



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. LUIS BERMÚDEZ ODRIOZOLA, 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 15 de abril de 1999, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE LOS ANEXOS 2C Y 3C DEL ACUERDO GENERAL DE INTERCONEXIÓN SUSCRITO ENTRE TELEFÓNICA SOCIEDAD OPERADORA DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA, S.A. Y CYC TELECOMUNICACIONES MADRID, S.A. EL DÍA 21 DE ENERO DE 1999.

En relación con la declaración de confidencialidad de los Anexos 2C y 3C del Acuerdo General de Interconexión formalizado entre Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A. y CYC Telecomunicaciones Madrid, S.A., el día 15 de abril de 1999, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 14/99 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 15 de abril de 1999, recaída en el expediente núm. A.J. 011/99.

HECHOS

PRIMERO. Mediante escrito de fecha 25 de enero de 1999, presentado ante esta Comisión el día 29 del mismo mes y, suscrito conjuntamente por los representantes legales de Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones en España, S.A. (en adelante Telefónica) y de CYC, Telecomunicaciones Madrid, S.A., (en adelante CYC) han hecho entrega a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de una copia del “Acuerdo General de Interconexión” formalizado, con fecha 21 de enero de 1999, entre las citadas entidades. En los escritos que acompañaban al mencionado Acuerdo General de Interconexión, las dos compañías manifestaban que, por acuerdo entre las partes firmantes del mismo, los anexos 2C (facturación y cobro confidencial) y 3C (Precios de los servicios confidencial) tienen el carácter de confidenciales.

SEGUNDO. Una vez instruido el procedimiento sobre la declaración de confidencialidad de los Anexos 2C, 3C, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 26 de marzo de 1999, se puso de manifiesto el expediente a las entidades interesadas para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el plazo máximo de diez días, pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinentes.

TERCERO. Dentro del plazo legalmente establecido, Telefónica presentó escrito de alegaciones cuyo contenido es el siguiente:

1. Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no cuenta con cobertura legal alguna para irrogarse la potestad de determinar, al margen de las partes negociadoras, los aspectos de los acuerdos de interconexión que constituyen, o no, secreto comercial.
2. Que esta Comisión, ante la ausencia de una normativa específica que regule la materia, basa su argumentación para decidir sobre la confidencialidad de la información contenida en los acuerdos de interconexión, en una Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas que trata sobre cuestiones distintas y que, al ser una recomendación, ésta no puede tener carácter vinculante.
3. Que la calificación del Anexo 3C del Acuerdo como no confidencial no es proporcional con la finalidad perseguida ya que, al concluir que el contenido del mismo se limita exclusivamente a la información sobre la cuantía de los precios de interconexión sin incluir información alguna sobre la estructura de costes que los definen, esta Comisión incurre en los siguientes errores:
 - a) *“Olvida que las tarifas de interconexión tienen el carácter de “tarifas máximas”, lo que significa que sobre las mismas pueden aplicarse descuentos atendiendo a las condiciones del solicitante. Este hecho*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

permite a los operadores diseñar su propia “estrategia comercial”, que en un mercado de libre competencia no puede ni debe ser conocida por el resto de los operadores, pues podría causarle un gran perjuicio.”

- b) *“Considera que los principios de neutralidad y no discriminación consisten, en la práctica, en el acceso, por parte de los operadores presentes en el sector a las estrategias comerciales fijadas por otros. No ha de olvidarse que neutralidad y no discriminación consisten en tratar igual a los que son iguales y que su cumplimiento no exige que las negociaciones entre operadores sean idénticas. La Comisión comete, a nuestro juicio, un grave error al hacer análogas expresiones que no lo son, pues tal y como aparecen definidas en el Diccionario de la Real Academia, neutralidad y confidencialidad son concepto distintos.*

En efecto, neutralidad es calidad de neutral, siendo neutral quién entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas, mientras que confidencial aparece definido como aquello que e hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.”

- c) *“Olvida que es la Comisión y no los operadores, quien ha de velar por la libre competencia en el mercado, para lo que podrá utilizar los diferentes instrumentos que le otorga el Ordenamiento Jurídico para salvaguardar dicha competencia, sin la misma resulte dañada (sic), y ello sin necesidad de levantar la confidencialidad de acuerdos celebrados entre las partes y que éstas han manifestado su deseo de mantener en confidencialidad.”*

4. Que al aplicar el principio de proporcionalidad para determinar si la salvaguarda de un bien jurídico susceptible de protección como lo es los secretos comerciales de una entidad, debe ceder en favor de otro bien jurídico, como lo es el derecho de información de otras entidades, cuando ya existe un tercero (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) al que la normativa encomienda la adopción de las medidas necesarias para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y la de vigilar la debida aplicación de las tarifas por los operadores adoptando, al efecto, las resoluciones que procedan, se producen las siguientes consecuencias negativas:

- a) Que no haya una auténtica competencia, al conocer cada competidor toda la información confidencial del resto.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Que se favorezca, tal y como ocurrió en EEUU con la aplicación de la "Freedom of Informations Law", el espionaje industrial.

Telefónica finaliza su escrito de alegaciones solicitando, por una parte, que se mantenga la confidencialidad del Anexo 3C del Acuerdo de Interconexión objeto del presente procedimiento. Por otra parte solicita, que en el caso de que se apruebe una Resolución en la que se declare no confidencial dicho Anexo, se acuerde no informar a los demás operadores a cerca del contenido del mismo antes de que la Resolución adquiera firmeza.

CUARTO. Finalizado el plazo legalmente establecido, CYC no ha 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 las confidencialidad del contenido de los Acuerdos de Interconexión.

De conformidad con lo establecido en el artículo 22.6 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) 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 competente dentro del Estado Español 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1997 (Expte. R 185/96. Radio Fórmula. Fundamento 3º) que, a su vez cita la doctrina marcada por 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 (sic), que en su fundamento jurídico tercero señala:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“¿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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO. Alegaciones formuladas por Telefónica, S.A.

Por lo que se refiere a la primera alegación de Telefónica cabe manifestar que, a la vista del contenido del fundamento de derecho primero de esta Resolución debe interpretarse que la conclusión a la que se llega, en el sentido de que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el organismo competente dentro del Estado Español para determinar de forma motivada cuál 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, no es fruto de una interpretación “*estricta*” de los artículo 22.6 de la LGTel y 2.8 del Reglamento de Interconexión. Antes al contrario, a tal conclusión se llega tras una interpretación conjunta de los citados preceptos con la Directiva 97/33/CE, del Parlamento y del Consejo, de 30 de junio de 1997, que ha sido precisamente incorporada al Ordenamiento jurídico español por medio de las citadas normas.

A lo largo de todo el expediente se ha hecho especial hincapié en la necesidad de conjugar de forma proporcional el derecho de acceso de los demás interesados a los acuerdos de interconexión, con la necesidad de salvaguardar la confidencialidad de aquellos aspectos de los acuerdos que puedan afectar a la estrategia comercial. Por otra parte, en el apartado de esta resolución que analiza el contenido de los anexos declarados confidenciales por las partes, se motiva suficientemente la decisión sobre su confidencialidad en base a los fundamentos jurídicos anteriormente explicados. Por lo tanto, no parece fundada la afirmación formulada por Telefónica en el sentido de que esta Comisión haya interpretado erróneamente el papel que debe jugar respecto a los acuerdos de interconexión que, según la propia Telefónica no es otro que el velar por que la interconexión de las redes se produzca en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales y que para ello deberá analizar la documentación aportada. Nuevamente ha de aclararse que las cuotas de interconexión se pondrán a disposición de los interesados en tanto en cuanto, tras un análisis pormenorizado de los Anexos, resulte que la información que contengan no afecte al secreto comercial o industrial y el acceso al contenido de la misma sea proporcional con la finalidad de velar para que los interesados puedan negociar sus acuerdos de interconexión con el operador dominante en condiciones de no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Según lo manifestado en el fundamento de derecho segundo de la presente Resolución el concepto de “secreto comercial o industrial” es un concepto jurídico indeterminado, por lo tanto, su determinación requiere de un proceso de valoración por el órgano competente (en este caso, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) para lo cual podrá utilizar, entre otros mecanismos y procedimientos, la aplicación analógica de soluciones similares



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adoptadas por otras entidades en situaciones parecidas. Lo anterior no significa que la solución adoptada se halla fundamentado exclusivamente, como pretende Telefónica, en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 23 de enero de 1997. En efecto, si se examina el fundamento de derecho segundo, se puede comprobar cómo la alusión a la citada comunicación se incardina dentro de un proceso interpretativo en el que se incluye el estudio de diversas normas internas o comunitarias, junto al de determinadas decisiones judiciales.

En cuanto a la tercera alegación de Telefónica, cabe significar lo siguiente:

- a) El hecho de que en la aplicación de las tarifas máximas de interconexión a las que tiene que sujetarse Telefónica se puedan acordar determinadas rebajas en los precios dentro del proceso de negociación para la suscripción de acuerdos de interconexión, no implica necesariamente que la comunicación del resultado final de la negociación de tales rebajas, esto es, el precio final acordado, suponga la revelación de una determinada estrategia comercial, a no ser que, como se decía anteriormente, se revele también el contenido de las negociaciones y en ellas se contengan datos que puedan afectar a la estrategia comercial de las partes.

Por otro lado, es necesario recordar que, como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho segundo de la presente Resolución, la puesta a disposición de terceros interesados de la cuantía de las cuotas de interconexión por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, es una actividad que le viene impuesta por imperativo legal. En efecto, el legislador ha considerado que, en todo caso, el derecho protegido a través de la comunicación a los terceros de tal información (las cuotas de interconexión desprovistas de cualquier información adicional) es siempre proporcionalmente superior al hipotético perjuicio que pudiera producir en los intereses comerciales de los operadores firmantes del acuerdo de interconexión comunicado.

- b) Según Telefónica, partiendo de la premisa de que para ella la fijación de los precios de interconexión forma siempre parte de la estrategia comercial, el expediente tramitado por esta Comisión concluye con la consideración de *“que los principios de neutralidad y no discriminación consisten, en la practica, en el acceso, por parte de los operadores presentes en el sector, a las estrategias comerciales fijadas por otros”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Nada más lejos de la realidad. Precisamente es Telefónica la que parte de un evidente error al identificar el procedimiento con el resultado. En efecto, una cosa es que en el procedimiento para la determinación de la cuantía de las cuotas de interconexión, las empresas negociadoras tengan en cuenta sus estrategias comerciales, y otra muy distinta es que las cuantías de las cuotas resultantes de esa negociación sean descriptivas, por sí solas, de las estrategias comerciales utilizadas para su determinación.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la valoración de los hipotéticos perjuicios que se puedan causar a Telefónica por el hecho de poner en conocimiento de terceros interesados determinados indicios (no menos hipotéticos) sobre la estrategia comercial de los suscribientes de los acuerdos, indicios éstos que pudieran ser aportado por el conocimiento de las cuantías de las cuotas de interconexión, no debe ser realizada de forma independiente. Tal valoración, deberá hacerse en relación con los beneficios que les aportaría a los terceros interesados, el conocimiento de las cuotas de interconexión acordadas por el operador dominante con otros operadores, cuando estos terceros negocien con el citado operador sus propios acuerdos de interconexión en condiciones no discriminatorias.

En efecto, el conocimiento de los precios finales de las cuotas de interconexión que el operador dominante acuerda con otros operadores es una condición sin la cual, los operadores entrantes no podrían negociar sus acuerdos de interconexión con el operador dominante en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales. Sin perjuicio de todo lo anterior debe hacerse notar que Telefónica no manifiesta cuales pueden ser tales perjuicios.

En el escrito por el que se concedía a los interesados el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, se argumentaba suficientemente cómo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su labor de analizar la confidencialidad de los acuerdos de interconexión, debía conjugar el derecho a la defensa del secreto comercial o industrial de los suscribientes de los acuerdos con el derecho a conocer el contenido de los mismos por parte de los interesados. Por otra parte, se concluía, al igual que se hace en el último párrafo del fundamento de derecho anterior de esta Resolución, que la decisión de levantar la confidencialidad de la totalidad o parte de un acuerdo de interconexión que los suscribientes del mismo hayan considerado secreto, debe ser tomada por esta Comisión de forma motivada y tras el estudio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

minucioso del contenido del documento, debiendo guardar la información que se haga pública la correspondiente relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida con dicha publicidad.

Precisamente, la posibilidad de que los nuevos operadores entrantes en el mercado de las telecomunicaciones puedan conocer las cuotas de interconexión negociadas entre el operador dominante y otros operadores, forma una parte fundamental de aquellos mecanismos que el legislador ha querido implementar para que se pueda completar eficientemente la transición del un mercado en competencia restringida a otro de libre competencia; finalidad ésta que constituye el objeto principal de la nueva regulación del sector de las telecomunicaciones.

Carece de toda lógica la aseveración vertida por Telefónica en el sentido de que esta Comisión ha considerado análogas las expresiones neutralidad y confidencialidad. A lo anterior cabe responder que en ninguna parte del presente procedimiento se ha realizado tal ejercicio semántico por esta Comisión.

- c) Manifiesta Telefónica que es esta Comisión y no los operadores la que debe velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, pudiendo utilizar los diferentes instrumentos que le otorga el Ordenamiento Jurídico para salvaguardar dicha competencia, si la misma resultase dañada, y ello, sin necesidad de levantar la confidencialidad de los Anexos. Frente a esta alegación cabe significar, en primer lugar, que esta Comisión en cumplimiento del objeto que le marca el artículo 1.Uno de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones de salvaguardar la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, no debe limitarse a intervenir después de que dicha situación de competencia haya resultado dañada sino que, en determinadas circunstancias, debe actuar “ex ante”. En ese sentido, tanto la citada Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones como la Ley General de Telecomunicaciones y demás normas de desarrollo de las mismas atribuyen a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el ejercicio de determinadas funciones de carácter preventivo cuya finalidad es la salvaguardia de la competencia efectiva en el citado mercado. Por otra parte, una de estas funciones es precisamente la de analizar los acuerdos de interconexión suscritos por el operador dominante, ponerlos a disposición de los interesados que lo soliciten y decidir sobre la confidencialidad de las partes de los mismos que los operadores suscribientes de los acuerdos hayan calificado como confidenciales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo tanto, por medio del presente procedimiento, esta Comisión no está haciendo dejación de su obligación de salvaguardar la libre competencia dejándola en manos de los operadores, sino que está haciendo uso legítimo de una función que le ha sido legalmente atribuida para propiciar un mercado de las telecomunicaciones en libre competencia, por lo que respecta a los acuerdos de interconexión que suscriban los distintos operadores con los que tengan la condición de dominantes en cada momento.

La citada atribución le viene otorgada a esta Comisión por el apartado "f" del artículo 1.Dos.2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones según el cual, con el objeto de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia en el mercado en lo que se refiere, entre otras materias, a la interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta.

Finalmente, por lo que respecta a la cuarta de la alegaciones realizadas por Telefónica, en el sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad para decidir sobre la prevalencia del derecho de los otros operadores a conocer el contenido de los acuerdos, en relación con el derecho de los operadores suscribientes a preservar sus secretos comerciales, puede tener como consecuencias negativas el que no haya una auténtica competencia, al conocer cada competidor toda la información confidencial del resto y que se favorezca el espionaje industrial. A la mencionada alegación procede oponer que, precisamente, la información a la que no deben tener acceso el resto de los interesados en un acuerdo es aquella que ha sido considerada confidencial por las partes suscribientes del acuerdo y posteriormente admitida como tal por esta Comisión.

Por lo tanto, la información a la que pueden tener acceso los terceros interesados en un acuerdo de interconexión es aquella que no ha sido declarada confidencial por las partes y aquella otra que, aún habiéndose declarado confidencial por las partes, esta Comisión, tras un análisis pormenorizado de la misma, la ha calificado como no confidencial, al aplicarle los criterios a los que se han venido haciendo referencia en la presente resolución. La información que se puede poner a disposición de los terceros interesados, está dirigida a posibilitar la libre competencia en el mercado, a través de facilitar que los nuevos entrantes en el mismo puedan negociar sus acuerdos de interconexión con el operador dominante en condiciones no discriminatorias, transparentes y proporcionales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo anterior es suficiente para desestimar la alegación de Telefónica que se fundamenta básicamente en que, según ella, la actuación de esta Comisión impide la libre competencia al favorecer que todos los competidores conozcan la información confidencial del resto.

CUARTO.- Solicitud de suspensión de la ejecutividad de la Resolución.

Por lo que se refiere a la solicitud formulada por Telefónica para que, en el caso de que esta Resolución declare no confidencial el Anexo 3C, se acuerde no informar a los demás operadores acerca del contenido del mismo antes de que la Resolución adquiera firmeza, cumple manifestar lo siguiente:

Telefónica, no especifica si solicita que el alcance temporal de tal medida llegue hasta el momento en el que la resolución adquiera firmeza en la vía administrativa o hasta el momento en que la misma adquiera firmeza definitiva por haberse agotado la vía jurisdiccional. En ausencia de tal especificación, deberá entenderse que la solicitud se refiere a la firmeza definitiva, esto es, la que adquirirá el acto una vez agotada la vía jurisdiccional, bien por que haya recaído resolución definitiva en dicha vía, bien por que haya finalizado el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo sin que éste se haya interpuesto.

En todo caso, en el supuesto de que fuera posible acceder a la medida solicitada, la misma tendría como efecto la suspensión de la ejecutividad de la presente resolución.

El artículo 1.Ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones establece que las disposiciones y resoluciones que dicte la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por lo tanto no son susceptibles de impugnación en la vía administrativa (salvo el recurso potestativo de reposición) deviniendo éstas definitivas en dicha vía.

El artículo 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (aplicable a esta Comisión cuando actúa en el ejercicio de sus funciones públicas según dispone el apartado uno del artículo 1 de la Ley 12/1997), determina que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 111 de la LRJPA antes citado no puede ser de aplicación para la obtención en este momento procedimental de la suspensión de la ejecutividad de la presente Resolución puesto que el citado artículo es de aplicación exclusivamente para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos en los procedimientos seguidos como consecuencia de la interposición de recursos en vía administrativa. A tal efecto cabe significar, que al haberse realizado la solicitud de suspensión en el escrito de alegaciones presentado por Telefónica dentro del trámite de audiencia previsto por el artículo 84 de la LRJPA, dicha solicitud no ha sido presentada dentro del momento procedimental oportuno previsto legalmente para solicitar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Tal momento procedimental es, según lo previsto en el artículo 111 de la citada Ley de procedimiento, el mismo de la interposición del recurso en vía administrativa, en los casos en los que sea posible la interposición de recursos administrativos.

Tampoco es de aplicación al presente procedimiento el artículo 138 de la LRJPA que regula la forma y el contenido de las resoluciones que pongan fin a los procedimientos sancionadores. Por otra parte, hay que tener en cuenta, de un lado, que no existe disposición alguna que establezca que los actos de esta Comisión no son inmediatamente ejecutivos sino al contrario, y de otro, que los actos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no están sujetos a la aprobación o autorización de un órgano jerárquicamente superior a ella.

De lo anterior se deduce que no procede acceder a la solicitud formulada por Telefónica en tal sentido. Todo ello sin perjuicio de que Telefónica pueda solicitar y, en su caso, obtener la suspensión de la ejecución de la presente Resolución ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en los términos previstos en el artículo 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

QUINTO. Análisis de los Anexos declarados confidenciales por las partes.

Por lo que se refiere a análisis concreto sobre la confidencialidad de los Anexos así declarados por las partes firmantes del Acuerdo General de Interconexión objeto del presente procedimiento, cabe manifestar lo siguiente:

1º Anexo 2C

En relación con el Anexo 2C cabe significar que debe mantenerse la calificación de confidencial de dicho Anexo, pues contiene informaciones cuyo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 dichos 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 aportar a los terceros interesados 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.

Por todo lo anterior, procede mantener la calificación de este Anexo 2C en su integridad como confidencial.

2º Anexo 3C

En relación con el Anexos 3C, Telefónica advierte que el mismo contienen información sensible, que afecta a la estrategia comercial de las partes firmantes. Es de señalar, no obstante, que Telefónica no identifica cual es dicha información, sino que se limita a identificar a todo el .anexo como confidencial en su conjunto.

En relación con tal advertencia cabe significar el Anexo 3C debe ser considerado como no confidencial por cuanto que, una vez analizado minuciosamente su contenido por los Servicios de esta Comisión, se ha comprobado que el mismo se limita exclusivamente a la información sobre la cuantía de los precios de interconexión relativos a los servicios que son objeto del Acuerdo y a la descripción de compromisos contractuales sobre la interconexión relativa a determinados servicios. No se incluye información alguna sobre la estructura de costes que los definen, sobre indicaciones estratégicas de los firmantes ni otras informaciones que puedan ser considerados como secretos comerciales de conformidad con la calificación de los mismos a la que se hace referencia en el fundamento de derecho segundo de esta resolución.

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. Por otra parte, y como ya se ha indicado, a tenor de lo establecido en el artículo 22 de la LGTel, en el artículo 2 del Reglamento de Interconexión y en el artículo 6.c de la Directiva 97/33/CE, los precios de interconexión deben ser, en todo caso, accesibles a los terceros interesados



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar no confidencial el Anexo 3C, del Acuerdo General de Interconexión suscrito entre Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A. y CYC Telecomunicaciones Madrid, S.A. de fecha 21 de enero de 1999.

SEGUNDO. Que se informe a los interesados que hayan hecho uso de su derecho a acceder al citado Acuerdo General de Interconexión, de su derecho a acceder a la consulta del anexo desclasificado por la presente Resolución.

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 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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José Mª Vázquez Quintana

Luis Bermúdez Odriozola