



## 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 FRANCE TELECOM ESPAÑA INTERNET PROVIDER, 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:

### 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 France Telecom España Internet Service Provider, S.L.U. (en adelante Ya.com) en el marco del expediente con referencia DT 2008/196.

**TERCERO.-** Con fecha 15 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 cualquier posible interesado en el procedimiento distinto de Telefónica el contenido de los anexos 1 (cruce de líneas de abonados de Ya.com con las bases de datos de cobertura), 2 (rechazos de solicitudes), 3 (mensajería), 4 (entrega de servicio y datos sobre la prueba SELT), 5 (manuales de mensajería remitidos por Telefónica a Ya.com), 6 (volcados masivos de incidencias de SGO), 7 (detalle de las incidencias por avería monitorizadas telefónicamente) y 8 (seguimiento de incidencias extraídas de los sistemas internos de Ya.com).*

*- Se declara confidencial respecto de Telefónica toda mención en el Anexo 7 a referencias o códigos que permitan determinar la ubicación exacta de la central en que se han identificado irregularidades mediante la monitorización telefónica, así como los datos del Anexo 8 sobre el detalle de las incidencias obtenido de los sistemas internos de Ya.com”.*

**CUARTO.-** Con fecha 26 de mayo de 2008, D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de Telefónica de España, S.A. (en adelante Telefónica) interpuso recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 15 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 Ya.com.

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 Ya.com, 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

identificar las incidencias analizadas en la inspección disponible para Telefónica a través del Sistema de Gestión de Operadores (SGO).

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 Ya.com 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 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.

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.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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). 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 que presta.

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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 refiere 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.**



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Ciertamente, tal y como expone Telefónica en su recurso, 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 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, en el Anexo 7, a los códigos o referencias que permiten determinar la ubicación de la central en la que se han detectado las supuestas irregularidades, así como los detalles de las incidencias obtenidas de los sistemas internos de Ya.com contenidos en el Anexo 8.

Dicho código es una clave por la cual Telefónica puede localizar la incidencia y por lo tanto otra serie de datos, tales como el número de teléfono del par al que se refiere. 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 documenta las actuaciones desarrolladas por el personal de esta Comisión destinadas a comprobar 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.

Telefónica tiene acceso, pues no se ha declarado confidencial respecto a ella, a la totalidad del acta de inspección incluidos todos sus anexos excepto los anexos número 7 y 8 en la medida en que ambos se refieren a detalles de las incidencias de los sistemas internos de Ya.com y a sus códigos, sin los cuales



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no puede conocer cuáles en concreto han sido aleatoriamente elegidas por los inspectores de esta Comisión para ser objeto de la inspección o acceder a ellas en el Sistema de Gestión de Operadores.

La reserva del código de incidencia puede suponer una merma en las posibilidades de defensa efectiva de Telefónica, sobre todo porque no intervino en las actuaciones inspectoras. De esta manera, no podría constatar las conclusiones contenidas en el acta que las documenta, ni 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 Ya.com, pero sin esa referencia no puede conocer cuáles son los que han tenido la incidencia 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 Ya.com, pero su relación con ella 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 Ya.com 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 rebatir 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 Ya.com 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a los datos de los Anexos 7 y 8 sobre el detalle de las incidencias obtenidas de los sistemas internos de Ya.com, de la versión accesible a Telefónica se ha eliminado los ficheros extraídos de dichos sistemas internos y los ficheros con la información de detalle de cada llamada, además de la columna con los números de teléfono. En cada uno de estos ficheros hay tanto información contenida en el SGO (que Telefónica puede obtener con los códigos de incidencia) como información de los sistemas internos de Ya.com, cuya confidencialidad deberá mantenerse, pues en caso de ser facilitada revelaría información sobre la forma en la que gestiona sus incidencias, lo que formaría parte de su secreto industrial. Además, el código de la incidencia ya consta en otros Anexos cuya confidencialidad se levanta en la presente resolución.

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 France Telecom España Internet Service Provider, S.L.U. y modificar su parte dispositiva, en el sentido de declarar no confidencial respecto de Telefónica las menciones en el Anexo 7 a referencias o códigos que permitan determinar las averías concretas examinadas en 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 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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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