en aquel que posee la condición de interesado en el respectivo procedimiento, y en todos aquellos que acrediten un interés legítimo y directo

no sólo respecto del procedimiento en el que dichos documentos se produjeron, sino en relación con el contenido de los mismos.

En efecto, es posible solicitar el acceso a aquellos documentos que posibiliten a éste defender o hacer valer sus propios derechos en otro procedimiento distinto que se proponga incoar o que se esté tramitando. Asimismo, la normativa extiende el ámbito subjetivo de este derecho y reconoce su derecho de consulta de los expedientes, en el marco del artículo 37 de la LRJPAC, a los solicitantes que sean investigadores y que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

A mayor abundamiento, la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local ha reconocido como derechos de los vecinos el ser informados, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal y reconoce que todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b, de la Constitución.

A los efectos de poder acceder a la documentación administrativa, es necesario que, quienes demuestren dicho interés legítimo, formulen petición individualizada de los documentos que deseen consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias.

Al respecto, la Jurisprudencia ha reconocido que debe efectuarse petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998 (RJ 4574) y de 14 de marzo de 2000 (RJ 3182).

La resolución de la petición de acceso corresponde a los órganos que tengan atribuida la tramitación de los expedientes de los que formen parte las actuaciones de cuya documentación se solicita copia.

El ejercicio de este derecho puede ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, tal es el caso de los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial, tal como analizaremos en el siguiente capítulo de la presente Tesis Doctoral.

La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada.

Precisamente, de la lectura del artículo 37 de la LRJPAC se desprende que omite un aspecto fundamental del derecho de acceso a los documentos como es ejercitar ese derecho o hacer valer las garantías frente a la denegación del mismo. Con lo cual puede deducirse que la redacción no ha sido totalmente afortunada, o lo suficientemente garantista de principios que incardinan la actuación de la Administración Pública como son la transparencia y la publicidad de los actos de las Administraciones Públicas. De hecho la Reforma del año 1999 de la LRJPAC no ha contemplado mejorar este precepto, ni recogiendo los avances comunitarios en materia de acceso a la documentación de las instituciones comunitarias. No obstante ante una denegación de acceso puede recurrirse dicha resolución tanto administrativa como judicialmente, de acuerdo a las normas generales.

De todo lo expuesto puede concluirse que:

- La normativa y la jurisprudencia nacional y comunitaria reconocen de forma amplia el derecho de acceso a los documentos de las administraciones o instituciones públicas de forma amplia.

- Los documentos, así como las copias de los mismos dan contenido al derecho de acceso. Incluyendo aquí no sólo al documento en sí mismo sino al contenido, cualquiera sea el soporte.

- Progresivamente si ha dado una mayor apertura, es decir menores restricciones para los ciudadanos, en relación con el acceso a los documentos públicos. Cabe aquí citar la importancia de la implantación del sistema de acceso electrónico a los documentos en poder de las Administraciones Públicas.

- Aunque la normativa nacional y comunitaria no prevea en el mismo artículo donde se reconoce el derecho de acceso las consecuencias de la denegación a dicho acceso, los afectados por la misma tienen la posibilidad de recurrir en vía administrativa y judicial esa resolución en aplicación de las normas generales.

- Las excepciones al acceso a los documentos de la Administración se encuentran taxativamente establecidas, de conformidad con el principio de legalidad, dejando un margen muy reducido a la discrecionalidad.

III. El acceso a la información regulatoria del sector de las telecomunicaciones.

III.1 Principios aplicables al acceso a la información regulatoria

La Administración Pública es el sujeto pasivo del derecho de acceso a los documentos, ya sea la Administración española como la de la Unión Europea, tal como hemos tenido oportunidad de estudiar en los anteriores epígrafes.

En sentido amplio, podemos afirmar que el deber de permitir el acceso a los documentos debe extenderse a cualquier persona o entidad que ejerza funciones públicas, o que presten servicios públicos.

Debe reconocerse el carácter de sujeto pasivo del derecho de acceso a la Administración corporativa, a los organismos públicos y autónomos, a la Administración instrumental, siempre que cumplan funciones públicas. En consecuencia, la actividad del regulador no puede estar exenta de

la necesaria transparencia y del ejercicio del derecho de acceso, y se constituye también en sujeto pasivo del derecho de acceso, aplicándose los principios generales anteriormente desarrollados.

En relación con el acceso a los expedientes tramitados ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se aplican aquí los principios consagrados por las leyes administrativas vigentes y anteriormente desarrollados.

En efecto, esta ANR mediante diferentes resoluciones, entre ellas la Resolución de 20 de marzo de 2003⁴¹⁶, se ha posicionado sobre el derecho de los recurrentes a conocer documentos que obren en los procedimientos administrativos en los que sean parte interesada.

El regulador entiende que el artículo 84.1 de la LRJPAC establece para el trámite de audiencia que, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5 de la misma Ley⁴¹⁷.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha tenido en cuenta la necesidad de que cualquier ciudadano, y en especial aquellos que tengan intereses o derechos que puedan verse afectados por la actuación de la Comisión, puedan acceder a los documentos que obren en archivos y registros de dicha ANR. Por ello, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ha delegado en el Secretario de esta Comisión la resolución sobre las solicitudes de acceso a los registros y documentos que

⁴¹⁶ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 20 de marzo de 2003 -recaída en el expediente AJ 2003/358- resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto conjuntamente por las entidades VEO TELEVISIÓN, S.A. Y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET, S.A. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 29 de enero de 2003, que resuelve estimando la solicitud de declaración de confidencialidad presentada por la entidad RETEVISIÓN I, S.A.U., con respecto al Anexo 2 de su escrito de alegaciones de fecha 24 de enero de 2003 (MTZ2002/6935).

⁴¹⁷ De esta manera "el principio general de publicidad de todas las actuaciones administrativas (incluidos los expedientes aun no finalizados) resulta limitado por una serie de supuestos en los que se pretende prevalecer el secreto de la información en ellos contenida". Fundamento jurídico material primero.

obren en los archivos de este regulador, *“al objeto de ofrecer a los ciudadanos una mayor celeridad en el cumplimiento de este principio de transparencia”*⁴¹⁸.

Aunque la Resolución de 8 de mayo de 2008 de la Comisión no lo indique expresamente, debe entenderse que este acceso estará limitado por las excepciones establecidas en la LRJPAC y respecto de aquella información que pudiere contener secretos comerciales e industriales y estén amparadas por el principio de confidencialidad.

III.2 Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el acceso a la información pública

En virtud de los principios de transparencia, legalidad y publicidad que incardinan la actuación de la Administración, y recurriendo a las normas generales, el artículo 37.9 de la LRJPAC dispone que será objeto de periódica publicación *“la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares”*.

En el marco de las telecomunicaciones, el artículo 5.4 de la Directiva Marco establece que los Estados miembros deben velar por que, de conformidad con la normativa nacional sobre acceso público a la información y respetando la normativa comunitaria y nacional sobre secreto comercial, las ANR publiquen la información que pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo.

Para ello dichas autoridades deben dar a conocer las condiciones, modos, plazos, mecanismos y procedimientos mediante los cuales el público pueda acceder a esta información.

⁴¹⁸ Resolución de 8 de mayo de 2008 por la que se aprueba la delegación de determinadas competencias en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AJ 2007/1457).

Recordemos que el artículo 38 de la LGTEL establece el derecho de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales; información que deberá ser eficaz, suficiente y transparente.

De forma especial, la normativa sectorial establece –artículos 9.2.d) de la misma ley y 21.2.d) del Real Decreto 424/2005-, tal como hemos visto en capítulos anteriores, que una de las finalidades de los requerimientos de información es la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios, dado que permite a éstos poseer información suficiente para conocer la oferta existente en el mercado y decidir en consecuencia, teniendo una visión más clara y transparente del mismo.

También las ANR publican anualmente o en algunos casos trimestralmente, un informe sobre el sector de las comunicaciones electrónicas y la evolución de sus mercados, teniendo en consideración los datos aportados por los operadores del sector.

Es importante señalar cuál es la garantía que encierra la publicación de la información por parte de los reguladores, y en ese sentido es fácilmente observable que la primera consecuencia es el acceso de los agentes del mercado a la información pertinente sobre derechos, deberes, obligaciones y condiciones de la prestación del servicio que le permiten participar en este sector.

a. Las condiciones de acceso a la información pública

En el sector de las telecomunicaciones, son las ANR quienes deben publicar las condiciones en que el público pueda acceder a la información que pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo, incluyendo los procedimientos para obtener dicho acceso, de conformidad con la regla contenida en el artículo 5.5. de la Directiva Marco.

La claridad en la elección del servicio que se pretende y demanda, basada en el conocimiento de los usuarios, es otra causa por la cual la ANR posee la responsabilidad de determinar qué información deben publicar las empresas suministradoras de redes telefónicas públicas o servicios telefónicos disponibles al público y qué información debe publicar el propio regulador⁴¹⁹.

Pero no sólo se justifica la publicación de la información para otorgar una mayor transparencia al proceso regulatorio o para facilitar a los usuarios y consumidores sus elecciones de consumo, sino también porque, por ejemplo, una provisión coordinada y puntual al público de la información oportuna relativa a la asignación, la disponibilidad y el uso del espectro radioeléctrico en la Comunidad porque constituye *“un elemento esencial para la realización de inversiones y la elaboración de políticas”*⁴²⁰.

La normativa que integra el MRCE especifica, en su articulado, el deber de las ANR de hacer pública determinada información del sector, reforzándose de esta manera el principio de transparencia regulatoria:

- a) Las ANR están facultadas para imponer obligaciones de transparencia en relación con el acceso y la interconexión y podrán determinar la información concreta que deberá ponerse a disposición, el nivel de detalle exigido y la modalidad de publicación (artículo 9.3. Directiva Acceso), que podrá ser por papel o electrónicamente, de forma gratuita o no y de acuerdo a la naturaleza y propósito de la información a suministrar.

⁴¹⁹ Entre los datos contenidos en el Anexo II figuran: Nombre y dirección de la empresa o empresas; servicios telefónicos disponibles al público ofrecidos; alcance del servicio telefónico disponible al público; tarifas generales que incluyan la cuota de acceso y de todo tipo de cuota de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas; política de compensaciones y reembolsos, con detalles concretos de los mecanismos de indemnización y reembolso ofrecidos; tipos de servicio de mantenimiento ofrecido; condiciones normales de contratación, incluido el plazo mínimo de contratación, si procede, mecanismos de resolución de litigios, con inclusión de los que haya creado la propia empresa; información acerca de los derechos en relación con el servicio universal, incluidas las facilidades y servicios citados en el Anexo I. (Art. 21 y Anexo II de la Directiva Servicio Universal).

⁴²⁰ Considerando 3 y 14 Decisión Espectro Radioeléctrico.

- b) Dichas autoridades podrán especificar el contenido y formato de la información que deberá hacerse pública y las modalidades de su publicación al objeto de garantizar que los usuarios finales y los consumidores tengan acceso a una información completa, comparable y de fácil consulta (artículo 11.3. de la Directiva Servicio Universal)
- c) Los Estados miembros deben velar por que estas autoridades, previa consideración de las opiniones de las partes interesadas, estén facultadas para exigir a las empresas -que prestan servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público- la publicación de información comparable, pertinente, actualizada sobre la calidad de sus servicios, destinada a los usuarios finales (artículo 22 Directiva Servicio Universal). Y en ese sentido los reguladores pueden precisar en detalle, entre otros elementos, los parámetros de calidad de servicio que habrán de cuantificarse, así como el contenido y formato de la información que deberá hacerse pública y las modalidades de su publicación, con el objeto de garantizar que los usuarios finales tengan acceso a una información completa, comparable y de fácil consulta⁴²¹.
- d) Los Estados miembros no sólo garantizarán la publicación de sus cuadros de atribución de frecuencias de radio nacionales, de la información sobre derechos, condiciones, procedimientos y cánones relativos al uso del espectro radioeléctrico, sino que también mantendrán actualizada dicha información y tomarán

⁴²¹Artículo 22.2 Directiva Servicio Universal.

medidas para crear bases de datos apropiadas que pongan dicha información a disposición del público⁴²².

b. La información de acceso público

Es cierto que existe una gran cantidad de información de que disponen dichas autoridades para realizar los análisis del mercado pertinentes, pero la publicación de sus conclusiones y de las evoluciones de los diferentes mercados se debe circunscribir a la información que contribuya a la consolidación de la competencia y el desarrollo del mercado interior, respetando los principios de confidencialidad, secreto comercial e industrial.

En ese sentido, las ANR de los distintos Estados miembros facilitarán, divulgarán y/o harán pública siempre que sea factible, entre otra, la información relativa a:

- a) La transparencia de tarifas y precios, como parte de la posibilidad de conservación del número (Considerando 41 Directiva Servicio Universal), así como las condiciones generales con respecto al acceso a los servicios telefónicos disponibles al público y a su utilización (Artículo 21.1 Directiva Universal).
- b) La información que resulte adecuada para que los usuarios finales tengan la posibilidad de hacer una evaluación independiente del coste de las modalidades de uso alternativas mediante, por ejemplo, guías interactivas (Art.21.2 Directiva Servicio Universal)⁴²³.

⁴²² Artículo 5. Disponibilidad de información. Decisión Espectro.

⁴²³ El Anexo II de la Directiva Servicio Universal establece la información que se debe publicar a los efectos del artículo 21 –Transparencia y publicación de información-, a fin de que los consumidores puedan elegir con conocimiento de causa:

- c) La información relativa al rendimiento de las empresas en la prestación de servicios a usuarios finales y consumidores con discapacidad, en relación con los parámetros de las normas adicionales de calidad (Art.11.2 Directiva Servicio Universal).
- d) La decisión que adopte en materia de litigios entre empresas, respetando las exigencias que impone el secreto comercial, pero exponiendo detalladamente a las partes interesadas los motivos en que se basa (Art.20.4 Directiva Marco).
- e) Las medidas que incidan significativamente en el mercado pertinente⁴²⁴ y que tenga intención de adoptar -con arreglo a las Directivas comunitarias que conforman el MRCE-; dando a las partes interesadas la oportunidad de efectuar observaciones sobre la medida propuesta en un plazo razonable, mediante los procedimientos de consultas nacionales, y creando un punto único de información donde se pueda acceder a todas las consultas en curso (Art.6 Directiva Marco)⁴²⁵.

1. Nombre y dirección de la empresa o empresas; 2. Servicios telefónicos disponibles al público; 2.1. Alcance del servicio telefónico disponible al público; 2.2. Tarifas generales que incluyan cuota de acceso y todo tipo de cuota de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas; 2.3. Política de compensaciones y reembolsos; 2.4. Tipos de servicio de mantenimiento ofrecido; 2.5. Condiciones normales de contratación, incluido el plazo mínimo de contratación, si procede; 3. Mecanismos de resolución de litigios, con inclusión de los que haya creado la propia empresa; 4. Información acerca de los derechos en relación con el servicio universal, incluidas las facilidades y servicios sobre control de gasto y adicionales.

⁴²⁴ Con excepción de aquellas medidas proporcionadas y provisionales tomadas con el objeto de preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios (tomadas derogando el procedimiento de consulta a la Comisión y a otras autoridades nacionales de reglamentación; de la resolución de litigios entre empresas y la resolución de litigios transfronterizos.

⁴²⁵ Asimismo velarán, por que dichas autoridades de reglamentación tengan en cuenta en la mayor medida posible las opiniones de los usuarios finales y los consumidores (incluidos, particularmente, los usuarios con discapacidades), los fabricantes y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas sobre las cuestiones relacionadas con todos los derechos de los usuarios finales y los consumidores en materia de servicios de comunicaciones electrónicas, disponibles al público, especialmente cuando tengan un impacto significativo en el mercado (Art.33.1 Directiva Marco).

- f) La información que solicite la Comisión Europea, de forma motivada, necesaria para desempeñar las misiones que le asigne el Tratado (Art. 5.2. Directiva Marco).
- g) La información sobre los controles aplicados y, si procede, sobre los sistemas de contabilidad de costes utilizados por las empresas en cuestión, a la Comisión Europea (Artículo 17 Directiva Servicio Universal).
- h) Ciertos proyectos de decisiones, que tengan incidencia sobre los intercambios entre los Estados miembros⁴²⁶, a la Comisión y a las ANR, para darles oportunidad de formular sus observaciones.
- i) Las medidas que adopten en la determinación de un mercado realmente competitivo, de un mercado que no es competitivo o de mercados transnacionales. Éstas se someterán a los procedimientos de transparencia y consulta contemplados en los artículos 6 y 7 (Art.16.3 Directiva Marco), como oportunamente veremos en detalle más adelante.
- j) Los nombres de los operadores considerados como poseedores de un peso significativo en el mercado, así como las obligaciones que les hayan sido impuestas y cualquier cambio relacionado con las mismas. Todo ello notificado a la Comisión Europea (Art.16.2 Directiva Acceso y Art.36.2 Directiva Servicio Universal).

⁴²⁶ Los casos en que se aplican los procedimientos de consulta se definen en la Directiva Marco, principalmente.

- k) Los Estados miembros deben poner a disposición del público una información actualizada relativa a la aplicación de las disposiciones que integran el MRCE, garantizando el fácil acceso a dicha información a todas las partes interesadas. En ese sentido se procederá a una publicación en el Boletín Oficial del Estado miembro, explicando el cómo y dónde de la misma, remitiendo una copia de estos anuncios a la Comisión Europea, quien la distribuirá al Comité de Comunicaciones. Efectuándose de esta manera, otro control más por esta institución comunitaria.

No obstante, estas previsiones sobre el acceso del público en general a la información regulatoria, no podemos dejar de señalar que dadas las características de las telecomunicaciones el fin perseguido con dicho acceso a la información del sector no siempre se cumple. Ello se debe a que, en muchas ocasiones, se requiere de un alto grado de conocimientos técnicos y especializados, principalmente económicos, para comprender aspectos de la regulación de las comunicaciones electrónicas. Para esto, todos los agentes deben estar en condiciones de poder entender los diferentes informes, decisiones y consultas que pudieren elaborar, adoptar y transmitir las ANR, la Comisión Europea –también sus Comités Consultivos-, las Autoridades Nacionales en materia de Defensa de la Competencia o las ANR de otros Estados miembros, en su caso. Y, consecuentemente, deben tener la capacidad de interpretar la información – de acuerdo a su nivel de conocimiento-, y decidir conforme a ella, ya sea en el marco de una consulta pública, como en sus decisiones de consumo.

IV. Recapitulación

El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no se configura como derecho no fundamental, sino de

configuración legal aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva, que sí son derechos fundamentales.

A nivel nacional, la Constitución Española (art.105.b) y los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, conceden el derecho de acceso a los interesados en cada uno de los procedimientos administrativos y a los ciudadanos, al igual que el artículo 255 TCE lo hace con las personas físicas o jurídicas con residencia o domicilio social en un Estado miembro.

A nivel comunitario la normativa que resulta aplicable son los Reglamentos Comunitarios (CE) 1049/2001, sobre el Acceso Público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 773/2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuesto de aplicación de los artículo 81 y 82 del Tratado CE.

El derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración Pública supone, para el ciudadano en general, una concreción de la evolución que la Administración democrática moderna ha experimentado en relación con la aplicación de los principios de transparencia y publicidad.

Tal como hemos tenido ocasión de comprobar, la doctrina, la jurisprudencia y la normativa comunitaria y nacional han ido profundizando y ampliando el reconocimiento del derecho de acceso a la información administrativa, vinculándolo con el principio de transparencia.

Hablar de acceso a la información implica no sólo garantizar el derecho a solicitar y recibir información que detenta la Administración Pública, sino también con la posibilidad de participar, de acuerdo al principio de transparencia administrativa, en la adopción de decisiones y actos que adopte, en su caso, en el ejercicio de sus competencias. Este mismo principio resulta aplicable a un ámbito como el sector de las telecomunicaciones y el acceso a la información regulatoria.

La normativa ha ido evolucionando hacia estados de mayor reconocimiento del derecho de acceso a los expedientes vinculados a la regulación del sector. Y además ha ido incrementando las posibilidades de participación de operadores, usuarios, público en general, a través de consultas públicas sobre temas relevantes en materia de telecomunicaciones.

A lo largo de esta investigación hemos estudiado los diferentes mecanismos para obtener información y algunos de los cuales requería una implicación aun mayor de los agentes del sector en relación con la toma de decisiones eficientes, por parte del regulador, de cara al mercado.

Esta posibilidad de acceso pone al regulador en la tesitura de otorgar mayor transparencia a su labor reguladora, pero a su vez, establecer los procedimientos y mecanismos que permitan dicho acceso, sin olvidar que en un sector como éste la información, casi con carácter general, se considera confidencial o de acceso restringido. El regulador se constituye así, como Administración Pública, en sujeto pasivo del derecho de acceso a la información regulatoria.

En el seno del regulador, el acceso a la información puede producirse, no sólo por el acceso de aquellos que revisten la condición de interesados en el expediente durante su tramitación -como principio general consagrado en la LRJPAC – sino también a través del trámite de audiencia. Dicho trámite recogido en el artículo 84.1 de la LRJPAC posibilita a los interesados o sus representantes, antes de la redacción de la propuesta de resolución formular sus alegaciones.

Recientemente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha delegado en el Secretario la resolución sobre las solicitudes de acceso a los registros y documentos que obren en los archivos del regulador, fundamentando dicha delegación en la celeridad en el cumplimiento del principio de transparencia.

Finalmente cabe destacar que los reguladores deben publicar información actualizada al público y al mercado, y esta difusión constituye una

forma de acceso a la documentación del sector que pudiera resultar relevante al objeto de contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo, como indica el artículo 5.4. de la Directiva Marco.

Por su parte, no debemos olvidar que el artículo 38 de la LGTel consagra el derecho de información eficaz, suficiente y transparente de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales. Ya de forma más concreta el Real Decreto 424/2005 establece que una de las finalidades de los requerimientos de información previstos en el artículo 9 de la LGTel, es la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios en interés de los usuarios. Esta premisa resulta fundamental porque no sólo otorga transparencia al mercado sino que es posible que mejore sus elecciones de consumo, de acuerdo a sus necesidades y a la disponibilidad de información.

En cuanto a las condiciones de acceso a la información regulatoria (plazos, medios, procedimiento y contenido a publicar), las ANR son quienes deben especificar el contenido y formato de información que deberá hacerse pública y las modalidades de su publicación, al objeto de garantizar que los usuarios finales y los consumidores tengan acceso a una información completa, comparable y de fácil consulta.

La transparencia de la actividad de la Administración reguladora de telecomunicaciones, a través del acceso a la información regulatoria resulta fundamental para posibilitar la consulta o el conocimiento de cuantos documentos, informes y resoluciones haya podido dictar una ANR en el ejercicio de sus funciones regulatorias, pero siempre que no conculquen con los límites impuestos por la normativa vigente, ya sea por motivos de interés público como privado. En el próximo capítulo desarrollaremos los límites y excepciones al acceso a la información regulatoria, de conformidad con los conceptos de secreto comercial, industrial y empresarial.

CAPÍTULO II

La confidencialidad de la información regulatoria

Sumario: **I. Introducción** **II. Límites y excepciones al acceso a los documentos.** 1. En el ámbito comunitario 2. En el ordenamiento jurídico español **III. El principio de confidencialidad y la información.** 1. Definición de confidencialidad. 2. Tipos de información confidencial. **IV. El secreto comercial e industrial.** 1. Marco conceptual a. Secreto comercial e industrial b. Secretos empresariales. 2. Marco jurídico. a. Tratados europeos y actos de las instituciones comunitarias. b. Derecho de las Telecomunicaciones. 3. La noción de secreto comercial en la jurisprudencia. a. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. b. Tribunal Supremo. **V. La protección de la información confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.** 1. El tratamiento de la información confidencial 2. La declaración de confidencialidad en el ámbito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. a. Objeto de la declaración de confidencialidad. La noción de secreto comercial reconocida por el regulador. b. Sujetos que pueden solicitar la declaración de confidencialidad. c. La motivación de la declaración de confidencialidad. d. El principio de proporcionalidad y el método de la ponderación en las declaraciones de confidencialidad. 3. Luces y sombras del tratamiento de la información confidencial. a. Falencias en la regulación de la confidencialidad. b. Niveles de confidencialidad de la información regulatoria. c. Propuesta de Circular. **VI. Recapitulación.**

I. Introducción

Habiendo sido expuesto en el capítulo anterior la evolución del desarrollo normativo del derecho de acceso a los documentos tanto a nivel nacional como de la Unión Europea y, en consecuencia, las diferentes posibilidades de acceso a la información regulatoria por parte de los agentes que intervienen en el sector de las telecomunicaciones, en el presente capítulo se abordará el conjunto de excepciones que limitan dicho acceso, haciendo hincapié, para el caso particular de los límites al acceso a la información regulatoria confidencial, en el secreto comercial e industrial.

Dado que la presente Tesis Doctoral pretende efectuar un estudio lo más completo posible sobre la información y su incidencia en la regulación del sector de las telecomunicaciones, deviene necesario analizar los contrapesos con que cuenta la información regulatoria, al momento de ser requerida, aplicada, publicada, intercambiada y difundida.

La confidencialidad es, sin duda uno de los temas más importantes y controvertidos en relación con la utilización de la información regulatoria que contiene secretos comerciales e industriales. Basta pensar en los operadores de comunicaciones electrónicas que desarrollan su actividad en el sector de las telecomunicaciones, amparados por el derecho a la libertad de empresa⁴²⁷ y que, en el marco de su deber de colaboración con el regulador, aportan información sobre el desarrollo de su actividad económica.

La protección constitucional recoge todos los aspectos de la actividad empresarial, ya sea el ejercicio de la actividad propiamente dicha como aquellos aspectos que contribuyan al desarrollo de ésta.

Es decir, esta libertad implica la libertad para desarrollar una actividad y en ese desarrollo se ven implicados otros derechos como el de mantener los secretos comerciales e industriales en el seno de las empresas. Entonces, el secreto comercial encuentra su fundamento en el derecho a la libertad de empresa con miras a proteger el interés de los operadores en el mercado de las telecomunicaciones, protección que es razonable sólo en la medida en que la información puesta en conocimiento de los usuarios y de terceros operadores pudiera lesionar ese interés.

Sin embargo, el regulador necesita en el marco de sus funciones, determinada información y para ello el ordenamiento jurídico vigente reconoce este poder de requerir información u obtenerla a través de los diversos medios o mecanismos que hemos analizado en capítulos anteriores.

Por ello nos enfrentamos ante el conflicto entre dos principios el de la transparencia regulatoria y el de la confidencialidad de la información aportada por los operadores, el cual no se resuelve declarando que uno es una

⁴²⁷ La libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, constituye el núcleo de las cláusulas económicas constitucionales: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

excepción al otro, o que uno deroga al otro sino mediante ponderación de ambos decidiendo qué principio tiene preferencia sobre el otro en las determinadas circunstancias. Estos principios, como tendremos oportunidad de analizar pueden cumplirse en diferentes grados

En definitiva, consiste en ponderar, por una parte, el derecho a proteger la información de una empresa que contenga datos que pudieren revelar sus estrategias comerciales y, por la otra, el poder del regulador de requerir información y hacerla pública para consolidar el mercado interior o bien para transparentar el mercado.

Por esta razón, reviste especial importancia conocer el tratamiento que el regulador realiza de la información confidencial, en el marco de sus procedimientos regulatorios. En concreto resulta fundamental conocer cuál es el alcance y extensión de la noción de secreto comercial que utiliza el regulador a estos efectos, así como las garantías que tienen los operadores de que la información confidencial que presentan ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reciba el tratamiento adecuado a su carácter reservado o, en su caso, las motivaciones del regulador para no otorgarle dicho carácter.

En consecuencia, a continuación se expondrán el conjunto de límites y excepciones de acceso a la información que recogen el ordenamiento jurídico español así como la normativa comunitaria, estableciendo los criterios que rigen en cada caso. Asimismo se abordará la noción de confidencialidad para concluir con un análisis del secreto comercial, industrial y empresarial desde la triple perspectiva de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Mención especial merece el análisis que se realiza del procedimiento que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aplica en el tratamiento de la información confidencial resaltando, por un lado, el alcance y contenido de la declaración de confidencialidad, la aplicación del principio de proporcionalidad para la protección de los datos considerados confidenciales por el regulador, la motivación de la resolución que declara la confidencialidad de la información

regulatoria y la ponderación de los intereses controvertidos, y, por otro lado, las falencias y lagunas en la regulación sobre la confidencialidad de la información regulatoria, todo ello de acuerdo con la normativa aplicable y con la doctrina de esta ANR recogida en sus resoluciones.

Este capítulo culmina, como consecuencia del estudio integral de todos aquellos aspectos vinculados con la confidencialidad de la información regulatoria, con una propuesta de Circular sobre el tratamiento de la información confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

II. Límites y excepciones al acceso a los documentos

Tal como hemos tenido oportunidad de estudiar en el capítulo anterior, el acceso a la información aparece regulado por distintas normas nacionales y de la Unión Europea. En los diferentes ordenamientos jurídicos hemos apreciado que existen una serie de principios comunes que reconocen al derecho de acceso a los documentos como una concreción del principio de transparencia de la Administración Pública. Asimismo, y pese a que existan ciertas reglas y prácticas vinculadas a la publicidad de la actuación administrativa, también es posible reconocer una serie de excepciones a dicho acceso que vienen a confirmar su carácter de derecho no absoluto.

De forma genérica podemos indicar que la denegación de acceso a los documentos se basa en los siguientes criterios:

- Por razón de interés del Estado, al afectar materias propias en las que suelen tener competencia exclusiva, como la seguridad nacional, el orden público, el interés económico, las relaciones internacionales o los procedimientos legislativos.

- Por razón de interés de terceros. Las normas aluden a la protección de derechos como el de la intimidad, al honor, la propiedad intelectual, el secreto comercial e industrial.
- Por protección de un proceso decisorio, ya sea en los casos de información preliminar o de uso interno.
- Debido a los costes y cargas desmedidas en las administraciones afectadas como consecuencia de la solicitud de acceso a la información.

II. 1. En el ámbito comunitario

A escala Comunitaria, el Reglamento (CE) 1049/2001 establece en su artículo 4.1 que son causas de denegación del acceso a un documento la existencia de un perjuicio para la protección del interés público en relación con la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares, las relaciones internacionales, la política financiera, monetaria o económica de la UE o de un Estado miembro, así como la protección de la intimidad y la integridad de las personas.

Asimismo este Reglamento reconoce que las instituciones comunitarias podrán denegar dicho acceso cuando la divulgación de un documento suponga un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual, de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico, el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior.

No obstante, también se prevé la denegación de acceso cuando el documento hubiere sido elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella o que contenga opiniones para su uso interno, relacionado con

un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.

A su vez el Reglamento recoge la aplicación de las excepciones de acceso cuando los documentos pertenecen a terceros. En ese caso prevé que la institución les consultará con el fin de verificar si son aplicables las excepciones anteriormente citadas, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos.

No sólo los terceros particulares que hubieren aportado determinada información pueden indicar lo que consideran que debe darse tratamiento confidencial, sino también un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue, sin su consentimiento previo, un documento originario de dicho Estado. Pero en todo caso, es posible que se otorgue un acceso parcial a dicho documento, es decir que se divulguen aquellas partes del mismo a las que no se les aplican estas excepciones.

A mayor abundamiento, esta normativa establece la previsión respecto del límite temporal en el que han de regir dichas excepciones, siendo el mismo de 30 años⁴²⁸.

En el mismo sentido la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, establece que los documentos internos de la Comisión, es decir las actas de las reuniones o la correspondencia entre la Comisión y otras autoridades, en particular las de la competencia de los Estados miembros, o los borradores, dictámenes, memorandos o notas de los departamentos de la Comisión o de las otras autoridades públicas, son documentos no accesibles. Y sólo podrá acordar su acceso si contienen elementos de pruebas contra las partes o cuando sean pertinentes para la defensa de las mismas⁴²⁹.

⁴²⁸ Artículo 4.7. "Podrán aplicarse las excepciones durante un período máximo de 30 años. En el caso de los documentos cubiertos por las excepciones relativas a la intimidad o a los intereses comerciales, así como en el caso de los documentos sensibles, las excepciones podrán seguir aplicándose después de dicho período, si fuere necesario".

⁴²⁹ Punto 12. "Los documentos internos no pueden ser incriminatorios ni exculpativos. No forman parte de las pruebas en las que puede basarse la Comisión en su apreciación de un asunto. Así pues, no se concederá a la partes acceso a

Asimismo, los secretos comerciales u otra información confidencial, se consideran excepciones al acceso a los documentos. Y esta Comunicación define ambos conceptos, tal como tendremos oportunidad de abordar más adelante, cuando tratemos la noción de secreto comercial y empresarial.

Como principio general, quienes faciliten información a la Comisión Europea deben indicar claramente todos aquellos elementos que consideren confidenciales, así como facilitar una versión no confidencial, y en los casos de acuerdos y posiciones dominantes tienen la obligación de describir de manera sucinta cada uno de los pasajes suprimidos.

Dicha institución comunitaria analizará, en cada caso, si un documento puede ser objeto de divulgación, ya sea de forma integral como parcial. Pero quizás una de las más importantes previsiones de esta Comunicación es que la Comisión Europea puede aceptar provisionalmente la confidencialidad de la información y, en una fase posterior, revocar total o parcialmente esta aceptación, cuando entienda que dicha solicitud carece de justificación.

II. 2. En el ordenamiento jurídico español

El ordenamiento nacional recoge, como causas de denegación de acceso a la información administrativa, tanto a razones de interés público como privado.

La Constitución española establece en su artículo 105 b) que el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, está limitado si existen razones que afecten a la seguridad y defensa del Estado, las averiguaciones de delitos y la intimidad de las personas.

Por su parte, el artículo 37.4. de la LRJPAC dispone que dicho acceso podrá ser denegado *“cuando prevalezcan razones de interés público,*

los documentos internos que figuren en el expediente de la Comisión. Dada su falta de valor probatorio, esta restricción del acceso a los documentos internos no perjudica el adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes”.

por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

El interés público juega aquí un papel fundamental como un valor que podría predominar sobre el acceso a los documentos públicos si la Administración Pública realizara una ponderación entre ambos. En efecto la Administración está legitimada para determinar el interés público –concepto jurídico indeterminado- (publicidad y transparencia de las decisiones regulatorias), que debe prevalecer por sobre el interés privado de quienes quieren preservar su información confidencial que contiene secretos comerciales.

Asimismo, el artículo 37.5 de la LRJPAC lista una serie de expedientes en relación a los cuales se exceptúa el acceso a los documentos, entre ellos los expedientes que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo (inciso a), sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado (inciso b), los tramitados para la investigación de delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando (inciso c), los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial (d) y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria (e).

No obstante lo expuesto, de las razones de denegación de acceso a los documentos, quizás la más importante en el sector de las telecomunicaciones es la que esgrimen los operadores del sector respecto del artículo 37.5 d) de la LRJPAC como fundamento de su solicitud para que la información aportada al regulador reciba tratamiento confidencial.

En ese sentido, el precepto es muy escueto en su redacción, dado que sólo prevé que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto de expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o

industrial, sin indicar el contenido de ese concepto, ni remitir a otra legislación a estos efectos.

Por esta razón, resulta fundamental determinar el alcance de la noción de secreto comercial e industrial, según la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria, partiendo de la noción de confidencialidad, tal como a continuación exponemos.

III. El principio de confidencialidad y la información

El principio de confidencialidad es uno de los mayores límites al momento de hacer pública una información, y constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por los operadores del mercado para no facilitar la información requerida por el regulador, o bien retrasar su aportación.

Cabe recordar que ni la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, ni la reguladora del secreto comercial o industrial, determinan con precisión y con carácter previo cuales son las características que deben reunir los documentos para poder calificarlos como confidenciales.

En consecuencia, las únicas reglas que pueden establecerse, con carácter general en relación con la solicitud de dar tratamiento de información aportada, se refieren a la necesidad de analizar minuciosamente el carácter de cada documento y la aplicación del principio de proporcionalidad para ponderar los intereses jurídicos en juego, ya sea el interés público como el privado, en relación con la divulgación de determinada información.

Tal como tendremos oportunidad de analizar más adelante, la confidencialidad se define a partir del concepto de secreto comercial o industrial, razón por la cual partimos de la premisa de que se considera confidencial todo dato o información cuya publicación vulneraría dicho secreto y causaría un perjuicio para quien lo ha reportado; para luego continuar en nuestro análisis con la conformación de esta noción, de acuerdo al alcance

otorgado por la doctrina y la legislación comunitaria, y establecer los diferentes tipos de información confidencial presentes en este sector.

III.1. La definición de confidencialidad

La confidencialidad es “*un concepto relacionado con la privacidad, como derecho de las personas a determinar qué datos suyos pueden ser conocidos, por parte de quiénes y durante cuánto tiempo*”⁴³⁰.

La doctrina entiende que la información confidencial entraña el carácter de secreto aplicado a un conocimiento, lo cual implica “*que éste es conocido sólo por unos pocos que bien pertenecen a una organización y están sometidos a un deber de confidencialidad o bien sin pertenecer a ninguna organización se les ha revelado el secreto pero con la obligación contractual de mantener su carácter oculto*”⁴³¹.

En esa misma línea la Comisión Europea ha definido por una doble vía qué debe entenderse por información confidencial: teniendo en consideración al destinatario, en cuyo caso la información confidencial sería toda información destinada a un sujeto receptor concreto que tiene la obligación de guardar dicho secreto⁴³²; y en función del medio por el que se obtuvo la información, de modo que lo sería aquella información a la que sólo tienen acceso determinadas personas por el puesto que ocupan en el organigrama de una empresa o de la Administración Pública⁴³³.

Estas definiciones nos sitúan en el campo etimológico del término, entendiendo por confidencial la información que reviste tal carácter por contener secretos comerciales e industriales, es decir la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes

⁴³⁰ PESO NAVARRO, Emilio del; RAMOS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Confidencialidad y seguridad jurídica de la información; La Loartad y sus implicaciones socioeconómicas*. Madrid: Díaz de Santos, 1994, p.35.

⁴³¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa, *Protección penal del secreto de empresa*, Madrid: Editorial Colex, 2000. P. 31.

⁴³² Asunto Austroni AG, nota 37 al capítulo segundo.

⁴³³ Asunto N° 42447/69 Decisión de admisibilidad de 24 de julio de 1970, CEDH, vol.13, 1970, p.888.

de las mismas, así como aquella información que pudiere perjudicar al interés público.

No debemos olvidar que resulta necesario ponderar el principio de confidencialidad de la información transmitida por los particulares respecto del principio de publicidad de la información de la Administración. Este resguardo se aplica aun con mayor intensidad en aquellos casos en que la información pudiera afectar el secreto comercial o industrial de los operadores, salvo que el interés público se halle comprometido.

De todo ello podemos reconocer dos aspectos de la confidencialidad. El subjetivo constituido por la intención de guardar el secreto de forma estrictamente confidencial y la convicción de que ese conocimiento debe mantenerse oculto; y el aspecto objetivo representado por las precauciones y medidas adoptadas a tal fin, ya sea por quien aporta la información, como por aquel hacia quien va dirigida.

La legislación comunitaria también recoge el principio de confidencialidad como límite a los intercambios de información que suministran y reciben entre las ANR y las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

En esa dirección, la información considerada confidencial por una ANR, de conformidad con la normativa comunitaria y nacional sobre secreto comercial, sólo puede intercambiarse con la Comisión y con otras ANR cuando dicho intercambio resulte imprescindible para aplicar lo dispuesto en la Directiva Marco o en directivas específicas⁴³⁴.

El artículo 11 de la LGTel establece, entre los principios generales aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión, la

⁴³⁴ Artículo 5.3. Directiva Marco.

El intercambio se debe limitar a la información que resulte pertinente y proporcionada con la finalidad del intercambio, garantizándose en todo momento dicha confidencialidad.

La Directiva Marco, reserva a la Comisión Europea la potestad de hacer compartir informaciones entre las diferentes ANR, respetando la confidencialidad, y obliga a las ANR de un Estado miembro a informar a sus empresas de qué informaciones suyas pedidas y proporcionadas previamente han sido requeridas por esta institución comunitaria. Sin embargo deja intacta la potestad de estas autoridades de negar, motivadamente y de modo expreso, ese intercambio de información abierto con la Comisión, con lo que atenúa la anteriormente citada discrecionalidad de la Comisión Europea.

confidencialidad de la información transmitida en ocasión de la negociación de los acuerdos de acceso o interconexión⁴³⁵.

Precisamente, esta protección que contiene la legislación nacional, proviene de las disposiciones comunitarias, siendo los Estados miembros los que deben exigir a las empresas que utilicen la información obtenida de otras empresas -con anterioridad, durante o con posterioridad al proceso de negociación de acuerdos de acceso o interconexión- exclusivamente para dar cumplimiento a los fines para los que les fue facilitada, respetando la confidencialidad de la información transmitida o almacenada⁴³⁶.

A mayor abundamiento, la Directiva Acceso, en su Artículo 4.3, dispone que *“no deberá darse a conocer la información recibida a terceros, en especial cuando se trate de otros departamentos, filiales o asociados para los cuales ésta pudiera constituir una ventaja competitiva”*.

El aprovechamiento de toda ventaja, por parte de un operador, supone poseer información sobre los restantes operadores y utilizarla para fines distintos de los previstos en la propia difusión, lo que podría implicar una conducta anticompetitiva.

La misma Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, mediante diferentes Resoluciones, es quien declara la confidencialidad de los Acuerdos de Interconexión, así como de sus anexos. En efecto, el regulador español es la autoridad competente para determinar las partes de los acuerdos de interconexión que puedan afectar al secreto comercial o industrial por estar relacionados con la estrategia comercial de las partes que firman dichos acuerdos⁴³⁷.

⁴³⁵ En ese sentido, expresamente el inciso 6 de dicho artículo dispone que “los operadores que obtengan información de otros, en el proceso de negociación de acuerdos de acceso e interconexión, destinarán dicha información exclusivamente a los fines para los que les fue facilitada y respetarán en todo momento la confidencialidad de la información transmitida o almacenada, en especial respecto de terceros, incluidos otros departamentos de la propia empresa, filiales o asociados”.

⁴³⁶ Artículos 4.3 de la Directiva Acceso y 11 de la Directiva Autorización.

⁴³⁷ En igual sentido, en el ámbito comunitario, esta competencia está contemplada en la Directiva 97/33/CE, del Parlamento y del Consejo, de 30 de junio de 1997⁴³⁷ que expresamente prevé que la ANR determinará las secciones de los acuerdos de interconexión que tienen que ver con la estrategia comercial de las partes, las cuales serán

En concreto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha manifestado en diferentes sentencias que *“la Comisión tiene competencia con carácter irrenunciable para hacer pronunciamiento sobre la confidencialidad de los documentos sometidos en que se formalizan los acuerdos de interconexión...”*⁴³⁸.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe compatibilizar entonces la normativa reguladora del secreto comercial o industrial, con la obligación de poner a disposición, de los terceros interesados, todas las informaciones necesarias para la negociación de los acuerdos pertinentes con el operador dominante, velando para que la interconexión de las redes de telecomunicaciones se realice en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales⁴³⁹.

Por todo lo expuesto podemos concluir que resulta confidencial toda aquella información cuyas características hacen que quien la elabora o la aporta tenga la intención y la convicción de que permanezca en una esfera no pública, y quien la reciba tome las precauciones y medidas necesarias para otorgarle el tratamiento de información con acceso restringido o limitado, de acuerdo a la ponderación de interés público y privado comprometidos en esta cuestión.

confidenciales, siendo sólo accesibles los términos, condiciones y cuotas de interconexión a petición de las partes interesadas.

⁴³⁸ Recurso número 0494/1999, de 29 de febrero de 2000 Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

⁴³⁹ Esto ha sido recogido por diferentes resoluciones del regulador, y entre ellas podemos mencionar la de fecha 10 de mayo de 2001, que resuelve el expediente AJ 2001/4180 sobre la declaración de confidencialidad del Addendum al anexo técnico y de operación del acuerdo general de interconexión suscrito entre Telefónica Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España S.A. y Cable I de Catalunya S.A.439, y que realiza un desarrollo completo de la normativa aplicable en esta materia (basó su decisión sobre la confidencialidad del contenido de los Acuerdos de Interconexión en el artículo 22.6 de la Ley 11/1998 y el artículo 2.8. del Reglamento por el que se desarrolló el Título II de esa Ley, aprobado por Real Decreto 1651/1998).

Así, considerando el artículo 32 del Código de Comercio, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entendió que “las informaciones contenidas en los acuerdos de interconexión que se refieran a la contabilidad de los empresarios intervinientes en los mismos, pueden ser susceptibles de afectar al secreto comercial y, por lo tanto, no deben ser puestas a disposición de los operadores interesados”. De esta manera estableció que el índice correspondiente al apéndice 2 “Planos de ubicación de las arquetas de interconexión”, la caracterización técnica de los Puntos de Interconexión, el encaminamiento y dimensionado de la ruta entre Cable i Televisió de Catalunya y Telefónica, la identificación y localización de las Centrales Frontera de la red fija y nodos de Telefónica y Menta, capacidad de las tramas y códigos de puntos de señalización cuya constitución se acuerda (excepto la expresión inicial “cuasiasociada”) y los planos de ubicación de las arquetas de interconexión, contienen información de especial carácter estratégico constitutivo del secreto comercial.

III. 2. Tipos de información confidencial

De acuerdo con la noción de confidencialidad anteriormente desarrollada es posible establecer diferentes tipologías de información confidencial. El carácter de confidencial de la información puede ser explícito, a través de la legislación, circular o disposición interna (cuando la normativa así lo establezca); o implícito, por la propia naturaleza de la información.

Asimismo, una información reviste el carácter de confidencial teniendo en consideración su origen (criterio de la autoría) y/o a quien va dirigida (criterio del destinatario), así como las materias sobre las que versa esa información (criterio temático).

Podemos reconocer la información procedente del exterior del regulador, de la información generada exclusivamente de manera interna. Estos informes internos y estudios de mercado pueden contener información potencialmente confidencial a pesar de recoger únicamente datos internos o de estar elaborados a partir de datos especialmente aportados por los operadores del mercado.

La información confidencial también puede identificarse por exclusión, es decir que no será confidencial aquella información que ha sido publicada por el operador o por el regulador, es decir que es de conocimiento público y general.

En definitiva, reconocer los diferentes tipos de información confidencial posibles, desde un plano teórico, resulta fundamental en aquellos casos en que no exista una regulación completa sobre la confidencialidad de la información regulatoria.

Establecido el continente que representa la confidencialidad, es necesario introducirnos en su contenido, es decir en el campo conceptual del secreto comercial e industrial, a fin de determinar el alcance de la protección de la información regulatoria que reviste carácter confidencial.

IV. El secreto comercial e industrial

El ordenamiento jurídico español se caracteriza por la inexistencia de un texto normativo que expresamente establezca la definición de secreto comercial o industrial, ambos conceptos ligados con el de confidencialidad⁴⁴⁰.

Por su parte existe legislación comunitaria y española que, en alguna medida, intentan aproximar estos conceptos, para aplicarlo luego al principio de confidencialidad. Y otro tanto sucede con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo de nuestro país, tal como tendremos ocasión de apreciar en el desarrollo del siguiente punto.

En todo caso la protección del secreto, en especial a través del derecho–deber a mantenerlo como tal, se fundamenta en unos casos en razones de interés público y en otros casos de interés particular.

La protección de los derechos de los particulares, incluso cuando están a disposición de la propia Administración Pública, se basa en el hecho de que con el mantenimiento del secreto se salvaguardan derechos e intereses de los particulares que incluso tienen relevancia constitucional. Es decir que priman los derechos e intereses de los particulares frente a otros intereses gestionados por el Estado.

Por su parte, cuando el secreto se fundamenta en razones de interés público, lo que se pretende preservar es el buen funcionamiento de la Administración Pública, es decir que pueda actuar con arreglo a los principios de eficacia, sirviendo con objetividad a los intereses generales, y, en consecuencia evitar la transmisión de la información que reviste el carácter de secreto.

Por ello resulta fundamental que el regulador reconozca aquellos mecanismos que protegen a la información aportada por un interesado, al

⁴⁴⁰ El artículo 32 del Código de Comercio dispone que la contabilidad de un empresario es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes.

objeto de evitar que su conocimiento por terceros puede causar perjuicio a los intereses públicos o privados y, en su caso, si resultara procedente hacerla pública, determine las razones que posibilitan el levantamiento de la confidencialidad, ya sea de forma total o parcial.

IV.1. Marco conceptual

a. Secreto comercial e industrial

El diccionario de la Real Academia Española define como secreto (del lat. *secrētum*), entre otros, a la cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta; al conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio; así como a aquello que es oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás.

En términos generales puede decirse que se considera secreto industrial o comercial, toda información que guarde una persona con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros, en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas razonables para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La normativa establece que se consideran confidenciales los datos que constituyan o contengan secretos comerciales o industriales; no obstante esta equiparación de conceptos, ambas nociones son esencialmente diferentes.

El secreto industrial, es decir el conjunto de secretos que recaen sobre un saber o conocimiento técnico-industrial, entendido en un sentido estrictamente terminológico comprende los invenciones, descubrimientos científicos, dibujos y modelos industriales, prácticas manuales y otras

creaciones que no entren en estas categorías⁴⁴¹, por lo que resulta muy difícil establecer casuísticamente todos los posibles objetos de este secreto⁴⁴².

El secreto industrial no protege una hipotética esfera de reserva o intimidad empresarial, ha dicho autorizada Doctrina, *“sino que preserva los resultados del propio esfuerzo y el fomento del avance industrial y comercial. El derecho al secreto industrial es de contenido patrimonial, que no puede ser equiparado al derecho fundamental de la intimidad”*⁴⁴³.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁴⁴⁴- que tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado- establece, a tal fin, la prohibición de los actos de competencia desleal. Esta norma recoge la divulgación de un secreto industrial, como un acto de competencia desleal, según queda recogido en su artículo 13. Dicha divulgación será tal cuando se haga sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente. Así tendrá la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo. Para ello será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

⁴⁴¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa, *Protección penal del secreto de empresa*. Madrid: Editorial Colex, 2000. P.46-55.

⁴⁴² La invención es definida como una regla técnica que trata de solucionar un problema humano concreto mediante la aplicación de las fuerzas de la naturaleza animada o inanimada. GÓMEZ SEGADÉ, J.A. *El secreto industrial (Know-how)*. Concepto y protección. Madrid: Tecnos, 1974, p.90.

La Ley 11/1986 de Patentes establece, en su artículo 4.1, tres requisitos de patentabilidad que son la novedad, la actividad inventiva y la susceptibilidad de aplicación industrial.

Los dibujos y modelos industriales son creaciones relativas a la apariencia de los productos que, sin afectar a su utilidad, contribuyen a darles un aspecto más agradable y atractivo, mediante una conformación estética –como sucede en los productos tridimensionales, o mediante una apariencia lineal o bidimensional. BAYLOS CORROZA, H. *Fundamento jurídico y social de la propiedad industrial*, en I Cursillo sobre la propiedad industrial, celebrado en Madrid. Octubre-diciembre 1966, Barcelona, 1969, p. 791-792.

Las prácticas manuales comprenden *“cualquier regla o dispositivo ingenioso que perfecciona un procedimiento o aparato anterior, y que se mantiene secreto”*. GÓMEZ SEGADÉ, J.A. *El secreto industrial (Know-how)*. Concepto y protección, Madrid 1974, p. 108.

⁴⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 129/2005 (Sala de lo civil, Sección 1ª), de 4 de marzo. Recurso de casación núm. 3824/1998. Fundamento de Derecho Primero.

⁴⁴⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal BOE, núm. 10, 11.01.1991.

Por su parte, el concepto de secreto comercial comprende a toda información reservada a la esfera estrictamente comercial, organizativa y financiera de la empresa, es decir “*son conocimientos y formas de hacer las cosas dentro de las organizaciones que no interesan o no es posible patentar*”⁴⁴⁵. En definitiva son secretos comerciales “*los que recaen sobre saberes o conocimientos relativos al sector de comercialización de una empresa*”⁴⁴⁶.

Asimismo no se considera, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión. El traspaso de la información declarada confidencial a la esfera pública a partir de su revelación, o lo que es lo mismo al conocimiento general como resultado de su publicación, hace que dicha información ya no está amparada por la confidencialidad.

En conclusión, los elementos o presupuestos necesarios para que una información pueda ser declarada confidencial son, en primer lugar, que el objeto de conocimiento no sea notorio, en segundo lugar, que tenga para la entidad que lo ha comunicado un valor económico actual o potencial por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores o su revelación pudiere perjudicarlo significativamente (secreto comercial e industrial), y finalmente, que quien suministra la información también haya manifestado la voluntad de mantenerlo en secreto.

b. Secretos empresariales

Existe una tercera categoría conceptual, los secretos empresariales, que se configura como una noción omnicomprendiva de las dos

⁴⁴⁵ ROBLES HELEZ-VILLAROEEL, Juan Fernando (Dir). *Diccionario enciclopédico profesional de finanzas y empresa*. Madrid: Editorial Instituto Superior de técnicas y prácticas bancarias-Accenture, 2001, p.710.

⁴⁴⁶ CUESTA RUTE, Jose María. *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid: Editorial Espasa-Fundación Tomás Moro, 2005, p.1300.

categorías de secretos tratados en párrafos anteriores, y a su vez genérica, dado que incluye todas las informaciones de los diferentes ámbitos que pertenecen a la actividad empresarial. Resultando por lo tanto conformado por los objetos de ambos secretos.

Así, los secretos empresariales son *“un conjunto de conocimientos o saberes que poseen el empresario y las personas que integran el círculo empresarial, relativos a la empresa y al establecimiento o negocio, que constituyen una esfera que voluntariamente se desea mantener reservada en beneficio del ventajoso desenvolvimiento en el mercado de la actividad empresarial”*⁴⁴⁷.

En el Derecho norteamericano el “Trade secret” se define como una *“fórmula, diseño, mecanismo o compilación de información que sea utilizada por un empresario en su actividad empresarial y le ofrezca la oportunidad de obtener una ventaja sobre sus competidores, los cuales no la conocen o no la utilizan. Puede ser una fórmula para una composición farmacéutica, un proceso de fabricación, tratamiento o mantenimiento de materiales, un modelo de máquina u otros mecanismos, o una lista de clientes”*⁴⁴⁸.

La doctrina y la jurisprudencia diferencian estos dos conceptos del de secreto empresarial, aunque las cualidades del secreto empresarial, en concreto la intangibilidad del objeto sobre el que se configura el derecho y la trascendencia económica de su contenido en el mercado, nos permiten relacionarlo con los derechos de propiedad industrial⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ ROBLES HELEZ-VILLAROEL, Juan Fernando (Dir). ..., p.710.

⁴⁴⁸ “A Trade secret may consist of any formula, pattern, device or compilation of information which is used in one’s business, and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use. It may be formula for a chemical compound, a process of manufacturing, treating or preserving materials, a pattern for a machine or other device, or a list of customers”. Restatement of Torts, Comment (b) del artículo 757.

⁴⁴⁹ La naturaleza jurídica de las informaciones incluidas en la figura del secreto empresarial es sustancialmente idéntica a la del objeto protegido por los derechos surgidos de la legislación sobre propiedad industrial. Mientras la normativa sobre patentes confiere un derecho de exclusiva, para promover el progreso de la ciencia, limitado en el tiempo, a cambio de la publicidad del conocimiento, no sucede lo mismo en relación con el secreto empresarial, ya que el titular disfruta del conocimiento o la información sin que exista posibilidad alguna de que se dé ese conocimiento público. Por ello, el secreto empresarial gozará de una protección menor que la que hubiera obtenido si hubiera acogido a la normativa sobre propiedad industrial. La protección perdurará en tanto en cuanto la

Estamos en presencia de una modalidad de bien inmaterial, que si bien posee una existencia intelectual, se materializa y con ello posibilita su identificación, conocimiento y utilización. Otorgando, de esta manera a su titular “*un derecho de propiedad que comporta la exclusividad en la disposición de dicho bien*”⁴⁵⁰. Por ello, y siguiendo a Llobregat, el secreto empresarial como bien inmaterial necesita de una tutela jurídica moderna y uniforme por razones de justicia y política económica⁴⁵¹.

En definitiva, podemos sintetizar que existen requisitos configuradores para la existencia del secreto empresarial, que son los mismos que para la existencia de confidencialidad. Primero, que la información sea reservada, es decir que no sea de dominio público; en segundo lugar, que aporte al empresario una ventaja competitiva o económica, y, finalmente, que su carácter confidencial se cumple con la simple condición de que el titular no tenga la voluntad de desvelar la información. No obstante la Doctrina y la normativa nacional y comunitaria utilizan el término secreto comercial o industrial tal como los hemos definido en epígrafes anteriores, y tendremos oportunidad de analizar a continuación.

IV.2. Marco jurídico

Habiendo expuesto y concretizado qué entiende la Doctrina por secreto comercial e industrial, a continuación analizaremos el alcance que la normativa comunitaria y nacional le otorgan a este concepto.

a. Tratados europeos y actos de las instituciones comunitarias

información permanezca en secreto. IRÁKULIS ARREGUI, Nerea. *La captación de clientes desde la perspectiva del derecho de la Competencia (II). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1999*. La Ley. Año XXII, Número 5345, jueves 5 de julio de 2001. Fuente www.laley.net, p. 11.

⁴⁵⁰ IRÁKULIS ARREGUI, Nerea. *La captación de clientes desde la perspectiva del derecho de la Competencia (II). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1999*. La Ley. Año XXII, Número 5345, jueves 5 de julio de 2001. Fuente www.laley.net, p. 10.

⁴⁵¹ LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. Aproximación al concepto de secreto empresarial/EN/ *Estudios de Derecho mercantil, Homenaje al profesor Justino Duque*. Valladolid: Cedecs, 1998, p. 1036-1042.

El artículo 287 del TCE establece el deber de los miembros de las instituciones de la Comunidad, los miembros de los comités, y los funcionarios y agentes de la Comunidad a no divulgar informaciones que “*por su naturaleza*”, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes. Este mismo criterio es recogido en los apartados 2 y 4 del artículo 47 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero –TCECA-.

Por su parte, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica –TCEEA- prescribía el mismo principio aplicando el concepto de secreto comercial a la información recabada por motivo de sus funciones o relaciones públicas o privadas con las instituciones o instalaciones de la Comunidad o con las Empresas Comunes (Art. 194 del TCEEA).

El artículo 20.2 del Reglamento 17 establece que tanto la Comisión Europea y las autoridades competentes de los Estados miembros, así como sus funcionarios y otros agentes, estarán obligados a no divulgar las informaciones que hayan recogido en aplicación de este Reglamento, las cuales por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional.

Internacionalmente, para que una información tenga el carácter de secreto industrial, es preciso que sea secreta, posea valor competitivo y se tomen medidas para mantener el secreto, como se deriva del artículo 39.2 del ADPIC⁴⁵².

⁴⁵² Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida en que dicha información: a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b) Tenga un valor comercial por ser secreta; c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994).

En líneas generales podemos decir que, al momento de la aplicación del derecho comunitario de la competencia, la Comisión Europea tiene acceso y dispone de una importante cantidad de información sobre la actividad de las empresas en el mercado, llegando a tomar conocimiento de verdaderos secretos comerciales, tales como estrategias comerciales, modelos de negocio, costes y políticas de ventas, cuya difusión o conocimiento por parte de sus competidores en el mercado, la empresa tiene intención de evitar⁴⁵³.

El Código de conducta adoptado por la Comisión Europea– Decisión 94/90⁴⁵⁴- estableció un régimen de excepciones al acceso del público a los documentos de la Comisión Europea. Así contempla la denegación del mismo cuando la divulgación del documento pueda suponer un perjuicio para la protección del interés público –seguridad pública, relaciones internacionales, estabilidad monetaria, procedimientos judiciales, actividades de inspección e investigación-, la protección del individuo y de la intimidad, del secreto en materia comercial e industrial, de los intereses financieros de la Comunidad y la protección de la confidencialidad⁴⁵⁵. Asimismo podrá tomar una medida similar a fin de salvaguardar el interés de las instituciones en mantener el secreto de sus deliberaciones.

Asimismo, con objeto de identificar las características que pueden definir la información que debe ser calificada como confidencial por afectar al secreto comercial o industrial de las empresas resulta de interés la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, 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

⁴⁵³ “La entrega de esta información al resto de las empresas actuantes en los expedientes, o a terceros que lo soliciten puede ser contraria a los intereses de las empresas afectadas. Por ello, el derecho comunitario pretende proteger dicha información con el deber del secreto profesional de sus funcionarios y con la obligación de no hacer públicos los secretos empresariales de las personas jurídicas investigadas” CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p.179-180.

⁴⁵⁴ Decisión de la Comisión 94/90 sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. DO L 46, de 18.2.1994, p.58.

⁴⁵⁵ La protección de la confidencialidad será la que haya solicitado la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o que requiera la legislación del Estado miembro que haya proporcionado la información.

del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, que desarrolla la práctica de ésta sobre la información confidencial.

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.* 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 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”.*

Sin embargo, aun los datos que pudieron considerarse como confidenciales por constituir secretos comerciales, pueden perder este carácter y su necesidad de protección cuando se conocen fuera de la empresa (o del grupo o asociación de empresas) a la que se refieren y cuando han perdido, por el paso del tiempo o por otra razón su importancia comercial o valor estratégico. Por ello deviene necesario compaginar el interés de las empresas por proteger su información considerada confidencial o sensible, con el interés público en que se ponga fin a las infracciones a las normas de competencia, y los derechos de defensa.

Por su parte el Parlamento Europeo y el Consejo, a través de su Reglamento (CE) nº 1049/2001 prescribe entre las excepciones al acceso a la información en poder de las instituciones comunitarias si la divulgación supone

un perjuicio para la protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual (Art.4.2).

Finalmente, y en la misma línea de definición, la Comisión Europea establece, en la Comunicación de 22 de Diciembre de 2005, dos elementos fundamentales para establecer cuándo la información constituye un secreto comercial, clarificando y consolidando de esta manera el concepto de secreto comercial. Ellos son que se trate de información sobre la actividad económica de una empresa, y que su divulgación pueda causarle un perjuicio grave; entendiendo como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial 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 ventas⁴⁵⁶.

Del mismo modo dicha Comunicación dispone que la categoría “*otra información confidencial*”, de carácter residual, 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 proveedores⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Punto 18 del apartado 3.2.1. de la Comunicación. Por su parte el Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado la confidencialidad de “...los volúmenes de negocio, cuotas de mercado y precios y a su propia valoración de las posibilidades comerciales que cabe esperar de las nuevas tecnologías, porque constituyen secretos comerciales y/o industriales...”. Auto de 16 de junio de 1995, expediente C19/95, Sensomatic/Knogo.

⁴⁵⁷ Punto 19 del apartado 3.2.2. de la Comunicación. 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.

b. Derecho de las telecomunicaciones

Específicamente en el sector de las Telecomunicaciones, la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones⁴⁵⁸ dispone en su Anexo XV qué información es publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas⁴⁵⁹ y la que no está destinada a la publicación⁴⁶⁰, respecto del anuncio sobre contratos adjudicados. Considera información no destinada a ser publicada, aquella que la entidad contratante entendiese que su publicación perjudica un interés comercial sensible, así como el número de ofertas recibidas, el nombre y domicilio de los proveedores, contratistas o prestadores de servicios y el precio pagado o precio de la oferta más elevada y de la más baja.

Otro aporte en este sentido lo da la Directiva 97/13/CE⁴⁶¹, que especifica el alcance de las restricciones a la difusión de determinada información por parte de las ANR, puesto que no se revelará ninguna

⁴⁵⁸ Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOCE L 101, de 01.04.1998, p.1.

⁴⁵⁹ El nombre y dirección de la entidad contratante; la naturaleza del contrato (suministro, obras o servicios; un resumen de la índole y la calidad de los productos, obras o servicios suministrados; la forma de convocatoria de la licitación (anuncio sobre el sistema de clasificación, anuncio periódico, solicitud pública de ofertas) y referencia de la publicación del anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas; el procedimiento de adjudicación del contrato (procedimiento abierto, restringido o negociado); el número de ofertas recibidas; la fecha de adjudicación del contrato; el nombre y dirección del o de los proveedores, del o de los contratistas o del o de los prestadores de servicios; la posibilidad de cesión o subcontratación; el precio pagado o precio de la oferta más elevada y de la más baja que se hayan tenido en cuenta en la adjudicación del contrato; mientras que el porcentaje del contrato que pueda subcontratarse a terceros e importe del mismo y criterio de adjudicación del contrato, constituye información facultativa.

⁴⁶⁰ La información no destinada a publicación es el número de contratos adjudicados (cuando se haya dividido el contrato entre más de un proveedor); el valor de cada contrato adjudicado; el país de origen del producto o del servicio (origen comunitario o no comunitario desglosado, por países terceros); indicar el criterio de adjudicación empleado (oferta más ventajosa desde el punto de vista económico, precio más bajo), indicar si se ha adjudicado el contrato a un licitador que ofrecía una variante o bien que han existido ofertas que no se han aceptado por ser anormalmente bajas; así como la fecha de envío del anuncio por la entidad contratante.

⁴⁶¹ Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. DO L 117, de 07/05/1997, p.15.

información amparada por el secreto profesional, en particular información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas, sin perjuicio del derecho de dichas autoridades de revelar esa información cuando sea indispensable para el cumplimiento de sus obligaciones⁴⁶².

Por su parte el MRCE recoge el concepto general de secreto comercial en el artículo 8 de la Decisión Espectro que incluye a la *“información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas”*, reiterando este concepto ya consolidado en la normativa comunitaria. Por lo cual dicha información se encuentra amparada en el principio de confidencialidad, siendo revelada solamente cuando sea indispensable para el cumplimiento de las misiones de las ANR. Recordemos que los Estados miembros deben velar por que, de conformidad con la normativa nacional sobre acceso público a la información y respetando la normativa comunitaria y nacional sobre secreto comercial, las ANR publiquen la información que pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo.

Finalmente, es posible remitirnos al ejemplo que utilizaba el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998⁴⁶³, 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.

IV.3. La noción de secreto comercial en la jurisprudencia

⁴⁶² La revelación será proporcionada y tendrá en cuenta los intereses legítimos de las empresas respecto a la protección de sus secretos empresariales. Lo dispuesto no impedirá la publicación de información sobre las condiciones de concesión de licencias, cuando dicha información no incluya datos de carácter confidencial.

⁴⁶³ Vigente hasta el 30 de abril de 2005.

El vacío normativo de los conceptos de secreto comercial e industrial en el ámbito nacional, no así en el ámbito comunitario, al que nos referíamos en párrafos anteriores, ha intentado ser cubierto por la Jurisprudencia. Por esta razón a continuación se exponen una serie de pronunciamientos, que enfatizan en los aspectos subjetivo y objetivo de las informaciones que constituyen secreto comercial e industrial, es decir que toman en consideración los sujetos autorizados para recibir y utilizar la información suministrada, así como el perjuicio que se provocaría si se produjese la difusión de dicha información.

a. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

En el ámbito comunitario expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general⁴⁶⁴.

En su sentencia de 18 de septiembre de 1996⁴⁶⁵ definió a los secretos comerciales como *“informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste”*.

El mismo tribunal, en su sentencia en relación al Asunto T-7789 Hércules Chemicals/Comisión, reproduce parte del Duodécimo Informe sobre la Política de la Competencia, en el cual se define el carácter de confidenciales de determinados documentos: 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

⁴⁶⁴ Sentencias de 24 de junio de 1986, Asko Chemie y Azko Chemie UK/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965, apartado 28, y de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, C-36/92 P., Rec. p. I-1911, apartado 37).

⁴⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 1996. Asunto T-353/94. Postbank NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Rec. 1996, p. II-00921.

identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos.

La indicación y puntualización de cuáles son los documentos o la información que debe ser considerada confidencial, recae en quien solicita tal declaración. Este principio fue sentado por el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) en su auto de fecha 19 de junio de 1996⁴⁶⁶. En efecto, resolvió que la parte demandada debía especificar de manera detallada y concreta, en el plazo de seis semanas siguientes a la notificación del auto, las razones por las que consideraba que determinados documentos calificados por ella de "internos", entre los que constituyen el expediente que transmitió a ese Tribunal, no puede comunicarse a las partes demandantes, justificando su tratamiento excepcional, y presentando una versión no confidencial de dichos documentos.

Según una jurisprudencia reiterada, en virtud del principio general que inspira las normas de procedimiento en materia de competencia, debe garantizarse "*una protección muy especial*" a los secretos comerciales⁴⁶⁷.

En la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2000, el Tribunal⁴⁶⁸ reconoció que frente al principio de acceso a los documentos de la Comisión, se pueden invocar conjuntamente varias excepciones, ya sea las de tipo obligatorias, destinadas a proteger los intereses de terceros, o bien el interés público, como las excepciones referidas a las deliberaciones internas de la Comisión que afectan solamente a aquella (Decisión 94/90/CECA, CE, EURATOM, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión⁴⁶⁹),

⁴⁶⁶ Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 19 de junio de 1996. NMH Stahlwerke GmbH, Eurofer ASBL, Arbed SA, Cockerill-Sambre SA, Thyssen Stahl AG, Unimétal –Société française des aciers longs SA, Krupp Hoesch Stahl AG, Preussag Stahl AG, British Steel plc, Siderurgia Aristrain Madrid SL y Empresa Nacional Siderurgica SA contra Comisión de las comunidades Europeas .Rec.1996, p.II-000537.

⁴⁶⁷ Véase, en especial, la Sentencia del Tribunal de Justicia AKZO /Comisión Europea. Asunto C-62/86. Sala Quinta, de 3 de julio de 1991. Recop. Jurisp. 1991, p. 03399. Apartados 28 y 29.

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de fecha 13 de septiembre de 2000. Denavit Nederland BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Rec.2000, p. II-03011.

⁴⁶⁹ DO L, núm.46m p.58.

dado que la divulgación de determinados documentos puede suponer un perjuicio para el interés público como para los intereses particulares de terceras personas. Pero dicha aplicación debe realizarse de manera estricta, según lo tiene entendido este Tribunal en anteriores sentencias⁴⁷⁰.

Precisamente de la interpretación y aplicación restrictiva de la excepción de acceso a la información administrativa se deriva en el poder que posee el regulador para apreciar la confidencialidad o no de la información aportada por los agentes del sector, tal como lo recoge la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 12 de octubre de 2007, Asunto T-36/04 Association de la presse internationale ASBL C/Comisión⁴⁷¹.

En principio, es el tipo de información contenida en los documentos controvertidos lo que determina si la divulgación de éstos puede perjudicar un interés protegido, en este caso, la protección de los procedimientos judiciales. En consecuencia, un análisis por categoría presupone, a fin de poder determinar cuáles son las consecuencias probables de la divulgación para los procedimientos judiciales, que los documentos pertenecientes a la categoría identificada contengan el mismo tipo de información. En efecto, sólo puede estar justificado que no se lleve a cabo un examen concreto en caso de que sea obvio que la excepción invocada es

⁴⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000, Países Bajos y Van der Wal/Comisión, C-174/98P, Rec. p. I-0000, apartado 27.

En el caso de autos entendió que la Comisión Europea *"pudo legítimamente estimar que la continuación de las labores de inspección que debían llevarse a cabo en los Países Bajos exigía que no se divulgara el Informe al que se solicitaba acceder con objeto de mantener el clima de confianza mutua necesario para el desenvolvimiento armonioso de tal procedimiento"* (Apartado 49).

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de noviembre de 2004, Asunto T-84/03 Maurizio Turco c/ Consejo de la Unión Europea estableció que *"...el hecho de que el documento de que se trata sea un dictamen jurídico no puede justificar por sí solo la aplicación de la excepción invocada. En efecto, (...) cualquier excepción al derecho de acceso a los documentos de las instituciones comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1049/2001 debe interpretarse de forma estricta"* (ap.71).

⁴⁷¹ *"...la obligación de una institución de proceder a una apreciación concreta e individual del contenido de los documentos a los que se refiere la solicitud de acceso constituye un regla general (sentencia VKI, citada en el apartado 54 supra, apartados 74 y 75), que se aplica a todas las excepciones mencionadas en los apartados 1 a 3 del artículo 4 del Reglamento nº 1049/2001, cualquiera que sea el ámbito al que pertenezcan los documentos citados"* (ap. 57).

realmente aplicable al conjunto de datos contenidos en los documentos solicitados⁴⁷².

Por otra parte, el mismo Tribunal definió en la Sentencia Thyssen Stahl contra Comisión de las Comunidades Europeas⁴⁷³ que la publicación de determinada información de un tipo de mercado podía influir notablemente en la existencia de competencia. Así, sostuvo que la actualidad y el desglose de los datos, destinados únicamente a los productores, las características de los productos y el grado de concentración del mercado de vigas, los sistemas controvertidos afectaban claramente a la autonomía de decisión de los participantes.

De todo ello el Tribunal dedujo que la información que recibían las empresas en el marco de los sistemas controvertidos podría influir notablemente en su comportamiento, tanto porque cada empresa se sabía estrechamente vigilada por sus competidores como porque ella misma podía, en su caso, reaccionar al comportamiento de éstos, basándose en elementos netamente más recientes y más precisos que los que estaban disponibles por otros medios. Por esa razón la Comisión Europea determinó que este tipo de información normalmente debe ser considerada estrictamente confidencial. Y así estimó que tales datos, reveladores de cuotas de mercado muy recientes de los participantes, y no disponibles en el ámbito público, son por su propia naturaleza datos confidenciales.

Podemos observar que la denegación de acceso a los documentos debe, en principio, basarse en un análisis concreto de su contenido a fin de evaluar en qué medida es aplicable una excepción al

⁴⁷² Este pronunciamiento también dispone que “...el propio Tribunal de Justicia ha declarado que ninguna norma o disposición autoriza o impide que las partes en un procedimiento divulguen sus propios escritos a terceros y que, salvo en supuestos excepcionales en los cuales la divulgación de un documento podría menoscabar la buena administración de justicia, cosa que no ocurre en el caso de autos, rige el principio según el cual las partes son libres de divulgar sus propios escritos (auto Alemania/Parlamento y Consejo, citado en el apartado 42 supra, apartado 10). Tal afirmación del Tribunal de Justicia, además de excluir la existencia de un principio absoluto de confidencialidad, implica también que la divulgación de escritos sobre asuntos pendientes no vulnera necesariamente el principio de buena administración de la justicia” (ap.88).

⁴⁷³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), de 11 de marzo de 1999. Asunto T-141/94. Rec. 1999, p. II-00347.

derecho de acceso y la posibilidad de conceder un acceso parcial. Sin embargo, tal examen puede no ser necesario cuando, debido a las circunstancias particulares de un caso concreto sea evidente que el acceso debe denegarse o, por el contrario, concederse⁴⁷⁴.

Según esta misma jurisprudencia, el simple hecho de que una solicitud de acceso se refiera a un gran número de documentos no exime a las instituciones de la obligación de realizar un examen concreto de los documentos. En casos excepcionales, cuando la carga administrativa que supone el examen concreto e individual de los documentos exceda de lo que puede exigirse razonablemente, podrá permitirse una excepción a la obligación de examinar los documentos. Sin embargo, las instituciones deberán investigar las demás opciones posibles con el fin de limitar su carga de trabajo, y acceder, al menos en parte a la solicitud⁴⁷⁵.

La Abogado General, en sus conclusiones relativas al Asunto Varec contra Estado Belga⁴⁷⁶ recoge en uno de sus pronunciamientos la posibilidad de que surjan conflictos entre el derecho al tratamiento confidencial de los secreto comerciales, la necesidad de transparencia en un determinado sector, para lo cual, como los derechos no son absolutos, deben ser considerados en relación con su función, pudiendo imponer restricciones, siempre y cuando cumplan objetivos de interés general y no constituyan una interferencia desproporcionada e intolerable que menoscabe la misma naturaleza de los derechos.

Por todo ello, aún partiendo de una noción clara de la confidencialidad, es decir de aquella información que puede considerarse que contiene secretos comerciales, existe un cierto margen de apreciación para que

⁴⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de abril de 2005, asunto T-2/03, Verein für Konsumenteninformation C/ Comisión.

⁴⁷⁵ La institución debe proceder a una valoración concreta e individual del contenido de los documentos solicitados. Sin embargo la institución puede ser eximida del examen cuando, debido a las circunstancias propias del caso de que se trate, sea evidente que el acceso debe ser denegado o, por el contrario, ser concedido. Sentencia del Tribunal de 14 de diciembre de 2006, Asunto T-237/02, Technische Glaswerke Ilmenau (TGI) C/Comisión.

⁴⁷⁶ Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 25 de octubre de 2007. Asunto C-450/06 Varec contra Estado Belga (apartados 47, 48 y 49).

las autoridades determinen que la información reviste tal carácter, o por el contrario permitan su divulgación o el acceso de terceros a la misma. Entonces, resulta fundamental la exigencia, en principio, de un examen concreto e individual de los documentos que son objeto de una solicitud de acceso y una ponderación de los intereses en juego entre la divulgación o no de dicha información.

b. Tribunal Supremo

El principio general del derecho de acceso a los archivos, registros y expedientes de las Administraciones Públicas, por parte de los ciudadanos, y concretamente de los legítimamente interesados -derecho consagrado en el artículo 105 de la Constitución y configurado en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC- sólo cabe denegarlo, de forma motivada, cuando prevalezcan razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, tal como lo establece el artículo 37.4 de la LRJPAC. Así lo ha reconocido el Tribunal, entre otras, en su sentencia de 25 de octubre de 2002.

Asimismo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recoge en sus pronunciamientos los principios consagrados y analizados por la jurisprudencia comunitaria.

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, desarrolló la noción de confidencialidad con la teoría de los conceptos indeterminados, analizando los documentos aportados –la pieza confidencial- que no fueron individualizados por las partes como tales.

Dado la relevancia que encierra el fundamento de este Tribunal, a continuación se expone expresamente el alcance del mismo: *“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*⁴⁷⁷.

Por su parte la Sala Contencioso-Administrativo, Sección Octava, dictó diferentes resoluciones referidas al principio de confidencialidad, de las cuales resaltamos dos de ellas por la importancia del pronunciamiento. La primera, del 29 de febrero de 2000, desestimó el recurso interpuesto por Telefónica de España S.A. contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 8 de julio de 1999 por la que se declara la no confidencialidad de determinados documentos incluidos como addenda al apartado 3.3. del Anexo 3 y al apartado 3C.3.del Anexo 3 C del Acuerdo General de Interconexión entre Telefónica de España y la Entidad mercantil Región de Murcia de Cable, S.A.; y la segunda desestimó el recurso que impugnaba la resolución de fecha 4 de febrero de 1999, que declaraba no confidencial el Anexo 3C del Acuerdo General de interconexión suscrito entre Telefónica de España S.A. y Lince Comunicaciones.

El Tribunal sostuvo, en ambas sentencias, que la Comisión posee, con carácter irrenunciable, competencia para emitir pronunciamientos sobre la confidencialidad de los documentos sometidos a su conocimiento, en el que se formalizan los acuerdos de interconexión, de conformidad con los artículos 22.6 –específicamente- y 1.Dos.2.f) de la Ley General de Telecomunicaciones⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Y así resolvió que “ninguno de los documentos examinados 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”.

⁴⁷⁸ “...Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores y a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta; a la política de precios y de comercialización de los operadores de los servicios, y en general a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia. A estos efectos, la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado”.

Asimismo, al entender que no existe en el Derecho interno, una normativa que defina e identifique cuáles son los datos o informaciones que pueden estar protegidos por el secreto comercial o industrial, recurren para definir este concepto a las Directivas comunitarias 97/13/CE, de 10 de abril de 1997, que establece el marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (Artículo 20), y la Directiva 97/33/CE (Artículo 6.c.), ambos textos abordados oportunamente en títulos anteriores. Por esta razón, la Comisión ha actuado conforme a las reglas determinadas en el derecho comunitario vigente, en salvaguarda de los principios de competencia, transparencia y no discriminación⁴⁷⁹.

Recordemos que, de acuerdo con lo establecido por el Reglamento de Interconexión y Acceso a Redes públicas -aprobado por Real Decreto 1651/1998⁴⁸⁰ (derogado por el Reglamento de Mercados)- la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede poner a disposición de todas las partes interesadas que lo soliciten, los acuerdos de interconexión celebrados con operadores que tengan la condición de dominantes, salvo que dicha información pudiere afectar al secreto comercial o industrial de los operadores.

⁴⁷⁹ Y específicamente sostuvo, en la primera sentencia y previo análisis de los anexos cuya confidencialidad alega el recurrente, que *“no ponen de manifiesto datos o circunstancias afectantes al secreto comercial o industrial sino que, por el contrario, se refieren a determinados aspectos de la relación contractual respecto de los cuales se proyecta un interés público, confiado a la tutela de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incompatible con aquel pretendido secreto, en la medida en que su conocimiento y puesta a disposición de los interesados resulta necesario y proporcional a la satisfacción de los fines de competencia, transparencia y no discriminación, que podrían ser soslayados si un elemento esencial de la relación jurídico-privada únicamente presidida por el principio de autonomía de la voluntad, sino del cumplimiento de una obligación legal de interconexión, afectante al interés público y a los legítimos intereses de terceros, por más que, en el seno de la relación comercial que con ocasión de la interconexión se instrumenta, las partes signatarias puedan moverse dentro de un cierto margen de libertad contractual, que no alcanza a la eventual trasgresión de las normas de Derecho necesario aplicables al caso”*.

En la segunda sentencia, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo, pronunció que *“los datos que figuran en el Anexo 3 C. se reducen a fijar precios por los servicios que pueden ser prestados, que no revelan la estrategia comercial de la empresa, ni la cuantía de la determinación de los mismos resulta detallada en razón al coste de producción de los servicios que se prestan; aunque tales precios puedan revestir el carácter de máximos, como alega la entidad demandante”*.

⁴⁸⁰Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el cual se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración. BOE, núm. 181, de 30.07.1998. Derogado por Real Decreto 2296/2004.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de julio de 1999⁴⁸¹, manifestó que el listado de clientes forma parte del patrimonio de una empresa y que *“su utilización por un rival le otorga una ventaja concurrencial reportadora de una gran ventaja económica”*. Por lo cual la utilización de la misma por parte de un antiguo trabajador de esa empresa, constituye un acto de violación de secretos, constitutivo de competencia desleal. Sin embargo en una sentencia de 24 de noviembre de 2006 este Tribunal sostuvo que no constituye violación del secreto profesional las informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones con la clientela adquiridas en el desarrollo de un puesto para determinado empleador⁴⁸².

Finalmente debemos resaltar que, en la Sentencia de 23 de mayo de 2007 el Tribunal Supremo, recoge la necesidad de que quienes aporten la información que contiene un secreto comercial e industrial debe indicarlo expresamente⁴⁸³, tal como lo han hecho la jurisprudencia y la normativa comunitaria.

V. La protección de la información confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

⁴⁸¹ Sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 1999. Ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (RJ 1999, 5957).

⁴⁸² Sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

⁴⁸³ *“...no se deriva del acuerdo ninguna dejación de competencias por parte de la CMT a favor de XFERA, ya que dicha Comisión se limita a aceptar el cumplimiento de un derecho reconocido constitucionalmente (art.105.b CE) que tienen los ciudadanos al acceso a los registros y documentos máxime cuando son interesados, siempre que, conforme se razonó en el acto, se respete la confidencialidad de aquellas partes de los mismos que pueden referirse al secreto comercial o industrial, siendo resaltar que en ningún momento se ha puesto de manifiesto en esta casación, en que medida las partes del documento declaradas no afectadas de confidencialidad debieron serlo, expresando las causas de ello, por estar incursas en algunos de los supuestos que analiza la sentencia en su fundamento 4º”*. Recurso interpuesto por Vodafone España, S.A. contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 30 de abril de 2004, recaída en el recurso nº 1496/2001, sobre Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructura de Red.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es una gran detentadora de información. Sabemos que la información de que dispone el regulador puede ser la que hubieren aportado los operadores en el curso de los expedientes tramitados de oficio o a instancia de parte, en ejercicio de las funciones de salvaguardia de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de control de las obligaciones de servicio público; o bien en respuesta a los requerimientos de información para la elaboración de informes del sector, así como de otros censos y estadísticas; los datos para elaborar informes que realice el regulador de oficio y a instancia de otras Administraciones y Entidades Públicas; y toda otra documentación e informes que procedan de foros de trabajo y de análisis en que la autoridad reguladora fuere parte.

En ese sentido, como en todo organismo regulador, los miembros de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tienen el deber de guardar confidencialidad sobre la información obtenida en ejercicio de sus funciones. El Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, también regula la confidencialidad de la información regulatoria en el seno de esta ANR⁴⁸⁴.

Este deber genérico se circunscribe a cuantas informaciones de naturaleza confidencial hubiera conocido el personal al servicio de esta Comisión en el ejercicio de sus funciones, así como al hecho de que las actas tienen carácter reservado por un período máximo de diez años, debiendo guardar secreto de las mismas cuantos las conozcan por razón de sus funciones, tal como lo disponen los artículos 14.3 y 23.4 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión, respectivamente. Sin embargo la anterior Ley 12/1997 no establecía ningún deber en este sentido.

En definitiva la premisa fundamental de estos procedimientos consiste en el estricto cumplimiento de todo el personal del deber de guardar

⁴⁸⁴ Asimismo, al acceso a los documentos, información y demás datos imprescindibles de los miembros del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para el ejercicio de sus funciones, se rige por lo dispuesto en el Reglamento de Régimen Interior.

secreto de cuanta información de naturaleza confidencial conozcan en el desempeño de las funciones que tienen asignadas dentro del regulador.

Tal como hemos venido analizando a lo largo de nuestra investigación, existe un tema central en relación con el papel que juega la información en la regulación, y que se origina ante el dilema sobre confidencialidad de la información regulatoria frente a la transparencia en el mercado.

La transparencia, el suministro de información y los límites que rodean los procedimientos de información tienen como finalidad posibilitar que los agentes que intervienen en él tengan acceso a una debida información que oriente cualitativa y cuantitativamente sus decisiones y que contribuya a la competencia en el sector, siempre que ello no implique otorgar acceso a los datos que revistan el carácter de secreto comercial.

En este sentido resulta fundamental analizar cuál es el procedimiento que lleva a cabo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al objeto de dar tratamiento a la información confidencial. Precisamente es el regulador quien debe sopesar los valores jurídicos en juego -método de la ponderación-, determinar si la información debe ser considerada o no como confidencial y declararla, en su caso, como tal.

V. 1. El tratamiento de la información confidencial

Por las razones anteriormente expuestas es preciso analizar el tipo de tratamiento que dispensa el regulador a la información regulatoria aportada por los operadores de comunicaciones electrónicas y determinar si se trata de un sistema que cuenta con las debidas garantías o no para los mismos. Entonces debemos preguntarnos en qué medida levantar o mantener la confidencialidad de toda información regulatoria que se suministra, puede llegar a influir en la existencia de una competencia leal en el mercado entre los distintos operadores.

El argumento más fuerte de las empresas para que no se publiquen los datos que aporta al regulador es que la divulgación de la información que contiene secretos comerciales pudiera revelar sus estrategias comerciales y datos esenciales de sus negocios que pudieran ocasionarle graves perjuicios.

Por ello, es fundamental realizar un juicio de relevancia entre los diferentes intereses en juego: el del operador que solicita la confidencialidad de la información que aporta, el de la sociedad en general que quiere un sector con regulación transparente y eficaz, y los demás competidores del mercado y operadores en general del sector que necesitan condiciones claras de acceso al mercado. Por esta razón cobra un protagonismo fundamental la decisión que el regulador adopte sobre la protección de la información que el operador considera confidencial.

En virtud de todo lo expuesto, a continuación se aborda el tratamiento que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones da a la confidencialidad de la información regulatoria. En primer lugar analizaremos, desde la perspectiva de la legislación sectorial, la confidencialidad de la información aportada por los operadores del mercado de las telecomunicaciones; para, en segundo lugar finalmente analizar la construcción que, a través de sus resoluciones, ha realizado dicho regulador respecto del principio de confidencialidad, con fundamento en las nociones de secreto comercial e industrial, en aplicación de los principios esgrimidos en la presente Tesis Doctoral.

Para este cometido analizaremos los mecanismos que contiene la normativa vigente a fin de que el regulador pueda declarar la confidencialidad de la información regulatoria, indicando quiénes son los sujetos que pueden solicitar la confidencialidad, cuál es la extensión de dicha declaración y cuál es la labor que desarrolla el regulador al momento de motivar la declaración así como en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad. Asimismo

se recogen los pronunciamientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de ilustrar mejor este análisis.

Finalmente, del estudio de las falencias y lagunas en la regulación de la confidencialidad, proponemos un modelo de Circular donde se recogen los principios normativos y jurisprudenciales en relación con el tratamiento de la información regulatoria confidencial.

V.2. La declaración de confidencialidad en el ámbito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Tal como hemos comprobado hasta aquí, los requerimientos de información constituyen un elemento importante en la regulación del sector, en razón de que son el mecanismo por excelencia para obtener información regulatoria de los operadores.

De allí que, quienes aporten los datos solicitados puedan entender que resulta fundamental que la información aportada reciba, por parte de la ANR, tratamiento confidencial en razón de que pudiera revelar sus estrategias comerciales a los competidores, o bien que sea considerada como información con trascendencia comercial o industrial que reúne los requisitos del secreto comercial o industrial.

De conformidad con lo establecido en la Disposición adicional Cuarta de la LGTel los operadores tienen derecho a solicitar la confidencialidad de los datos que aporten ya sea como respuesta a sus requerimientos de información, o bien obtenidos a través de otros mecanismos. Declaración ésta que puede formular la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, dicho precepto dispone lo siguiente:

“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”.

Esta cláusula de garantía sobre la declaración de confidencialidad de la información que suministran los operadores no es nueva en la legislación sectorial. Así, la Ley 11/1998 lo contemplaba en la Disposición Adicional Duodécima que disponía que las entidades que aportasen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrían indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideraban de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que fuese declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Ministerio de Economía o Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy Ministerio de Industria, Turismo y Comercio). Dicha Comisión decidiría, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, estaría exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad.

En el Proyecto de la Ley 32/2003 no se incluía en la declaración de confidencialidad a todas las ANR, sino sólo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Por ello, el Consejo de Estado realizó la observación de que no se protegía la información confidencial entregada al Ministerio de

Ciencia y Tecnología –hoy Ministerio de Industria, Turismo y Comercio- o a las restantes ANR⁴⁸⁵.

Por otra parte, llama la atención que esta declaración de confidencialidad no se encuentre ubicada dentro del artículo 9, precepto específico de la Ley 32/2003 sobre la obligación de suministro de la información, pero quizás la respuesta la encontremos en que se siguió el criterio de la legislación ya derogada.

De acuerdo con la consideración de ANR que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en sus expedientes y archivos, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíben que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos. Esta potestad puede ser igualmente ejercida de oficio por esta Comisión, al señalar tanto el artículo 9 de la LGTel como el artículo 21.1 del Real Decreto 424/2005, que las ANR garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

Resulta claro que la finalidad del precepto consiste en otorgar seguridad jurídica a las empresas que suministran la información requerida por el regulador, acerca del tratamiento que se dispensará a la misma. Porque precisamente la reticencia a entregarla, o a hacerlo de forma clara, completa y veraz, es la conducta que adoptan los operadores cuando las reglas sobre confidencialidad de la información no son claras, o bien cuando la publicación de dicha información les podría acarrear como consecuencia, al menos de forma potencial, una gran pérdida de competitividad en el mercado.

⁴⁸⁵ Y a estos efectos indicaba que las Directivas imponen a todas las ANR el deber de confidencialidad, y el Ministerio tiene esta condición en materias como el dominio público radioeléctrico; en particular, “el artículo 8 de la Decisión 676/2002/CE obliga a los Estados miembros a no revelar “ninguna información amparada por el secreto comercial, en particular información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas”. Dictamen del Consejo de Estado núm. 228/2003, citado por TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier. *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la Sociedad de la Información. Un estudio de Derecho Administrativo económico*. Madrid: Consejo de Estado Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 82.

En función de estas características, que hemos analizado en párrafos anteriores, la doctrina define a la declaración de confidencialidad como *“la técnica en virtud de la cual se protege la información, aportada a las Autoridades Nacionales de Reglamentación, que constituye secreto comercial e industrial”*⁴⁸⁶.

Es decir que, la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la cual se declara la confidencialidad de determinados datos, es la concreción de la ponderación de los intereses en conflicto (interés público versus interés privado) y del análisis del contenido de dicha información regulatoria. En ese sentido debe tenerse en cuenta el alcance de la revelación de la información, es decir el tipo de utilización que se haría de la información que el operador ha considerado confidencial y ha solicitado su tratamiento como tal.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2006 califica la declaración de confidencialidad como un *“acto de trámite cualificado”*, es decir un acto que presenta un contenido más complejo que el de un simple acto de trámite y que es susceptible de generar por sí mismo ciertas consecuencias –referidas a la limitación en el acceso a los documentos y a las posibilidades de alegar sobre los mismos y determinados efectos jurídicos en los afectados- siendo, por esta razón recurrible independientemente del acto definitivo. En efecto *“el pronunciamiento sobre el carácter confidencial o no de los datos aportados al procedimiento en virtud de un anterior requerimiento implica una valoración del contenido de la información y una necesaria ponderación de las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse para las entidades implicadas”*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. Disposición Adicional 4ª/En/ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; QUADRA SALCEDO, Tomás de la (Coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*. Madrid: Civitas, 2004, p. 959.

⁴⁸⁷ JUR 2006,150939.

La misma Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reconoce, en sus resoluciones⁴⁸⁸, el carácter declarativo de los actos dictados por esta ANR en relación con la confidencialidad de la información regulatoria. Dicho carácter ha sido confirmado por los Tribunales y, entre otras por las Sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2000 (JUR 2000\203049), 16 de mayo de 2000 (JUR 2000\203038) y de 24 de marzo de 2000 (RJCA 2000\1418). 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.”

De todo ello se desprende la importancia que posee la vinculación de la potestad reconocida a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de efectuar requerimientos de información y obtener determinada información del sector, con el tratamiento adecuado que debe ofrecer esta ANR a la información que pudiera contener secretos comerciales o empresariales. Precisamente se trata de compatibilizar el interés de las empresas que solicitan la confidencialidad, el interés del resto de los operadores de telecomunicaciones que pretenden conocer las condiciones de la competencia y el interés de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para ejercer sus funciones⁴⁸⁹.

Dicho esto, a continuación se exponen los diferentes elementos que integran la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores, o de aquella información conocida en virtud de la tramitación de un expediente administrativo, así como también los alcances de dicha declaración, de acuerdo con la doctrina de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

⁴⁸⁸ Resolución, de 25 de septiembre de 2008, por la que se resuelve y desestima el Recurso de Reposición interpuesto contra el acto de 24 de abril de 2008 dictado por el Secretario relativo la declaración de confidencialidad referente a los Expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y 2008/250.

⁴⁸⁹ MARTI DEL MORAL, Antonio. *La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, p.251.

a. Objeto de la declaración de confidencialidad. La noción de secreto comercial reconocida por el regulador.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones reconoce que la declaración de confidencialidad de la información aportada por los operadores en el marco de la tramitación de un procedimiento administrativo tiene por objeto evitar la producción del perjuicio que su conocimiento causaría a su titular. Así se desprende de la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel, así como de la Comunicación de la Comisión Europea sobre acceso a expedientes, que se refieren a la existencia de un perjuicio en la difusión de la información. De esta manera, no basta con que un dato pertenezca a la esfera del secreto comercial de un operador, sino que, además, su conocimiento por parte de terceros puede resultarle objetivamente perjudicial⁴⁹⁰.

Para poder establecer el alcance de la declaración de confidencialidad y la consecución de su objeto resulta fundamental analizar qué entiende por secreto comercial e industrial la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y para ello vamos a recurrir a la doctrina en esta materia recogida en sus Resoluciones; no obstante recordar que como principio general no se considera confidencial frente a terceros la información destinada a su conocimiento; sólo de la propia esencia de la noción de secreto industrial o comercial se desprende que se trata de información perteneciente al ámbito interno de la persona a quien se refiere y que ésta quiere mantener desconocida para el resto de interesados⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Resolución, de 16 de octubre de 2008, por la cual se desestima el Recurso de Reposición interpuesto por Telefónica de España contra la Resolución de 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008, acerca del incumplimiento de plazos impuestos en la Resolución de revisión de la OIBA de fecha 27 de marzo de 2008 para el lanzamiento del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto ADSL sin servicio telefónico.

⁴⁹¹ Resolución, de 16 de octubre de 2008, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de fecha 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008, acerca del incumplimiento de plazos impuestos en la Resolución de revisión de la OIBA de fecha 27 de marzo de 2008 para el lanzamiento del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto ADSL sin servicio telefónico.

En concreto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el “*secreto comercial e industrial*”⁴⁹² partiendo de la premisa de que ni la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, ni la reguladora del secreto comercial o industrial, determinan con precisión y con carácter previo cuáles son las características que deben reunir los documentos para poder calificarlos como confidenciales. En todas estas resoluciones 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 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.”

En concreto esta ANR sostiene, que por secreto industrial o comercial han de entenderse los datos cuya divulgación pueda causar a su titular un perjuicio grave, tales como la información financiera y técnica, los

⁴⁹² 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.

métodos de evaluación de costes, cuotas de mercado o ficheros de clientes, entre otros⁴⁹³, así como aquella que pudiera dañar su imagen comercial⁴⁹⁴. Asimismo esta Comisión se ha alineado con la práctica de la administración comunitaria⁴⁹⁵ que desde el primer momento ha considerado como confidencial todo tipo de información sensible que evidenciara el posicionamiento competitivo de las empresas⁴⁹⁶.

Por otra parte, también resalta en alguna de estas resoluciones el concepto de secretos comerciales⁴⁹⁷ de la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997⁴⁹⁸, 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 al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del

⁴⁹³ Resoluciones de 31 de julio de 2008 una de ellas resuelve el recurso de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de 14 de abril de 2008, que declara la confidencialidad de ciertos datos del Acta de Inspección realizada el 7 de marzo de 2008 en las dependencias de France Telecom España Internet Provider; la otra resuelve el recurso de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U contra la Resolución de 14 de abril de 2008, que declara la confidencialidad de ciertos datos del Acta de Inspección realizada el 7 de marzo de 2008 en las dependencias de Tele2 Telecommunication Services, S.L.U.

⁴⁹⁴ *“Los problemas de naturaleza técnica en las relaciones de interconexión entre la recurrente y TME es información que ésta desea mantener indisponible para terceros por fundadas razones basadas en el daño a su imagen comercial. Se trata de un aspecto de sus relaciones con otros operadores cuyo conocimiento público no es indispensable para la resolución del conflicto que en su día planteó, pero que, sin embargo, le puede perjudicar en el sentido ya expuesto”*. Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se estimó parcialmente el recurso de reposición presentado contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de mayo de 2008 - en la que se acuerda no declarar la confidencialidad de determinados datos solicitada por el operador denunciante en el marco del expediente DT 2008/322-, reponiéndolo en consecuencia y declarar confidencial para cualquier persona excepto para Telefónica Móviles España, S.A.U. la identidad del operador denunciante y el bloque de numeración al que se refieren los hechos denunciados.

⁴⁹⁵ Decisiones de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003 DOCE 2003 L263/03 y de 16 de julio de 2003.

⁴⁹⁶ Resolución, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

⁴⁹⁷ *“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, continúa 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.”*

⁴⁹⁸ El reciente Proyecto de Comunicación de la Comisión, de fecha 21 de octubre de 2004, relativo 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) 139/2004 del Consejo, 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.

Consejo, para fundamentar la declaración de confidencial de la información aportada por los operadores.

En una ocasión, un operador aportó a esa Comisión no sólo una descripción muy detallada de la arquitectura del sistema de portabilidad que soporta los procedimientos administrativos, sino también sobre sus propios sistemas internos encargados de la gestión de clientes o de procesos comerciales. Según el regulador dicha información adicional, que sobrepasaba el objeto del requerimiento de información efectuado por esta Comisión, era susceptible de contener información sensible, por cuanto, contiene procedimientos de gestión interna (comerciales, de facturación, de análisis) desarrollados por el operador en busca de una mejora competitiva que, por lo tanto, deben ser incluidos dentro de la esfera del secreto industrial del mismo⁴⁹⁹.

Asimismo, la práctica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 comercializados⁵⁰⁰. Por ello cuando ese regulador no paralizó la comercialización de las ofertas y promociones de un operador en la prestación de servicios minoristas de banda ancha, por ejemplo, y dicha entidad posteriormente procedió a su comercialización, las razones por las que la documentación venía estando protegida por el secreto comercial o industrial dejaron de existir con carácter general, en consecuencia la ANR procedió a hacer un nuevo análisis de la documentación sobre la que se pretendía su acceso para constatar que los datos contenidos en esa documentación, no fuesen susceptibles de revelar las estrategias comerciales o industriales del

⁴⁹⁹ Resolución por la que se resuelve el Recurso Potestativo de Reposición interpuesto por la entidad Vodafone España S.A., contra la declaración negativa de confidencialidad de la información contenida en el anexo del escrito remitido por Vodafone España S.A. tras requerimiento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el expediente DT 2006/387. Anula parcialmente dicho acto, declarando expresamente la confidencialidad de la información contenida en el punto Primero del anexo referido, y confirmando el acto recurrido en todo lo demás.

⁵⁰⁰ Expedientes DT 2004/1447; MTZ 2005/101; DT 2005/912; DT 2005/913; DT 2005/937; DT 2005/1178; DT 2005/1439.

operador implícitas en una oferta que se constató como replicable o emulable por el resto de operadores⁵⁰¹.

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 limitada⁵⁰². Asimismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones declaró que los ingresos obtenidos por la prestación del servicio de terminación a los operadores móviles virtuales, aun cuando se publicaran, no se estarían revelando estrategia comercial alguna, *“ya que, por un lado, los ingresos obtenidos provienen de la aplicación de precios fijados por esta Comisión (precios que son resultado de la propuesta de los operadores) y por otro, los minutos obtenidos por la prestación del servicio de terminación, provienen del cumplimiento de una obligación que les ha sido impuesta por esta Comisión, no habiendo podido en consecuencia, la recurrente, aplicar estrategia comercial alguna”*⁵⁰³.

En relación con la declaración de confidencialidad de los datos requeridos para la elaboración de informes sectoriales, se ha de partir de la base de que nos encontramos ante informes que realiza la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el seno de sus funciones esta ANR y no de procedimientos administrativos stricto sensu. En efecto, el artículo 9 de la

⁵⁰¹ El regulador determinó que existían determinados datos sobre los que debía permanecer la consideración de datos confidenciales dado que los mismos eran susceptibles de revelar el secreto comercial o industrial del operador puesto que reflejaban costes del equipamiento incluido en dichas ofertas. Resolvió dar acceso a EUSKALTEL a la comunicación de la promoción presentada por TESAU relativa a las condiciones comerciales comunicadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en relación a la oferta TRIO FAMILIAR 3 MB con excepción de la información relativa al coste en que incurre TESAU para la adquisición del Módem router inalámbrico.

⁵⁰² 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.

Resolución, de 21 de diciembre de 2006, por la que se desestima 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.

⁵⁰³ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 27 de noviembre de 2007, relativa a los recursos potestativos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A. contra las resoluciones de fechas 18 de julio y 14 de septiembre de 2007, por las que se declara la confidencialidad de determinados datos a aportar en el marco del primer y segundo informe trimestral del año 2007.

LGTel 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 aquellos.

En términos generales, la no aparición de determinados datos o variables, está normalmente ligada a la necesidad de preservar su confidencialidad en la medida en que su revelación pública pudiera causar eventuales perjuicios al operador desde un punto de vista comercial o industrial, y por tanto afectar negativamente a sus intereses y por ende al correcto desarrollo del mercado.

El conocimiento por parte del regulador de determinados datos no aplicables directamente a la publicación del Informe Anual del sector, resulta imprescindible, además, para la realización de análisis de las principales variables en cada modelo de negocio y, en definitiva, para la supervisión del correcto desarrollo de la competencia en el mercado, en pos del fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, que constituye una de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A través de la búsqueda de transparencia que suponen los informes sectoriales se estarían reduciendo las barreras a la entrada de tipo informativo. Resulta evidente que se lleva a cabo un tratamiento asimétrico de la cuota de mercado del Operador con PSM con respecto de las demás. No obstante, debe tenerse en consideración que este operador está en disposición de conocer muchas de las cuotas de los rivales. Hay, pues, una asimetría informativa entre el operador histórico y los entrantes, que no pueden tener acceso a las cuotas del incumbente, mientras que éste conoce ex-ante las

cuotas de muchos de sus rivales. En consecuencia, la publicación de determinada información implica, indirectamente, un fomento a la competencia efectiva en el sector.

En el requerimiento orientado a la realización del primer Informe Trimestral 2004, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones solicitó a los operadores móviles la tasa de rotación⁵⁰⁴. La variable de la tasa de rotación o número medio de bajas en los operadores de comunicaciones electrónicas móviles se refiere al número de clientes que se dan de baja dividido por el número medio de clientes del operador en un periodo de tiempo determinado, esto es, el porcentaje de bajas sobre el total de clientes. Este dato permite identificar, por tanto, la fidelidad media que consigue un operador.

Telefónica Móviles España alegó, en el seno de este recurso que se trataba de un dato confidencial para ellos, por cuanto permite detectar claramente la evolución del modelo de negocio de cada operador. En concreto el dato de la tasa de rotación a nivel individual si es medido en periodos de tiempo cortos (mensual, trimestral) y si es publicado en tiempo real puede hacer fácil detectar el éxito o fracaso de un operador en una estrategia comercial concreta implementada en ese periodo en el mercado.

En el referido requerimiento también se solicitaba a cada operador el dato de clientes totales a final del periodo. Este dato, junto con el de bajas (tasa de rotación) en términos proporcionales, periodo a periodo, permitiría ver el éxito de una empresa en la consecución de altas, en su política de fidelización de los clientes a la luz de estrategias de precios o comerciales concretas. Dado lo concentrado del sector de comunicaciones electrónicas móviles, este dato publicado poco tiempo después de producirse efectivamente, puede tener un alto valor estratégico para los tres operadores del mercado –Vodafone, Amena y Telefónica Móviles- ya que permitía

⁵⁰⁴ Resolución de los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa S.A.U., Tenaria, S.A., Euskaltel, S.A. y Auna Telecomunicaciones, S.A. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de julio de 2004, por el que se declara parcialmente la confidencialidad de los datos aportados por las entidades del sector de telecomunicaciones y audiovisual para la elaboración del Primer Informe Trimestral de 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

identificar el impacto o la simple existencia de ciertas promociones específicas en el mercado.

Si bien el operador insistió en que la información declarada no confidencial, además de tener un carácter provisional y no consolidado, poseía un carácter estratégico al evidenciar, por su periodicidad trimestral, las tendencias de la empresa, el regulador sostuvo que el factor periodicidad implica la posibilidad de construir y valorar tendencias sobre determinadas variables, no obstante, la interpretación de la tendencia en cuestión se prestaba y estaba sujeta a un elevado grado de subjetividad. Si a esa subjetividad, al no tratarse de datos consolidados, se añade el matiz de la provisionalidad de la variable comunicada por el operador, puede convenirse en la ausencia de valor estratégico de cualquier dato requerido al operador como consecuencia de la periodicidad referida.

Por ello, esta Comisión estimó la alegación del recurrente y declaró confidencial la tasa de rotación para los operadores de comunicaciones electrónicas móviles ya que consideró que podía revelar su secreto comercial, esto es, el éxito o fracaso de una estrategia comercial específica.

La declaración de confidencialidad aprobada sobre la que recayó el recurso, resultó muy clara en dos aspectos centrales: en declarar la confidencialidad de este dato aportado por el operador como contestación a los requerimientos de información para la elaboración del primer Informe Trimestral 2004, y en anexar un listado de variables que esta Comisión consideró no confidenciales por no incurrir en secreto comercial o industrial alguno y a los que, por tanto, se podría tener acceso de forma desagregada. Todo ello, sin perjuicio de la no confidencialidad de los datos que sean publicados de forma agregada.

De cuanto se acaba de analizar y exponer de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se deduce que debe establecerse 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 el funcionamiento y la situación de partida en cada mercado, final o mayorista.

b. Sujetos que pueden solicitar la declaración de confidencialidad

En su Resolución de 14 de diciembre de 2004⁵⁰⁵, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indicó, con fundamento en la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel, que la normativa regula la confidencialidad como un derecho del titular del documento cuyo contenido puede revelarse por la Administración para apreciar 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, en consecuencia, otorgar el reconocimiento de dicha confidencialidad.

En concreto, la LGTel alude a las entidades que aporten a alguna ANR datos o informaciones de cualquier tipo como los sujetos legitimados para solicitar la confidencialidad de los mismos; sin embargo entendemos que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede efectuar dicha declaración de oficio, si existieran razones para ello. No obstante debemos recordar que frente a este derecho al secreto industrial o comercial de los operadores, el artículo 3.5 de la LRJPAC prevé que las Administraciones Públicas actúen de conformidad con los principios de transparencia y participación en sus relaciones con los ciudadanos⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Resolución de 14 de diciembre de 2004 del Recurso Potestativo de Reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 9 de julio de 2004, por el que se estima parcialmente la solicitud de confidencialidad de los datos aportados por esta entidad para la elaboración del Informe Anual de 2003.

⁵⁰⁶ Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el recurso de reposición presentado contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de mayo de 2008, en la que se acuerda no declarar la confidencialidad de determinados datos solicitada por el operador denunciante en el marco del expediente DT 2008/322. Resolución de los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa S.A.U., Tenaria, S.A., Euskaltel, S.A. y Auna Telecomunicaciones, S.A. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de julio de 2004, por el que se declara parcialmente la confidencialidad de los datos aportados por las entidades del sector de telecomunicaciones y audiovisual para la elaboración del Primer Informe Trimestral de 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

Uno de los requisitos fundamentales de la solicitud de confidencialidad es que el interesado indique, en la misma, las razones de su petición de forma clara y suficientemente motivada.

En este sentido, la propia interesada en beneficiarse de la confidencialidad tiene la carga de indicar y justificar al facilitar la información qué parte de lo aportado tiene la suficiente trascendencia comercial o industrial para que su difusión pudiese perjudicarlo, y sobre todo, los motivos para esa consideración, tal y como le exige la Disposición adicional cuarta de la LGTel.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha desestimado diferentes recursos de reposición por carencia de suficiencia en la motivación de la solicitud de confidencialidad de la información aportada por los operadores, en aquellos casos en que el recurrente se limitaba 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 mercado⁵⁰⁷.

Asimismo el regulador entiende que esa justificación es inexistente cuando el operador se limita a una exhaustiva cita jurisprudencial que no aclara en qué medida pertenece a su estrategia comercial, afecta a la forma en la que provee sus servicios, revela la planificación interna de la empresa, y en ningún momento se explican los motivos por los cuales su revelación a terceros podría suponerles un perjuicio o cualesquiera de los demás motivos que pudieran servir para calificar como secreto un dato y, en consecuencia, poder protegerlo mediante su declaración de confidencialidad,

⁵⁰⁷ Resolución, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

dado que le imposibilita valorar el perjuicio alegado por éste, pues lo desconoce⁵⁰⁸.

También esta ANR ha considerado que no estaba justificada la solicitud de tratamiento de confidencialidad cuando el operador ha barajado cifras de “*varios millones de euros*”, o señalando, incluso, una supuesta cifra de posibles daños derivada de una hipotética pérdida de cuota de mercado, pero sin presentar dictamen o estudio económico alguno acreditativo de las alegaciones efectuadas sobre el presunto perjuicio que pudiere irrogarse con la no confidencialidad de la información aportada. Por ello, la posible causación de dichos daños, como consecuencia de la divulgación de la información cuya confidencialidad se solicitó, no pudo considerarse probada⁵⁰⁹.

Al respecto, los tribunales han venido sosteniendo la necesidad, para evitar la efectiva ejecución de un acto o resolución administrativos, de que el afectado por él mismo pruebe la posible causación de los daños. Entre otras, cabe señalar las SSTS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008\931), de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008\515) y de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006\1081) y de 21 de junio de 2006 (RJ 2006\6722).

Cabe indicar que si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones hace hincapié en la importancia de la justificación y motivación de las razones por las cuales el operador entiende que la información aportada contiene secretos comerciales cuya difusión pudiere perjudicarlo, también resalta que si bien 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, no implica que el perjuicio de su revelación deba ser siempre considerado grave o significativamente perjudicial

⁵⁰⁸ La Resolución, de 16 de octubre de 2008, desestima el Recurso de Reposición interpuesto por Telefónica de España contra la Resolución de 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008, acerca del incumplimiento de plazos impuestos en la Resolución de revisión de la OIBA de fecha 27 de marzo de 2008 para el lanzamiento del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto ADSL sin servicio telefónico.

⁵⁰⁹ Resolución, de 25 de septiembre de 2008, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU contra el acto de fecha 24 de abril de 2008 dictado por el secretario y relativo a la declaración de confidencialidad referente a los expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y DT 2008/250.

porque entonces casi ningún dato podría ser objeto de publicación⁵¹⁰. Y en ese sentido cabe recordar que la regulación del mercado de explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, pretende velar por su efectiva competencia a través, entre otros mecanismos, de la transparencia de su funcionamiento.

c. La motivación de la declaración de confidencialidad

Hay determinados actos administrativos que deben motivarse, de conformidad con lo dispuesto en la LRJPAC, y la declaración de confidencialidad en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es uno de ellos. Precisamente esa ley establece, en su artículo 54.1.a), que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

La Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 20 de marzo de 2003⁵¹¹, aborda entre sus fundamentos jurídicos materiales, la necesidad de motivación suficiente para la declaración de confidencialidad de los documentos que se aportan en el expediente.

La propia Comisión recuerda, en una de sus resoluciones, que ha de entenderse que se cumple el requisito de la motivación de los actos administrativos cuando se pone de manifiesto el criterio decisor, de forma que los interesados conozcan la razón por la cual se ha adoptado una decisión y no

⁵¹⁰ Resolución de 21 de diciembre de 2006, por la que se desestima 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.

⁵¹¹ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 20 de marzo de 2003 -recaída en el expediente AJ 2003/358- resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto conjuntamente por las entidades VEO TELEVISIÓN, S.A. Y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET, S.A. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 29 de enero de 2003, que resuelve estimando la solicitud de declaración de confidencialidad presentada por la entidad RETEVISIÓN I, S.A.U., con respecto al Anexo 2 de su escrito de alegaciones de fecha 24 de enero de 2003 (MTZ2002/6935).

otra diferente. Supone que la parte dispositiva del acto se sustente en razones que quepa calificar de jurídicas, además de ser entendibles y por ello susceptibles de ser rebatidos por quien lo discute⁵¹².

Asimismo señala el regulador⁵¹³ 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).

El mismo Tribunal establece que para que un acto sea motivado no se requiere una extensa exposición de razonamientos, por lo que *“la brevedad de los términos y la concisión expresiva de un acto administrativo no puede confundirse con su falta de motivación”* (STS, de 12 de diciembre de 1990, RJ 1990/9918), sino que *“la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y fundamentaciones que se precisen para que, en su virtud, las partes, puedan adecuadamente defenderse o invoquen cuantas alegaciones de hecho y de derecho tengan por conveniente, lo que constituye la genuina finalidad de la motivación legalmente exigida”* (STS 12 de enero de 1998, RJ 1998/819).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha confirmado en reiteradas ocasiones que el hecho de que una resolución deba ser motivada no

⁵¹² *“La motivación del acto recurrido se considera suficiente, y frente a ello, la recurrente debería haber alegado a sensu contrario y justificado qué perjuicio le causa el conocimiento por parte del resto de operadores de unos datos que deberán conocer forzosamente para la implantación del servicio”*. Resolución, de 16 de octubre de 2008, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de fecha 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008, acerca del incumplimiento de plazos impuestos en la Resolución de revisión de la OIBA de fecha 27 de marzo de 2008 para el lanzamiento del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto ADSL sin servicio telefónico.

⁵¹³ Resolución, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

autoriza a requerir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla⁵¹⁴.

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 un operador en considerar la generalidad de los mismos como afectos al secreto comercial⁵¹⁵.

Finalmente, cabe destacar que para la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁵¹⁶ el requisito de motivación puede considerarse cumplido, si responde a la doble finalidad de dar a conocer al destinatario las razones de la decisión que se adopta y permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional 79/1990[RTC 1990/79], 199/1991, de 28 de octubre [RTC 1991/199] y del Tribunal Supremo de 18-4 y 1-10-1988 [RJ 1988/3122 y RJ 1988/7413].

⁵¹⁴ SSTC 150/1988, de 15 de julio [RTC 1988, 150], F. 3; 196/1988, de 24 de octubre [RTC 1988, 196] , F. 2; 66/1996, de 16 de abril [RTC 1996, 66] , F. 5; 39/1997, de 27 de febrero [RTC 1997, 39] .

⁵¹⁵ Resolución de 3 de marzo de 2005, de los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa S.A.U., Tenaria, S.A., Euskaltel, S.A. y Auna Telecomunicaciones, S.A. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de julio de 2004, por el que se declara parcialmente la confidencialidad de los datos aportados por las entidades del sector de telecomunicaciones y audiovisual para la elaboración del Primer Informe Trimestral de 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales. La Comisión resolvió estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. y por Cableuropa, S.A.U. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de julio de 2004. Expediente AJ 2004/1448.

⁵¹⁶ Resolución, de 16 de octubre de 2008, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de fecha 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008.

d. El principio de proporcionalidad y el método de la ponderación en las declaraciones de confidencialidad.

Como criterio general, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha sostenido en diferentes resoluciones que al momento de analizar 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 perjudicar a la persona a quien se refiera⁵¹⁷.

Y en la misma dirección la jurisprudencia comunitaria declara que la apreciación de la confidencialidad de una información requiere ponderar, pues, por una parte, los intereses legítimos que se oponen a su divulgación y, por otra, el interés general que exige que las actividades de las instituciones comunitarias se desarrollen de la forma más abierta posible.⁵¹⁸

Precisamente este análisis consiste en ponderar los intereses contrapuestos al objeto de adoptar una decisión razonada y motivada en materia de confidencialidad.

La ponderación o juicio de proporcionalidad es una forma jurídica del análisis coste-beneficio de una medida; y una medida es adecuada cuando es idónea para alcanzar el fin perseguido. Se considera como el método de

⁵¹⁷ Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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. Resolución, de 21 de diciembre de 2006, por la que se desestima 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. Resolución, de 25 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto contra el acto de 24 de abril de 2008 dictado por el Secretario relativo la declaración de confidencialidad referente a los Expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y 2008/250.

⁵¹⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2007. Asunto T-474704. Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c/Comisión.

aplicación de normas que tienen el carácter de principios frente a la subsunción que sería el método de aplicación de las normas que tienen el carácter de reglas. Y como método de argumentación consta de tres pasos, el primero de ellos consiste en la identificación de los principios, valores, bienes en conflicto; el segundo en la atribución de peso o importancia a cada uno de ellos; y el tercero, en la adopción de la prevalencia condicionada al criterio de que cuanto más afectada se vea la exigencia de uno de los principios mayor ha de ser la importancia de que el principio que colisiona se vea realizado efectivamente.

El Tribunal Constitucional español, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, recogió y aplicó el principio de proporcionalidad en sus pronunciamientos, como un auténtico principio constitucional⁵¹⁹.

Sin embargo, en la LRJPAC no existe un reconocimiento específico del principio de proporcionalidad, a excepción de la ejecución forzosa de los actos administrativos (Art. 96.1) y el ejercicio de la potestad sancionadora (Art. 131), dado que se aplica en la elección del medio menos restrictivo de la libertad individual y en la adecuación del contenido de la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad es un importante parámetro de la legalidad de la Administración en el ámbito del Derecho Administrativo dado que las Administraciones Públicas deben servir con objetividad los intereses generales (Art. 103.1 CE), con sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho y a los fines que la justifican (Art. 106.1 CE).

La adecuación o aptitud del contenido de la actuación administrativa representa siempre la justa correspondencia entre el supuesto de hecho que justifica la intervención administrativa, los medios empleados por

⁵¹⁹ El principio de proporcionalidad tiene su fundamento constitucional en los valores de libertad que propugna el Estado de Derecho (Art. 1.1 CE).

la Administración y los fines de interés general que tutela el Ordenamiento jurídico con dicha intervención.

El principio de proporcionalidad exige de la actuación administrativa que se decante por la medida que siendo adecuada y apta represente una menor restricción de derechos para sus destinatarios.

La medida adoptada debe ser adecuada al fin que la justifica; que sea necesaria para alcanzar dicho fin, en cuanto menos restrictiva de los derechos de los particulares, y que resulte equilibrada, por derivarse de ella para el interés general beneficios superiores a las limitaciones o restricciones que dicha medida comporta a sus destinatarios.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica analizar, por un lado, el interés público que encierra la difusión de la información regulatoria para el desarrollo de la competencia en el mercado, y por el otro, el daño o perjuicio que provocaría a quien aporta la información la revelación de la misma. En definitiva, se trata de establecer qué interés debe primar en cada una de esas declaraciones de confidencialidad que debe efectuar el regulador en el ejercicio de sus funciones, al momento de no declarar la misma como tal y permitir su acceso o conocimiento público.

En consecuencia el análisis de confidencialidad es doble: por un lado, debe tenerse en consideración el contenido en sí mismo del documento respecto del cual se ha solicitado la confidencialidad y, por el otro, los efectos de la aplicación de dicha información a la regulación del mercado.

En ese sentido, debe primar el principio de proporcionalidad entre el interés empresarial legítimo del operador que suministra esa información y que solicita que la misma tenga el carácter de confidencial, y el posible beneficio social de la publicación de los datos del sector, sea en forma agregada o desagregada. No obstante también deben tenerse en cuenta los beneficios y ventajas competitivas del resto de operadores que toman conocimiento de esa información relevante para el mercado, y que podría evidenciar la evolución del modelo de negocio, de los ingresos y/o de las

estrategias comerciales del operador que solicita la confidencialidad de sus datos aportados.

La aplicación del principio de proporcionalidad a los efectos de analizar cuáles son las características que deben reunir los documentos para ser declarados confidenciales, dado que la normativa no expresa este extremo de forma previa ni precisa, se traduce en la necesidad de analizar minuciosamente el carácter de cada parte del documento indicado por la entidad afectada como confidencial, y que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones así lo reconozca. De esta manera, *“la decisión de declarar confidencial la parte indicada como secreta debe ser proporcional con la finalidad de permitir que a los interesados se les imponga unas condiciones no discriminatorias y proporcionales”*⁵²⁰.

En este sentido, no basta sólo con un juicio formal sobre el contenido de la norma, sino que es necesario un juicio material suficiente sobre los efectos que su aplicación produce. Es decir que se requiere de una argumentación suficiente en relación con que la medida no es desproporcionada en sentido estricto, es decir, que el sacrificio que se impone la confidencialidad no es excesivo en relación con el beneficio que se obtiene para la mejor consecución del interés general que se pretende proteger con la decisión restrictiva.

Las relaciones entre acceso a la información regulatoria y su confidencialidad han de ser resueltas, como todo conflicto entre valores, bienes, derechos y libertades constitucionales, mediante una delimitación del alcance y contenido de cada uno de ellos, y una ponderación que permita compatibilizarlos en caso de conflicto.

⁵²⁰ Entre la información presentada por las partes implicadas se encuentran datos contables relativos a costes que están protegidos por el secreto comercial, por lo cual carece de relevancia el interés que pudieran tener los recurrentes en conocer esos datos frente al perjuicio que supone para el titular revelar datos secreto. Fundamento jurídico material segundo.

Al respecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sostiene –citando sentencias del Tribunal Supremo⁵²¹ y del Tribunal Constitucional⁵²²- que la resolución que declara la confidencialidad debe indicar de forma clara tanto las circunstancias que dan lugar a dicho pronunciamiento como los argumentos jurídicos empleados en dicha declaración, con base en el artículo 37.5 de la LRJPAC y en el principio de proporcionalidad ponderando los intereses en juego de las partes implicadas⁵²³.

Esa resolución también tiene en cuenta, en virtud del principio de proporcionalidad, cuál es nivel de desagregación de los datos que deben ser publicados a fin de cumplir con el objetivo regulador. Precisamente, y respecto de la información relativa al empleo con desagregación a nivel provincial, “se ha de tener en cuenta que la publicación de dicha información desagregada no se ha considerado necesaria para la elaboración y ejecución del Informe Anual de 2003, y que, por tanto, en ningún momento esta Comisión ha dado traslado de estos datos a otro interesado durante la tramitación del procedimiento del que trae causa ni, una vez finalizado el mismo, a ningún ciudadano a través del derecho de acceso a archivos y Registros regulado en el artículo 37 de la LRJPAC”. En consecuencia no ha sido posible vulnerar el posible secreto comercial e industrial de estos datos aportados por el recurrente.

Por otra parte, la decisión sobre confidencialidad deberá ser motivada cuando restrinja tanto el derecho de acceso a la información regulatoria contenida en un expediente, por tratarse de datos personales o de información sensible en el mercado por constituir un secreto comercial o empresarial, como cuando no otorgue tratamiento de confidencialidad a la información aportada por un operador del mercado. Y en este sentido, también

⁵²¹ “La motivación no presupone necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos sus aspectos y perspectivas, considerándose suficientemente motivados, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, aquellos actos apoyados en razones que permitan conocer los criterios esenciales fundadores de la toma de decisión, es decir, la “ratio decidendi” determinante del acto, sirviendo así adecuadamente de instrumento necesario para facilitar a las partes la propia convicción sobre su corrección o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales”. STS Sala 3ª, Sección 5ª, de 31 de octubre de 1995 (RJ 1995/8545).

⁵²² STS, Sala 3ª, sección 7ª, de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000/8997) y 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1418).

⁵²³ Fundamento jurídico material segundo.

juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad al momento de razonar de decisión en un sentido u otro, primando, en cada caso, el interés público o el interés privado.

En la Resolución de 9 de junio de 2005, el Consejo resolvió desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por SOGECABLE contra el requerimiento de información de fecha 17 de enero de 2005, por el cual se reiteraba parcialmente el requerimiento de información para elaborar el Tercer Informe Trimestral del año 2004.

Sogecable entendía, en su recurso, que no había justificación suficiente para que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pudiese requerir determinada información. Todo ello basado en la vulneración del principio de proporcionalidad⁵²⁴, cuestionando entonces el tratamiento de la información y la confidencialidad de los datos aportados, dado que a su entender era información estratégica y esencial sobre la marcha del grupo, que podía causarle un grave perjuicio⁵²⁵.

De dicha resolución es importante destacar tres afirmaciones realizadas por la Comisión para fundamentar la desestimación del recurso. La primera es que existe una clara proporcionalidad entre la información requerida y la finalidad perseguida con ese requerimiento; requisito éste impuesto por la normativa comunitaria y nacional. La segunda afirmación es que resalta especialmente que la solicitud de información desagregada de diferentes datos –en este caso sobre los tipos de ingresos, número de abonados o tipo de contrataciones de pago por visión- constituyen elementos esenciales de cuyo conocimiento necesita esta ANR para el ejercicio de sus funciones, y cuya petición no conculca el principio de proporcionalidad invocado por el operador Sogecable. Y en tercer lugar, y quizás es esta una de las nociones más claras

⁵²⁴ “...el tipo de información estratégica que se requiere, que es además provisional, así como el grado de desagregación de la misma, vulnera claramente el principio de proporcionalidad exigido”.

⁵²⁵ “... se trata de información esencial sobre la marcha del grupo cuyo acceso por parte de terceros así como su revelación irregular al mercado podría causar graves perjuicios a esta sociedad en razón de su condición de cabecera de grupo admitida a cotización”.

que ha dado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el tema que tratamos, es que el alcance de la confidencialidad de los datos se manifiesta en el nivel de desagregación de los mismos, es decir en el grado de detalle de la información que se solicita o que se publica.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones nos recuerda 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*”, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 5.4 de la Directiva Marco⁵²⁶.

De esta manera, el interés público de que los criterios empleados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sean conocidos puede ser incompatible con otra serie de intereses de los operadores que son parte en los procedimientos, tales como su derecho a mantener inaccesibles a terceros datos o informaciones que puedan pertenecer al ámbito de su secreto industrial o comercial.

En primer lugar, debe notarse que no se trata de intereses enfrentados o antagónicos, sino que es posible conjugarlos de forma que se respeten ambos.

En segundo lugar, la actuación administrativa ha de estar guiada por el principio de prudencia, de forma que, en el caso de ponderar un interés general y otro particular, se debe valorar la mayor incidencia en la esfera jurídica del particular⁵²⁷.

⁵²⁶ Resolución, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

⁵²⁷ Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se estimó parcialmente el recurso de reposición presentado por el operador solicitante contra la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones de fecha 28 de mayo de 2008, reponiéndolo en consecuencia y declarar confidencial para cualquier persona excepto para Telefónica Móviles España, S.A.U. la identidad del operador denunciante y el bloque de numeración al que se refieren los hechos denunciados.

Precisamente la no prevalencia del interés público en el conocimiento de ciertos datos sobre su interés privado debe ponerse en relación con el hecho de que la Comisión Europea en sus diversos Informes de Implementación insista en la transparencia de las ANR, no sólo 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.

En el Fundamento Noveno de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de febrero de 2000, se señala que el interés público prevalece en determinados casos sobre el interés privado de secreto comercial o industrial:

“En suma, los anexos cuya declaración de reserva o confidencialidad se pretende no ponen de manifiesto datos o circunstancias afectantes al secreto comercial o industrial sino que, por el contrario, se refieren a determinados aspectos de la relación contractual respecto de los cuales se proyecta un interés público, confiado a la tutela de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, incompatible con aquel pretendido secreto, en la medida en que su conocimiento y puesta a disposición de los interesados resulta necesario y proporcional a la satisfacción de los fines de competencia, transparencia y no discriminación, que podrían ser soslayados si un elemento esencial de la relación jurídica, cual es el precio de los elementos y servicios propios de la interconexión, no pudiera ser conocido (...).”

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 mercado⁵²⁸.

Una de las ponderaciones que también resulta importante es la que debe realizar el operador entre el interés del operador que aporta la información para que se mantenga en secreto y el interés público de asegurar el derecho a la debida contradicción del operador denunciado, de forma que se respeten todas sus posibilidades de defensa efectiva, así como a conocer los hechos que se le imputan⁵²⁹.

Finalmente, y en virtud del principio de proporcionalidad, en el seno de cada regulador, debe evitarse que la información obtenida para un fin sea utilizada para otro diferente, es decir que la información declarada confidencial conserve ese carácter, y que no sea difundida o comunicada a terceros, si con ello se provocara un daño a los operadores que hubieren aportado dicha información, o perjudicara otros intereses superiores.

⁵²⁸ "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 intereses 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". Resolución, de 21 de diciembre de 2006, por la que se desestima 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.

⁵²⁹ Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se estimó parcialmente el recurso de reposición presentado por el operador solicitante contra la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones de fecha 28 de mayo de 2008, reponiéndolo en consecuencia y declarar confidencial para cualquier persona excepto para Telefónica Móviles España, S.A.U. la identidad del operador denunciante y el bloque de numeración al que se refieren los hechos denunciados.

V.3. Luces y sombras del tratamiento de la información confidencial

Tal como hemos podido observar a lo largo de nuestra exposición la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ido, a través de sus resoluciones construyendo su doctrina sobre la confidencialidad. Es decir que ha venido a completar las diferentes lagunas que la normativa no ha regulado en cuanto al tratamiento de la información confidencial en el seno del regulador.

Bien es cierto que la mayoría de los reguladores europeos no poseen un específico procedimiento legal en relación con el tratamiento que dispensan a la información que los operadores de comunicaciones electrónicas aportan a las distintas ANR y respecto de la cual solicitan su confidencialidad y la mayoría resuelve caso por caso.

Sin embargo, existen una serie de premisas que no han sido recogidas ni desarrolladas por la ANR española y respecto de las cuales hemos intentado ahondar en su contenido y aplicación para garantizar un procedimiento que respete las garantías reconocidas a los operadores sobre la información confidencial que ponen a disposición de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

a. Falencias en la regulación de la confidencialidad

1) De forma general podemos considerar que existe una carencia de principios uniformes sobre el tratamiento de la información confidencial. Precisamente de lo que adolece el régimen vigente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es que no existe un procedimiento que reconozca y determine las diferentes fases o momentos al objeto de otorgar mayores garantías para los operadores que solicitan dicha confidencialidad. Un ejemplo de ello es que no prevén expresamente la posibilidad de que estas entidades

puedan presentar oposición ante la declaración parcial de confidencialidad, debiendo recurrirse a los criterios generales del procedimiento administrativo en materia de recursos contra dicha declaración.

2) Hemos tenido oportunidad de observar que la propia LGTel no define en la Disposición adicional cuarta ni en sus anexos los conceptos de confidencialidad ni de secreto comercial e industrial, razón por la cual resulta fundamental que el regulador clarifique el alcance de lo que entiende por información confidencial, así como los diferentes supuestos en que la información aportada por los operadores pueda ser declarada como tal según los criterios aplicados por el regulador; independientemente de la casuística que se presente en cada solicitud de confidencialidad.

3) Asimismo, la normativa tampoco regula de forma exhaustiva los requisitos que debe contener la solicitud de los operadores en relación con tratamiento de la información confidencial.

En este sentido de la normativa se desprende que las entidades deberán indicar por escrito la información o parte de ella que debe ser declarada como tal por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y además justificar el presunto perjuicio grave que, con la difusión de la información, podría provocarle; sin embargo nada dice de la forma en que debe acreditarse el daño invocado. No obstante, esta ANR ha insistido en diferentes resoluciones que la solicitud debe hacerlo de forma motivada, acompañando algún estudio, informe o dictamen económico que indique y cuantifique los posibles perjuicios que invoca en la solicitud. En consecuencia estos serían los criterios “de facto” que debe aplicar la ANR para evaluar si la solicitud de trato confidencial de la información aportada cumple todos los requisitos.

4) En relación con la ponderación de los intereses en juego al momento de evaluar la procedencia de declarar la confidencialidad de

determinada información regulatoria, tampoco la normativa indica algo al respecto, pero en este caso la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sí ha sentado las bases sobre la necesidad de ponderar el interés general en la divulgación de la información, a fin de otorgar transparencia al mercado, y el interés particular del operador que solicita la confidencialidad de la información.

Por ello entendemos que es importante partir de un criterio general de lo que en principio resulta confidencial para el regulador, para luego ponderar los intereses en juego -interés público vs. interés privado-, de acuerdo con la motivación y justificación que hubiere aportado el operador interesado. Y en esa dirección consideramos que además de la ponderación a la que alude en sus Resoluciones la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con un importante margen de discrecionalidad para efectuar la declaración de confidencialidad, debería efectuar un doble análisis de la información aportada. En un primer nivel, la proporcionalidad entre la información que se aporta y la finalidad de ese requerimiento de datos. Y en un segundo nivel, en relación con el beneficio social que se busca con la divulgación de la información regulatoria y el coste de la misma que representa para quien ha aportado la información.

5) En cuanto a la motivación de la declaración de confidencialidad se aplica el criterio general de los actos administrativos, es decir que basta que se pueda dar a conocer con la mayor certeza posible la verdadera voluntad del órgano actuante para que se entienda suficientemente motivado. La motivación exigida por el artículo 54.1 de la LRJPAC sólo ha de ser suficiente, entendiendo por tal la que baste para dar a conocer la fundamentación fáctica y jurídica que pueda respaldar la decisión del regulador sobre la confidencialidad o no de los datos aportados por los operadores, a fin de que los afectados por la misma, conociéndola adecuadamente, puedan combatirlos o acreditar su irregularidad y entablar los pertinentes recursos.

6) La temporalidad de la declaración de confidencialidad es un elemento inexistente tanto en la normativa aplicable a esta materia como en las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. No sólo no se prevé un límite temporal de la confidencialidad, sino tampoco se regula la posibilidad de declarar provisionalmente determinada información si el regulador entiende existen indicios para ello, hasta tanto el mismo se pronuncie de forma definitiva, a fin de no retrasar la tramitación del procedimiento administrativo. Así como tampoco se regula el levantamiento de la confidencialidad de una información que fue declarada tal por el regulador ni se contempla la oportuna audiencia a los interesados para que presenten las alegaciones que pudieren corresponder.

No obstante cabe resaltar un Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006, que establece lo siguiente: *“la declaración de confidencialidad de determinados documentos del expediente no pierde su vigencia una vez finalizada la tramitación administrativa del procedimiento, sino que debe ser respetada durante su prolongación jurisdiccional, salvo que de forma casuística se llegue a otra conclusión por resultar su conocimiento imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa, no puede negarse a quien sostenía la procedencia de la entrega completa que aproveche la súplica para adecuar su actuación procesal al criterio de la Sala así expresado, mediante el trámite procedimental oportuno a tal efecto, que es justamente, el recurso de súplica”*⁵³⁰.

Asimismo este Tribunal entendió que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración: *“No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha*

⁵³⁰ STS de 12 de diciembre de 2007. RJ 2008,83.

*permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera imposición de un recurso contencioso-administrativo*⁵³¹.

También conviene recordar que tanto la jurisprudencia nacional como comunitaria han establecido como criterio decisor, ante un posible conflicto entre los derechos de las partes procesales a articular su defensa con plenitud de medios y sin limitaciones indebidas y la protección dispensada por el Ordenamiento Jurídico a la información declarada confidencial por su afección a materias atinentes a secretos comerciales o industriales, dar prevalencia al derecho de defensa y tutela efectiva por sobre la confidencialidad de determinados datos. En efecto, debe realizarse, tal como lo indica el Tribunal Supremo, *“una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de seis de octubre de dos mil cinco, recaído en el Recurso Ordinario 533/1994, ha considerado que esta materia debe abordarse <<desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes del proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial>> sin que sea dable una declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada”*. Esta sentencia recoge el principio consagrado por la jurisprudencia comunitaria en el Asunto Hércules Chemicals (Sentencia de 17 de diciembre de 1991, tratada con anterioridad en la presente Tesis).

En cualquier caso, como criterio general, la jurisprudencia prevé el levantamiento de la confidencialidad cuando así lo solicite la parte interesada

⁵³¹ STS de 13 de julio de 2003. JUR 2006/197518.

de acuerdo con el derecho de defensa y el principio de tutela judicial efectiva⁵³².

7) La LGTel tampoco recoge cuál es el tratamiento que debe dársele a la información que el regulador ha declarado confidencial y que debe ser intercambiada con otras ANR, con las autoridades nacionales de competencia o con la Comisión Europea. Para ello debemos remitirnos al artículo 5.3 de la Directiva Marco que establece la garantía de confidencialidad de toda la información que así haya sido considerada y sea objeto de intercambio entre estas autoridades. Sería conveniente que, a nivel nacional estuviera prevista esta posibilidad para aquellos casos en que los intercambios de información confidencial fuesen entre diferentes Administraciones públicas.

Habiendo expuesto las falencias de la regulación de la información confidencial en el seno del regulador, a continuación exponemos nuestra teoría sobre los diferentes niveles de confidencialidad que podrían analizarse en relación con la información regulatoria, lo cual posibilitará enriquecer el procedimiento de declaración de confidencialidad, ajustándolo a un sector tan dinámico y cambiante como las telecomunicaciones. Para luego presentar la propuesta de Circular sobre el tratamiento de la información confidencial en el seno del regulador.

b. Niveles de confidencialidad de la información regulatoria

En un sector como las telecomunicaciones que se caracterizan por su dinamismo, resulta fundamental establecer dos criterios que nos

⁵³² “Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad”. STS de 12 de diciembre de 2007. RJ 2008,83.

permitirán determinar, con mayor exactitud, si la información aportada por los operadores es confidencial.

El primero de ellos es la temporalidad de la información que se aporta y el momento en que pudiera ser difundida si no se declarara su confidencialidad.

Un dato que en un determinado momento pudiera revelar la estrategia comercial de un operador puede perder virtualidad pasado unos meses e inclusive unos años, mientras que otra información sobre procedimientos internos de una empresa resultarán siempre confidenciales, salvo que hubiesen sido puestos a conocimiento general.

Este elemento temporal de la confidencialidad no se contempla en la normativa aunque sí ha sido recogido en algunas Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones al momento de declarar la no confidencialidad de determinados datos vinculados a la elaboración del informe anual, que es donde mayormente se acentúan los conflictos vinculados a la temporalidad de la información:

“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 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*⁵³³.

A mayor abundamiento cabe citar la Resolución de 14 de septiembre de 2004⁵³⁴ donde 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, y 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.

Teniendo en cuenta este factor de temporalidad resulta justificado que el regulador pueda dictar declaraciones de confidencialidad de tipo provisional, siempre y cuando esté debidamente justificado y la información reciba el mismo tratamiento que la información declarada confidencial de forma definitiva.

El segundo nivel de análisis de la confidencialidad se vincula a la publicación agregada o desagregada de los datos solicitados, y en este sentido las resoluciones establecen este criterio cualitativo pero sin establecer un criterio general aplicable en todas las ocasiones. Por esto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado 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 mínimamente el funcionamiento y la situación de partida en cada mercado, minorista o mayorista. En este sentido, el regulador debe 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

⁵³³ Resolución, de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

⁵³⁴ Resolución de 14 de septiembre de 2004, por la que resuelve el Recurso Potestativo de Reposición interpuesto por Telefónica de España S.A.U. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 9 de julio de 2004, por el que se estima parcialmente la solicitud de confidencialidad de los datos aportados por esta entidad para la elaboración del Información Anual de 2003

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.

Recordemos que 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 solicitan los operadores 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.

Sirva como ejemplo que en el Informe Anual, 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. En este sentido, cabe resaltar que en la publicación del Informe Semestral, para el primer semestre del 2001, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones incluyó una desagregación por operadores por sus cuotas de mercado, por clientes, ingresos, tráfico.

La confidencialidad se circunscribe entonces al perjuicio eventual que pudiere causarle su revelación desde el punto de vista comercial o industrial, por tanto, dado que la publicación de determinada información desagregada por operador podría violar el secreto comercial del operador se publica de forma agregada para no vulnerar ese principio, sin dejar de dar a

conocer los datos básicos que puedan dar evidencia de la evolución del sector⁵³⁵.

Por todo lo hasta aquí expuesto, consideramos que existe una gran necesidad de que se regule, a través de un texto único, de forma integral y lo más completo posible, el tratamiento que debe dispensar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la información aportada por las entidades y requerida por esta ANR en el ejercicio de sus funciones, y respecto de la cual solicitan los operadores su confidencialidad.

V.4. Propuesta de Circular

Llegados a este punto, debemos fundamentar los motivos o razones por las cuales proponemos un modelo de circular en relación con el tratamiento de la información confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La potestad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha sido atribuida originariamente a través del artículo 1.Dos.d) del RCMT. La propia LGTel, en su artículo 48 .3 e) dispone que esta ANR podrá dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de las comunicaciones electrónicas, denominadas “*circulares*” que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Al respecto debemos recordar que el artículo 52.1 de la LRJPAC establece que para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que corresponda. La eficacia de una circular con carácter ad extra se determina por su publicación, razón por la cual la ausencia

⁵³⁵ Precisamente los únicos datos desagregados que aparecen en el Tercer Informe Trimestral 2004 son el total de ingresos por servicios audiovisuales y el número total de abonados en el período de referencia. Resulta importante indicar que este Informe no fue publicado por la Comisión, pero sí en el Informe Anual de 2003, de forma agregada. De esta manera, la información cuestionada por el operador resultó ser una información pública, no sujeta al secreto comercial e industrial, debido a que está presentada en el Informe Anual 2003 de forma agregada, aunque oportunamente se hayan pedido de forma desagregada en el requerimiento de información.

de publicación en el BOE implica la ausencia de obligación de los órganos judiciales de aplicarla de oficio.

La Constitución española atribuye la potestad reglamentaria al Gobierno (art.97), aunque permite que la Ley la reconozca para otras entidades y organismos públicos del Estado, es decir que hay un reconocimiento de un cierto ámbito de configuración normativa, por la vía de las instrucciones o circulares a cargo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones⁵³⁶.

En ese sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido que dicha Comisión tiene atribuida la potestad normativa a través de sus Circulares⁵³⁷:

“Existe, por tanto, una potestad ad extra atribuida por la ley a favor de la CMT distinta de la facultad reguladora ad intra a la que se refiere el artículo 21 de la Ley 30/1992, respecto de sus órganos jerárquicamente dependientes” (...)

“el artículo 23.1 de la Ley del Gobierno (...) se refiere a la potestad reglamentaria originaria junto a la cual, como a continuación se verá, cabe otra de carácter derivado” (...)

La viabilidad de esta última es posible formalmente y no se opone al artículo 97 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 135/1992, relativa al Banco de España, y en la 133/1997 en relación con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, instituciones con las que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentra un evidente paralelismo, al ser todas ellas supervisoras y de control de los respectivos sectores en que se desenvuelven sus funciones. La técnica a emplear por la Ley habilitante en la cual encuentra cobertura específica esta delegación, puede consistir, como ha dicho el propio tribunal, o bien en autorizar una eventual delegación del titular originario de la potestad o atribuirla directamente a la Administración actuante”.

⁵³⁶ STS de 8 de marzo de 2006. Recurso de Casación núm. 5736/2003.

⁵³⁷ STS de 20 diciembre de 2004. RJ 2005, 538.

Precisamente la Audiencia Nacional sostuvo, en su sentencia de 31 de marzo de 2006, en referencia a la Circular 2/2004, que la facultad normativa trae su origen no en una habilitación reglamentaria, sino en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia ley. Con ello es claro que las facultades normativas, expresadas mediante Circulares, no son confundibles con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del Ministro correspondiente, para dictar Reglamentos posibilidad esta última que, es independiente de las potestades normativas que corresponden a la Comisión por atribución legal⁵³⁸. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007 [RJ/2007/7726]⁵³⁹:

La potestad normativa de la Comisión está sujeta a los principios establecidos para las disposiciones administrativas en los artículos 51 y 52 de la LRJPAC. Asimismo no pueden vulnerar la Constitución, las Leyes o los preceptos de una norma o disposición administrativa de rango superior, entre las que se encuentra la propia LGTel y sus Reglamentos de desarrollo.

En ese sentido, el Tribunal Supremo ha aplicado el principio de jerarquía normativa para anular preceptos contenidos en Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Tal es el caso de la STS de 1 de febrero de 2006, por la cual se anula la Circular 1/1998, de 30 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico. En la misma se establece que el ejercicio de la potestad normativa, no es absolutamente libre pues deberá enmarcarse dentro de los límites de la propia Ley habilitante y del resto del

⁵³⁸ SAN, de 31 de marzo de 2006. JUR 2006, 140353.

⁵³⁹ STS de 17 de julio de 2007, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por TESAU contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de octubre de 2004, sobre el cálculo del Coste Neto de Servicio Universal.

ordenamiento jurídico⁵⁴⁰. En concreto esta Circular no establecía obligaciones a los operadores dominantes, sino que se limitaba a concretar las conductas contrarias a la libre competencia, de acuerdo con la Ley General de Telecomunicaciones, y entonces vino a tipificar o <<concretar>> en términos abstractos, cierto que con un alcance limitado al sector de las telecomunicaciones, una modalidad o subtipo de la figura del abuso (explotación abusiva) de posición de dominio en cuanto práctica contraria a las exigencias de la libre competencia⁵⁴¹. Por ello se consideró inexistente la competencia de desarrollo reglamentario en materia de tipificación abstracta de infracciones relativas a la defensa de la libre competencia.

La STS de 20 de diciembre de 2004 -Recurso de Casación núm. 743/2002- interpuesto por TESAU, contra la sentencia dictada por la sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de octubre de 2001, sobre *“la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas”* (Circular 1/1999 de 4 de noviembre) se estimó parcialmente el recurso porque se había producido una violación de la norma superior por la inferior, en cuanto se reducía el plazo previsto en aquella, lesionándose el principio de jerarquía. En consecuencia se declaró la nulidad de los párrafos 3º y 4º del apartado 7º de la Circular por ser contrarios a Derecho.

Las Circulares responden a una potestad reglamentaria de tipo atemperada o matizada dado que intentan concretar de forma técnica y especializada normas jurídicas generales y sectoriales. Estas instrucciones externas tienen por destinatarios a los operadores del sector, siempre que éstos se vean afectados por medidas adoptadas para salvaguardar la

⁵⁴⁰ STS, de 1 de febrero de 2006. Recurso de Casación núm. 3661/2003.

⁵⁴¹ *“...la incorporación a este catálogo de modalidades de otra nueva mediante una mera instrucción como la aquí impugnada, incorporación que se efectúa en los términos vinculantes ya referidos, excede de la capacidad normativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones entendida en el sentido que queda expresado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia aun cuando aquella circular tenga el alcance sectorial y material ya precisado (esto es, limitado al sector de las telecomunicaciones y en relación con las campañas publicitarias)”*.

competencia⁵⁴². Es decir que son auténticas disposiciones reglamentarias, con una doble limitación: por las materias de las que trata, que son las previstas en el artículo 48.1.e) de la LGTel⁵⁴³ (no pueden regular materias que sean objeto de reserva de Ley) y por los sujetos destinatarios que son el conjunto de operadores de comunicaciones electrónicas.

Como criterio general, las Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deben cumplir tres requisitos básicos, de carácter subjetivo, objetivo y formal. Así lo ha recogido el Tribunal Supremo en diferentes pronunciamientos⁵⁴⁴.

En el plano subjetivo ya hemos indicado con anterioridad que los destinatarios de las mismas son las entidades que operan en el sector de las telecomunicaciones, dada la “*especial situación de sujeción en que se coloca la empresa autorizada para realizar su actividad*”⁵⁴⁵. Este elemento se recoge en la disposición segunda de la circular propuesta.

Las Circulares limitan su alcance normativo a los operadores en el mercado de telecomunicaciones en virtud de un título administrativo, la autorización o licencia reglamentada que les faculta para ello, y, a la vez determina las condiciones en que pueden realizar su actividad.

La posibilidad de elaborar Circulares consiste en una actividad reglamentada en la que los operadores actúan sometidos a una normativa

⁵⁴² STS de 10 de julio de 2007, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por TESAÚ contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de octubre de 2004, sobre el cálculo del Coste Neto de Servicio Universal.

⁵⁴³ 48.3.e) LGTel. “3. *En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones: (...)*

e. adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios. A estos efectos, sin perjuicio de las funciones encomendadas en el capítulo III del título II de esta Ley y en su normativa de desarrollo, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

1. *Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas. Estas instrucciones serán vinculantes una vez notificadas o, en su caso, publicadas en el Boletín Oficial del Estado”.*

⁵⁴⁴ STS, de 1 de febrero de 2006. Recurso de Casación núm. 3661/2003.

⁵⁴⁵ SAN, de 31 de marzo de 2006. JUR 2006, 140353.

previamente establecida. Precisamente las instrucciones que la Circular contiene no van dirigidas al usuario que no resulta obligado por ella ni siquiera potencialmente, sino que es el beneficiario⁵⁴⁶.

En el plano objetivo, debemos recordar que las Circulares se elaboran con el fin de salvaguardar de la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

Existe un ámbito normativo propio de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones que se circunscribe a un fin determinado y a unas actividades concretas. El fin es la salvaguarda de la libre competencia del mercado y las entidades aquellas que actúan como operadores en el sector. En consecuencia la potestad normativa propia no se puede ejercer fuera de este ámbito⁵⁴⁷.

En efecto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones goza de una *atribución para “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado, en particular en lo que se refiere a (..) la política de precios y de comercialización de los operadores de servicios, y, en general, a todas aquellas actividades que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia (artículo 1.Dos.2f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ STS de 20 de diciembre de 2004. Recurso de Casación núm. 743/2002 interpuesto por TESAU, contra la sentencia dictada por la sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 23 de octubre de 2001, sobre *“la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas”* (Circular 1/1999 de 4 de noviembre). El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por TESAU, casa la sentencia y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo porque se ha producido una violación de la norma superior por la inferior.

⁵⁴⁷ STS de 10 de julio de 2007, por la que se resuelve el recurso de casación interpuesto por TESAU contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 21 de octubre de 2004, sobre el cálculo del Coste Neto de Servicio Universal.

⁵⁴⁸ SAN, de 11 de abril de 2003. Resuelve el recurso presentado por TESAU contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el 21 de junio de 2001, por el que se aprueba la Circular 1/2001, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

A mayor abundamiento, la SAN, de 22 de diciembre de 2006, establece que resulta justificado, a tenor de lo preceptuado en el artículo 19.3 del Reglamento de Interconexión, el establecimiento del consentimiento verbal por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través de una circular, para conseguir tasas de penetración de la preselección similares a otros países de nuestro entorno en los que ya se ha establecido tal sistema, por lo cual no cabe considerar que se ha producido una vulneración del principio de jerarquía normativa⁵⁴⁹.

En lo que respecta requisito objetivo de la Circular propuesta en la presente Tesis, cabe recordar que en materia de confidencialidad, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, busca establecer un equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección y reserva de la información que aporten los operadores del sector, que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

En ese sentido el regulador debe declarar la confidencialidad de la información regulatoria, que contenga secretos comerciales e industriales, respecto de terceros en el proceso para los cuales ésta pudiera constituir una ventaja competitiva.

El aprovechamiento de toda ventaja, por parte de un operador, supone poseer información sobre los restantes operadores y utilizarla para fines distintos de los previstos en la propia difusión, lo que podría implicar una conducta anticompetitiva.

En consecuencia, proteger el secreto comercial o industrial, que pudiera contener la información aportada por los operadores, se enmarca en la esfera de la función de salvaguarda de la libre competencia del mercado.

Asimismo la búsqueda de transparencia en los mercados regulados, función inherente a la Comisión del Mercado de las

⁵⁴⁹ SAN, de 22 de diciembre de 2006, JUR/2007/23135 por la que desestima el recurso contencioso administrativo número 487/2004 interpuesto por TESAÚ, contra la Circular 1/2004, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de mayo de 2004, relativa a consentimiento verbal con verificación de tercero en tramitaciones de presentación de operador.

Telecomunicaciones, justifica que el regulador pondere, mediante la declaración de confidencialidad, si debe primar el interés público que supone la publicación de determinados datos de ciertos operadores por sobre el interés privado de un operador en que se mantengan reservados los datos cuya confidencialidad solicita. A través de una Circular la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá establecer los criterios para analizar la referida información, así como las fases del procedimiento declarativo de confidencialidad, al objeto de otorgar mayor seguridad jurídica a las entidades que aportan información al regulador, para el cumplimiento de sus funciones, y, en definitiva, para transparentar dicho procedimiento.

En cuanto a los requisitos formales, vinculados a la elaboración de la Circular que proponemos, los órganos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberán observar el procedimiento establecido en el artículo 20 del Real Decreto 1994/1996 y en el artículo 26 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de esa Comisión⁵⁵⁰.

Habiéndose demostrado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para dictar la circular que se propone en la presente Tesis doctoral, y que la misma cumple con los requisitos subjetivos y objetivos establecidos por la jurisprudencia y consolidados por el regulador en su procedimiento de adopción de las circulares, a continuación citamos los principios o criterios que deben regir el procedimiento de confidencialidad de la información regulatoria:

1.- Clarificación del concepto de secreto comercial e industrial y su aplicación al ámbito de las telecomunicaciones.

2.-Petición de declaración de confidencialidad del operador que aporte información a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con expresa indicación de los documentos o parte de los mismos respecto del cual solicita tratamiento de información confidencial, así como de los motivos por los que se formula su petición, acompañando, en su caso estudio o dictamen

⁵⁵⁰ BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008.

económico sobre los posibles perjuicios que la difusión de la información confidencial pudiere irrogarle.

2.- Formación de expediente separado para la tramitación de la solicitud de confidencialidad de la información regulatoria.

3.- Estudio de la petición por parte del regulador y posible subsanación de la petición del operador.

4.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y, en concreto, del Secretario del Consejo, para realizar las declaraciones de confidencialidad, que podrán ser de oficio o a petición de parte.

5.- Análisis por el regulador, a través del método de la ponderación y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, de las alegaciones efectuadas por el solicitante y la documentación acreditativa del presunto perjuicio que podría suscitarle la no confidencialidad de la información; y posterior emisión, en su decisión, de un juicio de valor sobre la razonabilidad de lo solicitado, que tendrá carácter declarativo. Contra la misma podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

6.- Posibilidad de que la declaración de tratamiento confidencial sea provisional o definitiva.

7.- Audiencia a la parte interesada por el posible levantamiento de la confidencialidad.

8.- Respeto de la confidencialidad de la información confidencial intercambiada con otras ANR, con la Comisión Europea, y con otras Administraciones públicas.

PROPUESTA DE CIRCULAR DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Circular /2009 de de, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la Declaración de confidencialidad de los datos y de la información aportada por las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, para el desempeño de las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones en su artículo 48.3 e) 1ª enumera como función de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en el ámbito de su objeto de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, la de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de servicios, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.

A estos efectos y sobre las materias indicadas, la Comisión podrá dictar instrucciones dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas, que serán vinculantes una vez publicadas en el <<Boletín Oficial del Estado>>.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para el cumplimiento de sus funciones requiere de determinada información de los agentes del mercado que, por su naturaleza, y por el efecto perjudicial que podría ocasionar su difusión a terceros, deba ser declarada confidencial, de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente, al objeto de otorgarle las garantías necesarias para su protección.

El artículo 9.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, dispone que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada por las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, necesaria para el cumplimiento de alguna de las siguientes funciones:

- a) Comprobar el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de la numeración o de la ocupación del dominio público o de la propiedad privada.
- b) Satisfacer necesidades estadísticas o de análisis.
- c) Evaluar la procedencia de las solicitudes de derechos de uso del dominio público radioeléctrico y de la numeración.
- d) La publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios, en interés de los usuarios.
- e) Elaborar 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 en el mercado en aquéllos.

- f) Cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico.
- g) Comprobar el resto de obligaciones nacidas en esta ley.

La Disposición Adicional Cuarta establece que las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o información 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.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su condición de Autoridad Nacional de Reglamentación, en ejercicio de sus competencias, busca establecer un equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección y reserva de la información que aporten los operadores del sector, que de acuerdo a la normativa nacional y comunitaria pueda afectar al secreto comercial o industrial.

Esta Comisión ha venido aplicando los criterios establecidos en la normativa anteriormente citada, en sus resoluciones respecto de la información cuya confidencialidad ha sido solicitada por los operadores del sector, y también ha adquirido experiencia en su desarrollo y en la definición del alcance de la confidencialidad de la información regulatoria.

Por ello, a fin de garantizar ese equilibrio y de otorgar seguridad jurídica a los operadores que aporten información que contiene secretos comerciales e industriales, considera fundamental establecer un procedimiento sobre el tratamiento que esta Autoridad Nacional de Reglamentación debe realizar de dicha información.

A estos efectos, en la presente Circular, se recogen los principios establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, el derecho comunitario y nacional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre acceso a la información pública, el secreto comercial e industrial y la confidencialidad de la información regulatoria.

En virtud de lo anterior, y de conformidad con la habilitación competencial prevista en el artículo 48.3 e) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en el artículo 20 de Reglamento de la Comisión, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

Esta Comisión ha dispuesto:

Primero.- Objeto

La presente Circular establece un conjunto de principios, al objeto de establecer un procedimiento sobre el tratamiento que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe realizar de los datos o información de carácter confidencial que las entidades aporten a esta Autoridad Nacional de Reglamentación para el cumplimiento de sus funciones. Todo ello con el fin de dictar, en su caso, la Declaración de confidencialidad.

Segundo.- Ámbito de aplicación

La presente Circular será de aplicación a todos los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas.

Tercero.- Definición de información confidencial

Se declarará información confidencial, como criterio general, sin perjuicio del análisis pormenorizado que pudiere realizar la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la información que se refiera a las siguientes materias:

- La información amparada por el secreto comercial o industrial, tal como la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos de la empresa, los métodos de evaluación de los costes, las estrategias comerciales, la estructura de precios de coste, los secretos y procesos de producción, las informaciones relativas a la organización interna de los operadores.
- Los documentos internos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Como ejemplos de documentos internos cabe citar a los borradores, dictámenes o memorandos o notas. La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas por las Direcciones de esta Comisión durante la tramitación de un procedimiento administrativo, previo a la resolución de un expediente, salvo que dicha información sea pública o que contenga elementos probatorios sobre los cuales se basará la decisión de esta ANR.
- La información referida a los datos personales cuya difusión constituya una invasión de la intimidad personal.
- Aquellas materias así consideradas por la Constitución Española o por la normativa vigente.

Cuarto.- Clasificación de la información confidencial

La información confidencial a que se refiere el artículo tercero de la presente Circular puede ser clasificada en información confidencial en atención a su contenido (declaraciones totales o parciales) e información confidencial en atención a la oportunidad en que podría ser objeto de divulgación (declaraciones temporales).

Quinto.- *Derecho de las empresas a solicitar la confidencialidad de la información que presenten ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*

Las entidades que aporten a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran con trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad.

El interesado deberá manifestar su voluntad de que el secreto se mantenga; razonar sobre cuál es su interés en el mantenimiento del secreto y señalar, de forma motivada, los daños y perjuicios que la divulgación de dicha información pudiere ocasionarle. Al objeto de acreditar los presuntos daños y perjuicios que pudiera irrogarle la difusión de la información aportada, deberá acompañar estudio, informe o dictamen económico correspondiente. Asimismo podrá acompañar una versión pública del documento cuya confidencialidad solicita.

Si la solicitud no reuniera los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, se requerirá al interesado para que, en un plazo de 10 días, subsane las faltas y mejore su solicitud.

Sexto.- *Declaración de confidencialidad de oficio*

No obstante lo dispuesto en el artículo Quinto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede declarar de oficio la confidencialidad de determinada información suministrada por alguna entidad, si en virtud de la información que dispone, considera que se encuentra dentro de los supuestos previstos en el artículo Tercero.

En virtud de la solicitud de los operadores de comunicaciones electrónicas o el análisis de oficio por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en relación con la confidencialidad de la información regulatoria, se abrirá una pieza separada respecto del procedimiento administrativo en tramitación.

Séptimo.- *Análisis de la solicitud de trato confidencial de la información aportada*

1. Para resolver las solicitudes de confidencialidad que presenten las entidades, o bien de oficio, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones evaluará que la información cuya confidencialidad se solicita se encuentre incluida en los supuestos contemplados por el artículo Tercero, pudiendo considerar, en dicha evaluación, la temporalidad en la aplicación y utilización de los datos (nivel de actualidad), así como el tipo de agregación o detalle de la información que se pretende publicar o difundir por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (nivel de desglose).

2. A fin de determinar si la información cuya confidencialidad se solicita cumple con algunos de los supuestos del artículo Tercero, se podrá tomar en consideración los siguientes criterios:

a. Los perjuicios que pudiere ocasionarle a la entidad que ha suministrado la información la difusión de la misma.

b. Las posibles distorsiones a las condiciones de competencia en el mercado que la difusión de dicha información pudiere causar.

c. El grado de sensibilidad de la información con respecto al mercado, es decir la ponderación entre el interés público por su revelación y su contribución a un mercado abierto y competitivo y el interés particular de la entidad que ha formulado la solicitud de confidencialidad de la información aportada.

d. La necesidad de revelar la información para garantizar el derecho de defensa, en todos los procedimientos tramitados ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tomando en consideración, no sólo la relevancia de la información para la solución del caso planteado, sino también su fuerza probatoria así como la gravedad del incumplimiento, frente al perjuicio que podría ocasionarle a la otra parte o a un tercero su revelación.

Octavo.- Declaración expresa de confidencialidad

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de oficio o a petición de los operadores que así lo soliciten, decidirá de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas sobre la información que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos Tercero y Cuarto de la presente Circular, esté amparada por la confidencialidad o bien que no se considere información confidencial.

Corresponde a esta Comisión, dentro de sus facultades discrecionales, ponderar si la información puede ser calificada como confidencial y si debe prevalecer o no el interés público que justifica su conocimiento.

El Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será quien emita la declaración de confidencialidad de la información que reúna las condiciones establecidas en los artículos Tercero, Cuarto y Séptimo.

No se permitirá el acceso a terceros a los documentos declarados confidenciales, así como tampoco a reproducirlos por cualquier medio físico o electrónico.

Mediante Resolución del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se podrá levantar la confidencialidad de la información que hubiere sido declarada como tal. Dicho levantamiento deberá realizarse a través de resolución expresa y previa audiencia, por diez días hábiles, a los interesados, siempre que hubieren desaparecido las razones o criterios que la configuraban como información confidencial.

Si transcurrido dicho plazo el interesado no se opusiere al alzamiento de la confidencialidad, o si no se diere lugar a la oposición, se procederá a su levantamiento.

Noveno.- *Declaración provisional de confidencialidad*

En caso de que la entidad cumpla con las condiciones establecidas en el artículo Quinto y haya indicado con claridad la información que considere confidencial y fundamentando su petición, hasta tanto se resuelva la declaración de confidencialidad definitiva, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá aceptar provisionalmente las solicitudes que parezcan justificadas.

La Comisión podrá, en una fase posterior, revocar total o parcialmente su aceptación provisional de la solicitud de confidencialidad, otorgando un plazo de 10 días hábiles para que la entidad que hubiere solicitado la confidencialidad presente las alegaciones correspondientes.

Décimo.- *Información confidencial intercambiada con otras Autoridades Nacionales de Reglamentación, con la Comisión Europea, y con otras Administraciones públicas.*

Al momento de intercambiar información con las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros, con la Comisión Europea, con las Autoridades nacionales en materia de competencia y con otras Administraciones públicas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indicará, en su caso, si existiere información amparada por la confidencialidad para que dichas autoridades le reconozcan esa condición y le apliquen tratamiento de información confidencial.

La información declarada como confidencial por las Administraciones públicas y que sea aportada para la tramitación de un procedimiento en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, será considerada confidencial, salvo que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo séptimo existan razones para declararla no confidencial y permitir su acceso.

Undécimo.- *Recurribilidad de la Declaración de confidencialidad*

Contra la Declaración de confidencialidad podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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.

Duodécimo.- *Entrada en vigor*

La presente Circular entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

VI. Recapitulación

En este último capítulo hemos analizado el conjunto de excepciones que limitan el derecho de acceso a la información que consta en los archivos y registros de la Administración Pública y, en concreto, hemos abordado la aplicación de estas excepciones al acceso a la información regulatoria en el sector de las telecomunicaciones.

En términos generales, podemos indicar que la denegación de acceso a los documentos se puede fundamentar en diferentes criterios: por la existencia de un interés del Estado (orden público, seguridad nacional, interés económico) o de un interés privado (secreto comercial e industrial, propiedad intelectual, protección de derechos como el honor, la intimidad, los datos personales); para la protección de los procesos decisorios; y en razón de las cargas desmedidas y los costes que pudiera generar la solicitud de información.

En el ámbito Comunitario el régimen jurídico sobre las excepciones al acceso a los documentos se encuentra recogido, fundamentalmente, en el Reglamento (CE) 1049/2001 y en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005. El Reglamento contiene un desarrollo integral de los principios aplicables al acceso a la documentación en poder de las instituciones comunitarias y, consecuentemente, de los límites a dicho acceso por parte de las personas físicas o jurídicas que residen en algún Estado miembro.

En el ordenamiento jurídico español no existe un texto normativo concreto que defina al secreto comercial o industrial. No obstante, en términos generales puede decirse que se considera secreto comercial o industrial toda información que guarde una persona con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros, en la realización de actividades económicas, y respecto de la cual

haya adoptado los medios o sistemas razonables para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La Comunicación de la Comisión Europea anteriormente citada, establece, de forma concreta, cuáles son los documentos, que obran en su poder, considerados inaccesibles. Entre ellos sus documentos internos (actas de reuniones, correspondencia entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia, dictámenes, memorandos y notas), salvo si contuvieran elementos de prueba contra las partes, así como los secretos comerciales y otra información confidencial.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recoge en sus resoluciones el concepto de secreto comercial contenido en dicha Comunicación, indicando expresamente que tendrá dicho carácter la información cuya divulgación sobre la actividad económica de una empresa pudiera causarle un perjuicio grave.

Tal como hemos podido comprobar, a nivel europeo se ha realizado una mejor regulación del derecho de acceso a los ciudadanos que a nivel nacional, donde los mecanismos establecidos por la LRJPAC devienen insuficientes y poco garantistas en el reconocimiento de este derecho.

En el Derecho comunitario se establecen con mayor claridad el tipo de información a la que puede accederse, los supuestos que conforman la excepcionalidad a dicho acceso (sea en razón del interés público o privado comprometido) y una mayor agilización del procedimiento, entre otros.

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 Pública que pudiera 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.

La existencia de una confusión terminológica y dispersa respecto del denominado “*secreto comercial*” puede crear una inseguridad jurídica para los operadores que intervienen en el sector. Por ello creemos que es necesario identificar, lo más objetivamente posible, las características de la información que debe recibir tratamiento de confidencialidad.

Las normas que tutelan el secreto empresarial, protegen exclusivamente al empresario en relación con conocimientos de su empresa que lo sitúan en una posición de competencia en el mercado en relación con otros empresarios que no conocen tal información.

Es cierto que una gran parte de la información que posee una empresa que opera en el mercado es inaccesible al resto de los agentes del mismo, en especial sus competidores. 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 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, en concreto la mejora en la transparencia del mercado y la consolidación de la competencia efectiva, con el legítimo interés de los operadores de proteger aquella información cuya divulgación pudiera resultarles perjudicial.

Por todo ello, la declaración de confidencialidad de un dato o documento, o parte de él, es siempre, o al menos debería serlo, una decisión sobre un caso concreto, en un momento específico y en una situación reguladora particular. Por ello no hay materias o sectores declarados confidenciales en bloque por el legislador y, en consecuencia, toda declaración debe ser motivada y fundamentada en los principios anteriormente desarrollados.

Hemos tenido oportunidad de observar, en los dos capítulos que integran el Título III de la presente Tesis Doctoral, que paulatinamente se ha ido aprobando diferente normativa, ya sea de carácter general como especial o sectorial, donde la regla comienza a ser la transparencia y la publicidad de la información regulatoria y la excepción el secreto o la confidencialidad de la información en poder de las ANR, como por ejemplo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

A modo de colofón, y en función de todo lo hasta aquí expuesto, podemos concluir sobre el tratamiento de la información confidencial por parte de las ANR, lo siguiente:

En primer lugar, que la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para decidir sobre la confidencialidad de los documentos se basa en los artículos 37.4 de la LRJPAC, 48.3 de la LGTel y en la Disposición Adicional Cuarta del mismo texto, dado que esta función por parte de esta ANR se conecta con la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado. Y precisamente, el conocimiento que los operadores del sector pudieran tener de la información de otro operador considera confidencial, como puede ser su estrategia comercial o el desarrollo de su cartera de clientes, de su modelo de negocio, podría incidir en el mercado, y no precisamente contribuyendo a su apertura, sino restringiendo el nivel de competencia en el mismo.

El artículo 9 y la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel, constituyen los ejes centrales de esta potestad de requerir información así como de declarar la confidencialidad de los datos aportados que pudieren violar el secreto comercial o industrial si se procediere a su publicación o difusión.

En segundo término, y reforzando la postura anterior, esta labor no sólo puede ser ejercida a solicitud del interesado sino también de oficio por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El operador que aporte la información cuya declaración de confidencialidad se requiere al regulador, debe señalar cuál es la parte de la

información que contiene datos que pudieran ser considerados secretos comerciales. Asimismo debe indicar y acreditar debidamente cuál es el perjuicio grave que la divulgación de la información pudiere causarle. En ese sentido debe acompañar estudios económicos sobre los perjuicios que la divulgación de la información podría acarrear a la empresa que aporta la información solicitada por el regulador.

En tercer lugar, la normativa vigente consolida la postura del ente regulador para analizar la confidencialidad de los documentos, cuando la publicidad de los datos a terceros pudiera ser susceptible de revelar estrategia comercial o industrial alguna de los operadores que aportan dicha información. Esta declaración puede tener una doble finalidad, ya sea de tipo cualitativa como cuantitativa. Cualitativamente, el hacer público determinada información regulatoria podría vulnerar el secreto comercial e industrial ya que por sí misma genera un valor económico independiente, actual o potencial, debido a que no es una información conocida de forma general por el resto de los operadores del mercado ni tampoco es posible obtenerla por medios comunes, por otras personas distintas de aquellos a quienes pertenece, los cuales pueden tener una ventaja económica mediante su uso o divulgación, con el consiguiente perjuicio para el que quiere preservar dicha confidencialidad.

Cuantitativamente, el nivel de desagregación de los datos a publicar puede llegar a posibilitar que terceros infieran consecuencias sobre el grado de éxito de una determinada estrategia comercial de algún operador, o la evolución del modelo de negocio planteado por un operador, lo cual podría posibilitarles modificar sus políticas comerciales, o causarle algún perjuicio de cara a inversiones futuras, y en definitiva en su expansión como operador en el mercado.

Y por último, es el regulador quien debe realizar la ponderación necesaria, en aplicación del principio de proporcionalidad, del posible beneficio del que solicita el acceso a esos documentos, o del que se obtendría con la publicación de determinada información regulatoria, en relación con el perjuicio

potencial que podría causar la revelación de esta información. Este método se basa en el análisis de la información aportada por los operadores para su posterior declaración como confidencial o no, al objeto de ponderar debidamente el interés general y público que su conocimiento pudiera aportar en pos de la transparencia no sólo del mercado sino también de los procedimientos regulatorios, versus el legítimo interés privado de los operadores de proteger la información cuya difusión pudiere causarle perjuicios graves por contener datos vinculados a su estrategia comercial, sus costes, entre otros.

En virtud de todo lo analizado en el presente capítulo hemos propuesto un modelo de circular sobre el tratamiento de la información confidencial que recoge, además de la precisiones que la normativa establece, los principales pronunciamientos de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremos y los principios consagrados por la jurisprudencia comunitaria, junto con las ideas propias fruto de varios años de investigación en esta materia. Con ello intentamos definir los principios sobre la confidencialidad de la información regulatoria en el ámbito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica para los operadores que aportan información al regulador. Asimismo es preciso resaltar que la publicación y divulgación de datos e informaciones regulatorias son necesarias para garantizar la transparencia en el mercado español de las telecomunicaciones y posibilitar la evaluación del grado de desarrollo de los diferentes mercados mayoristas y poder así conocer el grado de eficacia y efectos de las medidas regulatorias sobre la competencia en los mismos. Esto contribuye, si duda a reducir las barreras a la entrada sobre la información del operador con PSM respecto de los operadores entrantes. Y con ello se evidencia, una vez más, la importancia de la información regulatoria en el mantenimiento de un mercado abierto y competitivo.

CONCLUSIONES GENERALES

La presente Tesis Doctoral ha tenido por objeto analizar el modo, medios y forma en que la información regulatoria incide y contribuye al desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, de conformidad con los principios reguladores dispuestos en el MRCE, las misiones de las ANR y las competencias de la Comisión Europea, en aras de lograr la aplicación coherente de las Directivas comunitarias. Todo ello estuvo condicionado a lograr determinar si la información regulatoria constituye un instrumento para la regulación del sector y la consolidación de la competencia en el sector.

El punto de partida de la presente investigación ha sido el hecho de que, en el conjunto de artículos de las diferentes Directivas comunitarias que integran el MRCE -inclusive en sus considerandos- se establecieron distintos procedimientos de información. Este entramado de redes de información nos ha llevado a analizar el conjunto de derechos y deberes de los diferentes agentes que pueden intervenir en el sector de las telecomunicaciones – usuarios, operadores, reguladores, Comisión Europea- en relación con la información regulatoria, conforme a los principios de proporcionalidad, transparencia, razonabilidad y confidencialidad de la información.

La información regulatoria, es decir aquella información que, en términos generales, es la que el regulador sectorial requiere y obtiene del mercado y de los operadores que intervienen en él para aplicarlo en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de lograr una regulación eficiente y eficaz, se presentó como un tema muy poco estudiado, ofreciendo aspectos no aplicados hasta entonces en el derecho de las telecomunicaciones. Todo ello ha permitido realizar una investigación original y de gran relevancia en materia regulatoria.

En función de estas consideraciones, la Tesis Doctoral se planteó sobre la base de cuatro áreas de investigación. La primera, en relación con el campo conceptual de la información regulatoria; la segunda, sobre las

competencias de los reguladores y los mecanismos para obtener información del mercado; la tercera, respecto de la utilización de la información regulatoria para el cumplimiento de las misiones de las ANR, y en particular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de cara a garantizar la competencia efectiva en el sector; y la cuarta área de estudio fueron los principios aplicables al acceso a la información regulatoria y el régimen jurídico en relación con el tratamiento de confidencialidad de dicha información por parte del regulador de las telecomunicaciones.

De los estudios realizados a lo largo de nuestra investigación, hemos concluido lo siguiente:

Desde la perspectiva de la presente Tesis, entendemos por información, en el sector de las Comunicaciones electrónicas, a aquellos datos que deben ser objeto de requerimiento, aportación, transmisión, comunicación, y en su caso publicación y difusión, por parte de las ANR, de los operadores, de los Estados miembros y de la Comisión Europea, en función del desarrollo, defensa y consolidación de la competencia del mercado de las telecomunicaciones. Es decir, la información que posibilita el cumplimiento de las funciones de las ANR a fin de adoptar las medidas regulatorias lo más eficaces y transparentes de cara al mercado.

Es posible reconocer diferentes tipos de información regulatoria, según sea producida por el propio regulador o por los operadores del mercado, o por ambos. Asimismo, teniendo en consideración el contenido de la información regulatoria, así como los canales de comunicación utilizados para su difusión, publicación o aportación, podemos distinguir informaciones internas, externas - abiertas, secretas o restringidas- o de tipo corporativo. De la distinción de cada una de ellas dependerá que se apliquen mayores o menores restricciones en cuanto a sus condiciones de acceso y al tratamiento de confidencialidad de la misma.

También hemos considerado, al comenzar nuestro estudio, que una de las principales dificultades que tiene la función de regulación es la

inexistencia o defecto de la información sobre la que se asientan las medidas reguladoras, pues en general las grandes empresas no ofrecen información completa sobre sus costes reales, su desarrollo económico y empresarial.

El MRCE incide en la importancia que tiene el hecho de que el regulador posea conocimientos suficientes del sector para adoptar sus decisiones reguladoras. En ese sentido el artículo 5 de la Directiva Marco establece la posibilidad de que las ANR puedan comprobar el cumplimiento del MRCE, de las directivas específicas, o de las decisiones adoptadas con arreglo a ellas, a través de la información que faciliten las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Para este fin pueden solicitarles, de forma motivada, toda la información -incluso financiera- que guarde proporción con el cumplimiento de sus misiones, que las empresas deben facilitar de forma rápida, respetando los plazos y el grado de detalle exigidos por dichas autoridades. Por su parte, los Estados miembros tienen una doble exigencia, por un lado, de velar para que los operadores de redes y prestadores de servicios faciliten a las ANR la información que éstas requieran para el cumplimiento de sus misiones, y, por el otro lado, de hacer lo propio respecto de las ANR con la Comisión Europea, cuando ésta se los requiera por ser importante para el desempeño de sus funciones. El principio de proporcionalidad de los requerimientos resulta fundamental en uno u otro caso.

En el ámbito nacional, hemos reconocido la potestad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su condición de ANR, 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 comprobar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la LGTel. El artículo 30 del Reglamento de la Comisión establece que 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.

Desde el punto de vista objetivo, existe un deber fundamental de los operadores, establecido en el artículo 9 de la LGTel, que fundamenta la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para requerir información sujeta al cumplimiento de los fines allí establecidos, tales como satisfacer necesidades estadísticas o de análisis, la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios en interés de los usuarios, cumplir los requerimientos que vengan impuestos en el ordenamiento jurídico, así como comprobar el cumplimiento de obligaciones nacidas de este ley. Esta facultad de carácter instrumental de la Comisión se configura como una obligación general de todos los operadores (art. 17 g) y art. 21 del Real Decreto 424/2005).

Respecto de las competencias de los reguladores hemos analizado los diferentes mecanismos de obtención de información, y hemos comprobado que la consulta y los requerimientos de información son las mayores fuentes de información de las ANR.

Si bien hay un mayor reconocimiento de la potestad de los reguladores para obtener información del mercado, los operadores se resisten a aportar la información basándose en la libertad de empresa o bien en la confidencialidad de la información empresarial. No obstante, en razón de las asimetrías de información, el regulador debe poder mejorar no sólo la información que resulta imprescindible para el cumplimiento de sus misiones, sino también la que necesitan los consumidores y usuarios para realizar sus opciones de consumo, respecto de los productos y servicios de telecomunicaciones que respondan a sus necesidades.

En términos generales, la información con que cuenta el regulador, se caracteriza por tres notas fundamentales: la accesibilidad, es decir que puede acceder a ella quien la necesita para cumplir sus funciones; la confidencialidad, principio por el cual acceda a la información sólo quien esté autorizado debido a las características de los datos y los posibles perjuicios que acarrearía la publicación de los mismos o el acceso de terceros no

autorizados, y finalmente la integridad, que implica la inalterabilidad del contenido de la información por quien acceda a la misma.

La regulación de este sector requiere de un regulador que cuente con información veraz, precisa, completa y suficiente sobre las variables que manejan los operadores y sobre la realidad del mercado –intentando superar las asimetrías de información-, pues de esa manera podrá tener una mayor coherencia regulatoria, transparencia, credibilidad y razonabilidad en el cumplimiento de sus misiones, así como una menor cantidad de situaciones posibles de “*captura*”, mejorando consecuentemente la calidad y la equidad del proceso regulador.

Por todo ello, el diseño de un marco regulador que incremente las fuentes de información para el regulador, que establezca de forma clara las competencias para requerir información a los operadores que intervienen en el mercado y que incluya procedimientos de participación de las partes interesadas en el sector tenderá a minimizar la intensidad de la asimetría de información, muy característica en sectores como éste.

Hemos podido comprobar que las normativas comunitaria y nacional de telecomunicaciones han ido incrementado las competencias de los reguladores sobre la obtención de información y la aplicación de la misma, aunque también se aplican los procedimientos establecidos en la legislación administrativa, propios de la tramitación de un expediente en el seno del regulador.

Por otra parte, la información poco a poco ha ido profundizando su doble función, ya sea como instrumento que contribuye a la adopción de medidas regulatorias del sector y como herramienta de control sobre el desarrollo de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones; o bien como mecanismo de difusión a las partes interesadas del sector sobre las condiciones, las obligaciones, los derechos, los precios, la evolución del mercado y demás circunstancias que rodean a la regulación del sector.

En ese sentido, la Comisión Europea, ha desarrollado, a través del artículo 7 de la Directiva Marco, procedimientos de consulta, aplicables por las ANR al momento de adoptar determinadas decisiones. No sólo ha indicado los diferentes pasos a seguir por los reguladores sino que también, posteriormente, estableció los condicionamientos de plazos, forma y contenido de dichos procedimientos donde se intercambia y difunde información regulatoria, salvo la confidencial. Mediante este mecanismo no sólo ejerce un control de las decisiones de dichos reguladores de cada Estado miembro, sino que fundamenta su intervención en la adopción de las medidas que inciden en la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas. Y en ese sentido ha ejercido su poder de veto cuando ha considerado que un proyecto de medida podría obstaculizar el mercado único, o bien cuando tuvo dudas de su compatibilidad con el derecho comunitario y con los objetivos generales establecidos en la Directiva Marco.

No está de más recordar que la complementariedad entre las instituciones comunitarias y las ANR constituye un aspecto fundamental de acuerdo con los principios de armonización en la Unión Europea. Por ello la información cumple su misión esencial al contribuir a los grandes objetivos planteados en las políticas de la Unión Europea y de su profusión, claridad, extensión, apertura y disponibilidad dependerá su contribución a consolidación del mercado de las telecomunicaciones.

En el análisis del grado de incidencia de la información regulatoria hemos comprobado cómo la información se aplica a la regulación del mercado de las telecomunicaciones, ya sea en el procedimiento de análisis de los mercados, a nivel nacional como comunitario, y como en la publicación de los informes anuales que los reguladores realizan sobre la evolución del sector.

Es aquí dónde hemos tenido oportunidad de estudiar la incidencia de la información en la imposición, modificación o supresión de las obligaciones a los operadores con PSM. Como principio general, las ANR tienen el deber de recoger toda la información que consideren necesaria para evaluar si existe

competencia en el mercado. A estos efectos, de acuerdo a sus competencias, acuden a la consulta, al trámite de información pública o a los requerimientos de información.

A dichas competencias se suman las facultades de apreciación de la información regulatoria, a fin de analizar, prospectivamente el mercado. Inciden diferentes factores fácticos, económicos y jurídicos, que resumidos en tres criterios resultan ser las líneas rectoras al momento de definir el mercado y de establecer la existencia o no de operadores con PSM.

En ese sentido, hemos podido observar que para determinar la intercambiabilidad, desde el punto de vista de la demanda, las ANR recurren a los indicios de comportamientos de los consumidores, lo cual permite definir la dimensión geográfica del mercado. Otro tanto sucede con la sustituibilidad de la oferta donde cobran especial importancia la cantidad de operadores en el mercado analizado, así como la existencia o no de productos intercambiables.

La cuota de mercado constituye una información liminar en los diferentes análisis de mercados realizados en toda la Unión Europea y se utiliza como un indicador del peso que posee un operador en el mercado; precisamente el tamaño relativo de una empresa dentro del sector incide sobre los incentivos que tienen las demás empresas para competir en ese mercado. Las ventas expresadas en volumen como las expresadas en valor proporcionan información de gran valor y utilidad para la mediación del mercado. Recordemos que normalmente las cuotas de mercado superiores al 50% implican un indicio de estar en presencia de operadores con PSM y así lo ha indicado en sus resoluciones el regulador español y el TJCE. Otro tanto sucede con la existencia de barreras de entrada, los costes hundidos y respecto del operador que controla las infraestructuras, que se reconoce como información relevante en los procedimientos de análisis de mercados.

También hemos comprobado que el proyecto de modificación de la Directiva Marco introduce nuevas previsiones para las ANR en relación con la utilización de la información para comprobar el cumplimiento de las

decisiones que hubieren adoptado de acuerdo con las Directivas comunitarias, para lo cual amplía y concreta que, también podrán solicitar aquella información relacionada con la futura evolución de las redes o los servicios que pudiera repercutir en los servicios mayoristas puestos a disposición de los competidores. Es éste un aspecto muy importante porque el hecho de que las ANR posean o no información al respecto podrá incidir en las futuras medidas reguladoras que pudieren adoptar sobre los servicios mayoristas.

A raíz de la importancia conferida a la utilización de la información para la consolidación de la competencia en el sector, es que postulamos que el MRCE otorga un nuevo estatus a la regulación mediante la información. Lo cual se traduce en la siguiente premisa: frente a una regulación que se asienta sobre la información que se solicita y requiere fundamentalmente a los operadores –además de la que se difunde, comunica, intercambia y publica en el mercado de las telecomunicaciones-, se persigue el afianzamiento de la competencia en el sector, el desarrollo del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea.

Hoy es posible hablar de una regulación que requiere utilizar debidamente la información, dado el gran protagonismo que la misma ha adquirido en estos últimos tiempos, ya sea en un marco meramente de control administrativo del sector, o bien en el ámbito propio del mercado, a fin de comprobar la existencia o no de competencia en el mismo.

Finalmente, la última línea de investigación nos ha llevado a estudiar los principios aplicados al acceso a la información regulatoria y la confidencialidad de la misma. El derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración Pública supone, para el ciudadano en general, una concreción de la evolución que la Administración democrática moderna ha experimentado en relación con la aplicación de los principios de transparencia y publicidad.

Tal como hemos tenido ocasión de comprobar, la doctrina, la jurisprudencia y la normativa comunitaria y nacional han ido profundizando y

ampliando el reconocimiento del derecho de acceso a la información administrativa.

A nivel nacional, la Constitución Española y los artículos 35 y 37 de la LRJPAC, conceden el derecho de acceso a los interesados en cada uno de los procedimientos administrativos y a los ciudadanos, al igual que el artículo 255 TCE lo hace con las personas físicas o jurídicas con residencia o domicilio social en un Estado miembro.

Hablar de acceso a la información implica no sólo garantizar el derecho a solicitar y recibir información que detenta la Administración Pública, sino también con la posibilidad de participar, de acuerdo al principio de transparencia administrativa, en la adopción de decisiones y actos que adopte, en su caso, en el ejercicio de sus competencias. Este mismo principio resulta aplicable a un ámbito como el sector de las telecomunicaciones y al derecho de acceso a la información regulatoria.

En el seno del regulador, el acceso a la información puede producirse, no sólo por parte de aquellos que revisten la condición de interesados en el expediente durante su tramitación -como principio general consagrado en la LRJPAC – sino también a través del trámite de audiencia. Dicho trámite recogido en el artículo 84.1 de la LRJPAC posibilita a los interesados o sus representantes, antes de la redacción de la propuesta de resolución formular sus alegaciones.

Por su parte cabe recordar que los reguladores deben publicar información actualizada al público y al mercado, y esta difusión constituye una forma de acceso a la información del sector que pudiera resultar relevante al objeto de contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo, como indica el artículo 5.4. de la Directiva Marco.

Asimismo debemos señalar que el artículo 38 de la LGTel consagra el derecho de información eficaz, suficiente y transparente de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales. Ya de forma más concreta, el Real Decreto 424/2005 establece que una de las finalidades de los

requerimientos de información previstos en el artículo 9 de la LGTel, es la publicación de síntesis comparativas sobre precios y calidad de los servicios en interés de los usuarios. Esta premisa resulta fundamental porque no sólo otorga transparencia al mercado sino que es posible que mejore sus elecciones de consumo, de acuerdo a sus necesidades y a la disponibilidad de información. Este principio deriva del consagrado en el artículo 11.3 de la Directiva Servicio Universal.

Por último hemos analizado, de conformidad con las líneas rectoras de la investigación, el conjunto de excepciones que limitan el derecho de acceso a la información que consta en los archivos y registros de la Administración Pública y, en concreto, hemos abordado la aplicación de estas excepciones al acceso a la información regulatoria.

En términos generales, podemos indicar que la denegación de acceso a los documentos se puede fundamentar en diferentes criterios: por la existencia de un interés del Estado (orden público, seguridad nacional, interés económico) o de un interés privado (secreto comercial e industrial, propiedad intelectual, protección de derechos como el honor, la intimidad, los datos personales); para la protección de los procesos decisorios; y en razón de las cargas desmedidas y los costes que pudiera generar la solicitud de información.

En el ámbito Comunitario el régimen jurídico sobre las excepciones al acceso a los documentos se encuentra recogido, fundamentalmente, en el Reglamento (CE) 1049/2001 y en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005.

En el ordenamiento jurídico español no existe un texto normativo concreto que defina al secreto comercial o industrial, por ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recoge en sus resoluciones el concepto de secreto comercial contenido en esta última Comunicación de la Comisión, indicando expresamente que tendrá dicho carácter la información cuya

divulgación sobre la actividad económica de una empresa pudiera causarle un perjuicio grave.

De nuestro estudio pormenorizado de las distintas definiciones de secreto comercial o industrial que la doctrina y la jurisprudencia han realizado, en términos generales, podemos concluir que se considera secreto comercial o industrial toda información que guarde una persona con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros o que le pudiera causar un grave perjuicio su revelación, en la realización de actividades económicas, y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas razonables para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

Tal como hemos podido comprobar, a nivel europeo se ha realizado una mejor regulación del derecho de acceso a los ciudadanos que a nivel nacional, donde los mecanismos establecidos por la LRJPAC devienen insuficientes y poco garantistas en el reconocimiento de este derecho.

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 Pública que pudiera 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, consecuentemente, el reconocimiento de dicha confidencialidad.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha ido elaborando, a través de sus resoluciones, su doctrina sobre el tratamiento de la confidencialidad de la información que aportan las entidades del sector.

En primer lugar, que la competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para decidir sobre la confidencialidad de los documentos se basa en los artículos 37.4 de la LRJPAC, 48.3 e) 1ª de la LGTel y en la Disposición Adicional Cuarta del mismo texto, dado que esta función por

parte de esta ANR se conecta con la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado.

En segundo término, y reforzando la postura anterior, esta labor no sólo puede ser ejercida a solicitud del interesado sino también de oficio por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El operador que aporte la información cuya declaración de confidencialidad se requiere al regulador, debe señalar cuál es la parte de la información que contiene datos que pudieran ser considerados secretos comerciales. Asimismo debe indicar y acreditar cuál es el perjuicio grave que la divulgación de la información pudiere causarle.

En tercer lugar, la normativa vigente consolida la postura del ente regulador para analizar la confidencialidad de los documentos, cuando la publicidad de los datos a terceros pudiera ser susceptible de revelar estrategia comercial o industrial alguna de los operadores que aportan dicha información.

En el análisis de la información aportada por los operadores para su posterior declaración como confidencial, deben enfrentarse detenidamente el interés general que su conocimiento puede aportar, en concreto la mejora en la transparencia del mercado y la consolidación de la competencia efectiva, con el legítimo interés de los operadores de proteger aquella información cuya divulgación pudiera resultarles perjudicial. Por todo ello, la declaración de confidencialidad de un dato o documento, o parte de él, es siempre, o al menos debería serlo, una decisión sobre un caso concreto, en un momento específico y en una situación reguladora particular. Por ello no hay materias o sectores declarados confidenciales en bloque por el legislador y, en consecuencia, toda declaración debe ser motivada y fundamentada en los principios anteriormente desarrollados.

Consideramos importante que, al momento de realizar la declaración de confidencialidad, el regulador tenga en cuenta dos aspectos muy importantes de la información, uno es el contenido en sí mismo y el otro la temporalidad de dichos datos.

En efecto, el hacer pública determinada información regulatoria podría vulnerar el secreto comercial e industrial ya que por sí misma genera un valor económico independiente, actual o potencial, debido a que no es una información conocida de forma general por el resto de los operadores del mercado ni tampoco es posible obtenerla por medios comunes, por otras personas distintas de aquellos a quienes pertenece, los cuales pueden tener una ventaja económica mediante su uso o divulgación, con el consiguiente perjuicio para el que quiere preservar dicha confidencialidad.

En el mismo sentido, el nivel de desagregación de los datos a publicar podría llegar a posibilitar que terceros infieran consecuencias sobre el grado de éxito de una determinada estrategia comercial de algún operador, o la evolución del modelo de negocio planteado por un operador, lo cual les posibilitaría modificar sus políticas comerciales, o causarle algún perjuicio de cara a inversiones futuras, y en definitiva en su expansión como operador en el mercado.

Y precisamente de este elemento temporal se deriva la necesidad de que el regulador nacional contemple la posibilidad de declarar provisionalmente confidencial una información, para luego hacerla definitiva, o bien levantar la confidencialidad, mediante decisión suficientemente motivada sobre la pérdida de la protección de confidencialidad de dicha información que anteriormente fue declarada tal.

No obstante ello, ni las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, ni la legislación nacional prevén de manera completa una regulación sobre el procedimiento para la declaración de confidencialidad de la información que aporten las entidades en el seno de esta Comisión.

En consecuencia, a modo de síntesis de la presente investigación, hemos presentado una propuesta de Circular que intenta recoger el procedimiento de declaración de confidencialidad en un sector tan importante y dinámico como las telecomunicaciones donde la información que hoy se

considera confidencial en un plazo muy breve de tiempo puede perder tal carácter por no revelar ningún secreto o porque su difusión ya no provoca un perjuicio al operador que la ha aportado.

La propuesta establece una serie de requisitos que han sido recogidos por la jurisprudencia, la doctrina y la normativa nacional y comunitaria, y su importancia radica en que intenta clarificar el concepto de secreto comercial e industrial y su aplicación al ámbito de las telecomunicaciones. Asimismo establece un procedimiento concreto, más amplio y exhaustivo que el vigente sobre la petición de confidencialidad del operador que aporte información a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como sobre el análisis que debe realizar el regulador, a través del método de la ponderación y, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Y también ahonda en aspectos tan relevantes como la declaración de confidencialidad provisional, la posibilidad de audiencia a la parte interesada por el posible levantamiento de la confidencialidad, y el respeto de la confidencialidad de la información confidencial intercambiada con otras ANR, con la Comisión Europea, y con otras Administraciones públicas.

La Circular que aquí planteamos no pretende ser una propuesta cerrada sino, por el contrario, ser el inicio de un debate sobre la necesidad de regular, con mayor claridad y transparencia, el tratamiento de la confidencialidad de la información regulatoria.

En definitiva, dada la importancia que tiene la información en la regulación del sector de las telecomunicaciones, tal como hemos podido comprobar a lo largo de nuestra investigación, el proyecto de Circular persigue la finalidad de otorgar mayor seguridad jurídica a los operadores que aportan información del sector; porque ello redundará en que el regulador posea mayor información regulatoria y pueda, en consecuencia, adoptar sus decisiones con menores márgenes de incertidumbre y más eficientes, de cara al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo.

NORMATIVA DE ANÁLISIS

Normativa comunitaria

TRATADOS

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la energía atómica.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Tratado de la Unión Europea.

Tratado de Ámsterdam.

Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Anejo al Tratado CE.

Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea. Anejos al TUE y a los Tratados constitutivos de la CE, la CECA y EURATOM.

Tratado de Niza.

Constitución Europea

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

DIRECTIVAS COMUNITARIAS

Directiva 88/301/CEE de la Comisión de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones. Doce L 131 de 27.05.1988, p.0073-0077.

Directiva 89/336/CEE del Consejo de 3 de mayo de 1989 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la compatibilidad electromagnética. DOCE L 139, de 23.05.1989, p. 19.

Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente DO L 158 de 23.06.1990, p.56.

Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. DO L 192, de 24.07.1990, p.0001–0009.

Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. DOCE L 192, de 24.07.1990, p.10.

Directiva 91/263/CEE del Consejo, de 29 de abril de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de telecomunicaciones, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. DOCE L 128, de 23.05.1991.

Directiva 92/44/CEE del Consejo, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. Diario Oficial nº L 165 de 19.06.1992, p.0027–0036.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOCE L 281, de 23.11.1995, p.31.

Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión. DOCE L 281, de 23.11.1995, p.51.

Directiva 95/51/CE de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados. DOCE L 256, de 26.10.1995, p.49.

Directiva 95/62/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 1995 relativa a la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal. DO L 321 de 30.12.1995, p.6.

Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, que modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales. DOCE L 020, de 26.01.1996, p.59.

Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones. DOCE L 074, de 22.03.1996, p.13.

Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. DO L 117, de 07.05.1997, p.15.

Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP). DOCE L 199, de 26.07.1997, p.32.

Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones. DOCE L 295, de 29.10.1997, p.23

Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997 por la que se modifican las Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente. DOCE L 328, de 28.11.1997, p.1

Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. DOCE L 024, de 30.01.1998, p.1.

Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 por la que se modifica la Directiva 93/38/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. DOCE L 101, de 01.04.1998, p.1.

Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. DOCE L 101, de 01.04.1998, p.24

Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 1998/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. DOCE L 217, de 05.08.1998, p.18.

Directiva 98/61/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, por la que se modifica la Directiva 97/33/CE en lo que se refiere a la portabilidad de números entre operadores y la preselección del operador. DOCE L 268, de 03.10.1998.

Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad. DOCE L 091, de 07.04.1999, p.10

Directiva 1999/64/CE de la Comisión de 23 de junio de 1999 por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con objeto de garantizar que las redes de telecomunicaciones y de televisión por cable propiedad de un único operador sean entidades jurídicas independientes. DOCE L 175, de 10.07.1999, p.39.

Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, la misma establece un marco comunitario para la firma electrónica. DO L, núm. 013 de 19.01.2000 P. 0012-0020.

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. DOCE L 178 17.07.2000 P.1.

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2001, relativa al acceso a las redes de comunicación electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso) DO L núm. 108, de 24.04.2002, p. 7.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) DO L núm.108, 24.04.2002, p. 21.

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) DO L núm.108, de 24.04.2002, p.33.

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal) DO L, núm. 108, de 24.4.2002, p.51.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la Privacidad y las comunicaciones electrónicas) DO L núm. 201, de 31.07.2002, p. 31.

Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DO L. núm. 249, de 17.09.2002.

Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. DO L núm. 41, de 14.02.2003, p. 26.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. COM (2007) 697 final. Bruselas, 13.11.2007.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2005 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.COM (2007) 698 final. Bruselas, 13.11.2007.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones electrónicas. COM (2007) 699 final. Bruselas, 13.11.2007.

Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión "Aprovechar plenamente las ventajas del dividendo digital en Europa: un planteamiento común del uso del espectro liberado por la conversión al sistema digital" (2008/2099(INI)).

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (COM (2007)0698 – C6-0420/2007 – 2007/0248(COD)). Propuesta modificada: COM (2008)0723.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas (COM (2007)0699 – C6-0428/2007 – 2007/0249(COD)). Propuesta modificada: COM (2008)0720.

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (COM(2007)0697 – C6-0427/2007 – 2007/0247(COD)). Propuesta modificada: COM (2008) 0724.

LIBROS BLANCOS Y VERDES

Libro Verde, de 30 de junio de 1987, sobre el desarrollo del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones (COM (87) 290).

Libro Verde, de 20 de noviembre de 1990, sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones por satélite en la Comunidad Europea. (COM (90) 490).

Libro Blanco Crecimiento, competitividad y empleo, de 5 de diciembre de 1993. COM (93) 700 FINAL.

Libro Verde, de 27 de abril de 1994, sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea (COM (94) 145 final).

Libro Verde, de 25 de octubre de 1994, sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y las redes de televisión por cable. Parte I: principios y calendario (COM (94) 440).

Libro Verde, de 25 de enero de 1995, sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y las redes de televisión por cable. Parte II: enfoque común del suministro de infraestructuras en la Unión Europea (COM (94) 440).

Libro Verde, de 20 de noviembre de 1996, sobre una política de numeración de los servicios de telecomunicación en Europa (COM (96) 590).

Libro Verde, de 3 de diciembre de 1997, sobre la Convergencia de los Sectores de Telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación. Bruselas 3 de diciembre de 1997. COM (97) Versión 3.

La información del sector público: un recurso clave para Europa. El Libro Verde sobre la información del Sector público en la Sociedad de la Información. COM (1998) 585.

Libro Verde Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión. Bruselas, 18.04.2007. COM (2007) 185 final.

REGLAMENTOS, DECLARACIONES, RECOMENDACIONES, RESOLUCIONES Y COMUNICACIONES

Recomendación del Consejo, de 12 de noviembre de 1984, relativa a la puesta en marcha de la armonización en el campo de las telecomunicaciones (84/549/CEE).

Resolución del Consejo, de 30 de junio de 1988, sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicación de aquí a 1992. (88/C 257/01).

Resolución del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de comunicación por satélite (92/C 8/01).

Informe de 1992, de 21 de octubre de 1992, sobre la situación del sector de servicios de telecomunicaciones (SEC (92) 1048 final).

Resolución del Consejo, de 22 de julio de 1993, relativa al informe sobre la situación del sector de la telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo en este mercado (93/C 213/01).

Resolución del Consejo, de 7 de febrero de 1994, relativa a los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones (94/C 48/01).

Decisión de la Comisión 94/90 sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión. DO L 46, de 18.2.1994, p.58.

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 1994, sobre la situación actual y perspectivas futuras del acceso abierto a las redes y servicios de telecomunicación (Oferta de Red Abierta) COM (94) 513 final).

Resolución del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a los principios y al calendario de la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones. DO C 379, de 31.12.1994.

Resolución del Consejo, de 29 de junio de 1995, relativa a los nuevos desarrollos de las comunicaciones móviles y personales en el seno de la Unión Europea (95/C 188/02).

Resolución del Consejo, de 18 de septiembre de 1995, sobre el establecimiento del futuro marco reglamentario de las telecomunicaciones (95/C 258)01).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 13 de marzo de 1996, relativa al servicio

universal de las telecomunicaciones en la perspectiva de un entorno completamente liberalizado: un elemento esencial de la Sociedad de la Información (COM (96) 73 final). (Informe de seguimiento de 25 de febrero de 1998, COM (98) 106).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 5 de marzo de 1997, sobre las comunicaciones por satélite en la sociedad de la información: Plan de acción en la Unión Europea (COM (97) 91 final)

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 29 de mayo de 1997, sobre la aplicación de las medidas reguladoras de las telecomunicaciones (COM (97) 236). (Puesta al día a 8 de octubre de 1997, COM (97) 504; a 18 de febrero de 1998, COM (98)80; y a 25 de noviembre de 1998, COM (1998) 594 final).

Decisión 1336/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1997, relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones.

Resolución del Consejo, de 22 de septiembre de 1997, sobre el desarrollo de la futura política de numeración en el sector de las telecomunicaciones en la Comunidad Europea.

Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia. DO C 372, de 9.12.1997.

Recomendación 98/195/CE de la Comisión, de 8 de enero de 1998, sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado (Parte 1-Las tarifas de interconexión) (Modificada por Recomendación 98/511/CE de 29 de julio de 1998).

Decisión 98/253/CE del Consejo, de 30 de marzo de 1998, por la que se adopta un programa plurianual comunitario para estimular el establecimiento de la sociedad de la información en Europa (Programa “Sociedad de la Información”).

Recomendación 98/322/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de abril de 1998, sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado (Parte 2- Separación contable y contabilidad de costes).

Resolución del Parlamento Europeo sobre la política de información y de comunicación en la UE, de 14.05.1998.

Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco jurídico, Mercados de Referencia y principios (98/C 265/02). DO C 265, de 22.08.98

Decisión 128/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 1998, relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación (UMTS) en la Comunidad.

Decisión 1999/468/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 por la que se establecen los procedimientos para el Ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. DO L 184 de 17.07.1999 p. 0023-0026.

Decisión N° 1719/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 1999 sobre un conjunto de orientaciones, entre las que figura la identificación de los proyectos de interés común, relativo a redes transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre administraciones (IDA). DO L 203 de 3.8.1999, p.0001-0008

Documento de la Comisión “Hacia un nuevo marco”. COM (1999) 539.

Quinto Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación del paquete regulador en el sector de telecomunicaciones. COM (1999) 537 final.

Decisión N° 1720/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 1999 por la que se aprueba un conjunto de acciones y medidas al objeto de garantizar la interoperabilidad de las redes telemáticas transeuropeas destinadas al intercambio electrónico de datos entre administraciones (IDA), así como el acceso a las mismas. DO L 203, de 3.8.1999, p.0009-0013.

Sexto Informe de la Comisión Europea del Sector de Telecomunicaciones y las Autoridades Nacionales de Reglamentación sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. Bruselas 7.12.2000, COM (2000)814 final p.6.

Documento de Trabajo de la Comisión sobre una Propuesta de un nuevo marco regulador de las redes y de los servicios de comunicaciones. Directrices de análisis del mercado de conformidad con el artículo 14 de la propuesta de Directiva relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Bruselas 28.3.2001. COM (2001) 175 final

Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. DO L 145, de 31.5.2001.

Séptimo Informe de la Comisión Europea. COM (2001) 706 final.

Decisión del Parlamento y del Consejo 676/2002/CE, de 7 de marzo, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. DO L 108, de 24.4.2002.

Comunicación de la Comisión, de 28 mayo de 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos. COM (2002) 263 final.

Comunicación de la Comisión. La Gobernanza Europea: legislar mejor. Bruselas 5.6.2002 COM (2002) 275 final.

Directrices de la Comisión sobre el análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03). DO C 165, de 11.07.2002, p.6-31.

Decisión de la Comisión 2002/622/CE, de 26 de julio, por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico. DO L 198, de 27.7.2002.

Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo 1376/2002/CE, de 12 de julio, por la que se modifica la Decisión 1336/97/CE relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones. DO L 200, de 30.7.2002.

Decisión de la Comisión 2002/622/CE de 26 de julio de 2002 por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico. DO L 198, de 27.7.2002.

Decisión de la Comisión 2002/627/CE, de 29 de julio, por el que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 200, de 30.07.2002, p.38-40.

Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones –La eEurope 2002: Creación de un marco comunitario para la explotación de la información del Sector público” y la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la reutilización y explotación comercial de los Documentos del Sector público. Bruselas 20-21 de noviembre de 2002. CDR 104/2002 fin.

Octavo Informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. Telecomunicaciones en Europa- Reglamentación y mercados, 2002. Bruselas, 3.12.2002. COM (2002) 695 final.

Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DO L 001, de 4.01.2003.

Resolución del Consejo de 18 de febrero de 2003 sobre la aplicación del plan de acción eEurope 2005. DO C 48 de 28.02.2003.

Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2003/311/CE) D.O. L 114, de 8.05.2003, p. 45-49.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Comunicaciones electrónicas: el camino hacia la economía del conocimiento. Bruselas, 11.02.2003. COM (2003) 65 final.

Recomendación de la Comisión de 23 de julio de 2003 sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicación electrónicos. (2003/561/CE). D.O L 190, de 30.07.2003, p. 13.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Reglamento y mercados de Comunicaciones Electrónicas Europeas 2003. Informe sobre la aplicación del paquete regulador de comunicaciones electrónicas de la UE. Bruselas, 19.11.2003. COM (2003) 715 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al comité económico y social europeo y al Comité de Regiones. Conectando Europa a alta velocidad: evolución reciente del sector de las Telecomunicaciones electrónicas. Bruselas, 3.02.2004 COM (2004) 61 final.

Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información. DOCE, 13.03.2004.

Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión de 4 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. DOUE L 123, 27.04.2004, p. 18.

Decisión de la Comisión, de 14 de septiembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2002/627/CE por la que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE, 16.09.2004.

Comunicación de la Comisión relativa a la revisión de la Comunicación de 1997 sobre las normas de procedimiento interno para la tramitación de las solicitudes de acceso al expediente (2004/C 259/05), de 21.10.2004.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Regulación y mercados de las telecomunicaciones electrónicas en Europa 2004. Bruselas, 2.12.2004 COM (2004) 759 final.

Decisión nº 456/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2005, por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa. DOCE, 24.03.2005.

Recomendación de la Comisión, de 6 de abril de 2005, relativa a las comunicaciones electrónicas de banda ancha a través de la red eléctrica. DOCE, 12.04.2005.

Comisión Decisión of 17 May 2005 pursuant to Article 7 (4) of Directive 2002/21/EC (“Withdrawal of notified draft measures”). Case DE/2005/0144: Call termination on individual public telephone networks provided at a fixed location. Bruselas 17.05.2005. C (2005) 1442 final.

Comunicación de la Comisión, de 1.6.2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo» COM (2005) 229 final.

Decisión nº 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea. DOCE, 11.6.2005

Reglamento (CE) nº 1099/2005 de la Comisión de 13 de julio de 2005, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información. DO L 183, de 14.7.2005.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo. Una política del espectro radioeléctrico que mire al futuro para la Unión Europea: Segundo Informe Anual. Bruselas, 6.09.2005. COM (2005) 411 final.

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. DO C, núm. 325, de 22.12.2005.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE. Consolidación del Mercado interior de las Comunicaciones electrónicas. Bruselas, 6.02.2006. COM (2006) 28 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe). Bruselas, 20.02.2006. COM (2006) 68.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Bruselas, 29.06.2006. COM (2006) 334 final.

Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2006 (Duodécimo Informe). Bruselas, 29.03.2007. COM (2007) 155.

Reglamento (CE) nº 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE. DO L 171, de 29.06.2007, p. 32/40.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe). Consolidación del mercado interior de las comunicaciones. Bruselas, 11.07.2007 COM (2007) 401 final.

Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto. Documento que acompaña a la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; a la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2002/22/CE y 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; y a la

Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas.

Bruselas, 13.11.2007 SEC (2007) 1473.

Informe de la Comisión sobre la aplicación en el año 2006 del Reglamento (CE) nº 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Bruselas, 20.12.2007. COM (2007) 841 final.

Recomendación de la Comisión de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinente de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2007/879/CE). DO L, 344 de 28.12.2007.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre el Mercado Único Europeo de las comunicaciones electrónicas 2007 (13º Informe). Bruselas, 19.03.2008 COM (2008) 153.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las propuestas siguientes:

- <<Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas>>.

- <<Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores>>.

- <<Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones electrónicas>>.

(2008/C 224/11). DO C 224/50, 30.8.2008.

Recomendación de la Comisión de 15 de octubre de 2008 sobre las notificaciones, los plazos y las consultas previstos en el artículo 7 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2008/850/CE). DO L, 301, de 12.11.2008.

Normativa española

Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de invención y modelos de utilidad. BOE, núm. 73, de 26.03.1986.

Real Decreto 2245/1986, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes. BOE, núm. 261,31.10.86, p. 36431. Rectificaciones BOE, núm.294, 9.12.1986, BOE, núm. 30, de 4.02.87.

Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. B.O.E, núm 305, de 22.12.2986.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. B.O.E. núm. 10, de 11.1.1991.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. B.O.E. núm. 23, de 27.1.1993.

Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones. B.O.E. núm. 139, de 8.6.1996.

Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, desarrolla la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones y aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. B.O.E. núm.6, de 25.09.96.

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. B.O.E 315, de 31.12.1996.

Texto Refundido 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. B.O.E. núm. 87, de 11.04.1997.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. B.O.E. núm. 90, de 15.04.1997.

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. B.O.E. 11.04.1997.

Ley 12 /1997, de 24 de abril de liberalización de las telecomunicaciones. B.O.E. núm. 99, de 25.4.1997.

Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. B.O.E. núm. 25.4.1998.

Real Decreto 1652/1998, de 24 de julio. Se aprueba el Reglamento de Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales para la prestación de servicios y para el establecimiento y explotación de Redes de Telecomunicaciones, y el Reglamento del Procedimiento de Ventanilla Única para la presentación de solicitudes o notificaciones dirigidas a la obtención de dichos títulos. B.O.E núm. 213, de 5.09.1998.

Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril de 1998, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración. B.O.E., núm 181, de 30.7.1998.

Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones. B.O.E. núm. 213, de 5.9.1998.

Orden Ministerial, de 22 de septiembre. Establece el régimen aplicable a las licencias individuales para los servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. B.O.E. núm. 231, de 26.09.98.

Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía. B.O.E. núm. 202, 24.08.1999.

Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones. B.O.E. núm. 151, de 24.6.2000.

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. B.O.E núm. 264, de 4.11.2003.

Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. B.O.E núm.308, de 23.12.2004.

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. B.O.E. núm.314, de 30.12.2004.

Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, 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. B.O.E. núm.102, de 29.04.2005.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos. B.O.E. núm. 150, 23.06.2007

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. B.O.E. núm. 159, de 4.07.2007.

Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión europea. B.O.E. núm.160, 5.07.2007.

Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. B.O.E. núm.312, 29.12.2007.

Real Decreto 1768/2007, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. B.O.E. núm.312, 29.12.2007.

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. B.O.E. núm.184, 31.07.2008.

Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 23 de septiembre de 1999 relativa a la solicitud de Madritel Comunicaciones, S.A. de acceso a las condiciones acordadas en el contrato de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa.

Resolución de 10 de mayo de 2001 sobre la declaración de confidencialidad de los documentos que forman parte del apéndice 1.17.14 (proyecto técnico inicial) del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre Telefónica de España, S.A.U. y Firstmark Comunicaciones España, S.A., el día 26 de enero de 2001 (A.J. 2001/4391).

Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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.

Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 20 de marzo de 2003 - recaída en el expediente AJ 2003/358- resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto conjuntamente por las entidades VEO TELEVISIÓN, S.A. Y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET, S.A. contra la Resolución del Consejo de esta Comisión, de fecha 29 de enero de 2003, que resuelve estimando la solicitud de declaración de confidencialidad presentada por la entidad RETEVISIÓN I, S.A.U., con respecto al Anexo 2 de su escrito de alegaciones de fecha 24 de enero de 2003 (MTZ2002/6935).

Resolución de los Recursos Potestativos de Reposición interpuestos por Telefónica de España, S.A.U., Cableuropa S.A.U., Tenaria, S.A., Euskaltel, S.A. y Auna Telecomunicaciones, S.A. contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 29 de julio de 2004, por el que se declara parcialmente la confidencialidad de los datos aportados por las entidades del sector de telecomunicaciones y audiovisual para la elaboración del Primer Informe Trimestral de 2004 sobre el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales.

Resolución de 27 de julio de 2004, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace público el Acuerdo de 22 de julio de 2004, del

Consejo, por el que se aprueba la delegación de la competencia para efectuar requerimientos de información. B.O.E. núm. 194, 12.08.2004, p. 28995-28996.

Resolución de 14 de diciembre de 2004 del Recurso Potestativo de Reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra el Acuerdo del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 9 de julio de 2004, por el que se estima parcialmente la solicitud de confidencialidad de los datos aportados por esta entidad para la elaboración del Informe Anual de 2003.

Resolución de 3 de marzo de 2005, relativa al escrito presentado por AUNA Telecomunicaciones, S.A. solicitando el acceso al expediente sobre el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2002 propuesto por Telefónica de España, SAU (MTZ 2003/1214).

Resolución de 23 de marzo de 2006 relativa a la contestación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la consulta pública de la Comisión Europea en relación con el mercado de itinerancia internacional.

Resolución de 11 de mayo de 2006 relativa a la contestación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la segunda fase de la consulta pública de la Comisión Europea en relación con el mercado de itinerancia internacional.

Resolución de 19 de octubre de 2006, por la que se resuelve 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.

Resolución de 13 de diciembre de 2006 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Vodafone España S.A., contra la declaración negativa de confidencialidad de la información contenida en el anexo del escrito remitido por Vodafone España S.A. tras requerimiento de la CMT en el expediente DT 2006/387.

Resolución, de 21 de diciembre de 2006, por la que se resuelve 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 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.

Resolución de 25 de enero de 2007 por la que se aprueba la definición del mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

Resolución de 27 de noviembre de 2007, relativa a los recursos potestativos de reposición interpuestos por Vodafone España, S.A. contra las resoluciones de fechas 18 de julio y 14 de septiembre de 2007, por las que se declara la confidencialidad de determinados datos a aportar en el marco del primer y segundo informe trimestral del año 2007.

Resolución de 31 de enero de 2008 por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Audiovisual Sport, S.L. por el presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Resolución de 31 de enero de 2008 por la que se acuerda la apertura de un procedimiento sancionador contra Sogecable, S.A. por el presunto incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones

Resolución de 8 de mayo de 2008 por la que se aprueba la delegación de determinadas competencias en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AJ 2007/1457).

Resolución de 31 de julio de 2008, por la que se resuelve el recurso de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 14 de abril de 2008, que declara la confidencialidad de ciertos datos del acta de inspección realizada el 7 de marzo de 2008 en las dependencias de France Telecom España Internet Provider, S.L.U.

Resolución de 10 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el recurso de reposición presentado contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de mayo de 2008, en la que se acuerda no declarar la confidencialidad de determinados datos solicitada por el operador denunciante en el marco del expediente DT 2008/322.

Resolución de 25 de septiembre de 2008, por la que se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto contra el acto de 24 de abril de 2008 dictado por el Secretario relativo a la declaración de confidencialidad referente a los Expedientes MTZ 2007/93, DT 2007/639 y 2008/250.

Resolución de 16 de octubre de 2008, al Recurso de Reposición interpuesto por Telefónica de España contra la Resolución de 28 de agosto de 2008, por la que se declara no confidencial la información contenida en su escrito de fecha 29 de julio de 2008.

Resolución de 8 enero de 2009 del Recurso de Reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U contra el acto del Secretario de la Comisión de fecha 8 de octubre de 2008, relativo a la declaración de confidencialidad de determinados datos aportados por Telefónica de España, S.A.U en el marco de los expedientes DT 2008/250 y DT 2008/525.

RESOLUCIONES SOBRE LOS MERCADOS RELEVANTES

Resolución de 2 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil (Mercado 15), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. BOE núm. 35, 10.02.2006, p. 5343-5344.

Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado transmisión de señales de televisión (Mercado 18), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas. BOE núm. 40, 16.02.2006, p. 6289-6290.

Resolución de 9 de febrero de 2006, por la que se aprueba la definición y análisis de mercados de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes residenciales, de servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales y servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados desde una ubicación fija a clientes no residenciales (Mercados 3, 4, 5 y 6), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 51, 1.03.2006, p. 8454-8455.

Resolución de 23 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales (Mercado 16), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 57, 08.03.2006, p. 9433.

Resolución de 2 de marzo de 2006, relativa a la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija (Mercado 9), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 65, 17.03.2006, p. 10907-10908.

Resolución de 23 de marzo de 2006, relativa a la definición y análisis de los mercados de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales (Mercados 1 y 2), la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 87, de 12.04.2006, p.14264.

Resolución de 20 de abril de 2006, relativa a la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas (Mercado 7), la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 125, 26.05.2006, p. 19915.

Resolución de 27 de abril de 2006, relativa a la definición y análisis del mercado de originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija (Mercado 8), la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 129, de 31.05.2006, p.20593.

Resolución de 11 de mayo de 2006, relativa a la definición y análisis del mercado de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de los servicios de banda ancha y vocales (Mercado 11), la designación de los operadores con poder significativo en el mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 123, 24.05.2006, p. 19590.

Resolución de 1 de junio de 2006, relativa a la definición del mercado de acceso mayorista de banda ancha (Mercado 12), el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 137, 9.06.2006.

Resolución de 29 de junio de 2006, relativa a la definición del mercado de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija (Mercado 10), el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, y se acordó su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 161, 7.07.2006.

Resolución de 23 de noviembre de 2006, relativa a la definición de los mercados de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor y segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor (Mercados 13 y 14), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas. BOE núm. 298, 14.12.2006.

Resolución de 25 de enero de 2007, relativa a la definición y análisis del mercado al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil (Mercado 17), la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y acordó su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 48, 24.02.2007.

Resolución de 4 de octubre de 2007, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en la red móvil de Xfera Móviles, S.A., la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea. BOE núm.253, 22.10.2007.

Resolución de 7 de febrero de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en las redes móviles individuales de los operadores móviles virtuales completos, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea. BOE núm. 50, 27.02.2008.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

Jurisprudencia comunitaria

-Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 19 de junio de 1996. NMH Stahlwerke GmbH, Eurofer ASBL, Arbed SA, Cockerill-Sambre SA, Thyssen Stahl AG, Unimétal –Société française des aciers longs SA, Krupp Hoesch Stahl AG, Preussag Stahl AG, British Steel plc, Siderurgia Aristrain Madrid SL y Empresa Nacional Siderurgica SA contra Comisión de las comunidades Europeas .Rec.1996, p.II-000537.

-Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 1996. Asunto T-353/94. Postbank NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Rec. 1996, p. II-00921.

-Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada), de 11 de marzo de 1999. Asunto T-141/94. Rec. 1999, p. II-00347.

-Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de fecha 13 de septiembre de 2000. Denkvit Nederland BV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Rec.2000, p. II-03011.

-Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de abril de 2005, asunto T-2/03, Verein für Konsumenteninformation C/ Comisión.

- Sentencia del Tribunal de primera Instancia, de 6 de julio de 2006, Asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04, Franchet y Byk C/Comisión.

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de mayo de 2006 en el Asunto T-198/03 Bank Austria Creditanstalt AG C/Comisión.

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 12 de octubre de 2007. Asunto T-474704. Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH c/Comisión.

-Sentencia del Tribunal de 14 de diciembre de 2006, Asunto T-237/02, Technische Glaswerke Ilmenau (TGI) C/Comisión.

-STJCE de 17 de diciembre de 1970. Asunto SCHEER, 30/70, Rec. p. 1197.

-STJCE de 18 de febrero de 1971 Société Sirena SRL.

-STJCE de 27 de mayo de 1981. Asuntos acumulados 142-143/80, Essevi Spa y Salengo.

-STJCE de 25 de mayo de 1982. Asunto 97/81. Comisión contra Países Bajos.

-STJCE de 10 de junio de 1986. Bélgica contra Comisión 234/84, Rec. p. 2263, apartados 16 Y 22.

- STJCE de 24 de junio de 1986, Asko Chemie y Azko Chemie UK/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965.

-STJCE Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de las Comunidades Europeas. Asunto 16/88.

-STJCE de 27 de enero de 1988, Dinamarca/Comisión, 349/85, Rec. p. 169.

- STJCE, de 18 de octubre de 1989. Asunto C- 27/88. Solvay & Cie contra Comisión de las comunidades Europeas.
- STJCE, de 18 de octubre de 1989. Asunto C- 374/87. Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas apoyada por República Francesa. Rec.3351.
- STJCE, de 10 de julio de 1990. Asunto C-217/88 Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania.
- STJCE, de 27 de junio de 1991. Asunto C-49/88. Al-Jubail Fertilizer/Consejo, Rec. P. I-3187, apartado 17.
- STJCEE AZKO CHEMIE/Comisión Europea. Asunto C-62/86. Sala Quinta, de 3 de julio de 1991. Recop. Jurisp. 1991.
- STJCE, de 13 de diciembre de 1991. Asunto C-33/90 Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia. Recop. Jurisp. P. I- 5987.
- STJCE Asunto C-65/91 de 14 de octubre de 1992. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica.
- STJCE, de 27 de octubre de 1992, Asunto C-240/90 Alemania c/ Comisión, ap. 42.
- STJCE de 10 de noviembre de 1993. Reino de los Países Bajos contra Comisión de las comunidades europeas. Liquidación de cuentas del FEOGA- Ejercicio de 1988. Asunto C-48/91.
- STJCE de 14 de septiembre de 1994, España /Comisión, Asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92.
- STJCE Asunto C-58/94 Reino de los Pases Bajos contra Consejo de la Unión Europea, de 30 de abril de 1996.
- STJCE de 26 de noviembre de 1998. BRONNER. Asunto C-7/97.
- STJCE de 7 de diciembre de 1999 Asunto Kuijer/Consejo (T-188/98).
- STJCE de 11 de enero de 2000, Países Bajos y Van der Wal/Comisión, C-174/98P, Rec. p. I-0000, apartado 27.
- STJCE de 6 de abril de 2000. Asunto T-188/98, Aldo KUIJER contra Consejo de la Unión Europea.
- STJCE de 3 de octubre de 2000 Asunto C-458/98 P Industrie des poudres sphériques contra Consejo de la Unión Europea.
- Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Leger presentadas el 10 de julio de 2001, en el Asunto C-353/99 P. Consejo de la Unión Europea, apoyado por el Reino de España contra Heidi Hautala, apoyada por el Reino de Dinamarca, República de Finlandia, Reino de Suecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.
- STJCE de 8 de noviembre de 2001. Asunto C-127/99 Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Italia.

-STJCE de 6 de diciembre de 2001, en el Asunto C- 354/99 Consejo de la Unión Europea; apoyado por Reino de España recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 19 de julio de 1999, Hautala/Consejo (T-14/98, Rec. P. II-2489) y en que las partes son Heidi Hautala apoyada por Reino de Dinamarca y por Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. República de Finlandia, Reino de Suecia y República Francesa.

-STJCE de 11 de diciembre de 2001 Asunto Petrie y otro/Comisión (T/191/99).

-STJCE de 13 de junio de 2002, Asunto C-382/99 Reino de los Países Bajos contra Comisión de las Comunidades Europeas.

-STJCE, de 21 de enero de 2003, Asunto C-378/00 Comisión c/ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, ap. 39.

-STJCE de 23 de noviembre de 2004 Asunto Turco/Consejo (T-84/03).

Jurisprudencia española

- STS Sala 3º, Sección 5ª, de 31 de octubre de 1995 (RJ 1995/8545).
- STS de 29 de abril de 1998 (RJ 4574).
- STS (Sala de lo Civil) de 17 de julio de 1999 (RJ 1999, 5957).
- STS de 29 de octubre de 1999, Sala de lo civil (RJ 1999, 8164).
- SAN de 29 de febrero de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Recurso núm. 0494/1999.
- STS Sala 3ª, sección 7ª, de 17 de octubre de 2000 (RJ 2000/8997) y 20 de enero de 1998 (RJ 1998/1418).
- STS de 14 de noviembre de 2000, Sala de lo Contencioso.
- STS de 14 de marzo de 2000 (RJ 3182).
- SAN, 11 de abril de 2003. Recurso núm. 1588/2001.
- STS de 13 de julio de 2003. JUR 2006/197518.
- SAN, de 12 de diciembre de 2003. Recurso núm. 1581/2000.
- STS de 28 de abril de 2004, Recurso de Casación núm. 4890/2001.
- STS de 9 de junio de 2004, Recurso de Casación núm. 5255/2000.
- STS de 29 de junio de 2004, Recurso de Casación núm. 4000/2000.
- STS de 21 de julio de 2004, Recurso de Casación núm. 2309/2001.
- STS de 4 de octubre de 2004. Recurso de Casación núm. 3955/2001.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3ª), de 11 de Mayo de 2004. Recurso de Casación núm. 5876/2000. RJ 2004/2843.
- STS, de 20 de diciembre de 2004. Recurso de Casación num. 743/2002.
- STS, 7 de marzo de 2005. Recurso de Casación 3599/2003.
- STS (Sala de lo civil, Sección 1ª), de 4 de marzo de 2005. Recurso de casación núm. 3824/1998.
- SAN, de 11 de mayo de 2005. Recurso núm. 1364/2001.
- STS, de 1 de febrero de 2006. Recurso de casación núm. 3661/2003.
- STS, de 8 de marzo de 2006. Recurso de Casación núm. 5736/2003.
- SAN, de 31 de marzo de 2006. JUR 2006, 140353.

-STS (Sala de lo civil), de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

-SAN, de 22 de diciembre de 2006. Recurso núm. 487/2004.

-STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3º), de 6 de junio de 2007. Recurso de Casación núm. 8171/2004.

-STS, de 10 de julio de 2007. RJ/2007/776.

-STS de 12 de diciembre de 2007. RJ 2008,83.

-STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 3º), de 13 de febrero de 2008. Recurso de Casación núm. 11414/2004.

-SAN, de 15 de julio de 2008. Recurso núm. 612/2005.

BIBLIOGRAFÍA

ALABAU MUÑOZ, Antonio. *La Unión Europea y su política de telecomunicaciones: en el camino hacia la Sociedad de la Información*. Madrid: Fundación Airtel Móvil, 1998.

Políticas regionales de telecomunicaciones en el marco de la Unión europea./En/ *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*; 1997, nº 21, p. 33/44.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Telecomunicaciones. Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

Principios de Derecho Público Económico (Modelos de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica). Granada: Comares, 1999. Lección 9.^a El sector público. Evolución y tendencias. Nuevo papel del Estado, p. 249-285; Lección 17.^a El Nuevo servicio público, p. 549-602; Lección 19.^a Regulación de las Telecomunicaciones, p.657-725.

La competencia que viene/En/*Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, 2002, Año 5, Nº 15, p.11-24.

Ante la nueva Ley de Telecomunicaciones: viejas restricciones y nuevas libertades en los mercados emergentes/En/*Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, 2003, Año 6, Nº 1, p.39-45.

AYALA MUÑOZ, José María; **GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO**, Francisco (et al). *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2002.

BAENA TOVAR, Nuria. *La Regulación del abuso de mercado en Europa y Estados Unidos*. Dirección de Estudios. Comisión Nacional del Mercado de Valores, Diciembre 2002. Monografías Nº 1.

BAHUER, Johannes M. Fundamentos normativos de la política de telecomunicaciones en la sociedad de la información Europea/En/MÁIZ, Ramón (Edit.) *EUROPA MUNDI. Construcción de Europa, democracia y globalización*, Vol. 1.III. Política de Telecomunicaciones y Sociedad de la información en Europa: los cambios de una década. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio científico. Universidad Santiago de Compostela, 2001, p.411-449.

BANEGAS, Jesús. Telecomunicaciones: competencia, regulación y nueva economía/En/*Economistas*, 2001, Nº 87, p.114-121.

BARON, D.;**BESANKO**. Regulation, asymmetric information, and auditing. *The Rand Journal of economics*. 1984, Vol.15, Nº4.

BARON, D.; **MEYERSON**, R. Regulation of a Monopolist with Unknown Cost, *Econometrica*, 50, 1982.

BAYLOS CORROZA, H. *Fundamento jurídico y social de la propiedad intelectual*, en I Cursillo sobre propiedad industrial, celebrado en Madrid. Octubre-diciembre 1966.

BEESLEY, M.E.; **LITTLECHILD**, S.C. The regulation of privatized monopolies in the United Kingdom, *The RAND Journal of Economics*, volumen 20, Nº 3, otoño.

BENEYTO PÉREZ, José María (Dir.). *Regulación y competencia en Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2003.

BERMÚDEZ ODRIOZOLA, Luis. La aplicación del derecho de la competencia en el Nuevo Marco Regulatorio Europeo /En/*Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en red, número extraordinario*, abril, año VI, 2003, p. 21.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecno, 1994.

Las administraciones independientes: los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos/En/Jaime Rodríguez- Arana Muñoz (dir.); María Calvo Charro (coord.) *La Administración Pública española*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 599-619.

BRIONES ALONSO, Juan. La definición del mercado relevante en los servicios de Telecomunicaciones/En/ **BENEYTO PÉREZ**, José María (Dir.). *Regulación y competencia en Telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson, 2003.

BUSTAMANTE, Rogelio; **MERINO MERCHÁN**, José F.; **CASTELLANO TREVILLA**, José Luis. *Política y Derecho de las Telecomunicaciones en la Unión Europea I*. Madrid: Dykinson, 2000.

Política y Derecho de las Telecomunicaciones en la Unión Europea II. Madrid: Dykinson, 2000

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; **BLANCO-MORALES LIMONES**, Pilar. *Derecho Europeo de la Competencia.* Madrid: Colex, 2000.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; **CARRASCOSA GONZÁLEZ**, Javier. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea.* Madrid: Colex, 2003.

Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea. Madrid: Colex, 2001.

CALVO DÍAZ, Gloria. El nuevo marco comunitario/En/ *La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet.* Navarra: Aranzadi, 2003, p.19-41.

COMISIÓN EUROPEA. *La sociedad de la información.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1996.

CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia.* Madrid: Marcial Pons, 1995.

CASES PALLARES, Lluís (Dir.) *Anuario de la Competencia 1997.* Madrid: Marcial Pons, 1998.

CIMAS HERNANDO, Marta. Protección de datos y telecomunicaciones. Regulación actual y exigencias de la Nueva Directiva/En/ *La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet.* Navarra: Aranzadi, 2003, p.289-309.

Directivas comunitarias de telecomunicaciones/En/El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet. Navarra: Aranzadi, 2002.

CHILLÓN MEDINA, José María; **ESCOBAR ROCA**, Guillermo. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.* Dykinson: Madrid, 2001.

CHINCHILLA MARTÍN, Carmen (Dir.). *Ordenación de las Telecomunicaciones.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997.

COUNCIL OF EUROPE. *Critical Perspectives on the scope and interpretation of article 10 of the European Commission on Human Rights.* Strasbourg: Council of Europe Press, 1995.

CREMADES, Javier (Coord.). *Derecho de las Telecomunicaciones.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1997.

CREMADES, Javier; **MAYOR MENÉNDEZ,** Pablo. *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1999.

CREMADES, Javier, **RODRÍGUEZ-ARANA,** Jaime (Dir.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Aprobada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre).* Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid: La Ley, 2004.

CRUZ FERRER, Juan de la. *Principios de la regulación económica en la Unión Europea.* Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.

CRUZ MUNDET, José Ramón; **MIKELARENA PEÑA,** Fernando. *Información y documentación administrativa.* Madrid: Tecnos, 1998.

CUESTA RUTE, José María. *Diccionario Jurídico Espasa.* Madrid: Editorial Espasa-Fundación Tomás Moro, Madrid, 2005.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la. El desarrollo normativo de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003. Nuevas técnicas y nuevos problemas/En/*Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en red*, enero-abril 2004, Año VII, Núm. 19, p.49-73.

CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la; **BORDÓN IGLESIAS,** E. La regulación europea de las telecomunicaciones. Génesis y evolución de la "Oferta de red abierta" (Open Network Provisión)/En/ *España en la Europa comunitaria: Balance de diez años.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. *La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones.* Madrid: Fundación AIRTEL, 2000.

DIEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea.* Madrid: Civitas, 2001.

Manual de Derecho de la Unión Europea. Tercera edición adaptada a la Constitución Europea. Navarra: Civitas, 2005.

ESCOBAR DE LA SERNA, Luis. *Derecho de la información.* Madrid: Dykinson, 1998.

ESCUDERO, Alberto; **FERRER**, Raquel (et al). *Apuntes de Derecho de la competencia comunitario y español.* Madrid: Dykinson, 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. *El derecho de acceso a los documentos administrativos.* Madrid: Marcial Pons, 1997.

FERNANDO PABLO, Marcos M. *Derecho General de las Telecomunicaciones.* Madrid: Colex, 1998.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Yolanda. *Estatuto Jurídico de los Servicios esenciales económicos en red.* Madrid-Buenos Aires: Ciudad Argentina. Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa. *Protección penal del secreto de empresa.* Madrid: Colex, 2000.

FORCADA BARONA, Ignacio. El sistema institucional de las Comunidades Europeas/En/**FERNÁNDEZ TOMAS**, Antonio; **FORCADA BARONA**, Ignacio; **HUESA VINAIXA**, Rosario (et al). *Instituciones de Derecho comunitario*; Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 69-133.

GARBERÍ LLOBREGAT, José (Coord.) *El procedimiento Administrativo común.* Tomos I y II. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; **QUADRA SALCEDO**, Tomás de la (Coords.) *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre.* Madrid: Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; **FERNÁNDEZ**, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Madrid: Civitas, 1999.

GARCÍA-PALENCIA, R. La política de telecomunicaciones de la Comisión de la Unión Europea/En/ *Información Comercial Española*. Número 740, abril, 1995.

GARCÍA SANTOS, M^a Nieves. Ética, equidad y normas de conducta en los mercados de valores: la regulación del abuso de mercado/En/ *Ética y Economía/ICE*, Junio 2005, N° 823, p. 163-188.

GIL IBÁÑEZ, Alberto. *Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo- CEU, N° 5, 2002.

GIRON LARRUCEA, José Antonio. La Unión Europea, La Comunidad Europea y El Derecho Comunitario. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002. Capítulo VI *La Comisión*, p.157-169.

GÓMEZ SEGADE, J.A. *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Madrid: Tecnos, 1974.

Algunos aspectos de la licencia de Know-how/En/ADI, tomo 7, Madrid, 1981, p. 211.

GÓMEZ-REINO CARNOTA, E. (Coord). *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

GÓMEZ TRINIDAD, Silvia. *El Reglamento 1/2003 y la finalización del procedimiento de defensa de la competencia seguido ante la Comisión Europea*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Jerónimo; **SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, Beatriz.** Nuevo Marco Regulatorio Europeo en el sector de las telecomunicaciones: una regulación sectorial que introduce conceptos y principios del Derecho de la Competencia. III Seminario de Expertos, Madrid, septiembre de 2002. Instituto de Estudios Europeos. Centro de Política de la Competencia, N° 6, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; **GONZÁLEZ NAVARRO**, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Tomos I y II. Madrid: Civitas, 2004.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago. Derecho Comunitario y actividad económica de los poderes públicos (en especial los servicios públicos)/En/*Noticias de la Unión Europea*, 2000, N° 183, p.25-41.

Los mercados de interés general, Telecomunicaciones y portales, energéticos y de transportes: (privatización, liberación, regulación pública y derecho de la competencia). Granada: Comares, 2001.

Supervisión de la Ejecución del Derecho Comunitario: Facultades controvertidas de la Comisión Europea/En/*Comunidad Europea Aranzadi*. Navarra: Aranzadi, Año XXVII, enero 2000, núm. 1, p.33-36.

GUICHOT, Emilio. Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales/En/*Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2007, núm. 173, p. 407-445.

GUTIERREZ ESPADA, Cesáreo. *El sistema institucional de las Comunidades Europeas. De los Tratados constitutivos y el Acta Única al proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 1993.

HERGUERA GARCÍA, IÑIGO; **PETITBÓ**, A. Delimitación del mercado relevante y las barreras a la entrada/En/*Anuario de la Competencia 2000*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HERGUERA GARCÍA, I; **PÉREZ**, J; **GARCÍA** F.J.; **MACHOTA**, J.L. La delimitación del mercado relevante en el nuevo marco regulador de la UE/EN/BIT- *Revista del Colegio de Ingenieros de Telecomunicaciones*, Madrid, Julio 2002.

IRÁKULIS ARREGUI, Nerea. *La captación de clientes desde la perspectiva del Derecho de la Competencia (II)*. *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 1999*. La Ley. Año XXII, Número 5345, jueves 5 de julio de 2001. Fuente: WWW.laley.net.

LAFFONT, Jean-Jaques. *Competition in telecommunications*, The MIT Press, 2000.

LAFFONT, J.J.; TIROLE, J. Using Cost Observation to Regulate Firms, *Journal of Political Economy*, 94, 1986.

A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, MIT Press, 1993.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. Navarra: Aranzadi, 2004.

LEISNER. *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*. Berlín, 1966.

LIIKANEN, Erki. Visión personal: la nueva regulación de las telecomunicaciones/En/*Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red. REDETI*, Año 6, Extraordinario N° 1 (2003), p. 241-246.

LINDE PANIAGUA, Enrique; SANCHEZ GONZALEZ, Santiago; MELLADO PRADO, Pilar (et al). *Derecho de la Unión Europea I (antecedentes, Instituciones, Fuentes y Jurisdicción)*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LLANESA GONZÁLEZ, Paloma. *Nuevo Marco Regulatorio de las Telecomunicaciones*. Barcelona: Bosch, 2002.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *La Protección del Secreto Empresarial en el Marco del Derecho de la Competencia (Una aproximación al concepto de secreto empresarial en Derecho Español y Derecho Norteamericano)*. Barcelona: Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1999.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA- MORATO, Lucía; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas*. Granada: Comares, 2003.

MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 2000.

MANGAS MARTÍN, Araceli. La Comisión/En/MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGRAW-HILL, 1999, p.51-63.

La Unión Europea/En/MANGAS MARTIN, Araceli; LIÑAN NOGUERAS, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: McGRAW-HILL, 1999, p.19-30.

MANKIW, N. Gregory. *Principios de Economía*. RABASCO ESPÁRIZ, Esther; TOHATÍA CORTÉS, Luis (Traductores). Madrid: McGRAW-HILL, 2002.

MARTÍN MATEO, Ramón. *El marco público de la Economía de Mercado. Manual*. Madrid: Trivium, 1999.

MARTI DEL MORAL, Antonio. *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

MARTÍNEZ BARGUEÑO, Manuel. *Teoría y práctica de la Informática Administrativa al ciudadano*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara. *La intervención administrativa en las Telecomunicaciones*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2002, p.132.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco. *El Derecho de Acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105. b) de la Constitución]*. Madrid: Civitas, 1993.

MERINO MERCHÁN, José Fernando; **PÉREZ-UGENA Y COROMINA**, María (Coords). *Régimen de las Telecomunicaciones*. Madrid: Tecnos, 1998.

Curso de Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid: Dykinson, 2000.

MILLÁN MORO, Lucía. *La armonización de legislaciones en la CEE*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

MONTERO PASCUAL, Juan J. *Derecho de las Telecomunicaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Las nuevas directivas de telecomunicaciones ¿de la regulación a la competencia?/En/*Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, Julio/agosto 2002, Nº 220, p.91-100.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel. *La ejecución administrativa del Derecho comunitario. Régimen europeo y español*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

Servicio público y Mercado, Tomo I Los Fundamentos.
Madrid: Civitas, 1998.

Servicio público y mercado. Tomo II. Telecomunicaciones.
Madrid: Civitas, 1998.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *Intervención pública. Libre competencia y control jurisdiccional en el mercado único europeo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

ORTEGA MARTÍN, Eduardo (Dir.) *Derecho Administrativo-Económico*. Cuadernos de Derecho Judicial XII-2000. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar. *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 32.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PÉREZ CHULIÁ, Begoña. *El régimen jurídico del sector audiovisual y de las Telecomunicaciones: Un desafío para Europa*. Granada: Comares, 2002.

PEREZ MARTÍNEZ, Jorge; **FEIJOO GONZALEZ**, Claudio (et al) *GRETEL 2002. Nuevo Diseño Europeo de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, 2002.

PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge; **FEIJÓO GONZÁLEZ**, Claudio (coords.). *Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e internet*. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, 2002.

PESO NAVARRO, Emilio del; **RAMOS GONZÁLEZ**, Miguel ángel. *Confidencialidad y seguridad jurídica de la información; La LOARTAD y sus implicancias socioeconómicas*. Madrid: Díaz de Santos, 1994.

PIÑUEL RAIGADA, José. *Teoría de la comunicación u gestión de las organizaciones*. Madrid: Síntesis, 1997.

POMED SÁNCHEZ, I. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*. Madrid: INAP, 1989.

QUADRA-SALCEDO, Tomás de la. *Liberalización de las Telecomunicaciones, servicio público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates, núm. 56, 1995.

(Dir.)Aspectos jurídicos de las Telecomunicaciones. Cuadernos de Derecho Judicial, VI-2003. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

RETORTILLO, Martín. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: La Ley, 1998.

RIPOL CURULLA, Santiago. *Las libertades de información y de comunicación en Europa. La actividad del Consejo de Europa*. Madrid: Tecnos, 1995.

ROBLES HELES-VILLAROEEL, Juan Fernando (Dir).Diccionario enciclopédico profesional de finanzas y empresa. Madrid: Instituto Superior de Técnicas y prácticas bancarias- Accenture, 2001.

SÁENZ LORENZO, María Concepción. *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*. Madrid: Dirección general de Estudios y Documentación, 1982.

SÁINZ MORENO, Fernando. Secreto de información en el derecho público/En/*Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991, Tomo III, p. 2863-2981.

SALVADOR MARTÍNEZ, María. *Autoridades Independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel, 2002.

SANCHEZ BLANCO, Miguel (Dir.) *Jurisprudencia de Telecomunicaciones (relativa a la actividad de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a algunas materias conexas*. Navarra: Aranzadi, 2008.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. *Derecho de las Telecomunicaciones. Nuevo Derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson, 2002.

STIGLITZ, Joseph. La información y el cambio de paradigma de la ciencia económica/En/Revista Asturiana de Economía, diciembre de 2002, Núm. 25.

TAMAMES, Ramón; **LÓPEZ**, Mónica. *La Unión Europea*. Quinta edición revisada y ampliada. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

TEROL GÓMEZ, Ramón. *El control público de las Telecomunicaciones: autoridades reguladoras*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

TERRÓN SANTOS, Daniel. Las autoridades nacionales de reglamentación (ANR'S) en el Nuevo Marco Jurídico Comunitario Regulador de las comunicaciones electrónicas/En/Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en red, enero-abril 2003, Año VI, Núm. 16, p.11-35.

Autoridades nacionales de reglamentación. El caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Granada: Comares, 2004.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, Javier. *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la Sociedad de la Información. Un estudio de Derecho Administrativo económico*. Madrid: Consejo de Estado Boletín Oficial del Estado, 2005.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Barcelona: Tribunal de Defensa de la competencia, 1994.

TRUJILLO, Raúl. *Derecho de la Unión Europea: principios y mercado interior*. México: Porrúa, 1999.

VELASCO CABALLERO, Francisco. *La información Administrativa al público*. Madrid: Montecorvo, 1998.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, Rafael. Tratamiento de datos personales/En/*Derecho de Tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C)*.Madrid: Colex, 2001, p.26-51.

VIDA FERNÁNDEZ, José. El condicionamiento de la Organización administrativa de los Estados miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones/En/ GÓMEZ-REINO CARNOTA, E. (Coord). *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

El acceso a la información de los operadores en los sectores regulados: el caso de los requerimientos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones/En/*Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 132, 2006, p. 661-694.

VILLAR URÍBARRI, José Manuel (Dir.).*El Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet*. Navarra: Aranzadi, 2002.

La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet. Navarra: Aranzadi, 2003.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *Los derechos del público*. Madrid: Tecnos, 1995.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. *La Constitución y las Comisiones Regulatoras de los Servicios de Red*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

INDICE

Sumario	5
Abreviaturas	7
Introducción	9

TÍTULO PRIMERO

LA INFORMACIÓN REGULATORIA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES	25
--	----

CAPÍTULO I

La información en el marco regulador de las comunicaciones electrónicas

I. Introducción	27
II. Aproximación al concepto de información regulatoria	28
II.1. La noción común de información	28
II.2. La información administrativa	31
II.3. La noción de información regulatoria	36
a. Tipos de información regulatoria	43
a.1. Criterio formal	43
a.2. Criterio sustancial	44
III. Regulación e información	47
III.1. Hacia un sistema regulador transparente mediante información	48
III.2. La asimetría informativa como fallo del mercado	51
a. Concepto de información asimétrica	51

b. La asimetría informativa y la teoría económica	52
IV. Recapitulación	61

CAPÍTULO II

Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y sus funciones regulatorias mediante información

I. Introducción	65
II. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación	66
II.1. Marco conceptual	66
II.2. Las competencias y funciones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el MRCE	75
a. Anteriores al MRCE	75
b. Funciones y competencias contenidas en la normativa vigente.	79
II.3. Esquemas y cuadros sintéticos de conceptualización	88
II. 4. El Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas	90
III. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la información	93
III.1. El regulador y el papel de la información en la regulación	93
III. 2. La información y su contribución al cumplimiento de las misiones de las Autoridades Nacionales de Reglamentación	96
IV. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	99
IV. 1. Marco legal. Naturaleza jurídica	99
IV. 2. Objetivos y funciones del regulador español	101
V. El regulador español y los requerimientos de información	105
V. 1. La potestad de requerir información	109
a. Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	109

b. Ley 12/1997	112
c. Ley 11/1998	112
d. Ley 32/2003	113
e. Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril	118
VI. Recapitulación	121

TÍTULO SEGUNDO

LA INFORMACIÓN Y SU INCIDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES	125
--	-----

CAPÍTULO I

Mecanismos para obtener información regulatoria

I. Introducción	127
II. Los procedimientos de información en los que intervienen las Autoridades Nacionales de Reglamentación	128
II.1. Mecanismos de intercambio de información	128
a. Entre el regulador y la Comisión Europea	128
b. Entre las Autoridades Nacionales de Reglamentación y las Autoridades Nacionales de Defensa de la competencia	130
II.2. La información que requieren y reciben las Autoridades nacionales de Reglamentación	132
III. El procedimiento de consulta como medio de información	135
III.1. Los procedimientos previstos en la Directiva Marco	135
a. Mecanismo de consulta general o amplio	136
b. Mecanismo de consulta restringido y su incidencia en la consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas	140

c. El procedimiento de consulta en la Revisión del MRCE	149
IV. Requisitos formales y sustanciales de la información en el MRCE	155
IV.1. Los condicionantes de tiempo, forma y contenido de los procedimientos para obtener información.	156
V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y los mecanismos para la obtención de información	163
V.1. Los requerimientos de información	163
a. Noción de requerimiento de información	163
b. Los sujetos pasivos de la obligación de aportar la información requerida por el regulador del mercado de las telecomunicaciones	166
c. Los requerimientos de información y la potestad sancionadora	168
V.2. El trámite de información pública	173
V.3. El mecanismo de consulta pública como medio para obtener información	177
V.4. El deber de los ciudadanos de aportar información	178
VI. Recapitulación	180

CAPÍTULO II

La información aplicada a la regulación del mercado de las telecomunicaciones

I. Introducción	185
II. Información y su incidencia en el análisis de los mercados	187
II. 1. La noción de mercado de referencia	187
II. 2. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el análisis de mercado	188
a. Definición de los mercados y determinación de operadores con PSM	191
b. Líneas directrices de la Comisión Europea sobre el análisis del mercado y evaluación del grado de competencia	193
c. La Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante	201

d. Nueva Recomendación de la Comisión Europea relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas	204
III. El condicionamiento de la información para la imposición, modificación o supresión de las obligaciones de los operadores	206
III.1. Determinación de las obligaciones de los operadores	207
IV. La Comisión Europea y los procedimientos de definición y análisis de los mercados	212
V. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la incidencia de la información en el análisis de los mercados	220
V.1. Procedimiento de definición de los mercados y determinación de los operadores con PSM	222
a. Definición de los mercados de referencia	223
b. Evaluación de la situación de competencia efectiva en los mercados identificados	224
c. Determinación de los operadores con PSM	229
d. Decisión sobre la imposición, supresión o modificación de obligaciones	230
e. Publicación de la medida adoptada	237
V. 2. La información utilizada por el regulador español para el análisis y la definición de los mercados de referencia y la imposición de obligaciones	238
a. Mercado 15	239
b. Mercado 16	241
c. Mercado 17	248
VI. La publicación de informes anuales del sector de las telecomunicaciones	254
VI.1. Alcance y contenido del informe anual	257
VI.2. Los informes del mercado de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de otros Estados miembros	258
VII. Recapitulación	262

CAPÍTULO III
**La incidencia de la información en la aplicación armonizada del
marco regulador de las comunicaciones electrónicas**

I. Introducción	269
II. La Comisión Europea y la aplicación armonizada del MRCE	270
II.1. El papel de la información en el proceso de armonización	271
II.2. Procedimientos de información en el Marco regulador vigente en que interviene la Comisión Europea	279
III. La Comisión Europea y los requerimientos de información de cara a la nueva regulación del sector y hacia la competencia efectiva en el mercado	282
III.1. La Comisión Europea y el Derecho de la Competencia	282
III.2. La Comisión Europea y sus solicitudes de información en el marco del ejercicio de sus competencias	286
III.3. El papel de la información en el Reglamento 1/2003	289
III.4. El alcance de los requerimientos de información a los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	294
a. Amplias competencias de la Comisión Europea para requerir información	295
b. El deber de información como principio derivado de los Tratados	298
c. El principio de defensa y el derecho a no autoinculparse frente a la obligación de aportar información solicitada por la Comisión Europea	300
IV. La Comisión Europea y su competencia de control de la ejecución de las políticas europeas en el sector	302
IV.1. La Comisión Europea y su competencia de control	302
a. Principios generales sobre el control que ejerce la Comisión Europea	303
b. Tipos de control realizados por la Comisión Europea	305
V. Recapitulación	310

TÍTULO TERCERO
EL ACCESO A LA INFORMACIÓN REGULATORIA, SUS LÍMITES Y EXCEPCIONES 315

CAPÍTULO I
Principios jurídicos del acceso a la información regulatoria

I. Introducción	317
II. Acceso a la información	318
II.1. Conformación del derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración Pública	320
a. En el ámbito europeo	321
b. En el ámbito español	327
II.2. El objeto del acceso. La noción de documento administrativo	332
II.3. El sujeto que accede a los documentos públicos	334
III. El acceso a la información regulatoria del sector de las telecomunicaciones	337
III.1. Principios aplicables al acceso a la información regulatoria	337
III.2. Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y el acceso a la información pública	339
a. Las condiciones de acceso a la información pública	340
b. La información de acceso público	343
IV. Recapitulación	346

CAPÍTULO II
La confidencialidad de la información regulatoria

I. Introducción	351
II. Límites y excepciones al acceso a los documentos	354

II.1.En el ámbito comunitario	355
II.2. En el ordenamiento jurídico español	357
III. El principio de confidencialidad y la información	359
III.1. Definición de confidencialidad	360
III.2. Tipos de información confidencial	364
IV. El secreto comercial e industrial	365
IV.1. Marco conceptual	366
a. Secreto comercial e industrial	366
b. Secretos empresariales	368
IV.2. Marco jurídico	370
a. Tratados europeos y actos de las instituciones comunitarias	370
b. Derecho de las Telecomunicaciones	375
IV.3.La noción de secreto comercial en la jurisprudencia	376
a. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	377
b. Tribunal Supremo	382
V. La protección de la información confidencial en el seno de la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones	385
V.1. El tratamiento de la información confidencial	387
V.2. La declaración de confidencialidad, en el ámbito de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	389
a. Objeto de la declaración de confidencialidad. La noción de secreto comercial reconocida por el regulador	394
b. Sujetos que pueden solicitar la declaración de confidencialidad	402
c. La motivación de la declaración de confidencialidad	405
d. El principio de proporcionalidad y el método de la ponderación en las declaraciones de confidencialidad	408

V.3. Luces y sombras del tratamiento de la información confidencial	417
a. Falencias en la regulación de la confidencialidad	417
b. Niveles de confidencialidad de la información regulatoria	422
V.4. Propuesta de Circular	426
VI. Recapitulación	442
Conclusiones Generales	449
Normativa de análisis	465
Normativa comunitaria	467
Normativa española	484
Relación de sentencias	493
Jurisprudencia comunitaria	495
Jurisprudencia española	498
Bibliografía	501