



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 41/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 5 de diciembre de 2011, 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 del Secretario, de fecha 7 de septiembre de 2011, por la que se declaran no confidenciales determinados datos de la contabilidad de la recurrente (AJ 2011/2132).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Inicio del procedimiento DT 2010/2396 de revisión de precios del suministro de energía eléctrica y del servicio de coubicación de la OBA.

Con fecha 30 de diciembre de 2010 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) un escrito de la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el que solicitaba la revisión de la Oferta de Referencia del servicio de Acceso al Bucle de Abonado (en adelante, OBA) en lo relativo a los precios de la energía eléctrica para equipos coubicados y del servicio de coubicación, tras lo cual se procedió a la apertura del correspondiente procedimiento administrativo que se tramita con referencia DT 2010/2396.

Posteriormente, con fecha 28 de julio de 2011, una vez realizada la instrucción del citado procedimiento y antes de proceder a redactar la propuesta de Resolución, esta Comisión notificó a los interesados la apertura del trámite de audiencia poniendo a su disposición una versión no confidencial¹ del informe de audiencia elaborado por los servicios del organismo, todo ello de conformidad con lo dispuesto 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 (en adelante, LRJPAC).

SEGUNDO.- Resolución del Secretario de fecha 7 de septiembre de 2011.

El Secretario de esta Comisión, en uso de las competencias que tiene delegadas, y tras ponderar el derecho de Telefónica a la protección de los datos cuya conocimiento por parte de terceros podría suponerle un perjuicio por afectar a su secreto industrial o comercial y el derecho de acceso que asiste al resto de interesados en el procedimiento, dictó con fecha 7

¹ Excepto a Telefónica, a quien se notificó la versión íntegra del Informe puesto que la información tratada ad cautelam como confidencial en el Informe son datos de la contabilidad de esta entidad.



de septiembre de 2011 Resolución por la que se declaran no confidenciales los siguientes datos recogidos en el informe de audiencia notificado previamente:

- a) Inmovilizado bruto del activo de sala OBA de 2005 a 2009 (valoración en costes históricos y corrientes).
- b) Suma de amortización y coste de capital del activo de sala OBA en 2009.
- c) Coste total del servicio de habilitación en 2008 y 2009.
- d) Ingresos totales del servicio de cubricación de 2006 a 2009.
- e) Ingresos totales del servicio de habilitación de 2008 y 2009.

En concreto, la Resolución señala en sus páginas 2 y 3 que:

“Los datos de la contabilidad de Telefónica empleados en el informe de audiencia fueron declarados confidenciales en el marco de los expedientes de verificación de los resultados de la contabilidad de sus correspondientes ejercicios. En el presente expediente de actualización de precios de energía y cubricación se emplea un conjunto de datos que motivan la propuesta de precios del informe. Los operadores necesitarían conocer estos datos para poder realizar alegaciones con fundamento económico. En consecuencia es necesario revisar la información declarada confidencial (.....)”.

(.....)

Analizada la información anteriormente mencionada, (...) procede declarar no confidencial todos los datos de contabilidad antes mencionados y que se han empleado en el informe de audiencia, por cuanto se trata de los resultados agregados de la contabilidad que sirven para realizar estimaciones que constituyen la propuesta misma de revisión de tarifas del informe. Por consiguiente, se trata de información fundamental para que los interesados estén en disposición de analizar lo planteado en el informe de audiencia”.

Este acto fue notificado a Telefónica el día 8 de septiembre de 2011.

TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por Telefónica.

Con fecha 28 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpone un recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 7 de septiembre de 2011 a la que se ha hecho referencia en el Antecedente anterior.

La recurrente solicita la reposición del acto recurrido por entender que incurre en causa de nulidad de pleno derecho de las recogidas en el artículo 62 de la LRJPAC, en particular que vulnera los artículos 37.5 d) (en relación con el artículo 105 de la CE) y 54 (en relación con el artículo 24 de la CE) de la misma Ley porque declara no confidencial información que, a su juicio, pertenece claramente al ámbito del secreto comercial e industrial y, por tanto, debe recibir el tratamiento de confidencial. Sobre la base de lo anterior, solicita que se declaren confidenciales todos los datos empleados en el informe de audiencia a los que se refiere la Resolución impugnada.



Telefónica pone en cuestión los motivos sobre los que esta Comisión fundamenta la no confidencialidad de los datos y el encaje de esta decisión con el principio de proporcionalidad. Los razonamientos aducidos por la operadora en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

1º) Los datos empleados en el informe de audiencia a los que se refiere el acto impugnado provienen directamente de la contabilidad de la Compañía, son información estratégica de la entidad y, por tanto, se encuentran claramente incluidos en el concepto de secreto comercial e industrial, por lo que quedan amparados por el régimen jurídico vigente en esta materia y deben recibir el tratamiento de información confidencial. Telefónica alega además que su revelación a terceros le causaría un grave perjuicio.

Sobre la base de lo anterior, la recurrente entiende que el acto incurre en causa de nulidad de pleno derecho por la vulneración del artículo 37.5 d) (en relación con el 105 de la CE) de la LRJPAC.

2º) La información a la que se refiere al acto impugnado no es información de imprescindible conocimiento para que el resto de operadores puedan efectuar alegaciones en el marco del expediente DT 2010/2396, por lo que Telefónica no está de acuerdo con la motivación principal empleada por esta Comisión para levantar la confidencialidad.

3º) Telefónica alega que se ha producido un cambio de criterio en la valoración de lo que se entiende por información confidencial sin aportar la justificación y motivación que exige la Ley, vulnerándose de esta forma el artículo 54 (en relación con el artículo 24 de la CE) de la LRJPAC.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones y actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, 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 cumpliendo las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC 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 o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en su artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso potestativo de reposición, que interpone por entender que determinados aspectos del acto impugnado no resultan ajustados Derecho.

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 disposiciones y resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado como recurso potestativo de reposición, que se interpone contra el acto del Secretario, de fecha 7 de septiembre de 2011, por el que se declaran no



confidenciales los datos económicos relativos a la recurrente empleados por esta Comisión para la elaboración del Informe de audiencia del procedimiento DT 2010/2396.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. En el presente caso, Telefónica ostenta la condición de interesado por cuanto que es el operador al que se refieren los datos cuya confidencialidad ha sido rechazada en el acto recurrido.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a Telefónica 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 LRJPAC 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 LRJPAC 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 LRJPAC, 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 ha de ser admitido a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, 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 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, 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 LRJPAC, 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, letra a), de la Resolución del Consejo de 8 de mayo de 2008, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 142 de 12 de junio de 2008). 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 LRJPAC, 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 concepto de secreto comercial o industrial.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado repetidamente esta Comisión y, concretamente, en sus Resoluciones de 13 (AJ 2006/1106) y 21 (AJ 2006/1115) de diciembre de 2006 así como en las de 25 de septiembre de 2008 (AJ 2008/1058), 8 de enero (AJ 2008/2073) y 5 de noviembre (AJ 2009/1663) de 2009 y 21 de enero de 2010 (AJ 2009/2045).

La Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, Ley 32/2003) establece que

“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.

No existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que defina explícitamente el concepto de secreto industrial o comercial. Es criterio de esta Comisión remitirse, con carácter orientativo, a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005², 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 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) nº 139/2004, del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre la información confidencial. La posibilidad por parte de esta Comisión de aplicar el derecho comunitario en cuestiones de declaración de confidencialidad ha sido confirmada por los tribunales y, entre otras, en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de marzo³ y de 16 y 30 de mayo⁴ de 2000.

Con relación al concepto de “secreto comercial”, se establece en el punto 18 del apartado 3.2.1 de la citada Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, que

“cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto

² (2005/C 325/07).

³ RJCA 2000\1418.

⁴ JUR 2000\203049 y JUR 2000\203038.



comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.”

Del mismo modo en el punto 19 del apartado 3.2.2 de anteriormente citada Comunicación y titulado otra “*información confidencial*” –diferente de los secretos comerciales- dispone que

“la categoría <<otra información confidencial>> incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El tribunal de Primera Instancia y el tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato.”

No obstante, cabe recordar que la normativa a la que acabamos de referirnos regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela, correspondiendo a la Administración que pueda divulgar su contenido, la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de hecho necesarios para calificar el documento, o parte de él, como confidencial por constituir secreto comercial o industrial y el reconocimiento de dicha confidencialidad.

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la Ley 32/2003 a esta Comisión y según lo previsto en la anteriormente transcrita disposición adicional cuarta, corresponde a este organismo regulador la declaración de confidencialidad de los datos aportados por los operadores cuando así se considere por la trascendencia comercial o industrial de los mismos.

El carácter declarativo de los actos dictados por esta Comisión respecto a la confidencialidad ha sido confirmado por los Tribunales y, entre otras por las anteriormente citadas Sentencias de la Audiencia Nacional de 30⁵ y 16 de mayo⁶ y de 24 de marzo⁷ de 2000. En el apartado 5 del Fundamento Segundo de la SAN de 30 de mayo de 2000, la Audiencia manifiesta que:

“(…) la decisión que adopta la Comisión tiene, un carácter declarativo sobre el “tratamiento confidencial” del documento o documentos.”

Además, el Tribunal Supremo mediante dos Autos de fechas 5 de octubre⁸ y de 13 de julio⁹ de 2006 recuerda que la declaración de confidencialidad, una vez realizada por el organismo

⁵ JUR 2000\203049.

⁶ JUR 2000\203038.

⁷ RJCA 2000\1418.

⁸ RJ 2006\8175.

⁹ JUR 2006\197518.



especializado de la Administración, en este caso, por esta Comisión, continúa vigente, no solamente durante la tramitación administrativa del expediente sino, en caso de recurso, durante la tramitación judicial de dicho recurso, salvo que la misma sea modificada, en su caso, por el tribunal competente a solicitud de alguno de los interesados.

Al tratar la confidencialidad, tal y como ha indicado tanto esta Comisión en numerosas ocasiones¹⁰ como el propio Tribunal Supremo (entre otros, en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso n° 533/94), nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración receptora de los datos, valorando de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada dato, el beneficio que se causa dando acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza de la información contenida en el informe de audiencia elaborado en el marco del procedimiento DT 2010/2396 y declarada no confidencial mediante la Resolución recurrida.

Para valorar la revisión solicitada por Telefónica de los precios del suministro de energía eléctrica y del servicio de coubicación de la OBA, esta Comisión ha partido, entre otros, de datos contables aportados por la entidad en cumplimiento de su obligación de llevar una contabilidad de costes y separación contable a la que está sujeta por haber sido declarado operador con poder significativo de mercado en los diferentes mercados de comunicaciones electrónicas en los que actúa¹¹, en concreto se trata de información sobre precios recurrentes del servicio de coubicación (precios OBA y precios Telefónica), precios no recurrentes por habilitación de espacio (ingresos, costes y márgenes del servicio de habilitación, inmovilizado bruto del activo asociado al servicio) y precios/Kwh de suministro de energía eléctrica.

La información utilizada en el expediente DT 2010/2396 y que es objeto del presente recurso, relativa a los ejercicios 2005 a 2009, consta de los siguientes datos: cifras de inmovilizado bruto, amortización y coste de capital del activo de sala OBA, costes e ingresos totales del servicio de habilitación (no recurrente) e ingresos totales del servicio de coubicación (recurrente y no recurrente).

El activo de sala OBA (representado en la contabilidad de Telefónica por la cuenta "91X22100002 Sala OBA - SdO-SdT - habilitada en edificio") representa el conjunto de salas OBA habilitadas por Telefónica para la coubicación de los equipos de los operadores incurriendo por ello en costes específicos no recurrentes. El inmovilizado bruto representa el coste no recurrente de los trabajos que se han realizado para acondicionar la sala. El

¹⁰ Entre otras resoluciones, cabe destacar su Resolución de 23 de septiembre de 1999, relativa a la solicitud de Madritel Comunicaciones, S.A. de acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa; su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. de acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 20 de noviembre de 1998 por Airtel Móvil, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A. y su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. solicitando el acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 19 de noviembre de 1998 por Telefónica Servicios Móviles, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A.

¹¹ Resoluciones de esta Comisión de fechas 12 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista de acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija (Mercado 2), 18 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija (Mercado 3), 22 de enero de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija (Mercado 4) y el mercado de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado 5), 5 de marzo de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado minorista de acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales (Mercado 1), 2 de julio de 2009, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor, y 23 de julio de 2009, por la que se aprueba la definición y análisis del mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas, y del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor (Mercado 6).



inmovilizado bruto de la sala OBA está siendo anualizado mediante su coste calculado. Su amortización y gastos de capital están siendo calculados e incluidos en los costes del servicio de habilitación.

Los ingresos del servicio de habilitación son por el total recibido por habilitar en sus dependencias nuevas salas o bien preparar salas ya habilitadas con las condiciones adecuadas para la instalación y operación de equipos de los operadores OBA en coubicados. Los ingresos totales del servicio de coubicación incluyen los ingresos del servicio de habilitación (no recurrente) más los ingresos del servicio recurrente de coubicación en concepto de cesión mensual del espacio en sus centrales y suministro de energía.

A este nivel de agregación, estos datos por sí solos no ofrecen información sobre los precios reales de los sistemas de Telefónica.

Esta información fue declarada confidencial en el marco de los correspondientes expedientes sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica referidos a los citados ejercicios, en los que consta junto con la totalidad de la contabilidad de costes de la recurrente. Posteriormente, y exclusivamente para que surta efecto en el marco del procedimiento DT 2010/2396, esta Comisión ha estimado la procedencia de declarar los datos procedentes de la contabilidad de la recurrente relacionados en el párrafo anterior no confidenciales por considerar, por un lado, que *“son cifras agregadas que no detallan asuntos estratégicos de Telefónica”* y, por otro lado, que, puesto se han utilizado para elaborar la propuesta de revisión de tarifas, *“es información fundamental para que los interesados estén en disposición de analizar lo planteado en el informe de audiencia”* y realizar así las alegaciones que estimen oportunas.

Telefónica muestra su disconformidad con la Resolución del Secretario, de fecha 7 de septiembre de 2011, por la que se declaran no confidenciales los datos contables citados anteriormente y solicita su tratamiento con carácter confidencial, lo que fundamenta, principalmente, sobre la base de los siguientes motivos:

1º) Los datos empleados en el informe de audiencia provenientes de la contabilidad de la Compañía pertenecen al ámbito de su secreto comercial e industrial y están amparados por el marco legal vigente de protección de la información confidencial.

2º) La información a la que se refiere al acto impugnado no es información de imprescindible conocimiento para que el resto de operadores puedan efectuar alegaciones en el marco del expediente DT 2010/2396.

3º) La Resolución impugnada vulnera artículo 54 de la LRJPAC por carecer de la motivación suficiente, más aun cuando con la citada Resolución se ha producido un cambio de criterio respecto de lo que esta Comisión venía entendiendo por información confidencial.

Frente a estos argumentos hay que recordar que, a diferencia de los expedientes sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes de Telefónica, en los que esta entidad es la única titular de derechos que pueden resultar afectados por la decisión de la Administración¹², en el caso del expediente DT 2010/2396 nos encontramos ante un procedimiento con múltiples interesados, al versar sobre la modificación de las condiciones de la Oferta de referencia del operador incumbente, en este caso la OBA de Telefónica. Así lo refleja el hecho de que las modificaciones de las Ofertas mayoristas sean siempre objeto

¹² Artículo 31.1 de la LRJPAC.



de publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo señalado en el artículo 59.6 de la LRJPAC, que exige a las Administraciones Públicas la publicación de los actos administrativos cuando exista una pluralidad indeterminada de personas interesadas.

La obligación de publicar una Oferta de referencia que debe ser previamente aprobada por el regulador opera como un instrumento de fomento de la competencia sectorial, y ello conlleva que los procedimientos administrativos tramitados con objeto de su aprobación o revisión persigan en última instancia la garantía de un interés general. Así lo ha manifestado esta Comisión en anteriores ocasiones, como por ejemplo en la Resolución del procedimiento AJ 2009/1394, relativo al recurso de reposición interpuesto por Telefónica contra la Resolución del Secretario, de fecha 24 de julio de 2009, por la que se denegaba la solicitud de declaración de confidencialidad de determinados datos en el marco del expediente MTZ 2009/1223 sobre el análisis de la Oferta mayorista de acceso a conductos y registros de Telefónica, en la que se indica que:

“En la medida en que dicha información pueda resultar necesaria para la efectiva puesta en práctica de la oferta de referencia y, en definitiva, para el fomento de la competencia sectorial, y con independencia de su naturaleza, debe ser objeto de acceso por parte del resto de operadores.

Lo anterior nos lleva a la conclusión, de que ni siquiera sería necesario entrar a analizar de manera concisa la información controvertida, ya que, como hemos señalado, se da la circunstancia de que, en este caso, debe prevalecer un interés general, como son el fomento de la competencia y el principio de transparencia, frente al particular de TESAU. (.....)”.

De lo anterior se desprende que, al menos en lo que se refiere al tratamiento de la información confidencial y el derecho de acceso a Archivos y Registros, de ningún modo puede asimilarse el expediente que nos ocupa (DT 2010/2396) a los expedientes MTZ 2010/1986¹³ y AJ 2011/1656¹⁴ (ambos relacionados con el conflicto de acceso planteado por la entidad Alterna Project Marketing, S.L. frente a diversos operadores de telefonía móvil), a los que se refiere la recurrente con el objeto de poner de manifiesto un supuesto cambio de criterio de esta Comisión. En estos dos últimos casos nos encontramos con procedimientos cuyos efectos no trascienden la relación *interpartes*, mientras que en la revisión de una Oferta de referencia debe velarse, además de por los intereses particulares, por el interés general de la competencia y la transparencia en los mercados.

En relación con la alegación vertida por la recurrente relativa a que esta Comisión habría cambiado de criterio en cuanto a lo que, hasta ahora, ha venido entendiendo por información confidencial, ha de indicarse que, precisamente en el expediente AJ 2011/1656 citado por la recurrente, así como en el expediente AJ 2011/1657 sobre la confidencialidad del escrito de alegaciones aportado por Alterna Project Marketing, S.L. al procedimiento AJ 2011/983, se aplica como criterio general el de tratar como confidenciales las cifras individualizadas pero no los datos agregados o totales, reflejando en la página 9 lo siguiente:

¹³ Resolución de 17 de marzo de 2011, relativa al conflicto de acceso presentado por Alterna Project Marketing, S.L. frente a Telefónica Móviles España, S.A., sociedad unipersonal, France Telecom España, S.A., Vodafone España, S.A., sociedad unipersonal, Xfera Móviles, S.A. y Euskaltel, S.A. en relación con la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre precios sobre servicios mayoristas de conexión a las respectivas redes móviles para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes.

¹⁴ Resolución de 28 de julio de 2011, por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Alterna Project Marketing, S.L. contra la declaración de confidencialidad de fecha 23 de junio de 2011 dictada en el marco del procedimiento AJ 2011/983, relativa al escrito de recurso presentado por la citada entidad.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Así, en el acto ahora recurrido, esta Comisión ha seguido, para la determinación de la información aportada por Alterna que se trata como confidencial, las siguientes pautas o criterios:

- a) *Como criterio general, tratar como confidenciales todas aquellas cifras individualizadas por operador pero no los datos agregados o totales (siguiendo el criterio de esta Comisión en lo que se refiere al tratamiento de información económica del sector)”.*

Mediante el acto recurrido, dictado en el marco del procedimiento DT 2010/2396, se declaran no confidenciales algunos de los datos empleados para la elaboración del informe de audiencia, como ya se ha expresado al inicio del presente apartado, *“por cuanto se trata de los resultados agregados de la contabilidad”*, luego el criterio aplicado en este caso estaría en línea con el adoptado por esta Comisión en los procedimientos a los que se refiere la recurrente.

En definitiva, y a efectos de calificar la información a la que se refiere la Resolución recurrida a la luz del marco jurídico descrito en el Fundamento jurídico-material primero, esta Comisión entiende que se trata de resultados de la contabilidad de la recurrente relativos a los costes y a los ingresos del servicio de colocación en salas OBA que Telefónica presta a los operadores alternativos, que, con el nivel de agregación que presentan y aislados del resto de la información contenida en la contabilidad de costes de Telefónica, ni queda comprometido el secreto comercial e industrial de la entidad ni se desvela información estratégica o especialmente sensible de ésta.

El servicio no recurrente de habilitación no tiene equivalencias directas con otros servicios comerciales. Por otro lado, los datos se refieren a la parte no-recurrente del servicio regulado mayorista de ubicación, que es a su vez uno de los múltiples servicios de bucle de abonado. En consecuencia, estos datos por sí solos no ofrecen información estratégica sobre la actividad comercial de Telefónica.

No obstante lo anterior, y aunque la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, incorpore *“la estructura de costes y precios”* como un ejemplo de la tipología de datos que podrían ser considerados secreto comercial, toda declaración de confidencialidad, como acto de reconocimiento de un derecho a una parte que se contrapone al derecho del que es titular otra parte, exige una ponderación de los intereses en juego, que, en este caso, aun considerando el posible carácter confidencial de la información analizada, cedería ante el derecho de acceso del resto de interesados, potenciales destinatarios de la Oferta mayorista, como se detalla en el Fundamento de derecho siguiente.

TERCERO.- Sobre el legítimo interés por parte del resto de operadores del procedimiento DT 2010/2396 en el conocimiento de la información cuya confidencialidad se pretende mantener por la recurrente.

Las Resoluciones a las que se ha hecho referencia con anterioridad por las que se aprueba la definición y análisis de los distintos mercados de comunicaciones electrónicas regulados, determinaron que Telefónica tiene individualmente poder significativo en los citados mercados de referencia, en el sentido de lo dispuesto en el apartado 2, artículo 14, de la Directiva 2002/21/CE, y en el Anexo 2, apartado 8 de la Ley General de Telecomunicaciones. En consecuencia, en dichas Resoluciones se impusieron a Telefónica una serie de obligaciones, de dar acceso, aplicar unos precios orientados a costes, de transparencia y no discriminación y de separación de cuentas.



De la obligación de transparencia se deriva, según lo previsto en el artículo 13.1.a) de la Ley General de Telecomunicaciones y en el artículo 7 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, la necesaria publicación, por el operador declarado con poder significativo en el mercado o dominante (Telefónica), de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado (OBA) suficientemente desglosada para garantizar que no se exija al resto de operadores el pago por recursos no necesarios para el servicio requerido. Dicha oferta de referencia vincula a Telefónica, en el sentido de que constituye un conjunto de prestaciones que el operador dominante está obligado a ofrecer con unos niveles de calidad aceptables, no inferiores a las condiciones de suministro de sus propios servicios minoristas.

Precisamente, la información cuya confidencialidad se pretende por la entidad recurrente se enmarca en el seno del procedimiento DT 2010/2396 de revisión de la OBA, procedimiento abierto al amparo del artículo 7.3 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Mercados de Comunicaciones Electrónicas, Acceso a las Redes y Numeración.

Al tener el procedimiento DT 2010/2396 por finalidad la revisión de la OBA, el conocimiento de dicha información no solo le es necesario a esta Comisión para el ejercicio de su función regulatoria sino que también la necesitan, y muy especialmente, los operadores beneficiarios de la oferta mayorista de Telefónica. Unos operadores que se encuentran legitimados como interesados para efectuar alegaciones en el procedimiento DT 2010/2396 y que, por tanto, deben disponer de todos los datos e informaciones necesarios en el procedimiento de revisión.

De la lectura del acto recurrido pueden colegirse las razones que, a juicio de esta Comisión, hacen necesario para el resto de operadores interesados, el conocimiento de las cifras provenientes de la contabilidad de costes de Telefónica cuya confidencialidad se solicita, que, fundamentalmente, son que dichos operadores puedan ejercer su derecho legítimo a evaluar si los precios propuestos por Telefónica han sido calculados en función de costes y que estos operadores estén en condiciones de realizar alegaciones a esta Comisión antes de que proceda a adoptar una posible decisión de revisión de esos precios.

Considerando la especial obligación de transparencia informativa impuesta al operador declarado con poder significativo, tanto en el ordenamiento sectorial¹⁵ como por los tribunales¹⁶, esta Comisión entiende que el derecho de los operadores alternativos a conocer la información cuyo acceso pretende vedar la recurrente resulta en este caso preferente al derecho de Telefónica a que los datos se mantengan confidenciales.

A modo de ejemplo de la aplicación por esta Comisión del criterio de prevalencia del derecho de los interesados al acceso a los datos frente al derecho de Telefónica a su secreto comercial en el caso de procedimientos de revisión de Ofertas de mayoristas puede hacerse referencia a los expedientes AJ 2009/1394, AJ 2009/1663, AJ 2010/1898, AJ 2010/1443 y AJ 2011/1625, algunos de ellos ya citados en la presente Resolución, lo que sirve para contradecir nuevamente la alegación de un supuesto cambio de criterio.

¹⁵ Artículo 13.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

¹⁶ Véase Fundamento Sexto de la S AN de 25 de febrero de 2003 (JUR 2006\218544).



CUARTO.- Sobre la presunta falta de motivación del acto recurrido causante de indefensión.

El tercero de los motivos recursivos se refiere a la falta de motivación de la Resolución impugnada. Telefónica considera que esta Comisión no ha motivado suficientemente las razones por las que se ha levantado la confidencialidad, más aun cuando, a su juicio, se ha producido un cambio de criterio por parte de esta Comisión ya que el acto impugnado señala que la información concerniente a "cifras agregadas" no es confidencial cuando hasta la fecha se había tratado como tal. Asimismo, entiende que se deberían haber motivado "*los hechos y razones por los que esta Comisión considera que la publicación de esa información es imprescindible para los operadores*".

Desde un punto de vista material, la falta de motivación es un vicio invalidante en la medida en que impide al administrado conocer el procedimiento lógico y jurídico que ha conformado el criterio resolutorio y le causa indefensión. El Tribunal Supremo mantiene que "*para entender cumplida la exigencia de motivación de los actos administrativos que establece la LRJAP y PAC -ex artículo 54-..., es necesario tener en cuenta la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional y constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera idónea, para el cumplimiento de los fines de la motivación del acto administrativo, dar a conocer al destinatario las auténticas razones de la decisión que se adopta y permitir frente a ella la adecuada defensa*"¹⁷.

La motivación de los actos administrativos es una exigencia del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho relacionada con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa y de ese sometimiento al ordenamiento jurídico, de manera que se garantice la seguridad jurídica y la igual aplicación de la Ley. Con independencia de otras funciones en el orden interno (como asegurar el rigor en la formación de la voluntad de la Administración), la motivación de la acción administrativa es un requisito para su validez en la medida que permite a los interesados conocer las razones por las cuales se adoptó la decisión. Además, la necesidad de motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa.

La motivación puede definirse como la exigencia de hacer públicas las razones de hecho y de Derecho que fundamentan el acto adoptado por el órgano administrativo para que las partes puedan conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada y permitir, de esta manera, su control judicial. Como elemento formal aspira a que el administrado pueda conocer claramente el fundamento de la decisión administrativa para poder impugnarla criticando sus bases y a que el órgano que decide los recursos pueda desarrollar el control que le corresponde con plenitud, examinando con todos los datos si el acto se ajusta o no a Derecho.

El acto recurrido incorpora la motivación de la decisión adoptada en las páginas 2 y 3, señalando en la página 2 que "*los datos empleados son cifras agregadas, que no detallan asuntos estratégicos de Telefónica y que son imprescindibles para que los operadores puedan conocer los costes que Telefónica les imputa como costes asociados al correspondiente servicio mayorista regulado. Por tanto, dadas las características mencionadas de estos datos se considera que el contenido de esta información y su conocimiento no afectan a la estrategia de futuro de Telefónica y es imprescindible conocer la información para analizar la propuesta de precios del informe de audiencia*".

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2010.



Más adelante, en la página 3 se concluye que “(...) *procede declarar no confidencial todos los datos de contabilidad antes mencionados y que se han empleado en el informe de audiencia, por cuanto se trata de los resultados agregados de la contabilidad que sirven para realizar estimaciones que constituyen la propuesta misma de revisión de tarifas del informe. Por consiguiente, se trata de información fundamental para que los interesados estén en disposición de analizar lo planteado en el informe de audiencia*”.

A la vista de lo anterior, ha de señalarse que los requisitos anteriormente expuestos concurren en la Resolución recurrida, ya que Telefónica conoce el criterio o razones que han llevado a esta Comisión a calificar la información como no confidencial, que no son otras que el respeto del derecho del resto de operadores interesados a conocer esos datos, derecho que se entiende prevalente en este caso una vez realizada la correspondiente ponderación de intereses, y de la transparencia del procedimiento.

El hecho de que la motivación reproducida sea breve o sucinta no significa que sea “inexistente”, lo cual confiere plena validez al acto impugnado puesto que permite en todo caso conocer las razones del acto dictado¹⁸.

A fin de contestar a la alegación de presunta vulneración del artículo 54.1 c) por haberse producido un cambio de criterio sin la suficiente motivación basta con hacer una remisión a los Fundamentos de derecho anteriores, en los que se ha abordado esta cuestión.

Finalmente, un último motivo para la desestimación del motivo recursivo que nos ocupa es que el carácter material de la indefensión que, en su caso, produce la falta de motivación del acto recurrido implica que ésta puede completarse, si fuera necesario, en fase de recurso¹⁹. En este sentido, lo expuesto en los Fundamentos de derecho segundo y tercero en relación con la naturaleza de la información a la que se refiere el acto impugnado y con la prevalencia en el presente caso de los intereses de los operadores alternativos frente al interés de Telefónica, permiten conocer de forma más detallada los motivos que han llevado a la Administración a la decisión adoptada.

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U., contra el acto del Secretario, de fecha 7 de septiembre de 2011, por el que se declaran no confidenciales determinados datos de la contabilidad de la recurrente empleados para la elaboración del Informe de audiencia del procedimiento DT 2010/2396.

¹⁸ El carácter “sucinto” de la motivación administrativa ha sido ratificado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que cabe destacar las SSTS de 9 de marzo de 2006 (RJ 2006\1004) y de 20 de enero de 2005 (RJ 2005\4). En la segunda Sentencia citada se dice que la motivación, aun siendo parca o sucinta, debe permitir “*colegir la lógica de la decisión adoptada*” según la jurisprudencia antes mencionada. En casos similares de motivación sucinta pero existente por parte de esta Comisión, los tribunales han declarado la plena validez del acto. Entre otras pueden citarse las SSTS de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006\1668) y de 26 de mayo de 2009 (RC 5583/2006).

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 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.