COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSE GIMENEZ CERVANTES, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 13 de junio de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DEL ANEXO 2C (ANEXO CONFIDENCIAL DE LA FACTURACIÓN Y COBRO EN LA INTERCONEXIÓN) DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN SUSCRITO ENTRE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y PROCONO, S.A. EL DÍA 2 DE ABRIL DE 2002.

En relación con la declaración de confidencialidad del Anexo 2C formalizado entre Telefónica de España, S.A.U. y Procono, S.A., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 21/2002, la siguiente Resolución:

Resolución de 13 de junio de 2002, recaída en el expediente núm. A.J. 2002/6618

HECHOS

PRIMERO. Con fecha 18 de abril de 2002, se ha recibido en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito suscrito conjuntamente por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, Telefónica) y PROCONO, S.A. (en adelante, Procono) por el que se tiene por cumplimentado el trámite de comunicación del Acuerdo General de Interconexión firmado por ambas entidades el día 2 de abril de 2002, solicitando que se dé tratamiento de información confidencial al Anexo 2C (Anexo Confidencial de la Facturación y Cobro en la Interconexión).

SEGUNDO. Una vez iniciado e instruido el procedimiento sobre la declaración de confidencialidad del citado Anexo, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 26 de abril de 2002 se puso de manifiesto el expediente a las entidades interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el articulo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el plazo máximo de diez días, pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

TERCERO. Finalizado el plazo legalmente establecido para el trámite de audiencia, las entidades Telefónica y Procono no han presentado alegaciones al expediente tramitado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para decidir sobre la confidencialidad del contenido de los Acuerdos de Interconexión.

La nueva disposición adicional decimotercera de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), añadida por el apartado Tres del artículo 86 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en relación con la declaración de confidencialidad de los datos o informaciones aportados a esta Comisión por las entidades en el desempeño de sus funciones, habilita expresamente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como Autoridad administrativa competente para pronunciarse sobre la procedencia o no de la confidencialidad, al establecer que **:**

> *"Dicha Comisión decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad."*

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.6 de la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 2.8 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la LGTel, aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante Reglamento de Interconexión), es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su función de puesta a disposición de los interesados de los acuerdos de interconexión, la Autoridad administrativa competente para determinar qué partes de los acuerdos de interconexión

pueden afectar al secreto comercial o industrial por estar relacionados con la estrategia comercial de las partes firmantes de los mismos.

La anterior afirmación encuentra su apoyo, junto a las normas de derecho interno antes citadas, en el artículo 6.c) de la Directiva 97/33/CE, del Parlamento y del Consejo, de 30 de junio de 1997, cuyos preceptos han sido precisamente incorporados al Ordenamiento jurídico español por medio de la citada Ley. En efecto, el artículo 6.c) de la Directiva 97/33/CE, establece que es la autoridad nacional de reglamentación, la que determinará las secciones de los acuerdos de interconexión que tienen que ver con la estrategia comercial de las partes. Asimismo prevé que, en cualquier caso, deberán ser accesibles, a petición de las partes interesadas, los términos, condiciones y cuotas de interconexión.

Por lo tanto, es esta Comisión la entidad a la que corresponde determinar de forma motivada cual es la información contenida en los acuerdos de interconexión que no debe ser puesta en conocimiento de los otros operadores por afectar al secreto comercial o industrial. En la realización de esta labor deberá compatibilizar la normativa reguladora del secreto comercial o industrial, con la obligación de poner a disposición de los interesados aquellas informaciones contenidas en los acuerdos de interconexión que sean necesarias para que tales interesados puedan negociar sus acuerdos de interconexión con el operador dominante.

Por último, y en este mismo sentido, se han pronunciado diferentes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Por todas, la Sentencia de fecha de 29 de febrero de 2000, recaída en el recurso número 0494/1999, señala en su Fundamento de Derecho Primero que *"(...) es patente que la Comisión tiene competencia con carácter irrenunciable para hacer pronunciamiento sobre la confidencialidad de los documentos sometidos en que se formalizan los acuerdos de interconexión (...)".*

SEGUNDO. Procedimiento para la identificación de la documentación que puede afectar al secreto comercial o industrial.

Al objeto de calificar la confidencialidad de los anexos de un acuerdo de interconexión formalizado entre operadores de servicios de telecomunicaciones que previamente hayan sido declarados confidenciales por las partes firmantes del mismo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá tener en cuenta tanto la normativa específica que regula la interconexión y los acuerdos que se formalicen, como la normativa reguladora del secreto comercial o industrial.

Por lo que respecta a la normativa específica que regula los acuerdos de interconexión, el artículo 22.4 de la LGTel establece que los titulares de redes

públicas de telecomunicaciones facilitarán la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. Por otra parte, el apartado 6 del mismo artículo establece que el documento en que se formalicen los acuerdos, que deberá ser comunicado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, deberá ser puesto por ésta a disposición de otros interesados, cuando éstos lo soliciten, a excepción de aquello que pueda afectar al secreto comercial o industrial y en los términos que se determinen reglamentariamente. En ese sentido, el artículo 9 del Reglamento de Interconexión, prevé que los operadores de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes, deberán facilitar la interconexión en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y fundadas en criterios objetivos. Asimismo, establece que, para facilitar la interconexión en tales condiciones, los operadores dominantes deberán ofrecer a los restantes operadores, las mismas condiciones técnicas y económicas que ofrezcan a sus propios servicios o a los de sus filiales o asociadas.

Consecuentemente con lo anterior, el derecho de acceso a los acuerdos de interconexión debería recoger el acceso a los términos, condiciones y cuotas de interconexión establecidos en los mismos que no afecten al secreto comercial o industrial, ya que estos datos son imprescindibles para poder negociar acuerdos de interconexión con el operador dominante, en los términos previstos en el citado Reglamento de Interconexión.

La Directiva 97/33/CE, prevé, entre otras, la condición de que la interconexión con las redes de los operadores que tengan un peso significativo en el mercado, se realice ateniéndose al principio de no discriminación con respecto a la interconexión que se ofrezca a los demás (apartado “a” del artículo 6). El apartado “c” del mencionado artículo, además de establecer la obligación de que los acuerdos de interconexión sean notificados a las autoridades nacionales de reglamentación y de que sean puestos a disposición de las partes interesadas, salvo las secciones que tengan que ver con la estrategia comercial de las partes, prevé que sea la autoridad nacional de reglamentación la que determine cuáles son las secciones que tienen que ver con la estrategia comercial de las partes, significando expresamente que, *“en cualquier caso, deberán ser accesibles, a petición de las partes interesadas, los términos, condiciones y cuotas de interconexión y las posibles contribuciones a las obligaciones de servicio universal”.* Esto implica que en ningún caso podría calificarse como información confidencial aquella que se identifica exclusivamente con la cuantía de las cuotas de interconexión y sus normas de aplicación desprovistas de cualquier otra información adicional. Cuestión distinta sería que, junto con la cuantía de las cuotas de interconexión se pusiera a disposición de los terceros interesados informaciones sobre los procedimientos de negociación por los que las partes han llegado a acordar la cuantía de dichas cuotas. En este caso debería analizarse si dichos

procedimientos contienen información que afecte a la estrategia comercial o industrial de las entidades firmantes del acuerdo.

De todo lo anteriormente expuesto, se llega a la conclusión de que esta Comisión, en el cumplimiento de su obligación de poner a disposición de los interesados los acuerdos de interconexión suscritos por los operadores dominantes, deberá conjugar la obligación de exceptuar la entrega de aquellas partes del acuerdo que puedan afectar al secreto comercial o industrial, con su obligación de velar para que la interconexión de las redes de telecomunicaciones se realice en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales. Para ello, deberá discernir cuándo una declaración de confidencialidad efectuada por los suscriptores de un acuerdo pretende preservar legítimos derechos comerciales o industriales, de aquellos casos en los que, sin tener por objeto la preservación de tales derechos legítimos, se pueda estar ocultando información sobre las cuotas de interconexión, datos éstos que, por sí solos, no son susceptibles de desvelar secretos comerciales y cuya puesta a disposición de los interesados es de todo punto necesaria para asegurar los principios que deben presidir la interconexión de redes de telecomunicaciones de conformidad con la normativa anteriormente citada.

No existe, en el Ordenamiento jurídico español, una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial. El mencionado concepto jurídico viene contemplado básicamente, dentro del Ordenamiento jurídico español, por el artículo 32 del Código de Comercio y por las leyes 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Habida cuenta de la materia objeto del presente procedimiento, se tendrá en cuenta únicamente la incidencia que pueda tener lo establecido en el artículo 32 del Código de Comercio sobre el secreto de la contabilidad de los empresarios, puesto que no parece que lo previsto en las otras dos Leyes sea susceptible de aplicación directa en cuanto a preservar el secreto industrial en los acuerdos de interconexión.

El artículo 32 del Código de Comercio establece de forma genérica que la contabilidad de los empresarios es secreta. No obstante, dicha declaración de confidencialidad no se configura de forma omnímoda, puesto que el mismo precepto establece la posibilidad de que por Ley se establezcan excepciones a la confidencialidad. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, debe entenderse que las informaciones contenidas en los acuerdos de interconexión que se refieran a la contabilidad de los empresarios intervinientes en los mismos, pueden ser susceptibles de afectar al secreto comercial y, por lo tanto, no deben ser puestas a disposición de los operadores interesados. La cuestión principal será la de determinar qué información de la contenida en los acuerdos de interconexión puede formar parte de la contabilidad de las entidades firmantes de cada acuerdo.

En relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado al ámbito de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos -de forma analógica- al ejemplo que utiliza el artículo 20 de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, que incluye dentro de las materias protegidas por el secreto profesional, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas. En el mismo sentido, el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, que establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares, incluye dentro del concepto de información amparada por el secreto profesional, en particular, información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

Asimismo, con objeto de identificar las características que pueden definir la información que debe ser calificada como confidencial por afectar al secreto comercial o industrial de las empresas resulta de interés la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, 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 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, que desarrolla la práctica de ésta sobre la información confidencial.

En efecto, la Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación, que *"constituyen secretos comerciales las informaciones (documentos o partes de documentos) respecto de los cuales una empresa ha reivindicado el mantenimiento del "secreto comercial" y que la Comisión reconoce como tal".* Asimismo, continua manifestando que "*La no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses esenciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros".* En la nota a pie de página número 9 aclara que tales indicaciones estratégicas "*pueden tratarse, por ejemplo, de los métodos de evaluación de los costes de fabricación y de distribución, de los secretos y métodos de fabricación, de las fuentes de abastecimiento, de las cantidades producidas y vendidas y de las cuotas de mercado, de los ficheros de clientes y distribuidores, de la estrategia comercial, de la estructura del precio de coste y de la política de ventas, y de informaciones relativas a la organización interna de la empresa."*

A la vista de lo anterior, cabe concluir que ni la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, ni la reguladora del secreto comercial o industrial, determinan con precisión y con carácter previo cuales son las características que deben reunir los documentos para poder calificarlos como confidenciales.

Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general en relación con este asunto se refieren a la necesidad de analizar minuciosamente el carácter de cada documento declarado por las partes como confidencial y la aplicación del principio de proporcionalidad; esto es, que la decisión de levantar la declaración de confidencialidad de parte de un acuerdo de interconexión, que las partes firmantes consideren secreto, debe ser proporcional a la finalidad de permitir que los interesados en suscribir acuerdos de interconexión puedan hacerlo en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales.

En la anterior línea se manifiesta la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94, que en su fundamento jurídico tercero señala:

> *"¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideren confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)?. Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales, han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la representación procesal de los recurrentes en Súplica. Pues bien, aunque los recurrentes en Súplica no indicaron (ni ahora indican) los motivos concretos e individualizados por los que cada uno de los documentos aportados y que constituyen la denominada pieza confidencial deben estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que ampara a todas las partes del proceso ha analizado detalladamente todos los documentos que el Director General de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) indicó como documentos confidenciales al remitir a esta Sala el expediente administrativo, (folios ...) y resulta que ninguno de los documentos examinados, -en este caso concreto- pueden considerarse desde la jurisdicción revisora, documentos confidenciales al extremo de que sean sustraídos al análisis de los demandantes a los efectos de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda."*

Reiterando lo anterior, debe concluirse que no existe una normativa que expresamente identifique cuales son los datos o informaciones que pueden quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y, por lo tanto, que sirva para establecer una regla mediante la cual pueda determinarse, con carácter previo y general, los documentos que deben ser declarados confidenciales, por lo tanto nos encontramos, como razona el Tribunal Supremo en el Auto transcrito, ante un concepto jurídico indeterminado. Consecuentemente, las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, partirían de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un acuerdo de interconexión que las partes firmantes del mismo reivindiquen como tales, y que esta Comisión así lo

reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento y la aplicación del principio de proporcionalidad. En este sentido, la decisión de levantar la confidencialidad de la totalidad o parte de un acuerdo de interconexión que los suscribientes del mismos hayan considerado secreto, debe ser tomada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de forma motivada y tras el estudio minucioso del contenido del documento, debiendo ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma.

Por lo que se refiere al análisis concreto sobre la confidencialidad del Anexo 2C del citado Acuerdo General de Interconexión suscrito entre las partes, que es objeto del presente procedimiento, cabe manifestar lo siguiente:

1º.- Anexo 2C (Anexo Confidencial de la Facturación y Cobro en la Interconexión) del Acuerdo General de Interconexión.

En relación con el Anexo 2C del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre Telefónica y Procono, cabe significar que debe mantenerse la calificación de confidencial de dicho Anexo, excepto en su apartado 2C.10 “Modelo de Aval”, pues contiene informaciones cuyo conocimiento se estima que no es de importancia relevante para los terceros interesados en suscribir acuerdos de interconexión con Telefónica.

Por otra parte, en aquellos aspectos de los apartados del Anexo 2C en los pudiera existir cierto interés por parte de los terceros interesados, el análisis ha revelado que el posible beneficio que podría aportarles conocer tal información, es de entidad mínima en relación con los presuntos perjuicios que sobre la estrategia comercial de los operadores suscribientes del acuerdo se podrían producir con la revelación del contenido de los apartados citados.

Sin embargo, respecto al apartado 2C.10 “Modelo de Aval” se ha comprobado que contiene el modelo de aval que deberán suscribir los operadores incursos en las circunstancias establecidas en la Oferta de Interconexión de referencia.

Siguiendo el criterio de esta Comisión, tal información se considera necesaria para que los operadores entrantes puedan negociar sus acuerdos de interconexión con el operador dominante en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación sin que, por otro lado, su conocimiento por terceros sea susceptible de perjudicar la estrategia comercial de las partes suscribientes del acuerdo. Asimismo, en el apartado ahora analizado no se incluye información alguna que pueda ser considerada como secreto comercial. Por ello, no hay razón alguna para mantener su confidencialidad.

De esta manera, y siguiendo el criterio de esta Comisión, procede mantener la calificación de confidencial de este Anexo 2C (Anexo Confidencial de la

Facturación y Cobro en la Interconexión), excepto en el apartado 2C.10 cuyo contenido se considera no confidencial y, por todo ello, debe declararse no confidencial.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Mantener la calificación de confidencial del Anexo 2C (Anexo Confidencial de la Facturación y Cobro en la Interconexión) excepto en su apartado 2C.10 "Modelo de Aval" del Acuerdo General de Interconexión suscrito por Telefónica de España, S.A.U. y Procono, S.A., el día 2 de abril de 2002.

SEGUNDO. Declarar no confidencial el apartado 2C.10 "Modelo de Aval" del Anexo 2C (Anexo Confidencial de la Facturación y Cobro en la Interconexión) del mencionado Acuerdo General de Interconexión suscrito por Telefónica de España, S.A.U. y Procono, S.A., el día 2 de abril de 2002.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, 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 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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 del 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

José Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes