

Resolución relativa a al recurso de reposición de Telefónica Móviles España, S.A., contra la declaración de confidencialidad de ciertos datos contenidos en el escrito de Telefónica de España, S.A.U., en relación con la preconsulta sobre la evolución de los servicios de banda ancha en España (Expediente AJ 2013/2178).

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D^o Eduardo García Matilla.

D^o Josep María Guinart Solá.

D^a Clotilde de la Higuera González.

D^o Diego Rodríguez Rodríguez.

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de diciembre de 2013

Visto el expediente relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A., contra la declaración de confidencialidad de ciertos datos contenidos en el escrito de Telefónica de España, S.A.U., en relación con la preconsulta sobre la evolución de los servicios de banda ancha en España, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, en su sesión núm. 10, acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Pre-consulta sobre la evolución de los servicios de banda ancha en España y la adecuación de la regulación vigente.

Por resolución de fecha 23 de julio de 2013, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició una pre-consulta pública destinada a los operadores implicados en la provisión de servicios de banda ancha con el objetivo de identificar los posibles problemas de competencia presentes en relación dichos servicios, así como valorar las posibles actuaciones que contribuyan a paliarlos.

A tal efecto, se abrió un trámite de alegaciones que concluyó el día 18 de septiembre de 2013.

Segundo.- Escrito de alegaciones de Telefónica de España, S.A.U.

Telefónica de España, S.A.U., presentó un escrito de alegaciones a la pre-consulta que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de septiembre de 2013. Sus alegaciones se referían a la evolución de los servicios de banda ancha en España y contenían algunos datos para los que Telefónica de España, S.A.U., solicitaba el tratamiento confidencial.

Tercero.- Declaración de confidencialidad de los datos contenidos en el escrito de Telefónica de España, S.A.U.

Por resolución del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 3 de octubre de 2013 se declararon confidenciales los datos señalados por Telefónica de España, S.A.U. en su escrito, con la excepción del porcentaje de hogares pasados con fibra óptica interesados en contratar servicios de banda ultra-ancha, contenido en las páginas 40 y 138.

La razón en que se fundamentaba esa decisión era que se trata de información pública sobre el grado de cobertura de la fibra óptica.

Cuarto.- Recurso de reposición de Telefónica Móviles España, S.A.

Contra la anterior resolución, Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, Telefónica Móviles), ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 6 de noviembre de 2013.

En su recurso, Telefónica Móviles solicita la anulación parcial del acto recurrido y que se acuerde declarar confidenciales también los datos señalados por Telefónica de España, S.A.U. como tales en las página 40 y 138 de su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia pública de la pre-consulta.

El primero de ellos se refiere al porcentaje de hogares pasados con fibra por Telefónica de España, S.A.U., que contratan servicios de banda ultra-ancha. En cuanto al segundo, se trata del porcentaje de penetración del servicio de banda ultra-ancha respecto de las unidades inmobiliarias pasadas con fibra.

En recurso de Telefónica Móviles se fundamenta, en síntesis, en que la información relativa al porcentaje de hogares pasados con fibra óptica es confidencial y su revelación a terceros perjudicaría gravemente sus intereses legítimos. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha considerado que se trata de información publicada, lo que excluye su carácter confidencial. Por el contrario, a juicio de la recurrente, los datos que se publican son los relativos al porcentaje de líneas en servicio sobre fibra en el hogar sobre las unidades inmobiliarias pasadas. Se trataría

de un dato agregado que incluye el segmento residencial, pero también el empresarial.

Además, esa información revelaría la demanda de sus servicios y, por lo tanto, la evolución de su plan de negocio. Dicho dato sería confidencial en atención a los criterios contenidos en las Directrices sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial aprobadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Finalmente, considera que el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no es absoluto y debe ceder ante el deber de garantizar el secreto industrial o comercial.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), establece que contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la misma norma dispone 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.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso de reposición, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC 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 31 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.

De acuerdo con lo señalado, y siempre teniendo en cuenta que la resolución recurrida no se dictó en el seno de la tramitación de un procedimiento administrativo, la entidad recurrente ostenta la condición de interesado en el expediente, por tratarse de un operador cuyos derechos podrían resultar afectados por las conclusiones alcanzadas por la pre-consulta.

Tercero.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 117 de la LRJPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, Telefónica Móviles fundamenta su recurso en motivos de nulidad y anulabilidad de los previstos en los artículos 62 y 63 de la LRJPAC y, en concreto, en la infracción del artículo 105.b) de la Constitución Española y 37.4 y 5 de la citada LRJPAC, que se refieren a las excepciones al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.

En atención a lo anterior, el recurso se admitió a trámite por acto del Jefe de la Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 11 de octubre de 2013.

Cuarto.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición objeto de la presente resolución corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por ser el órgano que sucedió al que dictó el acto impugnado.

La Resolución recurrida fue dictada por el Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por delegación del Consejo del mismo Organismo, por lo que debe entenderse dictada por éste último, en virtud del artículo 13.4 de la LRJPAC.

La Disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispone en su apartado 1 que la constitución de ésta implicará la extinción, entre otros organismos, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y la Disposición Transitoria Quinta,

apartado 1, establece que los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley continuarán tramitándose por los órganos de la autoridad a los que esta Ley atribuye las funciones anteriormente desempeñadas por los organismos extinguidos.

Una vez constituida la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y atendiendo a lo previsto en el artículo 20.1 de la Ley 3/2013, el órgano competente para resolver el recurso de reposición presentado por Telefónica Móviles es la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Por su parte, el artículo 117.2 de la LRJPAC dispone que los recursos deben ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado 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 43.2 de la misma Ley.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre el carácter confidencial de los datos a los que se refiere el recurso.

Con carácter general, debe señalarse que no existe en la legislación general y sectorial una definición de lo que deba entenderse por secreto industrial o comercial. El artículo 9.1 y la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones habla de “datos o informaciones (...) de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles”, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad de los mismos por la Autoridad Nacional de Reglamentación. El artículo 28 de la Ley 3/2013, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se remite al secreto industrial, comercial o estadístico, sin que se especifique qué debe entenderse por tales. Finalmente, los artículos 35.h) y 37.5.d) de la LRJPAC, limita el derecho de los interesados y de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros en los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto industrial o comercial.

Así las cosas, y con independencia de la aplicación de las previsiones de artículo 13 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, en el ámbito de las telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acudía 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 Europea sobre la información confidencial. En virtud de dicho criterio, constituye un secreto comercial la información sobre la actividad económica de una empresa cuya divulgación podría perjudicar gravemente a sus intereses. Se trata, por ejemplo, de información técnica o financiera relativa a conocimientos técnicos, métodos de cálculo de costes, secretos y procesos de fabricación, fuentes de suministro, cantidades producidas y vendidas, cuotas de mercado, ficheros de clientes y distribuidores, estrategia comercial, estructura de costes y precios, y 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 terceros. Por esa razón, no puede considerarse confidencial información de acceso público o que se refiera a terceras personas diferentes de quien pretende ese tratamiento.

A la vista de los datos cuya confidencialidad pretende Telefónica Móviles, cabe descartar ese carácter confidencial.

En primer lugar, no concurre el primero de los requisitos, ya que no se trata de datos que se mantengan en el ámbito interno de la recurrente, sino que han sido objeto de publicación.

El número de viviendas existentes en España en 2011 (25.208.623) es accesible al consultar el censo de población y viviendas publicado por el Instituto Nacional de Estadística¹. En cuanto al número de hogares (15,49 millones en 2011), se encuentra en el informe anual de 2012 publicado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones² (Apartado 1.f): *“Datos generales del sector – El sector en el economía nacional: Parámetros macroeconómicos”*). Finalmente, el número de unidades inmobiliarias pasadas por Telefónica de España, así como los accesos FTTH en servicio, se encuentran también en las tablas del informe anual de 2012 de la Comisión Nacional de los Mercados de las Telecomunicaciones (Apartado 2.a), tablas 15 y 16: *“Infraestructuras – Acceso redes fijas – Acceso instalados por tipo de soporte y grupo de operadores y Accesos en servicio por tipo de soporte y grupos de operadores”*.

Los datos cuya confidencialidad se rechaza se refieren a la penetración de hogares y por unidades inmobiliarias totales (las unidades inmobiliarias comprenden todas las viviendas pasadas por fibra en el despliegue) de Telefónica de España, S.A.U.

¹ http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm

² http://cmtdata.cmt.es/cmtdata/jsp/inf_anual.jsp?tipo=1

En cuanto al porcentaje de líneas de fibra FTTH en servicio, es decir, de unidades inmobiliarias que contratan servicios de banda ultra-ancha respecto del total de las pasadas por fibra por Telefónica de España, se puede obtener a partir de los datos publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que incluyen ambos, como se ha expuesto. Así:

- Penetración por unidades inmobiliarias = Número de acceso en servicio / número de unidades inmobiliarias pasadas

Dicho dato se puede proyectar al número de hogares aplicando la ratio de hogares respecto del número de unidades inmobiliarias existentes. De esta manera, se puede obtener el porcentaje de penetración por hogar:

- Penetración por hogares = Penetración por unidades inmobiliarias X ratio hogares-UUII.

Esa ratio, a su vez, se obtiene al comparar el número de hogares que publica el INE y el de unidades inmobiliarias pasadas que constan en los informes publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

- Ratio = Número de hogares / número de unidades inmobiliarias pasadas.

Además de lo anterior, del concepto de secreto industrial o comercial se desprende que la información debe referirse a quien pretende ese tratamiento. En el caso que nos ocupa, se trata de información relativa al porcentaje de hogares pasados que contratan los servicios de banda ultra ancha de Telefónica de España, S.A.U., por lo que no le corresponde a la recurrente interesar su confidencialidad.

En este sentido, la antes citada Disposición Adicional cuarta de la Ley General de Telecomunicaciones prevé que las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de trascendencia comercial o industrial cuya difusión pueda perjudicarles, podrán solicitar, justificadamente, su declaración de confidencialidad. De lo anterior se desprende que el carácter confidencial de un dato no lo es en abstracto, sino que ha de ser alegado, justificado y solicitado por quien lo aporta o por la entidad a la que se refieran porque pertenece al ámbito de su secreto industrial o comercial y porque, además, su difusión podría perjudicarle.

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce el derecho de terceros, incluso si se trata de interesados en el mismo procedimiento o de empresas del mismo grupo, a solicitar la declaración de confidencialidad de datos o informaciones ante la inactividad del operador al que se refieren.

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A., contra la resolución dictada en el marco del expediente AEM-INF 2013/669, por la que se declara la confidencialidad de ciertos datos contenidos en el escrito de Telefónica de España, S.A.U., en relación con la pre-consulta sobre la evolución de los servicios de banda ancha en España

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica, y notifíquese al interesado, haciéndole saber puede 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.