



## 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 36/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de octubre de 2008 de octubre de 2008, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN 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.**

En relación con 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, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 36/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1548):

### HECHOS

**PRIMERO.-** En el marco del procedimiento con referencia DT 2008/1184, esta Comisión requirió a Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica) para que aportase cierta información sobre la implementación del nuevo servicio mayorista de acceso indirecto ADSL sin servicio telefónico.

Telefónica contestó a dicho requerimiento mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 29 de julio de 2008. En el mismo solicitaba que se declarase confidencial una parte de información que contenía, como el plazo para desarrollar y comercializar los servicios GigADSL y ADSL



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IP sin servicio telefónica básico, el número máximo de solicitudes por cada operador propuesto por la recurrente y las dificultades de implementación del servicio.

**SEGUNDO.-** El Secretario de esta Comisión dictó, con fecha 28 de agosto de 2008, una resolución por la que denegaba la solicitud de Telefónica a la que se ha hecho referencia en el anterior Hecho y declaraba no confidencial la información contenida en la respuesta al requerimiento realizado por esta Comisión.

**TERCERO.-** Telefónica presentó un recurso de reposición contra la anterior resolución, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 19 de septiembre de 2008.

En síntesis, la recurrente alega que la información cuya confidencialidad interesa pertenece al ámbito de su secreto industrial o comercial, por referirse a un conjunto de conocimientos esenciales para la prestación de un servicio cuyo conocimiento no es esencial para el resto de operadores para su implementación, sino para su propia prestación.

Asimismo, alega que la motivación del acto recurrido es insuficiente, lo que le causaría una indefensión material que supondría la nulidad del acto recurrido.

Por último, solicita la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado por el grave e irreparable perjuicio que supondría el conocimiento de los datos cuya confidencialidad pretende en el caso de estimarse el recurso y no perjudicar la suspensión el interés público.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

#### **PRIMERO.-** Calificación del acto.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 63 de la LRJAP y PAC, en concreto, en la vulneración de las normas que en la LGTel prevén la confidencialidad de los datos que afecten al secreto industrial o comercial de los operadores, así como en el artículo 62.2 de la misma norma, por cuanto la insuficiente motivación de la resolución recurrida le causaría una indefensión intolerable.

### **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 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 fecha 8 de mayo de 2008 (BOE 12/06/2008).

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### **CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse del operador que solicitó la confidencialidad de parte de los datos del expediente y que se refieren a 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 el carácter de secreto industrial o comercial de la información cuya confidencialidad se pretende y el derecho de acceso del resto de interesados.**

Como acertadamente argumenta en su recurso Telefónica, no existe en la legislación sectorial de telecomunicaciones una definición de lo que deba entenderse como secreto industrial o comercial ni en nuestro ordenamiento jurídico una norma que lo regule de forma directa y exhaustiva.

Con independencia de la aplicación de las previsiones de artículo 13 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, a la que se remite la recurrente, esta Comisión acude como criterio interpretativo a la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de Diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53,54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial, (Comunicación de la Comisión Europea sobre acceso a expedientes) en la que se califica como confidencial, sin carácter de exhaustividad, 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 ventas.

En todo caso, 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 interesados. Por esa razón, no puede



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

considerarse confidencial frente a terceros información destinada a su conocimiento.

El derecho al secreto se contrapone al derecho de los interesados en el procedimiento a conocer, en cualquier momento, el estado de su tramitación y de obtener copias de los documentos que contiene previsto en el artículo 35 de la LRJAP y PAC. En este sentido, no es del todo exacta la alusión por parte de la recurrente al artículo 37.5 de la misma Ley, pues éste se refiere a expedientes terminados en la fecha de la solicitud de acceso, y aunque las mismas excepciones sean aplicables en virtud de la remisión contenida en el artículo 84 de la LRJAP y PAC, es precisamente dentro de este Derecho de acceso a los archivos y registros por parte de los ciudadanos en general en el que se prevé como excepción los supuestos relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

Para la adecuada ponderación entre el derecho de los interesados a acceder al expediente y el de los operadores que aportan información que pudiera afectar a su secreto industrial o comercial a que ésta se mantenga en secreto, se debe valorar el grado de incidencia en cada uno de dichos intereses legítimos, así como la adecuación a los fines del procedimiento, que en este caso se trata de un periodo de información previa de los previstos en el artículo 69.2 de la LRJAP y PAC.

La información aportada por Telefónica lo fue en respuesta al requerimiento de esta Comisión con el fin de conocer el estado de desarrollo en el Sistema de Gestión de Operadores del nuevo servicio indirecto sin servicio telefónico básico, cuya implementación en el plazo de cuatro meses se acordó en la Resolución de 27 de marzo de 2008, sobre la revisión de la Oferta de Referencia de Servicios Mayoristas de Banda ancha (OIBA) de Telefónica de España. En dicho escrito, Telefónica presenta una solución de contingencia ante la imposibilidad de ofrecer el servicio en el Sistema de Gestión de Operadores (SGO) en los plazos definidos por esta Comisión y que difiere en la solución automatizada en funcionalidades, cupos y características.

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 un perjuicio en la difusión de la información. De esta manera, no basta que un dato pertenezca a la esfera del secreto comercial de un operador, sino que, además, su conocimiento por parte de terceros puede resultar objetivamente perjudicial.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La implementación de un procedimiento esencialmente administrativo para la gestión de diferentes servicios mayoristas, como el SGO de Telefónica, supone la participación de los operadores a los que se dirige, pues incluye un proceso de pruebas previo a la apertura comercial del servicio.

Además, la forma en que implementa sus servicios mayoristas pudiera pertenecer al ámbito del secreto industrial de Telefónica, pero su conocimiento por los operadores solicitantes de dichos servicios no le supone un perjuicio considerable porque no les permitirá competir con Telefónica en la prestación de servicios mayoristas que sólo ella presta y prestará en un futuro inmediato.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y examinando cada uno de los datos cuya confidencialidad se pretende, se ha de concluir que no queda acreditado el perjuicio que su revelación causaría a la recurrente.

Así, en cuanto al plazo propuesto para desarrollar y comercializar los servicios GigADSL y ADSL IP sin servicio telefónico básico una vez detallado plenamente el servicio, es un dato cuyo conocimiento es necesario para los operadores destinatarios, pues influirá en sus propias previsiones comerciales.

En lo que se refiere a las dificultades técnicas alegadas, Telefónica no acredita en qué medida afecta a su secreto comercial una información previsible y fácilmente deducible por quien conozca mínimamente el funcionamiento de los procesos de su Sistema de Gestión de Operadores, como es el caso del resto de operadores.

Por último, en cuanto a la propuesta de la recurrente de un número máximo de solicitudes para cada operador de acceso indirecto, se trata, nuevamente, de un dato cuya pertenencia al ámbito del secreto industrial o comercial no ha sido suficientemente justificada, y que, en todo caso, ha de ser conocido por los operadores para evitar la indefensión que les supondría no poder alegar sobre dicho extremo.

### **SEGUNDO.- Sobre la motivación del acto recurrido.**

La recurrente considera insuficiente la motivación del acto recurrido, que en su punto Tercero (página 3 de 4) argumenta:

*“... Y ello porque esta Comisión estima que la información declarada como confidencial afecta de forma directa a la implantación y desarrollo del servicio del resto de operadores, tanto en el periodo de contingencia como en el comercial...”*

Y más adelante, dice:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“Asimismo, no se ve razón alguna en declarar como confidenciales las dificultades mencionadas en el desarrollo del servicio ya que éstas únicamente aportan información general que nada tiene que ver con la estrategia comercial de Telefónica...”*

Telefónica opone la insuficiencia de esta motivación como motivo de nulidad, pues le causaría indefensión al no poder conocer la *ratio decidendi* del acto recurrido.

A este respecto, 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 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 discute.

Esta exigencia está contenida en el acto recurrido, que entiende, básicamente, que no procede declarar confidencial la información aportada por Telefónica por afectar a la implantación de los servicios por parte del resto de interesados o por no referirse a su estrategia comercial las dificultades alegadas en el desarrollo del servicio.

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. Cabe recordar que la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel impone a los operadores la carga de indicar y justificar qué parte de lo aportado tiene trascendencia comercial o industrial y cuya difusión podría perjudicarles.

Ciertamente, esa justificación es inexistente en el escrito de la recurrente por el que contestaba el requerimiento de información de esta Comisión, pues en ningún momento se explican los motivos por los cuales su revelación a terceros podría suponerles un perjuicio,

En lugar de eso, 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 o cualesquiera de los demás motivos que pudieran servir para calificar como secreto un dato y, en consecuencia, protegerlo mediante su declaración de confidencialidad. Así las cosas, la motivación de esta Comisión no puede entrar a valorar el perjuicio alegado por la recurrente, pues lo desconoce.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En todo caso, cabe recordar que la jurisprudencia constitucional ha confirmado en reiteradas ocasiones que el hecho de que una resolución deba ser motivada no 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 aquélla. (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] .

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**PRIMERO.-** Desestimar 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

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, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 SECRETARIO

Vº Bº EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera