



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 diciembre de 2001, se ha adoptado el siguiente

### ACUERDO

Por el que se aprueba la:

**RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR FIRSTMARK COMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 5 DE NOVIEMBRE DE 2001 POR LA QUE SE PROCEDE DECLARAR NO CONFIDENCIAL EN SU INTEGRIDAD EL CONTENIDO DEL ANEXO QUE ACOMPAÑA AL ESCRITO PRESENTADO POR ESTA ENTIDAD CON FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2001.**

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por FIRSTMARK COMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 5 de noviembre de 2001 dictada en el expediente AJ 2001/5527, el Consejo de esta Comisión ha adoptado, en su sesión núm. 42/01 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 13 de diciembre de 2001, recaída en el expediente AJ 2001/5630

### HECHOS

**PRIMERO.-** Mediante Acuerdo del Consejo de esta Comisión, adoptado en su sesión de fecha 13 de septiembre de 2001, se aprobó la Resolución sobre la solicitud de intervención presentada por COLT TELECOM ESPAÑA, S.A. con relación al conflicto suscitado en la negociación de la interconexión de su red con la red de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (expediente DT2000/2255).

**SEGUNDO.-** Con fecha 19 de octubre de 2001, tiene su entrada en el Registro de esta Comisión escrito de COLT TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (en adelante COLT) en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior,



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

iniciándose al efecto la tramitación del correspondiente expediente AJ 2001/5527.

**TERCERO.-** El 18 de octubre de 2001, se recibe en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por la entidad FIRSTMARK COMUNICACIONES ESPAÑA, S.A. (en adelante FirstMark), en virtud del cual se solicita que dicha entidad sea considerada como parte interesada en la tramitación del recurso de reposición interpuesto por COLT (AJ 2001/5527) y, a la vez, que sean estimadas las alegaciones que se formulan en el anexo que se acompaña como Documento número 1, contra la citada Resolución de 13 de septiembre de 2001, a las que declara confidenciales para otros operadores distintos del recurrente.

**CUARTO.-** Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 25 de octubre de 2001 se notifica a las partes interesadas la comunicación a que se hace referencia en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y se les informa de las alegaciones presentadas por FirstMark contra la referida Resolución y de la declaración como confidencial del anexo que al mismo se acompaña para todos los operadores, salvo COLT.

Asimismo, se le informa que se tiene a esa entidad FirstMark como parte interesada en el recurso instruido al efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 31.1.c) de la LRJPAC, por considerar que sus intereses legítimos pudieran resultar afectados por la resolución impugnada y por haberse personado en el procedimiento instruido al efecto.

**QUINTO.-** El día 5 de noviembre de 2001, el Secretario de esta Comisión declara la no confidencialidad en su integridad del contenido del anexo que se acompaña como documento número 1 al escrito de 18 de octubre de 2001 presentado por FirstMark en relación con el recurso interpuesto por COLT.

**SEXTO.-** Finalmente, con fecha 14 de noviembre de 2001 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por D. Luis Rodríguez Lescure, en nombre y representación de FirstMark, en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución del Secretario mencionada anteriormente de 5 de noviembre de 2001.

En dicho recurso, la entidad FirstMark no solo se limita a impugnar el contenido de la citada Resolución del Secretario, sino que, además, se viene a solicitar formalmente a través del recurso otras peticiones bien diferenciadas, como son:



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- A) Que el propio escrito de personación de 18 de octubre de 2001, por el que se solicitó la consideración de parte interesada en el expediente AJ 2001/5527 instruido para resolver el recurso de reposición interpuesto por COLT contra la Resolución de 13 de septiembre de 2001 y en el que se adjuntó al mismo el anexo cuya confidencialidad fue objeto de la Resolución del Secretario ahora recurrida, debe ser declarado confidencial por ofrecer información sobre el estado de una negociación entre dos operadores que no interesa al resto de operadores, además de que su conocimiento no es sustantivo para la resolución del citado recurso de COLT.
- B) Que, como parte interesada en el citado expediente AJ 2001/5527 instruido para la resolución del recurso presentado por COLT, la entidad FirstMark solicita también que se acuerde que tiene el derecho de acceso a toda la información, que no haya sido declarada confidencial, generada en la tramitación del expediente DT2000/2255 que dio lugar a la Resolución recurrida por COLT.

Por otra parte, la entidad FirstMark recurre el contenido de la citada Resolución del Secretario por la que se resuelve la confidencialidad del anexo que acompañó al escrito de 18 de octubre de 2001, que tras solicitar la admisión del recurso a trámite solicita que el mismo sea estimado, y para ello fundamenta su recurso básicamente en las siguientes alegaciones:

Firstmark alega que aún cuando las afirmaciones de esta Comisión en la resolución ahora recurrida son ciertas, no es menos cierto que tal contenido no puede considerarse aisladamente si no que se enmarca dentro del carácter confidencial de unas negociaciones entre dos operadores.

La entidad recurrente manifiesta en su escrito que, si ese anexo se pusiera a disposición de los otros operadores, y entre ellos Telefónica, en el supuesto de que acabaran sus negociaciones en conflicto de interconexión se conocerían de antemano las argumentaciones de FirstMark en contra del esquema de precios de terminación en interconexión propuesto por Telefónica, cuando FirstMark no ha tenido posibilidad de conocer las argumentaciones de esa entidad en el expediente que dio origen a la Resolución recurrida por COLT (DT2000/2255).

En este sentido, la entidad recurrente viene alegar también que, la apertura en esta Comisión de un nuevo expediente (AJ 2001/5527) para la resolución del recurso interpuesto por COLT, elimina la posibilidad de FirstMark de tener acceso a toda la documentación generada en el



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

expediente (DT 2000/2255) relativo al conflicto de interconexión del que trae causa dicho recurso.

La propia recurrente reconoce el carácter neutral del contenido del anexo en cuestión, es decir, reconoce que no afecta al secreto comercial e industrial, a los efectos de la resolución del procedimiento AJ 2001/5527 originado con el recurso de COLT. Sin embargo, entiende que no sería neutral para el caso de que se originase el conflicto de interconexión entre FirstMark y Telefónica.

Asimismo, manifiesta que la puesta a disposición de otros operadores del contenido del citado anexo, crearía un desequilibrio informativo entre dos operadores que están negociando sobre el objeto de esos contenidos, lo que en este caso originaría un desequilibrio negociador entre Telefónica y FirstMark en la negociación de su AGI.

**SÉPTIMO.-** Por último, el 28 de noviembre de 2001 ha tenido entrada en esta Comisión nuevo escrito de la entidad FirstMark, en virtud del cual se viene a reiterar su posición respecto a la confidencialidad debatida con base en el supuesto desequilibrio informativo que pudiera tener esta empresa en el conflicto de interconexión planteado recientemente por Telefónica de España, S.A.U. ante esta Comisión (RO 2001/5607),

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.**

##### **PRIMERO.- Calificación.**

El artículo 107 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Cabe mencionar que la Resolución de 5 de noviembre de 2001 ahora impugnada dictada por el Secretario de esta Comisión por delegación, resulta ser un acto de trámite cualificado de los comprendidos en el citado artículo 107 de la LRJPAC.



## **COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES**

Por su parte, la recurrente califica expresamente su escrito de 13 de noviembre de 2001 como de recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones y actos de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé 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, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición que se interpone contra la mencionada Resolución de 5 de noviembre de 2001.

### **SEGUNDO.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, procede admitir a trámite el recurso interpuesto.

### **TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.**

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado, pues la Resolución ahora recurrida de fecha 5 de noviembre de 2001 se dictó por el Secretario de esta Comisión, como acto delegado del Consejo.

Este recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

### **CUARTO.- Objeto del presente recurso.**

Como ya se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, el contenido del presente recurso de reposición no se limita solo a impugnar la Resolución del Secretario de fecha 5 de noviembre de 2001, sino que, además, en el mismo escrito se viene a solicitar formalmente otras cuestiones que requieren de un análisis previo desde un punto de vista procedimental:

**A.** En la primera alegación del presente recurso, FirstMark solicita expresamente se declare para el resto de operadores la confidencialidad de su escrito de fecha 18 de octubre de 2001, donde pide ser parte interesada en el recurso de COLT, y ello con base en el principio de proporcionalidad, ya que en él se da una información sobre el estado de la negociación entre dos



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores que no interesa a los otros operadores, y que además su contenido no es sustantivo para la resolución del citado recurso interpuesto por COLT.

Sin embargo, ante esta alegación cabe recordar al recurrente dos aspectos de interés que se deberán tener en cuenta con carácter previo a la resolución del presente recurso, como son:

- Por un lado, FirstMark no declaró inicialmente la confidencial de su escrito donde pidió ser parte interesada, sino que se limitó tan solo a declarar la confidencialidad del anexo que acompañaba al mismo.
- Por otro, y como consecuencia de lo anterior, el contenido de la Resolución del Secretario ahora impugnada resuelve exclusivamente la confidencialidad del anexo que acompañó al escrito de 18 de octubre de 2001.

De esta manera, y dado que el contenido de la Resolución ahora recurrida se refiere exclusivamente a la confidencialidad del anexo que acompaña al escrito de personación, esta Comisión considera que la resolución objeto del presente recurso deberá referirse exclusivamente a este aspecto de la confidencialidad del citado anexo.

Por todo ello, y en cuanto a esta nueva petición, para la resolución del presente recurso no se tendrá en cuenta la circunstancia relativa a la nueva solicitud de confidencialidad de su escrito de 18 de octubre de 2001 por el que se pide ser parte interesada, sin perjuicio de que se de a dicha solicitud el cauce procedimental adecuado por los Servicios de esta Comisión.

**B.** En cuanto a que por medio del presente recurso y en la resolución del mismo, se acuerde tener derecho de acceso a toda la información generada en la tramitación del expediente que dio lugar a la Resolución recurrida por COLT, esta Comisión considera de la misma manera que en el supuesto anterior que, dado que el recurso ahora presentado se interpone contra la resolución por la que se declara el carácter no confidencial del anexo que acompaña a su escrito de personación, la presente resolución deberá resolver exclusivamente este aspecto, sin perjuicio de que se de a dicha petición el cauce procedimental adecuado establecido en el artículo 37 de la LRJPAC.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

**ÚNICO.- Alegación relativa a que se mantenga el tratamiento de confidencialidad del anexo que se acompañó como Documento número 1 al escrito de personación al que se hace referencia anteriormente de 18 de octubre de 2001.**

Firstmark alega que aún cuando las afirmaciones de esta Comisión en la resolución ahora recurrida son ciertas, por cuanto *“la información contenida en el documento cuya confidencialidad se declara, no contiene datos susceptibles de afectar al secreto comercial o industrial de la entidad que los ha aportado, sino que se trata de meras alegaciones”* en términos de la propia Resolución, no es menos cierto que tal contenido, no puede considerarse aisladamente si no que se enmarca dentro del carácter confidencial de unas negociaciones entre dos operadores.

A juicio de la recurrente, si ese anexo no se mantuviera confidencial y se pusiera a disposición de Telefónica, en el supuesto de que sus negociaciones acabaran en conflicto de interconexión ante esta Comisión, se conocerían de antemano las manifestaciones de FirstMark en contra del esquema de precios de terminación en interconexión propuesto por Telefónica, cuando ni tan siquiera ella ha tenido conocimiento de las alegaciones de esta entidad en el expediente que dio origen a la Resolución recurrida por COLT (DT 2000/2255), produciendo según la recurrente un desequilibrio informativo entre las partes intervinientes en la mencionada negociación.

Esta alegación ha de ser desestimada por las razones que seguidamente se exponen:

Como ya se argumentó en la Resolución ahora recurrida cabe de nuevo recordar que, una vez se acordó otorgar a la entidad FirstMark su condición de parte interesada, las alegaciones presentadas por ella en el marco del citado expediente administrativo deben ponerse a disposición de los otros interesados en el mismo, salvo que contengan datos confidenciales que pudieran afectar al secreto comercial o industrial, y todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 112.1 de la LRJPAC que establece lo siguiente: *“Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que (...), formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.”*

De no hacerse así, se estaría con ello incumpliendo la obligación que tiene esta Comisión en virtud del artículo 85.3 de la LRJPAC de adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios esenciales de



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contradicción e igualdad en el, colocando a una de las partes interesadas en una posición de desigualdad que le originaría una situación de indefensión, tal y como se razonaba en la Resolución ahora recurrida.

Como ya se estableció en su momento, de la información que contiene el documento cuya confidencialidad se declara no resultan datos susceptibles de afectar al secreto comercial o industrial de la entidad que los ha aportado, sino que se trata de meras alegaciones en virtud de las cuales se manifiesta una posición contraria al criterio establecido por esta Comisión en el marco de la Resolución de un conflicto de interconexión.

Es más, la propia recurrente reconoce el carácter no estratégico ni confidencial ("*neutral*") del contenido del anexo en cuestión a los efectos de la resolución del procedimiento AJ 2001/5527 originado con el recurso de COLT. Nótese que, inicialmente y sin justificación alguna, la declaración de confidencialidad del citado anexo no se solicitó respecto de su puesta a disposición de todos los operadores, puesto que se exceptuaba a la entidad COLT para quien la entrega de dicha documentación no tenía carácter confidencial, lo que revela sin lugar a dudas su carácter objetivamente no confidencial.

Por otro lado, el mero hecho de que las alegaciones revelen una posición anticipada en el hipotético conflicto de interconexión, que pudiera originarse en esta Comisión como consecuencia de que sus negociaciones resultasen infructuosas, no las convierte en confidenciales ni su tratamiento adquiere legalmente dicha condición.

Lo anterior tampoco condiciona a esta Comisión de forma tal que en el ejercicio de sus funciones quede al margen de la Ley, pues ésta le obliga a realizar una serie de actos y cumplir con unas normas básicas de procedimiento, que FirstMark igualmente debe conocer y acatar

En este caso, con el mantenimiento de la confidencialidad sin base legal alguna, lo que pretende la recurrente es trasladar a esta Comisión la carga de tener que evitar o minorar las consecuencias alegadas por ella (supuestamente negativas y de marcado carácter individual que se darían en un futuro conflicto), cuando lo verdaderamente acertado hubiera sido que estas consecuencias se hubieran previsto y valorado por esa entidad en el momento en el que se personó en el procedimiento y efectuó sus alegaciones.

Además, y como se puso de manifiesto en la Resolución ahora recurrida, del contenido del anexo resulta una información relevante para las partes en el procedimiento de referencia, cuyo desconocimiento podría dar lugar a indefensión, máxime en este caso cuando se esgrimen alegaciones contrarias a los intereses de una de las partes interesadas en el procedimiento, lo cual no estaría permitido por el principio esencial de contradicción en el proceso.





## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En definitiva, no puede estimarse que exista una base legal para mantener la declaración de confidencialidad pretendida por la recurrente. Por el contrario, esta Comisión está obligada por las disposiciones anteriormente aludidas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a ponerlas de manifiesto a los otros interesados en el procedimiento, con derecho a conocerlas.

Por último, en relación al supuesto desequilibrio informativo que se produce en la negociación del AGI entre las partes y ahora en el conflicto de interconexión planteado por Telefónica contra esa entidad (RO 2001/5607) según el escrito recientemente presentado por FirstMark, cabe rechazar de plano los argumentos que se esgrimen para su justificación por cuanto que, el hecho de que se haya iniciado otro expediente (el AJ 2001/5527) para la resolución del recurso de COLT no elimina, contrariamente a lo alegado por el recurrente, la posibilidad de que FirstMark tenga conocimiento de las alegaciones de Telefónica en el expediente que dio origen a la Resolución recurrida por COLT (DT2000/2255). El único motivo que ha originado esta circunstancia ha sido que hasta el momento FirstMark no ha solicitado expresamente el acceso a través del cauce procedimental adecuado establecido en el artículo 37 de la LRJPAC.

Además, el presunto desequilibrio informativo no puede hacer que esta Comisión vulnere las garantías procedimentales recogidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

Finalmente, conviene volver a precisar que, tales alegaciones no son puestas a disposición de la generalidad de los operadores, como manifiesta la entidad recurrente, sino únicamente a aquellos que tienen la consideración de “*interesados*” en el procedimiento anteriormente mencionado de conformidad con la normativa vigente.

Por todo ello, y a tenor de lo anterior, esta Comisión considera que debe desestimarse el presente motivo del recurso y, en definitiva, procederá la desestimación total del presente recurso de reposición, por ser este el único motivo de impugnación que se ha esgrimido contra la Resolución de fecha 5 de noviembre de 2001, dando por íntegramente reproducido lo acordado al efecto en esta Resolución por la que el Secretario de esta Comisión declaraba la no confidencialidad en su integridad del contenido del anexo que se acompañó al escrito presentado por Firstmark con fecha de 18 de octubre de 2001 para su personación.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

### RESUELVE

Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la representación legal de la entidad **FIRSTMARK COMUNICACIONES ESPAÑA, S.A.** contra la Resolución del Secretario de esta Comisión de 5 de noviembre de 2001, por la que se declaró no confidencial en su integridad el contenido del anexo que se acompañó como Documento nº1 al escrito presentado por esta entidad con fecha 18 de octubre de 2001, por estar plenamente ajustada a Derecho.

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 resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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

José Giménez Cervantes