

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO POR ESTA COMISIÓN EL DÍA 28 DE JULIO DE 2017, POR EL QUE SE DESESTIMA LA PETICIÓN DE DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE CIERTA INFORMACIÓN INCLUIDA EN EL ESCRITO DEL CITADO OPERADOR DE FECHA 24 DE JULIO DE 2017, EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO OFE/DTSA/009/17 DE MODIFICACIÓN DE LA OFERTA DE REFERENCIA DE LÍNEAS ALQUILADAS (ORLA)**

**R/AJ/055/17**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**

**Presidenta**

D<sup>a</sup>. María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

**Secretario de la Sala**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 18 de octubre de 2017

Visto el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica), contra el acto administrativo dictado por esta Comisión el día 28 de julio de 2017, por el que se desestima la petición de declaración de confidencialidad de cierta información incluida en el escrito del citado operador de fecha 24 de julio de 2017, en el marco de la instrucción del procedimiento OFE/DTSA/009/17 de modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA), la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda lo siguiente:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- Solicitud de confidencialidad de Telefónica.**

Con fecha 24 de julio de 2017, se recibió escrito de Telefónica, como respuesta al requerimiento de información remitido por CNMC dentro de la tramitación del expediente OFE/DTSA/009/17, con el objeto de modificar la ORLA para incluir el procedimiento necesario para asegurar la continuidad de los servicios de

líneas alquiladas terminales reguladas soportados por accesos de centrales de la red cobre en proceso de cierre.

En dicho escrito se solicitaba expresamente se declarara la confidencialidad de determinada información relativa a:

- La previsión de la cantidad de circuitos de 2 Mbps que se verán afectados por el cierre de centrales.
- El detalle de los circuitos afectados por el cierre de centrales.
- La descripción de los servicios alternativos que Telefónica ofrece para migrar a sus clientes con circuitos de 2 Mbps en caso de cierre de centrales.

## **SEGUNDO.- Acto recurrido.**

Mediante acto de fecha 28 de julio de 2017, la CNMC acordó lo siguiente:

*En atención al principio de proporcionalidad entre el interés en que dicha información tenga el citado carácter confidencial, ya que su publicación puede afectar al secreto comercial de Telefónica y el resto de operadores implicados durante la tramitación del expediente o una vez finalizado el mismo, **se estima procedente declarar el carácter confidencial de los siguientes elementos:***

- *Páginas 5, previsión de la cantidad de circuitos de 2 Mbps que se verán afectados por el cierre de centrales.*
- *Anexo I, fichero Excel con el detalle de los circuitos afectados por el cierre de centrales.*

*Por otro lado, debido al carácter general de las descripciones de los servicios ofrecidos por Telefónica, así como por ser necesario que los operadores accedan a la información, **se estima procedente declarar el carácter no confidencial de los siguientes elementos:***

- *Páginas 3 y 4, descripción de los servicios alternativos que Telefónica ofrece para migrar a sus clientes con circuitos de 2 Mbps en caso de cierre de centrales.*

El citado acto fue notificado a Telefónica el día 1 de agosto de 2017.

## **TERCERO.- Recurso de alzada.**

Con fecha 31 de agosto de 2017 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpone un recurso de alzada contra el antes mencionado acuerdo del día 28 de julio de 2017.

En su recurso, Telefónica alega que:

- La información declarada no confidencial afecta al secreto comercial del operador, puesto que supone que el resto de operadores conozcan cuál es la estrategia comercial del operador en relación a la solución que se facilita a los clientes con circuitos de 2 Mbps afectados por la situación de cierre de centrales.
- El levantamiento de la confidencialidad de la información resulta contrario a las Directrices sobre Confidencialidad aprobadas por la CNMC, por referirse a “*planes de negocio y estimaciones relacionadas*” (punto 2.7.2 del Anexo de las Directrices), siendo también desproporcionado con relación a los objetivos perseguidos por la CNMC y, por tanto, contrario a los artículos 10.1 y 12.6 LGTel.
- La información declarada no confidencial no resulta necesaria para el resto de operadores.
- La revelación de la mencionada información supondría un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos del operador recurrente.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO.- Derecho aplicable.**

En fecha 2 de octubre de 2016 entró en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC-2015), de acuerdo con lo previsto en la disposición final séptima de la propia LPAC-2015. En la letra c) de la disposición transitoria tercera de la LPAC-2015 se declara que:

*c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*

En este supuesto concreto, el acto recurrido fue dictado con posterioridad al día 2 de octubre de 2016. Concretamente, y según se desprende del Antecedente Segundo, el acto es de fecha 28 de julio de 2017. Por tanto, resulta de plena aplicación la regulación en materia de recursos administrativos de vigente LPAC-2015.

### **SEGUNDO.- Calificación.**

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

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa, si bien es cualificado tal y como lo indicó expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2008 ([RC 03/3517/2006](#)). Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

### **TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.**

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

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

En este caso, Telefónica es la entidad que aportó, mediante escrito de fecha 24 de julio de 2017, los datos que no fueron declarados confidenciales en el marco del expediente OFE/DTSA/009/17 de modificación de ORLA, con el objeto de modificar la ORLA, por lo que debe ser considerada como parte interesada en este recurso de alzada.

### **CUARTO.- Admisión a trámite.**

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC-2015. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 122.1 de la LPAC-2015. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 28 de julio de 2017 y le fue notificado al interesado el día 1 de agosto de 2017, habiéndose interpuesto el recurso el 31 de agosto de 2017.

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

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

Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

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

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

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

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

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

Por otro lado, sin embargo, y según ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, como por ejemplo en la Resolución R/AJ/013/16 de 17 de marzo de 2016, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe coexistir con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las administraciones públicas así como, en este caso particular, con la especial obligación de transparencia impuesta a Telefónica por esta Comisión en el marco de los mercados de segmentos de terminación y troncales, respectivamente, de líneas arrendadas al por mayor.

En efecto, en sendas Resoluciones de fecha 11 de abril de 2013 (BOE nº 105 de 02.05.2013), se aprobó la tercera revisión de la definición y análisis de los mercados de segmentos de terminación y troncales, respectivamente, de líneas arrendadas al por mayor, la designación del operador con poder significativo en tales mercados así como la imposición de obligaciones específicas.

En dichas Resoluciones se concluyó que, tanto el mercado mayorista de líneas alquiladas terminales, así como algunas de las rutas submarinas del mercado de línea alquiladas troncales, no eran realmente competitivos, identificando a Telefónica de España, S.A.U. como operador con peso significativo de mercado (PSM), e imponiéndole las correspondientes obligaciones específicas, entre ellas, la obligación de transparencia en la prestación de dichos servicios mayoristas, que, a su vez, se concreta en la obligación de presentar una única Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas (ORLA).

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

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

- El secreto comercial e industrial de la recurrente.
- El principio general de transparencia en las actuaciones administrativas
- La obligación específica de transparencia impuesta a Telefónica en el marco del análisis de los mercados de segmentos de terminación y troncales, respectivamente, de líneas arrendadas al por mayor.

En el escrito de 24 de julio de 2017, Telefónica enumera diferentes soluciones para la migración de líneas alquiladas terminales tradicionales de cobre a diferentes opciones, sin entrar a detallar las funcionalidades o especificaciones de cada una de ellas.

Todas las opciones aportadas corresponden a una lógica evolución ante la extinción de la red de cobre, proponiendo como alternativa utilizar la nueva red FTTH desplegada por Telefónica, evolución tecnológica lógica de la red de acceso, así como la migración a líneas alquiladas con tecnología Ethernet sobre fibra óptica, siendo también la migración tecnológica lógica en las líneas arrendadas, hecho manifestado por la propia Telefónica en varias ocasiones.

La utilización de centralitas en la nube, routers y/o gateways y demás soluciones descritas por Telefónica son consideradas como habituales y estándar, por lo que no puede ser considerada como información sensible y por tanto confidencial ni propia de determinada solución tecnológica como Telefónica manifiesta.

Por tanto, dicha información no puede considerarse confidencial, ya que no aporta ninguna información que desvele secreto comercial alguno.

No obstante, y por otro lado, la información reservada contenida en la página 3 del escrito de Telefónica de 24 de julio de 2017 relativa a una de las soluciones facilitadas a sus clientes, también debería ser considerada como información confidencial.

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

#### **RESUELVE:**

Estimar parcialmente el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el acto de esta Comisión de fecha 28 de julio de 2017, declarando confidencial la afirmación efectuada por Telefónica en la página 3 de su escrito de 24 de julio de 2017.

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

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario de la Sala, Joaquim Hortalà i Vallvé, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.***