FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE SU ESCRITO DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2015, SOBRE LA FALTA DE RAZONABILIDAD DE LA PROVISIÓN DE UN CIRCUITO.

R/AJ/014/16

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta
Dª. María Fernández Pérez

Consejeros
D. Eduardo García Matilla
Dª. Clotilde de la Higuera González
D. Diego Rodríguez Rodríguez
Dª. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala
D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 17 de marzo de 2016

Visto el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra la declaración de confidencialidad relativa a su escrito de fecha 16 de diciembre de 2015, sobre la falta de razonabilidad de la provisión de un circuito, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA,** acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Telefónica.

Telefónica de España, S.A.U., (Telefónica) presentó ante esta Comisión, con fecha 16 de diciembre de 2015, un escrito en el que exponía que había recibido por parte de otro operador una solicitud para la provisión de un circuito cuyo coste (16.595 €) no era razonable. Por tal motivo, solicita que se declare que su provisión no era razonable y autorizar el traslado del coste de la construcción de la infraestructura al operador solicitante.

Se trata de una solicitud de autorización para variar las condiciones de suministro de una línea alquilada terminal prestada con interfaces tradicionales, de conformidad con la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 11 de abril de 2013, por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al

por mayor, la designación del operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al ORECE.

SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad de los datos contenidos en el escrito de Telefónica.

Tras el escrito de Telefónica, con fecha 12 de enero de 2016, y en el marco del correspondiente procedimiento administrativo, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC dictó un acuerdo por el que declaraba la confidencialidad de algunos de los datos contenidos en él.

En concreto, se acuerda no reconocer el carácter confidencial de la siguiente información:

- Tabla de la página 3 del escrito de Telefónica que incluye el coste desglosado de las actuaciones requeridas, según Telefónica, para construir la nueva infraestructura de acometida de cliente necesaria para la provisión del circuito solicitado.

Asimismo, se declara el carácter confidencial, excepto para el operador que solicitó el circuito, de la siguiente información:

- Localización y nombre del cliente para el cual se realiza la solicitud del circuito que se encuentra en el último párrafo de la página 2 del escrito de Telefónica.
- Número administrativo, localización y nombre del cliente para el cual el operador realiza la solicitud del circuito que se detallan en la primera viñeta de la lista de la página 3 del escrito de Telefónica.
- Plano de la situación del circuito solicitado que se detalla en la página 8 del escrito de Telefónica bajo el epígrafe Documento nº 1.

El acto recurrido se notificó a Telefónica el día 15 de enero de 2016.

TERCERO.- Recurso de Telefónica.

Con fecha 15 de febrero de 2016 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito por el que Telefónica presenta un recurso de alzada contra la declaración de confidencialidad a la que ha hecho referencia el anterior antecedente.

La recurrente alega, en síntesis:

1. Que la línea alquilada terminal solicitada es prestada con interfaces tradicionales y la ORLA no prevé la obligación de aportar información suficiente de las actuaciones a desglosar y su precio para que el

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

operador valore su razonabilidad, como si se contempla para los circuitos Ethernet.

2. El acceso a dichos datos por parte de terceros diferentes del operador que solicitó el circuito causaría un perjuicio a Telefónica, ya que otros operadores podrían exigir la aplicación de los mismos costes.

De conformidad con lo previsto en el artículo 112.2 de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en su condición de interesada en el procedimiento, se emplazó al operador solicitante del circuito para que alegase cuanto estimase procedente en relación con el recurso presentado por Telefónica.

CUARTO.- Alegaciones del operador solicitante del circuito.

En un escrito que ha tenido entrada en el registro de esta Comisión el día 7 de marzo de 2016, el operador que solicita el circuito a Telefónica pone de manifiesto la falta de necesidad del recurso, puesto que la información no declarada confidencial estaría recogida en otros documentos de los aportados por Telefónica cuya confidencialidad no solicitó y, en concreto, el plano de situación del circuito –que incluye las distancias a cubrir, los tipos de tendido y el número de postes-.

Además, el operador entiende que la información no tiene carácter confidencial porque, al contrario de lo manifestado por la recurrente, no se refiere a los costes de Telefónica como cliente minorista, se desconocen las empresas colaboradoras cuya posición podría verse comprometida y no es posible trasladar los costes a otras actuaciones.

El operador también alega su necesidad de conocer el desglose de los costes y el detalle de las actuaciones a realizar y que las obligaciones de transparencia impuestas a Telefónica suponen el conocimiento de cómo lleva a cabo el suministro de servicios en zonas en las que no tiene cobertura con independencia de la tecnología empleada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Calificación.

De conformidad con los artículos 107 y 114 de la LRJPAC, 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 62 y 63 de dicha Ley.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley 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 conforme lo dispuesto en la LRJPAC.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, la resolución dictada por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC 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 31 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 los datos que fueron declarados parcialmente confidenciales en el marco del procedimiento administrativo de referencia IRM/DTSA/2001/15 y a la que pertenecen, por referirse a sus costes por la provisión de circuitos.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 115.1 de la LRJPAC.

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. En concreto, Telefónica alega diversas infracciones del ordenamiento jurídico, como la del artículo 10.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones; los artículos 31; 37.5 y 54.1 de la LRJPAC o las resoluciones administrativas relativas a las obligaciones regulatorias en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

Al tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, 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 Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

Así, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley de creación de la CNMC y 8.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 115.2 de la LRJPAC 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 43.2 de la misma Ley.

QUINTO.- Alcance de la declaración de confidencialidad.

Los datos cuya confidencialidad se pretende con carácter absoluto se refieren a los costes en la provisión del servicio por parte de Telefónica. En concreto, se trata de una tabla que recoge los gastos en que incurriría para poder ofrecer el circuito solicitado por otro operador y que contiene los siguientes datos:

- Tipo de obra.
  - Tendido de fibra oscura en postes, en canalización y en fachada.
  - Colocación de postes.
  - Empalmes.
- Cantidades (metros y número de postes o empalmes).
- Coste total.

La resolución recurrida considera que no procede declarar el carácter confidencial de esos datos ni frente al operador que solicitó el circuito ni frente a terceros, lo que permitiría, en ese caso concreto, conocer el coste de la actuación, tanto total como unitario.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

SEXTO.- Análisis del carácter confidencial de los datos, en especial frente al operador solicitante del circuito.

Con carácter general, debe apuntarse, tal y como señala el acto recurrido, con remisión a la Comunicación de la Comisión Europea 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 la estructura de costes tiene el carácter de secreto comercial cuando su divulgación pueda causar un perjuicio a la empresa a la que se refieren.

La recurrente considera que los datos contenidos en la tabla deben ser considerados como costes y, por lo tanto, merecer la protección que su carácter confidencial asegura. Ello sería cierto si respondiesen a proyectos ya realizados, lo que no es el caso. Por el contrario, se trata simplemente del precio que Telefónica pretende trasladar al operador solicitante, que no tiene que responder necesariamente al coste exacto de instalar el circuito solicitado y que no se acredita con soporte documental alguno que permita comprobar que reflejan exactamente ese coste, como proyectos, contratos, presupuestos o justificantes de pago, en su caso.

Telefónica también considera que si la información fuera accesible a cualquier operador, ello podría crear la expectativa de que se aplicaran los costes contenidos en su escrito, dando por cierto que son válidos ante cualquier actuación. Sin embargo, este argumento no puede compartirse: es evidente de que no es razonable esperar que los precios de cada circuito sean idénticos y que estos, como señala Telefónica, dependerán de otros factores. En todo caso, esta Comisión no considera que esta expectativa de terceros operadores suponga un perjuicio para Telefónica, pues en ningún caso prejuzga el análisis que, en los supuestos de discrepancia, debe realizar la CNMC sobre la razonabilidad de la solicitud de circuitos.

Asimismo, debe señalarse que el operador que solicita el circuito conoce el coste del proyecto y las actuaciones a realizar, por lo que, de mantenerse confidencial el resto de datos, solo ignoraría su desglose (partidas y unidades). Así lo pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, en el que, acertadamente, también razona que no se trata de costes de Telefónica, sino del operador que solicita el servicio porque será quien los asuma.

Ciertamente, el desglose de los costes de las actuaciones necesarias para la provisión del servicio es un dato del que el operador solicitante dispone cuando se trata de circuitos Ethernet porque la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas obliga a Telefónica a facilitar esa información[1].

[1] Apartado 3.1 del texto actual de la ORLA (página 12).

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

La resolución recurrida comparte el criterio de la ORLA en relación con los altos costes para circuitos Ethernet aunque el que es objeto del procedimiento es un circuito tradicional, porque entiende que es aplicable a estos efectos. La obligación de desglose de los diferentes componentes de coste se incluyó en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones relativa a la modificación de la Oferta de Referencia de Líneas Alquiladas de Telefónica de España, S.A.U., de fecha 7 de diciembre de 2010, en relación con las obligaciones impuesta a Telefónica para la provisión de los llamados "altos costes" en las peticiones de circuitos Ethernet. Su justificación es, precisamente, permitir al operador solicitante valorar su razonabilidad. Cuando Telefónica notifica al operador solicitante de un circuito Ethernet la existencia de una situación de alto coste, ha de tenerse en cuenta que si bien las actuaciones y trabajos necesarios para la provisión del circuito pueden ser de diferente naturaleza, la justificación de éstos debe permitir al operador solicitante evaluar los costes propuestos por Telefónica así como su razonabilidad.

Por este motivo, se exigió a Telefónica que detallase las tareas necesarias a desarrollar (desplegar fibra por conductos/subconductos existentes, necesidad de construcción nuevas canalizaciones involucrando obra civil, despliegue aéreo por postes existentes o por tendido aéreo, con construcción de nueva infraestructura con postes o despliegue por fachadas de edificios, etc.) y a continuación, para cada tarea, la distancia pendiente de tendido que debe desplegarse para la provisión del circuito. En el mismo sentido se expresa la Resolución de esta Comisión de fecha 23 de octubre de 2014, por la que se pone fin al conflicto de acceso interpuesto por BT España Compañía de Servicios Globales de Telecomunicaciones, S.A., contra Telefónica de España S.A.U sobre las condiciones de provisión de circuitos ORLA de alto coste.

Ciertamente, esta obligación de desglose no se prevé para circuitos convencionales, sino solamente para solicitudes de servicios sobre centrales abiertas al servicio de líneas alquiladas terminales Ethernet porque las situaciones de "alto coste" recogidas en la ORLA se refieren solo a la provisión de este tipo de servicios, en los que puede ponerse de manifiesto la necesidad de realizar una inversión considerable para construir la acometida de fibra en el domicilio del cliente.

Es decir, si, según la ORLA, para un circuito Ethernet el operador solicitante tiene derecho a acceder al desglose del coste de las actuaciones para valorar su razonabilidad, por el mismo motivo debería tener esa misma información cuando solicite un circuito convencional.

El acto recurrido no pretende extender la obligación de aportar la información desglosada en peticiones de circuitos Ethernet considerados de alto coste a los interfaces tradicionales. Tal y como señala Telefónica, la resolución de la CMT de fecha 11 de abril de 2013, relativa al mercado mayorista de líneas alquiladas troncales al por mayor, prevé que cuando Telefónica considere irrazonable el

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

suministro de una línea alquilada terminal prestada con interfaces tradicionales deberá solicitar la autorización (a la CNMC, actualmente) para variar las condiciones generales de suministro. Sin embargo, aunque no se prevea expresamente, ello no impide en que en el marco de dicho análisis se requiera información desglosada sobre los costes de suministro del circuito y se de traslado de la misma al operador solicitante en aplicación del principio de contradicción.

En parecidos términos éste señala en su escrito de alegaciones que no se impone expresamente el desglose de los costes en tecnología convencional porque la razonabilidad debe analizarse por la CNMC, y no por el solicitante, como en el caso de las líneas Ethernet, en las que, por el contrario, es éste quien realiza ese primer análisis de razonabilidad del coste trasladado.

El acto recurrido simplemente argumenta que, por el mismo motivo que en la solicitud de líneas Ethenet se exige un desglose de los costes para que el operador solicitante pueda valorar su razonabilidad, es procedente que, en las que se refiere a circuitos tradicionales, esa información también esté disponible para el peticionario, de manera que si se reconoce su carácter confidencial no podría realizar ese análisis de razonabilidad.

Mantener el carácter secreto de esa información impediría al operador valorar su solicitud y analizar los costes que Telefónica pretende trasladarle en el marco del procedimiento. Por lo tanto, si Telefónica entrega el desglose de los costes al operador solicitante de circuitos Ethernet sin que ello suponga vulnerar su secreto industrial o comercial, por el mismo motivo no lo infringe el hecho de que éste conozca los costes a trasladar cuando se trata de circuitos convencionales.

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

RESUELVE:

ÚNICO.- Estimar parcialmente el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U., contra la declaración de confidencialidad relativa a su escrito de fecha 16 de diciembre de 2015, sobre la falta de razonabilidad de la provisión de un circuito acordada en el procedimiento de referencia IRM/DTSA/2001/15, que se repone en el sentido de declarar confidencial, excepto para el operador que solicitó el circuito, la tabla de la página 3 del escrito de Telefónica que incluye el coste desglosado de las actuaciones requeridas para construir la nueva infraestructura de acometida de cliente necesaria para la provisión del circuito solicitado.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

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, Miguel Sánchez Blanco, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM