



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

CERTIFICA

Que en la Sesión número 25/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 22 de julio de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el requerimiento de información para la elaboración del modelo *bottom-up* de acceso mayorista de banda ancha (AJ 2011/1658).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Requerimiento de información para la elaboración del modelo *bottom-up* de acceso mayorista de banda ancha.

En el marco de la tramitación del expediente de referencia DT 2011/739, se ha requerido a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) para que aporte ciertos datos relativos a la elaboración del modelo ascendente de costes para los servicios mayoristas de banda ancha NEBA y ADSL-IP.

El citado requerimiento fue notificado a Telefónica el día 22 de junio de 2011.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Con fecha 7 de julio ha tenido entrada en el Registro General de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpone un recurso de reposición contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba.

La recurrente solicita que, antes de su envío a esta Comisión, se declare expresamente y de forma íntegra la confidencialidad de la información solicitada a Telefónica referida al modelo *bottom-up* de acceso mayorista de banda ancha, por tratarse de información relativa a su secreto industrial o comercial.



Asimismo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y PAC, Telefónica solicita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida y que los datos cuyo carácter confidencial defiende se mantengan como tales hasta que se resuelva el recurso de reposición.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, 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, y cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en su artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado, ya que es el operador obligado al cumplimiento del requerimiento de información recurrido.

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJAP y PAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. El recurso de reposición interpuesto por Telefónica cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC y se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, se fundamenta en motivos de nulidad o anulabilidad, como es la infracción del artículo 37.5.d) de la LRJAP y PAC, que se refieren a la limitación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que contengan información protegida por el secreto industrial o comercial.

Por todo lo anterior, el recurso fue admitido a trámite por Resolución de fecha 12 de julio de 2011.



CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver los recursos de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de Telefónica, y de acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación vigente a esta Comisión, el artículo 48.5 de la LGTel y el artículo 4.2 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, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del Organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJAP y PAC, que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Presidente *“el ejercicio de las competencias atribuidas legal o reglamentariamente al Consejo para efectuar requerimientos de información a los operadores de los mercados a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”* (Resuelve “Primero” de la Resolución del Consejo de fecha 8 de mayo de 2008, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 142, de 12 de junio de 2008). En consecuencia, el acto recurrido fue dictado por el Presidente de esta Comisión.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJAP y PAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El citado recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, sin perjuicio del efecto desestimatorio del silencio administrativo que opera en los procedimientos de impugnación de actos (artículo 43.2 de la misma Ley) y de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todo caso en cualquier momento.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Falta de infracción del ordenamiento jurídico.

Telefónica opone como motivo de nulidad del acto recurrido que esta Comisión no ha declarado, antes de su remisión, la información que tendrá tratamiento confidencial.

A este respecto, ha de señalarse que ninguna norma dispone que la declaración de confidencialidad deba realizarse antes de que la información sea aportada por los operadores. Así, el artículo 9.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (LGTel), se limita a señalar que *“las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la*



confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial”, pero no especifica que la forma de hacerlo sea mediante su declaración “a priori”.

El 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, desarrolla este precepto en su artículo 21, apartados 1 y 3, en los siguientes términos:

“1. (...) Las autoridades nacionales de reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

3. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones llevará a cabo la publicación, en la medida en que pueda contribuir al mantenimiento de un mercado abierto y competitivo, de la información que haya obtenido en el ejercicio de sus competencias, y garantizará la confidencialidad de la información y el derecho a la protección de los datos de carácter personal, conforme se indica en el apartado 1.

Por su parte, la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel prevé:

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

De lo anterior se deduce que la pretensión de Telefónica y, por lo tanto, el incumplimiento del requerimiento recurrido, carecen de suficiente sustento legal. En efecto, la LGTel impone el deber de esta Comisión de garantizar la confidencialidad de los datos que tengan trascendencia comercial o industrial, pero no la forma de hacerlo, ni el momento en que ha de realizarse la correspondiente calificación, de manera que no cabe la menor duda de que se respeta el derecho de la recurrente cuando la declaración se acuerda con posterioridad al suministro de la información.

Al contrario que otros reguladores, esta Comisión no cuenta con un catálogo de datos que recoja todos aquellos que merecerán automáticamente el tratamiento confidencial, sino que evalúa, en cada ocasión, y a la vista de su contenido, si esa información tiene ese carácter y si merece semejante tratamiento. Este análisis debe cohonestar la transparencia de los procedimientos administrativos que instruye y el derecho de defensa del resto de interesados con el derecho al secreto comercial del titular de la información. Como bien sabe Telefónica, principal sujeto de la regulación del mercado de las telecomunicaciones en España, la práctica de esta Comisión, no discutida hasta la fecha, es declarar los datos confidenciales una vez que han sido aportados por el operador requerido. Lo contrario supondría condicionar *a priori* el alcance de la obligación de los operadores de suministrar la información necesaria para el cumplimiento de sus fines legales.



Esta Comisión ha respetado siempre de forma escrupulosa el derecho a la confidencialidad de la información aportada por Telefónica en los procedimientos que instruye y, de hecho, son frecuentes las alegaciones de otros operadores que consideran excesivo el mantenimiento confidencial de muchos de los datos aportados por Telefónica.

Cuestión diferente es la referencia que Telefónica incluye en su recurso a la resolución del Secretario relativa a la confidencialidad de los datos aportados en la oferta de referencia del servicio NEBA para fundamentar sus temores de que la información requerida en el acto recurrido será puesta a disposición de terceros.

A este respecto, debe señalarse que esa resolución también ha sido objeto de un recurso de reposición por parte de Telefónica, en el que solicita que se reconozcan confidenciales ciertos extremos declarados en un primer momento de acceso público (el coste mensual de la infraestructura civil, los costes del servicio ADSL y transporte Ethernet; los datos sobre inversión y número de DSLAM para aumento de cobertura y los costes derivados de la inversión estimada en sistemas y, finalmente, el CAPEX por Unidad Inmobiliaria pasada y por alta). Estos datos (sólo una parte de los que Telefónica solicitó en su escrito inicialmente el tratamiento confidencial, lo que acredita el excesivo celo con el que, en ocasiones, la recurrente pretende ejercer su derecho al secreto industrial y comercial) podrán ser declarados públicos en la resolución que resuelva el recurso, confirmándose de esa manera el criterio inicial, pero también es posible su reposición y su declaración confidencial a la vista de sus alegaciones. En todo caso, el detalle y exhaustividad de los datos requeridos, referidos a la estructura de costes y de red de Telefónica, no pueden compararse con los contenidos en su propuesta de oferta mayorista, más genéricos, por lo que considerar el citado como un precedente comparable es injustificado. Es decir, Telefónica opone el precedente de una resolución que no es firme (porque ella misma ha solicitado su revisión) para oponerse al cumplimiento del requerimiento impugnado y asume, sin fundados motivos, que los datos solicitados serán declarados públicos para el resto de interesados.

La recurrente también solicitaba en esa ocasión la suspensión de la ejecutividad de esa resolución, suspensión que, pese a no acordarse expresamente, *de facto* se ha mantenido porque los servicios de esta Comisión no han dado traslado de esos datos al resto de interesados al menos hasta la resolución del recurso, completándose así la garantía cautelar solicitada en el propio recurso.

En este sentido, los temores expresados por Telefónica son infundados y, en ningún caso, en lo que se refiere a la resolución que nos ocupa, pueden determinar la nulidad del acto recurrido.

SEGUNDO.- Ejecutividad del acto impugnado.

El acto impugnado es plenamente ejecutivo y ha quedado acreditado que Telefónica ha incumplido voluntariamente el plazo concedido (y no suspendido) para responder el requerimiento que contenía.

Debe recordarse que el suministro a esta Comisión de la información y documentación precisada para el cumplimiento de sus fines en los términos dispuestos en el artículo 9 de la



LGTel está prevista como una condición general que deben cumplir los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Así lo prevé expresamente el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios en su artículo 17.g). Por su parte, la ejecutoriedad de los actos administrativos, consagrada en el artículo 94 de la LRJAP y PAC, supone la obligación de sus destinatarios de su verificación sin dilaciones indebidas. Es por ello que debe reiterarse a Telefónica el inmediato cumplimiento del acto recurrido.

Tal y como prevé el artículo 95 de la LRJAP y PAC, la falta de cumplimiento de los actos administrativos faculta a la administración a acudir a los medios de ejecución forzosa previstos en el artículo 96 de la misma norma.

A este respecto, la Disposición Adicional Sexta de la LGTel establece:

Para asegurar el cumplimiento de las resoluciones que dicten, la Administración General del Estado o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán imponer multas coercitivas por importe diario de 100 hasta 10.000 euros, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las multas coercitivas serán independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatibles con ellas.

El importe de las multas coercitivas previstas en esta disposición se ingresará en el Tesoro Público

Finalmente, debe recordarse que el artículo 53.x) de la LGTel tipifica como infracción muy grave “el incumplimiento reiterado de los requerimientos de información formulados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones”. Por su parte, el artículo 54.4 de la LGTel, en su letra p), tipifica como una infracción grave “el incumplimiento por los operadores de las condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas” y el artículo 55.d) de la misma norma prevé que se considerarán infracciones leves, entre otras, “no facilitar los datos requeridos por la Administración o retrasar injustificadamente su aportación cuando resulte exigible conforme a lo previsto en la normativa reguladora de las comunicaciones electrónicas”.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra el requerimiento de información para la elaboración del modelo *bottom-up* de acceso mayorista de banda ancha.

SEGUNDO.- Apercibir a Telefónica, en los términos previstos en el artículo 95 de la LRJAP y PAC, de que en caso de no cumplir el requerimiento de información para la elaboración del



modelo *bottom-up* de acceso mayorista de banda ancha notificado el día 22 de junio de 2011 en sus propios términos y en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, se procederá a la ejecución forzosa del acto recurrido y se le podrá imponer una multa coercitiva de hasta 10.000 euros diarios por cada día que supere el citado plazo y continúe sin dar cumplimiento al requerimiento de información. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en la que pueda incurrir Telefónica, de conformidad con el Título VIII de la LGTel.

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.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.12 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.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.