FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

del referido expediente de fecha 12 de mayo de 2016. En su escrito de 1 de junio de 2016 Telefónica solicitó que se declarase la confidencialidad de determinada información así como de la documentación adjunta (dos anexos) al mismo.

SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad de 20 de junio de 2016

Mediante escrito de 20 de junio de 2016, se acordó declarar la confidencialidad de la totalidad de los anexos I y II aportados por Telefónica, referentes a dos ficheros Excel que contienen datos sobre los indicadores clave de rendimiento (KPI) registrados por Telefónica, referentes a la prestación de diversos servicios minoristas y mayoristas solicitados por otros operadores.

TERCERO.- Acto recurrido

Mediante escrito de 5 de octubre de 2016 se procedió a subsanar la referida declaración de confidencialidad emitida el 20 de junio de 2016, en relación con los Excel contenidos en los anexos I y II, adjuntos al escrito de Telefónica de 1 de junio de 2016, con el objeto de especificar las concretas hojas de estos ficheros Excel que serían objeto de declaración de confidencialidad.

El escrito de 5 de octubre resolvió declarar no confidencial, para cualquier tercero, la información de la hoja 2 del Excel incluido en el Anexo I y de las hojas 2, 4, y 6 del Excel contenido en el Anexo II, relativa a determinados KPI (porcentajes de cumplimiento, tiempos de provisión y de resolución de avería y número de solicitudes de provisión y de averías cumplimentadas) registrados por Telefónica, tanto a nivel nacional como en las comunidades autónomas de Madrid y Cataluña, para los servicios minoristas de banda ancha fibra y cobre y del servicio telefónico disponible al público.

CUARTO.- Recurso de alzada

Con fecha 4 de noviembre de 2016 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acuerdo del día 5 de octubre de 2016.

En su recurso, Telefónica considera que el levantamiento de la confidencialidad efectuado por el escrito de 5 de octubre de 2016 resulta desproporcionado e innecesario para salvaguardar derechos subjetivos de terceros operadores, siendo susceptible, en cambio, de provocar un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de Telefónica. De acuerdo con la entidad recurrente, se trata de datos relativos a servicios minoristas que se refieren a información estratégica y concreta cuya revelación a los operadores competidores podrían poner en peligro la estrategia de Telefónica.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

Por esos motivos solicita que se reemplace el acto recurrido por otro que reconozca también la confidencialidad de los datos contenidos en la hoja 2 del Excel incluido en el Anexo I y de las hojas 2, 4, y 6 del Excel contenido en el Anexo II del escrito de Telefónica de 1 de junio de 2016.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Derecho aplicable

En fecha 2 de octubre de 2016 entró en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC-2015), de acuerdo con lo previsto en la disposición final séptima de la propia LPAC-2015. En la letra c) de la disposición transitoria tercera de la LPAC-2015 se declara que: "*c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*"

En este supuesto concreto, el acto recurrido fue dictado con posterioridad al día 2 de octubre de 2015. Concretamente, y según se desprende del Antecedente Segundo, el acto es de fecha 5 de octubre de 2016. Por tanto, resulta de plena aplicación la regulación en materia de recursos administrativos de la vigente LPAC-2015.

SEGUNDO.- Calificación

De conformidad con los artículos 112 y 121 de la LPAC-2015, contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados recurso de alzada, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC-2015 requiere al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

A su vez, el artículo 4 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

En este caso, Telefónica es la entidad que aportó, mediante escrito de fecha 1 de junio de 2016, los datos que no fueron declarados confidenciales en el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/007/16, por lo que debe ser considerada como parte interesada en este recurso de alzada.

CUARTO.- Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC-2015. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 122.1 de la LPAC-2015. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 5 de octubre de 2016 y le fue notificado al interesado el día 6 de octubre de 2016, habiéndose interpuesto el recurso el 4 de noviembre de 2016.

QUINTO.- Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC-2015, la competencia para resolver los recursos de alzada corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado. El acto recurrido fue dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley de creación de la CNMC y 8.2.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 122.2 de la LPAC-2015 dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 24.1 de la citada LPAC-2015.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica

SEXTO.- Análisis del recurso y de la información objeto del mismo

Por un lado, y como ha señalado esta Sala en la resolución de anteriores recursos de alzada referentes a declaraciones de confidencialidad y, entre otros, en su Resolución R/AJ/008/16, de 10 de marzo de 2016, aunque no exista en nuestro ordenamiento jurídico una delimitación positiva de los conceptos de secreto industrial y comercial, se considera que pertenecen al ámbito del secreto industrial o comercial todos aquellos datos o informaciones que cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluye su trascendencia comercial o industrial, el perjuicio que su conocimiento podría causar al operador al que se refieren o la voluntad de su titular de que se mantengan dentro de su esfera interna.

Desde esta perspectiva, los datos relativos a los tiempos de provisión y mantenimiento de los servicios minoristas relativos al servicio telefónico básico (voz) y a los servicios de banda ancha en cobre y fibra incluidos en la Hoja 2 del Anexo I y en las Hojas 2, 4 y 6 del Anexo II podrían considerarse secreto industrial, al medir el grado de eficiencia de los servicios técnicos de Telefónica, esto es, su capacidad para dar una respuesta óptima a las demandas de instalación o reparación efectuadas por sus clientes.

En este sentido, el artículo 10.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, prevé que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar a la seguridad e integridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas o al secreto comercial o industrial.

De igual manera, en las letras h) y j) del artículo 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley 19/2013, de Transparencia) se limita el derecho de acceso a la información cuando el acceso pueda suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales o para el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

Por otro lado, sin embargo, y según ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, como en la Resolución R/AJ/013/16, de 17 de marzo de 2016, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe cohonestarse con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las administraciones públicas, así como, en este caso particular, con la especial obligación de transparencia y no discriminación impuesta a Telefónica por esta Comisión en el marco de los mercados 4 y 5. En efecto, con el fin de supervisar el correcto cumplimiento de la obligación de no discriminación que tiene impuesta, en virtud de lo dispuesto en los mercados 4 y 5, Telefónica ha de comunicar a este Organismo los parámetros de calidad respecto de los servicios de banda ancha y de desagregación del bucle que le solicitan los operadores, así como respecto de sus servicios minoristas.

En el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/007/16 y del anterior expediente IFP/DTSA/982/15, se han utilizado los datos que se desprenden de los KPI obtenidos de la propia Telefónica a través de los requerimientos formulados por la instructora y de los datos comunicados por la propia operadora en cumplimiento de las obligaciones impuestas en su condición de operador con poder significativo en los mercados 4 y 5. Y ello, con el fin de comparar entre sí los tiempos de provisión de los servicios mayoristas (OBA y NEBA) y minoristas equivalentes (STB/acceso desagregado y ADSL-IP con STB; banda ancha minorista basada en cobre/acceso compartido sin STB y ADSL-IP sin STB y FTTH minorista/NEBA fibra).

El principio de transparencia administrativa se recoge tanto en la Ley 19/2013, de Transparencia, como en el artículo 37 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC. Y, por su parte, las obligaciones legales y reglamentarias de transparencia y no discriminación del operador declarado con poder significativo de mercado se recogen en el artículo 14.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel-2014) así como en los artículos 7 y 8 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Por tanto, a la hora de valorar el carácter confidencial o no de la información objeto del presente recurso deberá efectuarse una ponderación razonada, considerando:

- El secreto comercial e industrial de la recurrente.
- El principio de transparencia en las actuaciones administrativas
- El contenido de las obligaciones de transparencia y no discriminación impuestas a Telefónica en el marco de los mercados 4 y 5.

Los Anexos remitidos por la recurrente en su escrito de 1 de junio de 2016 y que fueron declarados confidenciales para terceros en un primer momento, hacen referencia a los siguientes datos:

(i) por una parte, en la hoja 2 del documento Excel incluido en el Anexo I se recogen los tiempos medios y totales y el porcentaje de cumplimiento en la provisión y mantenimiento de los servicios minoristas de voz y de banda ancha de cobre y fibra durante los 12 meses del año 2015 correspondientes a Telefónica.

(ii) por otra parte, en las hojas 2, 4, y 6 del Excel contenido en el Anexo II se incluyen los tiempos totales (en horas) empleados por los técnicos de Telefónica para reparar las averías de sus clientes en Madrid y en Cataluña así como el porcentaje total de cumplimiento o éxito de las reparaciones.

Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

El conocimiento de los anteriores datos resulta necesario a esta Comisión para determinar, en el marco del procedimiento sancionador SNC/DTSA/007/16, si Telefónica ha cumplido o no su obligación de no discriminación en la provisión de sus servicios mayoristas. Esto es, para determinar si existen pruebas de una presunta práctica discriminatoria por parte de Telefónica, sobre la prestación de los servicios mayoristas en relación con sus servicios minoristas equivalentes. Una práctica que podría haberse iniciado a partir de la huelga de los técnicos-instaladores de Telefónica entre los meses de abril y junio de 2015 y que podría haber continuado desarrollándose algunos meses después de terminada dicha huelga.

No obstante lo anterior, debe señalarse que

- Telefónica ha facilitado en los documentos objeto del presente recurso más datos de los solicitados en los mercados 4 y 5 y exigibles en las ofertas de referencia OBA y NEBA, como son los datos de provisión de servicios y reparación de averías desagregados por Comunidades Autónomas.

- Los datos facilitados por Telefónica relativos a los tiempos de provisión y mantenimiento de los servicios minoristas relativos al servicio telefónico básico (voz) y a los servicios de banda ancha en cobre y fibra incluidos en la Hoja 2 del Anexo I y en las Hojas 2, 4 y 6 del Anexo II podrían considerarse secreto industrial en el sentido del apartado 18 de la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005[1], al medir el grado de eficiencia de los servicios técnicos de Telefónica, esto es, su capacidad para dar una respuesta óptima a las demandas de instalación o reparación efectuadas por sus clientes.

- No nos hallamos ante un expediente de resolución de conflictos entre operadores de los artículos 6.5 de la Ley CNMC y 12.5 de la LGTel-2014, en el que la información de Telefónica pudiera resultar útil a otros operadores para el ejercicio de sus derechos frente a dicho operador.

- Se trata de un expediente sancionador SNC/DTSA/007/16 en el que el único interesado y presunto responsable es Telefónica, el propio titular de la información cuya confidencialidad reclama. Cosa distinta sería si, como en el caso de las Resoluciones R/AJ/628/16 y R/AJ/629/16 de 17 de noviembre de 2016, el presunto responsable de la infracción no fuera también titular de la información cuya confidencialidad se solicita. En ese supuesto deberían analizarse tanto el derecho a la confidencialidad de la información de su titular como el derecho a la defensa del presunto responsable, lo que sin embargo, no sucede en el procedimiento SNC/DTSA/007/16.

[1] Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE de 22.12.2005, 2005/C 325/07).

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica

- Debe considerarse el principio de "proporcionalidad" presente en el artículo 10 LGTel-2014 y considerado, entre otras por la S AN de 26 de mayo de 2014 (rec.358/2012).

Por todo ello, se estima razonable, en el contexto del presente procedimiento sancionador, declarar la confidencialidad del contenido de la hoja 2 del Excel incluido en el Anexo I así como de las hojas 2, 4, y 6 del Excel contenido en el Anexo II adjuntados por Telefónica en su escrito de 1 de junio de 2016.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE:

ÚNICO.- Estimar el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la subsanación de la declaración de confidencialidad de 5 de octubre de 2016, declarando confidencial la hoja 2 del Excel incluido en el Anexo I así como las hojas 2, 4, y 6 del Excel contenido en el Anexo II adjuntados por dicho operador en su escrito de 1 de junio de 2016.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

FIRMADO DIGITALMENTE -]

FIRMADO DIGITALMENTE -]

FIRMADO DIGITALMENTE -]

FIRMADO DIGITALMENTE -]

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario de la Sala, Miguel Sánchez Blanco, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.

Expediente: R/AJ/658/16 ID: SZA0I Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM