



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 01/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 12 de enero de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de 27 de octubre de 2011, por la que se declaran parcialmente confidenciales los datos contenidos en los escritos de la recurrente en los que respondía a diversos requerimientos realizados durante la instrucción del procedimiento sobre la oferta de referencia del servicio NEBA (AJ 2011/2667).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Propuesta de oferta de servicio de acceso mayorista de banda ancha de Telefónica.

En cumplimiento de la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2010, sobre la propuesta de un nuevo servicio de acceso mayorista de banda ancha (DT 2009/497), con fecha 1 de marzo de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión la propuesta de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) de oferta del servicio de acceso mayorista de banda ancha (NEBA). La propuesta de oferta de referencia incluye, entre otros, los siguientes extremos:

- Propuesta de precios y metodología de su cálculo.
- Contratos tipo.
- Descripción de los procedimientos administrativos.
- Acuerdos de nivel de servicios para accesos GPON.
- Definición de indicadores de calidad.

SEGUNDO.- Requerimientos de información a Telefónica.

Por ser necesario para evaluar la propuesta de precios de Telefónica, con fecha 9 de junio de 2011 se le requirió cierta información relativa al cálculo de éstos que se consideró necesaria para precisar algunos aspectos de la metodología utilizada que planteaban dudas.



Asimismo, dentro de la tramitación del mismo procedimiento de referencia DT 2011/739, con fecha 20 de junio de 2011 se solicitó a Telefónica que aportase una serie de datos por ser necesarios para para la elaboración del modelo ascendente de costes para los servicios mayoristas de banda ancha NEBA y ADSL-IP. Telefónica respondió a ambos de forma incompleta mediante dos escritos de fecha 7 de julio y 5 de agosto de 2011, respectivamente.

Tras reiterar los anteriores requerimientos mediante actos del Secretario de esta Comisión de fecha 29 de julio y 21 de septiembre de 2011, respectivamente, Telefónica aportó la información requerida en dos escritos que tuvieron entrada en el Registro de esta Comisión los días 12 de septiembre y 13 de octubre de 2011.

TERCERO.- Resolución recurrida.

En los escritos arriba referidos, Telefónica solicitó, sobre la base de lo establecido en el artículo 37.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), que se considerasen parcialmente confidenciales por entender que algunos de los datos que contienen afectan a su secreto comercial e industrial y que otros agentes, particularmente competidores, no tienen la necesidad ni el derecho de conocerlos. En concreto, Telefónica solicitó la confidencialidad de los siguientes datos:

1. Comentarios sobre plan de negocio de fibra (páginas 2 y 3 del escrito de 7 de julio).
2. Periodo de análisis, inversión ampliación de cobertura y cálculo coste mensual por ampliación cobertura (página 5 del escrito de 7 de julio).
3. Vida útil y cálculo coste de inversión FTTH (página 6 del escrito de 7 de julio).
4. Resultado cuota mensual por inversión FTTH (página 7 del escrito de 7 de julio).
5. Relación entre Hogar-Sede y Unidad Inmobiliaria (página 7 del escrito de 7 de julio).
6. Anexos I, II y III del escrito de 5 de agosto.
7. Consumos típicos de conexiones de banda ancha (página 5 del escrito de 12 de septiembre).
8. Intensidad de tráfico máxima en red MAN Ethernet y coste red MAN Ethernet (páginas 6 y 7 del escrito de 12 de septiembre).
9. Costes globales y unidades de componentes de red de la contabilidad (página 8 del escrito de 12 de septiembre).
10. Costes unitarios de componentes de red (página 8 del escrito de 12 de septiembre).
11. Costes de planta de obra civil (página 9 del escrito de 12 de septiembre).
12. Coste red MAN Ethernet (página 9 del escrito de 12 de septiembre).
13. CAPEX por Unidad Inmobiliaria pasada (páginas 10 y 11 del escrito de 12 de septiembre).
14. CAPEX por alta de conexión (página 11 del escrito de 12 de septiembre).
15. Desglose coste sistemas (página 11 del escrito de 12 de septiembre).
16. Anexos I y II del escrito de 13 de octubre.



La resolución recurrida, que fue dictada por el Secretario de esta Comisión el día 27 de octubre de 2011 en ejercicio de la delegación de competencias acordada por su Consejo por resolución del día 15 de septiembre de 2011 (BOE número 238, de 3 de octubre de 2011), distingue entre dos tipos de datos: i) los que se refieren a la propuesta de precios y ii) la información de la red y los costes de equipos destinada a elaborar el modelo de costes. Asimismo, considera que la información que se refiere a los supuestos del plan de negocio de despliegue de fibra desvelaría a sus competidores su estrategia comercial. En lo que se refiere al segundo tipo de información, entiende que por su alto grado de detalle revelaría a sus competidores aspectos relativos al desarrollo de sus servicios, sin que, por otra parte, sea necesaria para que los terceros interesados puedan examinar el modelo de costes. Finalmente, por no intervenir en los cálculos de la propuesta de Telefónica, se mantienen confidenciales los costes totales de componentes de red y de elementos de obra civil.

En atención a lo anterior, la resolución recurrida declara confidenciales los siguientes datos:

1. Comentarios sobre plan de negocio de fibra (páginas 2 y 3 del escrito de 7 de julio).
2. Vida útil y cálculo coste por inversión FTTH (página 6 del escrito de 7 de julio).
3. Resultado cuota mensual por inversión FTTH (página 7 del escrito de 7 de julio).
4. Relación entre Hogar-Sede y Unidad Inmobiliaria (página 7 del escrito de 7 de julio).
5. Anexos I, II y III del escrito de 5 de agosto.
6. Consumos típicos de las conexiones de banda ancha (página 5 del escrito de 12 de septiembre).
7. Costes y unidades de componentes de red de la contabilidad (página 8 del escrito de 12 de septiembre).
8. Costes de planta de obra civil (página 9 del escrito de 12 de septiembre).
9. CAPEX por Unidad Inmobiliaria pasada (páginas 10 y 11 del escrito de 12 de septiembre).
10. CAPEX por alta de conexión (página 11 del escrito de 12 de septiembre).
11. Anexos I y II del escrito de 13 de octubre.

Por el contrario, en atención a su relación directa con la formación de los precios relacionados con la ampliación de cobertura, se considera que no debe alcanzar la confidencialidad solicitada a los datos obtenidos de la contabilidad de costes que intervienen directamente en dichos cálculos y el desglose de costes de sistemas. En consecuencia, se declaran disponibles para el resto de interesados en el procedimiento los siguientes datos:

1. Periodo de análisis, inversión ampliación de cobertura y cálculo coste mensual por ampliación cobertura (página 5 del escrito de 7 de julio).
2. Intensidad de tráfico máxima en red MAN Ethernet y coste total red MAN Ethernet (páginas 6 y 7 del escrito de 12 de septiembre).
3. Costes unitarios de componentes de red (página 8 del escrito de 12 de septiembre).
4. Coste red MAN Ethernet (página 9 del escrito de 12 de septiembre).
5. Desglose coste sistemas (página 11 del escrito de 12 de septiembre).

El acto recurrido fue notificado a Telefónica el día 28 de octubre de 2011.



CUARTO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba, Telefónica ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión el día 28 de noviembre de 2011 y en el que solicita que se declaren confidenciales los siguientes datos:

1. Inversión estimada para la ampliación de cobertura NEBA cobre y cuota mensual que iguala el VAN a cero.
2. Intensidad de tráfico máxima en red MAN Ethernet y coste total de red MAN Ethernet.
3. Costes unitarios de componentes de red.
4. Coste red MAN Ethernet.

Subsidiariamente, solicita que dichos datos se mantengan confidenciales frente a terceros no interesados.

Partiendo del carácter confidencial de los citados datos por referirse a la estructura de sus costes, la recurrente alega que debe prevalecer el derecho al secreto comercial. Y ello porque esta Comisión es quien debe verificar los costes en los que se basan los precios contenidos en su oferta mayorista, sin que ninguna norma exija que tengan que ser puestos a disposición de terceros. Esta Comisión habría cambiado de criterio, pues siempre habría considerado la estructura de costes como un dato merecedor de la protección que la declaración de confidencialidad otorga. Además, los datos aportados servirían para conocer el coste por puerto de los DSLAMs de Telefónica, lo que originaría distorsiones en el mercado al conocer sus competidores el precio que está pagando por sus equipos.

En lo que se refiere a la intensidad de tráfico máxima en la red MAN Ethernet y el coste de ésta, se trataría de un dato que se refiere directamente a su estructura de costes y que podría servir para que sus competidores realizaran ofertas a sus propios clientes.

Además del carácter confidencial de los datos, para Telefónica no existe ninguna razón por la cual el resto de operadores deban conocerlos.

Finalmente, la recurrente considera que la resolución no está suficientemente motivada.

Asimismo, al amparo de lo dispuesto en el artículo 111 de la LRJAP y PAC, Telefónica solicita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida y que los datos cuyo carácter confidencial defiende se mantengan como tales hasta que se resuelva el recurso de reposición.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.



PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos 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 y que deberá cumplir las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC prevé que los actos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Telefónica como un recurso de reposición contra la Resolución del Secretario de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se declaran parcialmente confidenciales los datos contenidos en los escritos de Telefónica de España, S.A.U. de fecha 7 de julio, 5 de agosto, 12 de septiembre y 13 de octubre de 2011, en los que respondía a diversos requerimientos realizados durante la instrucción del procedimiento de referencia DT 2011/739, sobre los previos de la oferta de referencia del servicio NEBA.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y reposición. Telefónica ostenta la condición de interesado por cuanto que es el operador cuyos datos se han declarado públicos en el acto recurrido y en atención a ello se le reconoce legitimación activa para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJAP y PAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por Telefónica cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC y se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, se fundamenta en motivos de nulidad o anulabilidad, como es la infracción de los artículos 37.5.d) y 54 de la LRJAP y PAC, que se refieren a la limitación del derecho de acceso a los archivos y registros



administrativos que contengan información protegida por el secreto industrial o comercial y a la necesidad de motivación de los actos administrativos, respectivamente.

Por todo lo anterior, el recurso fue admitido a trámite por Resolución del Secretario de fecha 9 de diciembre de 2011.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver los recursos de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de Telefónica, el artículo 48.5 de la LGTel y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJAP y PAC, que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Secretario la adopción de los *“actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión”* (Resuelve Segundo, punto 1, de la Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 238 de fecha 3 de octubre de 2011).

En uso de la citada delegación de competencias, el acto recurrido fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJAP y PAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El citado recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, sin perjuicio del efecto desestimatorio del silencio administrativo que opera en los procedimientos de impugnación de actos (artículo 43.2 de la misma Ley) y de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todo caso en cualquier momento.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.



PRIMERO.- Sobre el carácter confidencial de los datos contenidos en los escritos de Telefónica.

Lo primero que debe destacarse es que algunos de los datos a los que hace referencia el acto recurrido fueron declarados accesibles al resto de interesados en el propio procedimiento por la Resolución del Secretario de fecha 3 de junio de 2011, por la que se declaran parcialmente confidenciales los datos de su propuesta de referencia relativa al servicio de acceso mayorista de banda ancha, repuesta parcialmente por la Resolución de fecha 22 de julio de 2011, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la anterior resolución (AJ 2011/1625).

En estas circunstancias, la estimación del recurso que nos ocupa supondría la reposición de un acto firme en vía administrativa de esta misma Comisión al margen de los mecanismos previstos en el Título VII (*“De la revisión de los actos en vía administrativa”*) de la LRJAP y PAC, además de un cambio de criterio que hubiera necesitado una especial motivación, tal y como exige el artículo 54.1, letra c), de la misma Ley.

En concreto, en lo que respecta al periodo de análisis, inversión de ampliación de cobertura y cálculo del coste mensual por ampliación de cobertura, se trata de datos que fueron declarados no confidenciales por la Resolución de fecha 3 de junio de 2011 (página 3 de 4):

“... esta Comisión declara no confidenciales los siguientes datos:

(...)

- 5. Los datos de la página 13, sobre inversión y números de DSLAM para la ampliación de cobertura, así como demanda estimada de accesos conectados, el periodo considerado para el cálculo del valor de actualización, y el valor unitario a repercutir por ampliación de cobertura NEBA cobre antes y después de incluir un mark-up de costes de gestión (página 13 del Anexo V). “*

En su posterior recurso de reposición, Telefónica no se refirió al periodo de análisis ni a la cuota mensual que iguala el valor actual neto a cero, sino, tan sólo, a los datos sobre inversión y número de DSLAM para aumento de cobertura. Por lo tanto, la recurrente contradice sus propios actos al pretender ahora la confidencialidad de unos datos cuando ha consentido la firmeza de la resolución que los declaraba accesibles para el resto de interesados.

En cuanto a los datos sobre inversión y número de DSLAM para aumento de cobertura, por el contrario, sí que fue uno de los extremos a los que se refirió la Resolución de fecha 22 de julio de 2011, desestimándose la pretensión revocatoria de Telefónica por los motivos allí expuestos, a los que esta Comisión se remite y que, en resumen, venían a concluir que no permiten deducir directamente el coste al que Telefónica adquiere sus equipos.

En lo que se refiere a la intensidad de tráfico máxima en la red MAN Ethernet y su coste total, en primer lugar, debe aclararse que la tabla contenida al principio de la página 6 del escrito de la recurrente de fecha 12 de septiembre de 2011 (Kbps-consumo por modalidad



de servicio) sigue manteniendo su carácter confidencial. No sucede lo mismo con el coste total del transporte Ethernet, dato contenido en la contabilidad de costes de 2009 que fue declarado no confidencial en las resoluciones arriba citadas. En su escrito de fecha 12 de septiembre de 2011, Telefónica incluye el mismo dato, tanto las previsiones de coste para el 2010, como el dato definitivo, superior al anterior. La recurrente considera que el acceso a esos datos por parte del resto de interesados en el procedimiento le causaría un grave perjuicio por referirse a su estructura de costes, sobre todo a la vista de la naturaleza de los clientes de dichos servicios.

Además de lo ya expuesto en las resoluciones arriba citadas, esta Comisión considera que los contenidos en la propuesta de oferta mayorista son datos de tráfico histórico, del año 2010 concretamente, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar su carácter estratégico y especialmente el perjuicio que supone para la recurrente su conocimiento por sus competidores. En todo caso, se trata de un dato de carácter global que representa sólo una parte de los abonados de Telefónica, no el total del tráfico que gestiona ese operador sino el que soporta una determinada arquitectura de red, de manera que no se puede relacionar directamente con un número determinado de abonados. En este punto debe señalarse, nuevamente, que se trata de un dato muy agregado que, además, es el resultado de aplicar varios factores y criterios de imputación. A juicio de esta Comisión, no revela una distribución de costes ni un desglose que permita un conocimiento fundado sobre la forma en la que la recurrente organiza los recursos en la producción de sus servicios.

El único dato al que no se referían las anteriores resoluciones es la intensidad máxima de tráfico de la red MAN Ethernet. Esta cifra puede obtenerse a partir del coste total y del coste unitario por Mb y mes, dato éste último para el que Telefónica no pide su tratamiento confidencial. Por lo tanto, al confirmarse el derecho de acceso de los interesados a la cifra de coste total, no tiene lógica mantener confidencial un dato, el relativo a la intensidad de tráfico máxima de la red MAN Ethernet, que puede obtenerse a partir de otros que constan en el mismo escrito.

El tercero de los extremos combatidos es el derecho de acceso de los interesados a los costes unitarios de componentes de red. Previamente, debe destacarse que no se declaran no confidenciales todos los datos a los que se refiere Telefónica en su recurso, sino, tan sólo, los costes unitarios de componentes de red (final de la página 8 y principio de la página 9 de su escrito de fecha 12 de septiembre de 2011). De esta manera, la tabla con los costes de planta y los costes operativos y la que contiene el número de unidades de cada elemento (página 8) permanecerán confidenciales, así como la que se refiere al cálculo del coste de la infraestructura civil (página 9). En este sentido, la resolución recurrida expresamente señala que se declaran confidenciales, entre otros extremos, los *“costes y unidades de componentes de red de la contabilidad”*, pero no así los costes unitarios de componentes de red.

Aclarado lo anterior, se señala que los costes unitarios de componentes (Coste total repercutido, OPEX y CAPEX por DSLAM, activación servicio ADSL y mantenimiento ADSL mayorista) se declararon no confidenciales, pese obtenerse de la contabilidad de costes, porque guardan una relación directa con la propuesta de precios presentada. Asimismo, se trata de datos declarados no confidenciales en la resolución del Secretario de constante referencia, así como con ocasión de la que resolvió el recurso de reposición contra la



misma. En ambas ocasiones se consideraba que se trataba de un conjunto reducido de datos que no reflejaban una estructura completa de costes y que, en todo caso, se trataba de valores que se obtienen tras un complejo reparto de costes en el que intervienen múltiples consideraciones, además del precio de adquisición y mantenimientos de los equipos, de forma que no revelan el precio negociado con sus proveedores.

SEGUNDO.- Sobre el alcance del derecho de acceso al expediente del resto de interesados

Aunque este extremo no se discute, el acto impugnado no niega que los datos a los que se refiere el recurso de Telefónica puedan afectar a su secreto industrial o comercial. En efecto, tal y como señala la recurrente, los datos relativos a la estructura de costes de producción de sus servicios, tales como los de ampliación de cobertura del servicio NEBA o los datos de demanda en que se basan esos cálculos, merecen la debida protección. En este sentido se ha pronunciado en fechas recientes la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que en sus sentencias de fecha 19 y 24 de enero de 2011, ha confirmado el criterio mantenido por esta Comisión y señalado que los costes de Telefónica son datos que genéricamente deben quedar protegidos por el derecho al secreto industrial o comercial y, por ello, debe garantizarse su confidencialidad cuando puedan desvelar su estrategia competitiva.

Sin embargo, y tomando como punto de partida que el derecho al secreto comercial e industrial no es absoluto, sino que debe coexistir con el de los interesados en el procedimiento (potenciales destinatarios de la oferta mayorista de la recurrente) al pleno acceso al expediente, se ha considerado que algunos de los datos contenidos en los escritos de Telefónica deben ser accesibles para el resto de interesados personados si éstos lo solicitan.

La recurrente, no obstante, mantiene que la divulgación de esa información le causaría graves perjuicios y que, por otra parte, el resto de operadores no tiene el derecho de conocerla. En cuanto a la inversión y el coste mensual por ampliación de cobertura (páginas 5 del escrito de Telefónica de fecha 7 de julio de 2011), así como los costes unitarios de componentes de red (página 8 del escrito de Telefónica de fecha 12 de septiembre de 2011), la recurrente señala que esta Comisión ya dispone de la información para reproducir los costes que soportan los precios contenidos en su propuesta de oferta mayorista NEBA y que, en todo caso, su verificación corresponde al regulador y no a sus competidores. A su juicio, sería razonable que el resto de interesados en el expediente pudieran opinar sobre los aspectos que pudieran tener relación con la aplicación de principios, criterios o metodologías de fijación de costes, pero no que se ponga a su disposición datos de carácter secreto.

Este razonamiento podría ser compartido en el caso de que los datos contenidos en la contabilidad de costes de la recurrente pudieran desvelar una estrategia competitiva o una transparente asignación de sus medios productivos. Pero ello no ocurre en el caso de los que nos ocupan, como ya se ha expuesto, al tratarse de cifras en las que intervienen diferentes variables y criterios de imputación, no permiten intuir con exactitud un modelo completo de distribución de costes. Dicho en otras palabras, aunque la contabilidad de costes tenga, con carácter general, un indudable carácter confidencial, el derecho de su



titular a mantenerla secreta no impide la revelación de alguno de los datos que contiene cuando se presenten de forma no desagregada y si su conocimiento es necesario para garantizar el derecho de defensa del resto de interesados en el procedimiento.

En este sentido, y en contra del criterio de la recurrente, la disponibilidad de los datos en los que se sustenta su propuesta de precios para los operadores que acudirán a su oferta mayorista para la provisión de sus servicios puede ser necesaria para que puedan estudiarla, valorarla y, en su caso, rebatirla. Este interés del resto de operadores les convierte en interesados en el sentido del artículo 31 de la LRJAP y PAC, con la plenitud de derechos y facultades que la normativa reguladora de los procedimientos administrativos les otorga.

Lo cierto es que la aprobación de la contabilidad analítica de Telefónica, previa auditoría y comprobación en un procedimiento específico en el que sólo tiene carácter de interesada la propia Telefónica, implica que el resto de operadores no ha podido alegar al respecto, pese a la importancia que para ellos puede tener el nivel de precios de las ofertas mayoristas que se calcula a partir de la contabilidad de costes. Precisamente porque no son interesados en procedimiento de verificación, no habrían tenido oportunidad de alegar sobre la adecuación de los criterios empleados por Telefónica para el cálculo de los precios. No se trata, por tanto, de que el resto de interesados “auditen” los costes de Telefónica, algo que difícilmente podrían hacer con los datos que se ponen a su disposición, sino asegurar su derecho a ser oídos. En efecto, un procedimiento de carácter contradictorio, como el instruido para la aprobación de las ofertas mayoristas, exige plenas garantías y posibilidades de los interesados, so pena de convertir en mero trámite formal su participación. En este sentido, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, recoge la transparencia entre los principios de funcionamiento de la Administración General del Estado y en su artículo 4 le obliga a asegurar la efectividad de los derechos de los ciudadanos cuando se relacionen con ella.

Es cierto que en el pasado se han mantenido confidenciales la totalidad de los datos de la contabilidad de costes de Telefónica, pero ello no impide, en ningún caso, y previa motivación suficiente, la evolución del criterio a la vista del limitado alcance estratégico de los datos cuyo acceso se reconoce.

Asimismo, debe apuntarse la evolución legislativa, fruto de una evidente exigencia social, hacia la transparencia en la actuación de las administraciones públicas. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se refiere en su Capítulo I, relativo a la mejora de la calidad de la regulación, a los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención, entre otros, a la transparencia.

Finalmente, no puede pasarse por alto que la participación de los interesados en los procedimientos también tiene por objetivo la formación de un mejor criterio por parte de los órganos administrativos, lo que se refleja en la eficacia y objetividad de su actuación.

TERCERO.- Sobre la motivación de la resolución recurrida.



Telefónica también sustenta su petición de reposición del acto impugnado en su nulidad de pleno derecho, puesto que, a su juicio, no estaría suficientemente motivado, tal y como exige el artículo 54 de la LRJAP y PAC en relación con la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel.

Desde un punto de vista formal, la resolución recurrida señala en sus párrafos 1 y 2 de la página 4 de 4 los motivos por los cuales se declaran públicos ciertos datos. Esta argumentación no es suficiente para la recurrente, que entiende que no está debidamente explicado el criterio por el cual se reconoce el derecho de acceso de los interesados a los datos a los que hace referencia su escrito.

Con carácter general, como Telefónica explica en su recurso, la motivación es un requisito de validez de los actos administrativos porque da a conocer al destinatario las razones de la decisión adoptada y permite su refutación en vía de recurso, evitando así la producción de indefensión. Ello implica que la motivación es suficiente cuando permite al interesado conocer y discutir las razones del acto, sin que sea necesario una argumentación extensa y, por contra, *basta con una justificación razonable y suficiente que contenga los presupuestos de hecho y los fundamentos de Derecho que justifican la concreta solución adoptada* (STS de 25 de junio de 2010, entre otras con idéntico criterio).

Así las cosas, debe rechazarse la pretensión de la recurrente, puesto que el acto impugnado justifica el sentido de su decisión en la ponderación entre su derecho al secreto comercial, por un lado, y el derecho de acceso al expediente del resto de interesados, por el otro. En efecto, la resolución recurrida considera que algunos de los datos obtenidos de la contabilidad de costes que intervienen directamente en el cálculo de los precios que deberán pagar los operadores destinatarios de la oferta mayorista NEBA deben ser conocidos por éstos para que puedan valorarlos o discutirlos, en su caso. Con independencia de que la recurrente comparta o no dicho motivo, los propios términos en los que está planteado el recurso ponen de manifiesto que está razón es conocida por Telefónica, lo que evidencia que no se le ha producido la indefensión que motivaría la declaración de nulidad del acto recurrido.

La recurrente mezcla junto a este motivo impugnatorio su argumento sobre el fondo del asunto que se refiere al negado derecho de los demás interesados a conocer y valorar los datos que sirven para determinar los precios mayoristas del servicio NEBA. Ahora bien, la disconformidad con ese criterio no implica indefensión, por cuanto ésta se relaciona con la imposibilidad de conocer la *ratio decidendi* del acto recurrido. La motivación contenida en el acto recurrido se considera, por tanto, adecuada para permitir a Telefónica conocer las razones por las cuales se reconoce el derecho de acceso de los demás interesados a datos que se refieren o afectan a su secreto industrial o comercial. Diferente hubiera sido el caso de que se omitiera este motivo y la declaración de confidencialidad adoleciese de falta de referencias a dicho derecho de acceso (y por lo tanto, de defensa) o de cualquier otra razón que impidiera conocer el criterio de esta Comisión en la formación de su voluntad. En ese hipotético supuesto, Telefónica no sabría la razón por la cual se ha reconocido que parte de sus datos son secretos pero, pese a ellos, se decide que estén disponibles para el resto de interesados. Pero, como se ha indicado, ello no ocurre en el acto que nos ocupa, que contiene una explicación expresa que puede ser conocida y discutida, como así ha sucedido.



Finalmente, cabe señalar que la indefensión es un vicio de carácter material que puede ser subsanado en vía recursiva¹. Ello implica que, en el hipotético y negado caso de que la resolución recurrida no estuviera suficientemente motivada, la resolución del recurso contra ella presentado podría subsanar, completar y ampliar dicha motivación. Los argumentos contenidos en la presente resolución, que reproducen el criterio sostenido en el acto recurrido, en la medida que puedan completar éstos, deben servir para erradicar cualquier duda sobre la falta de motivación, sin perjuicio, en su caso, de su revisión en vía contenciosa-administrativa.

CUARTO.- Carácter confidencial respecto de terceros.

A la vista del carácter confidencial de los datos a los que se refiere el recurso y que dicho carácter sólo cede ante otro interés jurídicamente protegible, como es el derecho de defensa de los interesados, es evidente que los datos declarados públicos lo serán respecto de los operadores que tengan la condición de interesados en la medida que los necesiten para rebatir los precios propuestos por Telefónica en su oferta mayorista.

Sin perjuicio del discutible alcance práctico del mantenimiento confidencial de ciertos datos sólo respecto de terceros no interesados en procedimientos como el que nos ocupa, con un gran número de interesados, y de la responsabilidad de los operadores que los desvelaren, el expuesto es el criterio mantenido en la resolución del recurso de reposición de constante referencia y el que, *in fine*, se desprende del propio acto recurrido. Es por ello que, con efecto aclarativo, debe señalarse que los datos cuya no confidencialidad se declara sólo serán públicos para los operadores personados en el procedimiento en la medida que sean necesarios para el análisis de los precios mayoristas contenidos en la oferta mayorista NEBA.

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición de Telefónica de España, S.A.U. contra la resolución del Secretario de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se declaran parcialmente confidenciales los datos contenidos en sus escritos de fecha 7 de julio, 5 de agosto, 12 de septiembre y 13 de octubre de 2011, en los que respondía a diversos requerimientos realizados durante la instrucción del procedimiento de referencia DT 2011/739, sobre los previos de la oferta de referencia del servicio NEBA.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del

¹ Por ejemplo, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000.



Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 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 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de 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.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.