



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 40/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de noviembre de 2012, 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 la Resolución del Secretario de fecha 7 de septiembre de 2012, por la que se declara parcialmente confidencial el escrito de France Telecom España, S.A.U., relativo a determinadas ofertas comerciales de la recurrente (AJ 2012/2197).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Denuncia de France Telecom España, S.A.U.

Con fecha 24 de agosto de 2012 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito de France Telecom España, S.A. (en adelante France Telecom), por el que denunciaba la supuesta existencia de prácticas contrarias a la regulación vigente en la comercialización de diversas ofertas de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante Telefónica). En concreto, France Telecom denunciaba la promoción de Telefónica sobre el producto "Dúo ADSL 10Mb" consistente en la rebaja de su cuota mensual durante los doce primeros meses, así como una supuesta oferta consistente en la rebaja de un 20% de las cuotas de acceso RTB y banda ancha, y que Telefónica comercializaría de manera acumulada a la anterior promoción a través de su canal de televenta.

SEGUNDO.- Inicio de un periodo de información previa.

A la vista de la anterior denuncia, esta Comisión acordó iniciar un periodo de información previa a la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo con el fin de conocer con mayor detalle las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciarlo.



TERCERO.- Declaración de confidencialidad de ciertos datos contenidos en la denuncia de France Telecom.

Por medio de una resolución del Secretario de fecha 7 de septiembre de 2012 se declaró confidencial determinada información contenida en el escrito de denuncia de France Telecom y en concreto, la tasa de pérdida de clientes de France Telecom en zonas de acceso indirecto por tratarse de un dato incluido en el ámbito de su secreto comercial.

También se reconoció el carácter confidencial del contenido de la grabación aportada por France Telecom, por poder afectar a la intimidad y propia imagen de los intervinientes en ella y porque se trata de datos de carácter personal para cuya cesión sería necesario el consentimiento de sus titulares de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales. En lo que respecta a esta última información, también se considera que no es necesaria para que Telefónica pueda ejercer su derecho de defensa, al contener la denuncia suficientes detalles sobre los hechos expuestos. Finalmente, se recuerda que todavía no se ha iniciado ningún procedimiento administrativo y que la decisión se ha adoptado en el marco de un período de información previa.

CUARTO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Contra la anterior resolución, Telefónica ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 11 de octubre de 2012.

Telefónica se opone a que se declare confidencial el archivo de sonido acompañado por France Telecom a su denuncia y que contiene, según se le informa, una conversación mantenida entre un cliente de France Telecom y su departamento de gestiones especiales.

Los motivos de oposición a la declaración como confidencial de ese archivo de audio son los siguientes:

- a) La producción de un perjuicio a Telefónica, que no habría podido realizar alegaciones a la denuncia de France Telecom. A su juicio, el contenido de la grabación es esencial para la plenitud del ejercicio de su derecho de defensa.
- b) La infracción de los artículos 35 y 37 de la LRJAP y PAC en relación con el artículo 54 de la misma norma. Los primeros se refieren al derecho de acceso de los interesados en un procedimiento administrativo, mientras que el segundo lo hace a la necesidad de que los actos administrativos estén suficientemente motivados.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la



imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley y que deberá cumplir las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC prevé que los actos 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.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Telefónica como un recurso de reposición contra la Resolución del Secretario de fecha 7 de septiembre de 2012, por la que se declara parcialmente confidencial el escrito de France Telecom, relativo a determinadas ofertas comerciales de la recurrente.

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 reposición. Telefónica ostenta la condición de interesado por cuanto que es el operador al que se refieren los hechos denunciados en el escrito cuya confidencialidad se recurre.

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 fundamentarse 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 desde que ha tenido conocimiento del mismo previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, se fundamenta en motivos de nulidad o anulabilidad, como la violación del derecho de defensa previsto en el artículo 24 de la Constitución Española o la infracción de los artículos 37.5.d) y 54 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 y a la necesidad de motivación de los actos administrativos, respectivamente.

Por todo lo anterior, el recurso fue admitido a trámite por Resolución del Secretario de fecha 18 de octubre de 2012.



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, 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 fecha 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 Secretario la adopción de los *“actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión”* (Resuelve Segundo, punto 1, de la Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 238 de fecha 3 de octubre de 2011).

En uso de la citada delegación de competencias, el acto recurrido fue dictado por el Secretario 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre la naturaleza del período de información previa.

Con carácter previo al análisis de los motivos recursivos opuestos por France Telecom, ha de señalarse que la declaración de confidencialidad recurrida se ha acordado en el marco de un periodo de información previa de los previstos en el artículo 69.2 de la LRJAP y PAC. La recurrente hace referencia a lo largo de su escrito al *“expediente administrativo”* o la *“procedimiento”*, cuando el primero no existe como tal y el segundo no se ha iniciado.



Dicho trámite se caracteriza en nuestra ley procedimental por ser una actividad instrumental o preparatoria de un procedimiento posterior (siempre que se decida su inicio), sancionador o de otra naturaleza, que no produce ninguna consecuencia para el interesado y que, incluso, puede no ser conocida por él.

La actual regulación, contenida en el artículo 69.2 de la LRJAP y PAC, es heredera del artículo 134.2 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, que preveía expresamente este trámite diciendo que el órgano competente, *«al recibir comunicación o denuncia sobre una supuesta infracción administrativa, podrá acordar la instrucción de una información reservada antes de dictar la providencia en que se decida la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones»*.

En periodo de información previa previsto en el artículo 69.2 de la LRJAP y PAC guarda identidad sustancial con el artículo 12 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, al disponer que *“con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros”*.

El trámite que nos ocupa responde a elementales razones de prudencia, pues es aconsejable evitar que la precipitación en acordar la apertura de un procedimiento sancionador que no debió iniciarse por carecer de suficiente base, cause perjuicios irreparables para los eventuales imputados.

En cuanto al supuesto perjuicio causado, debe señalarse que, a juicio de esta Comisión, no puede entenderse que a Telefónica le produzca merma alguna de su derecho de defensa el hecho de declarar confidenciales ciertos datos acompañados a una denuncia o solicitud de intervención en una fase tan temprana, o incluso previa, del procedimiento. En el caso de iniciarse un procedimiento sancionador o de intervención que pueda tener consecuencias en la esfera jurídica de la recurrente, Telefónica tendrá plenas oportunidades de intervenir en el mismo, proponiendo las pruebas que considere oportunas y realizando las alegaciones que mejor convengan a su derecho. Será entonces cuando podrá alegar la supuesta indefensión que ahora denuncia en el caso de que no tenga acceso a los datos declarados confidenciales o no se le proporcione una alternativa como la solicitada en su recurso (una transcripción de las llamadas).

SEGUNDO.- Sobre el alcance del derecho de acceso al expediente administrativo de los interesados en el procedimiento.

Telefónica apunta, en el segundo de sus motivos, la infracción de los artículos 35 y 37 de la LRJAP y PAC, que se refieren al derecho de acceso de los interesados en un procedimiento y a las excepciones al mismo.

Al respecto cabe indicar que el derecho de acceso no se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho absoluto, pues su ejercicio ha de compatibilizarse con otros



intereses también dignos de protección, tal y como reconoce el apartado 37.4 de la LRJAP y PAC. Ejemplo de esos intereses son los enumerados en el siguiente apartado de dicho artículo, entre los que se encuentra la protección del derecho comercial o industrial de sus titulares (letra d). A estos efectos, también es un interés digno de protección el respeto de otros derechos concurrentes, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos personales de los intervinientes en la conversación cuyo acceso impide la declaración de confidencialidad recurrida.

En segundo lugar, baste lo ya señalado sobre la naturaleza del periodo de información previa y su falta de equiparación a un procedimiento administrativo, lo que necesariamente ha de modular el alcance del citado derecho. En efecto, la ponderación que ha de realizarse entre el derecho de acceso y el derecho a la confidencialidad ha de considerar la incidencia de la decisión a adoptar en la esfera jurídica de los interesados. Así, no tiene el mismo alcance el derecho de acceso a un expediente sancionador de quien puede resultar ser declarado responsable de una sanción administrativa (supuesto que no es el que nos ocupa) del de quien expresa otro tipo de interés. En este caso, el acceso solicitado a un documento de un tercero que no forma parte de un procedimiento administrativo y del que se ha acordado su carácter parcialmente confidencial de forma suficientemente motivada, como se hará de ver, no puede prevalecer.

Lo anterior se señala sin perjuicio de la decisión que al respecto corresponda si esta Comisión resuelve iniciar algún procedimiento en el que se incluya el documento cuya confidencialidad parcial se ha acordado.

Finalmente, hay que poner de manifiesto que Telefónica combate el carácter de secreto industrial o comercial del archivo de audio declarado confidencial sin conocer su contenido. En realidad, en su recurso no se cuestiona dicho extremo, sino que se incide en el supuesto perjuicio que se le causa al no poder acceder a la conversación de forma íntegra, pues no sería suficiente la descripción de su contenido. A este respecto, es evidente que toda limitación a una facultad de los administrados, como el acceso a los expedientes administrativo, no es *per se* una decisión ilegal, pues cuando concurren otros intereses también dignos de atención uno de ellos ha de ceder en aplicación de criterios como los expuestos en la resolución recurrida, que aquí se dan por reproducidos.

En lo que se refiere a la motivación de la declaración de confidencialidad, Telefónica manifiesta que la *“sucinta justificación efectuada por la CMT no cumple [...] con la obligación de motivación inherente a toda actuación de la Administración Pública”*. A su juicio, el acto recurrido no estaría suficientemente motivado, tal y como exige el artículo 54 de la LRJAP y PAC en relación con la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel.

Debe señalarse que no debe confundirse la extensión de la motivación con su propia existencia. Como requisito formal que permite al administrado conocer las razones de una decisión administrativa y permitir su refutación en vía de recurso, lo que evita que se produzca indefensión. Ahora bien, la motivación de los actos no exige la exhaustividad pretendida por la recurrente y *basta con una justificación razonable y suficiente que contenga los presupuestos de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican la concreta solución adoptada*¹.



En todo caso, el análisis de la resolución recurrida permite comprobar la suficiencia de la motivación contenida. En concreto, en su apartado CUARTO se enumeran las razones por las cuales se declara confidencial el archivo de audio que contiene la grabación de la conversación entre el cliente de France Telecom y su departamento comercial, que no son otras que el respecto al derecho a la intimidad del interlocutor y el carácter de dato personal de algunos de los datos de la conversación. También se alega que la conversación ofrece información sobre la política comercial de retención de clientes de France Telecom, lo que forma parte de su derecho al secreto comercial. A continuación, se recuerda que Telefónica no necesita esa información a la vista de los términos tan detallados en los que está redactado el escrito de denuncia y, finalmente, se recuerda que la declaración de confidencialidad ha sido acordada en un trámite de información previa.

Lejos de desacreditar las citadas razones, Telefónica se limita en su recurso a hacer alusiones genéricas y citas legales y doctrinales que no analizan el contenido de la resolución recurrida ni discuten los motivos por los cuales se ha considerado oportuno, de momento, declarar la confidencialidad en los términos expuestos.

En último lugar, cabe señalar que si la indefensión es un vicio de carácter material que puede ser subsanado en vía recursiva², con mayor motivo no se produce indefensión cuando la tramitación del procedimiento, en su caso, no se ha iniciado y el interesado podrá, durante su instrucción, ejercer sus derechos en la fase correspondiente.

Así las cosas, a la vista del recurso de Telefónica, no se encuentran motivos para reponer la resolución recurrida y variar el criterio allí contenido en lo que se refiera a la necesidad de mantener la confidencialidad del archivo de audio aportado por France Telecom.

En atención a los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución del Secretario de fecha 7 de septiembre de 2012, por la que se declara parcialmente confidencial el escrito de France Telecom España, S.A.U., relativo a determinadas ofertas comerciales de la recurrente.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

¹ STS de 25 de junio de 2010, entre otras con idéntico criterio.

² Por ejemplo, en este sentido, la STS de fecha 26 de mayo de 2000.



aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), 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 Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).