



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 29/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 31 de julio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN 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 TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U.

En relación con el recurso de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) el 26 de mayo de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) ha adoptado, en el día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/772):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 25 de febrero de 2008 esta Comisión inició de oficio la revisión de la oferta de referencia de acceso al bucle de abonado (OBA) con el objeto de evaluar los problemas existentes en el ámbito de la prestación y mantenimiento de la calidad de los servicios mayoristas de acceso desagregado recogidos en la OBA.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SEGUNDO.- Con fecha 7 de marzo de 2008, en cumplimiento de la Orden de Inspección del Secretario de fecha 25 de febrero de 2008, se levantó acta de la inspección realizada en las dependencias de Tele2 Telecommunication Services, S.L.U. (en adelante, Tele2) en el marco del expediente con referencia DT 2008/196.

TERCERO.- Con fecha 14 de abril de 2008 el Secretario de esta Comisión emitió resolución mediante la cual se declaraba la confidencialidad de ciertos datos contenidos en el acta de inspección mencionada en el antecedente de hecho anterior en los siguientes términos:

“- Se declara confidencial respecto de Telefónica así como respecto de cualquier posible interesado en el procedimiento el contenido de los anexos 2 (conversaciones mantenidas entre los expertos de Tele 2 y sus clientes potenciales, así como datos identificativos de estos últimos) y 3 (franqueos realizados por Telefónica con referencias a las centrales concretas donde se han identificado irregularidades).

(...)

- Se declara confidencial respecto de Telefónica toda mención en el anexo 1 a referencias o códigos que permitan determinar la ubicación exacta de la central en que se han identificado irregularidades”.

CUARTO.- Con fecha 26 de mayo de 2008, D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A. interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 14 de abril 2008 que declara la confidencialidad de ciertos datos del acta de inspección levantada el 7 de marzo de 2008 en las dependencias de Tele2.

Telefónica basa su recurso en las siguientes alegaciones:

a) La resolución de esta Comisión recurrida vulnera el derecho de acceso a una información que resulta imprescindible para la defensa de los intereses de Telefónica.

b) La información declarada como confidencial por esta Comisión no constituye en modo alguno secreto comercial o industrial para Tele2, ni revela su estrategia comercial, ni su conocimiento por Telefónica le puede producir perjuicios. Se trata de información de centrales y de códigos que permiten identificar las incidencias analizadas en la inspección disponible para Telefónica a través del Sistema de Gestión de Operadores (SGO).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

c) La resolución impugnada carece de la motivación necesaria, toda vez que esta Comisión no ha señalado por qué los datos declarados confidenciales están dentro del ámbito del secreto comercial de Tele2 ni en qué medida la revelación de los mismos puede afectar y causar perjuicios a dicha empresa.

d) La resolución impugnada causa indefensión a Telefónica toda vez que no podría efectuar alegaciones al acta sobre las presuntas incidencias que contiene, teniendo en cuenta, además, que no intervino en la inspección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que, contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como Recurso de Reposición y sustenta su petición en lo previsto por el artículo 62.2 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

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

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede admitirlo a trámite.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

Asimismo, deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJPAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse del operador obligado a la presentación de la oferta de referencia cuya modificación es objeto de análisis en el procedimiento en el que se dictó el acto recurrido. Además, se refiere a un acta de inspección sobre servicios prestados por ella misma.

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

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta infracción del derecho de acceso.

El procedimiento con referencia DT 2008/196 tiene por objeto la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de Telefónica en lo que se refiere a diversos aspectos relativos en los niveles de calidad y el volumen de incidencias en las peticiones de desagregación. Telefónica, en su condición de operador obligado a publicar esa oferta mayorista, es interesada en el procedimiento, al igual que el resto de operadores que prestan servicios minoristas sobre bucles de la recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La realización de actividades inspectoras en el marco de la instrucción de los procedimientos administrativos que tengan por objeto la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano tramitador, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer las actuaciones que requieran su intervención o constituyan actos de trámite legal o reglamentariamente establecidos, en virtud de lo establecido en el artículo 78 de la LRJPAC. En aplicación de dicha previsión, se acordó la realización de las actividades documentadas en el acta de inspección de referencia y su incorporación al procedimiento.

Por su parte, la necesidad de someter a audiencia el procedimiento una vez instruido, en aplicación del artículo 84 de la LRJPAC, supone la posibilidad de los interesados de presentar las alegaciones y documentos que estimen pertinentes.

El artículo 37 de la LRJPAC, alegado por la recurrente, se refiere al derecho de acceso de los ciudadanos a los registros y documentos en expedientes administrativos terminados en la fecha de la solicitud. Entre las excepciones a dicho derecho se encuentra el acceso a los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto industrial o comercial. Sin embargo, ha de notarse que el artículo mencionado se limita a expedientes concluidos, no en trámite, como es el caso.

El derecho a acceder al expediente en cuyo seno se dictó el acto recurrido le corresponde a la recurrente en su condición de interesada en el procedimiento, en aplicación del artículo 35 de la LRJPAC, que no prevé expresamente excepción alguna. Las limitaciones vienen impuestas por la Disposición Adicional 4ª de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), que se refiere también al secreto industrial o comercial

SEGUNDO.- Sobre el carácter confidencial de la información contenida en las actas de inspección.

La recurrente entiende que en el presente caso los datos declarados confidenciales no se refieren al secreto industrial o comercial de Tele2 y, por lo tanto, su conocimiento por parte de terceros no le supondría un perjuicio.

Ciertamente, tal y como expone en su recurso Telefónica, a falta de concreción legal de qué constituye un secreto industrial o comercial de un operador, esta Comisión entiende que por tales han de entenderse los datos cuya divulgación



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

pueda causar a su titular un perjuicio grave, tales como la información financiera y técnica, los métodos de evaluación de costes, cuotas de mercado o ficheros de clientes, entre otros.

La información declarada confidencial para Telefónica en el acto recurrido se limita a los códigos o referencias que permiten determinar la ubicación de la central en la que se han detectado las supuestas irregularidades, así como el resumen de las conversaciones mantenidas entre los expertos de Tele2 y sus clientes.

En el primer caso, se trata de un código interno de Telefónica, no de Tele2, a través del cual puede localizar la incidencia y el número de teléfono al que se refiere, entre otros extremos. Precisamente, el conocimiento del número interno de la incidencia es solicitado por Telefónica para comprobar, y en su caso rebatir, las conclusiones alcanzadas en el acta de inspección. En caso contrario, argumenta, se le estaría negando la posibilidad de contradecirla, produciéndole una indefensión material que determinaría la nulidad de las actuaciones.

El acta de inspección cuya declaración de confidencialidad se recurre, que se ha incorporado al expediente como parte de la prueba, documenta las actuaciones desarrolladas por el personal de esta Comisión destinadas a verificar el cumplimiento por parte de Telefónica de sus obligaciones en materia de acceso desagregado al bucle de abonado y, en particular, verificar la existencia de posibles irregularidades en cuanto al suministro de los servicios de acceso desagregado recogidos en la OBA. Los hipotéticos incumplimientos servirían para justificar determinadas modificaciones de dicha oferta en el marco del procedimiento de referencia, pero también, en su caso, para fundamentar la apertura de un procedimiento sancionador. En ambos casos, no obstante, la necesaria contradicción de la prueba practicada exige que Telefónica, como interesada en el procedimiento, pueda alegar a la vista de la misma, en aplicación del artículo 84 de la LRJPAC.

El Anexo 3, declarado confidencial para todos los interesados, contiene capturas de pantallas del Sistema de Gestión de Operadores (SGO), y por lo tanto, accesibles para la propia Telefónica. Se declaró confidencial porque también contenía el número de referencia de la incidencia, dato que era desconocido para Telefónica y sin el cual no puede acceder a la misma en el SGO. La misma referencia se contenía en el Anexo 1, por lo que se declaró también confidencial. No así el resto de su contenido.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, la reserva de ciertos datos de los obrantes en las actas de inspección, máxime cuando Telefónica no ha intervenido en dichas actuaciones, puede afectar a sus posibilidades de defensa, al impedirle constatar las conclusiones allí obtenidas y alegar lo que estime oportuno para justificarlas, rebatirlas, negarlas o matizarlas. En este sentido, los códigos o referencias que permiten concretar la ubicación de la central en la que se han localizado las incidencias son imprescindibles para identificarlas; es cierto que Telefónica puede identificar todos los pares que se encuentran desagregados por Tele2, pero sin esa referencia no puede conocer cuáles son los que han tenido la incidencia concreta recogida en el acta e identificarlos.

Así las cosas, lo cierto es que la denegación del acceso de Telefónica a los datos reservados se fundamenta en la protección de la estrategia técnica o comercial de Tele2, pero su incidencia en este aspecto es reducida. En efecto, el conocimiento por parte de Telefónica de los datos identificativos de las incidencias correspondientes al muestreo utilizado en el acta de inspección no es suficiente para identificar por sí mismo una estrategia comercial o industrial de dicho operador. Además, se ha de tener en cuenta que el conjunto de todos los pares correspondientes a los clientes de Tele2 son conocidos por la propia recurrente, aunque, en este caso, no tiene la posibilidad de identificar en cuáles se han producido las incidencias concretas relacionadas en las actas de inspección.

Por el contrario, tal y como alega, de no comunicársele los números de incidencia las posibilidades de defensa de la recurrente se verían minoradas, por no poder contradecir los hechos recogidos en el acta. Además, se ha de tener en cuenta que al no haber participado en la inspección, el trámite de audiencia cobra especial importancia para asegurar el respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa de Telefónica.

También se debe valorar que la declaración de confidencialidad del acta fue realizada de oficio por esta Comisión en cumplimiento del deber impuesto en la Disposición Adicional 4ª de la LGTel a las Autoridades Nacionales de Reglamentación de garantizar la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto industrial o comercial de los operadores, sin que Tele2 lo solicitara en su momento y sin que se haya opuesto en el trámite previsto en el artículo 112 de la LRJPAC a la petición de Telefónica.

Por otra parte, en lo que se refiere al Anexo 2, también declarado confidencial, contiene un resumen de las conversaciones mantenidas entre los expertos de Tele2 y los clientes potenciales del operador sobre incidencias en el proceso de provisión. En concreto, se trata de una tabla resumen con los siguientes datos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

número de teléfono, número administrativo de la solicitud de provisión, la fecha y hora de la llamada, el número de intentos, si había existido contacto por parte de Telefónica, si la información facilitada era correcta, otra información adicional y, en su caso, observaciones del propio inspector.

Ya se ha expuesto más arriba la conveniencia de facilitar el número de referencia administrativa de la incidencia para permitir que la recurrente pueda identificarla y alegar lo que estime oportuno. Por el mismo motivo, se considera necesario facilitar a la recurrente el número administrativo de la solicitud de provisión. En cuanto al resto de datos, no se estima que su conocimiento sea necesario para asegurar las posibilidades de defensa de la recurrente. Además, la mayor parte de ellos pueden ser obtenidos a través del propio SGO, una vez conocida dicha referencia. Por último, al comunicárselos a Telefónica se violaría la intimidad de las comunicaciones de los clientes de Tele2, ya que en ocasiones se trata de información que pudiera referirse a la esfera propia de su intimidad, entendiéndose por tal el ámbito de la vida privada que su titular guarda exclusivamente para sí y que desea mantener a salvo de injerencias externas.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de Telefónica de España, S.A. contra la resolución de fecha 14 de abril de 2008, sobre la declaración de confidencialidad del acta de inspección realizada el día 7 de marzo de 2008 en las dependencias de Tele2 Telecommunication Services, S.L.U. y reponer su parte dispositiva, en el sentido de declarar no confidencial respecto de Telefónica las referencias contenidas en los Anexos 1, 2 y 3, que permitan determinar la ubicación exacta de la central en la que se localizaba la incidencia, tanto las producidas durante la provisión del servicio como las averías que han sido objeto de la inspección.

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado no puede interponerse de nuevo recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu