



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 16 de mayo de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA PETICIÓN DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A DE RETIRADA DE LA PÁGINA WEB DE ESTA COMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2001, POR LA QUE SE APRUEBA LA PROPUESTA DE SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A PARA EL EJERCICIO 2000.

En relación con la petición de Telefónica Móviles España, S.A. de retirada de la página web de esta Comisión de la Resolución de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprueba la propuesta de sistema de contabilidad de costes de Telefónica Móviles España, S.A. para el ejercicio 2000, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 17/02 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 16 de mayo de 2002, recaída en el expediente núm. A.J. 2002/6128.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante Resolución de fecha 20 de diciembre de 2001, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobó la Propuesta de Sistema de Contabilidad de Costes de Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) para el ejercicio 2000, adaptada a los Principios, Criterios y Condiciones necesarios para su correcto desarrollo, y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que previamente habían sido aprobados por esta Comisión mediante Resolución del 15 de julio de 1999.

SEGUNDO.- La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones procedió a la publicación en su pagina web de la Resolución de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprueba la propuesta de sistema de contabilidad de costes de TME para el ejercicio 2000.

TERCERO.- Con fecha 20 de febrero de 2002, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito de TME en el que, considerando lesiva para sus intereses, la publicación de la citada Resolución en la página web de esta Comisión, solicitaba la retirada de la misma en base a una serie de argumentos. En concreto, se alegaba por TME en dicho escrito, tanto el incumplimiento de la normativa sectorial de aplicación, como la producción de graves perjuicios para los intereses de esta compañía.

CUARTO.- Mediante escrito de 22 de febrero, esta Comisión notificó a TME, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJPAC) y dada su condición de interesado, que había quedado iniciado expediente administrativo para la resolución de la petición planteada por dicha entidad. Asimismo, se le ponía en conocimiento que, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, podía aducir las alegaciones y presentar los documentos u otros elementos de juicio que estimara pertinentes, de conformidad con el artículo 79 de la LRJPAC.

QUINTO.- No habiéndose presentado alegación o documento alguno por TME, los servicios de esta Comisión procedieron a elaborar la correspondiente propuesta de Resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel) y en el artículo 14 del Reglamento de Interconexión, es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la Autoridad administrativa competente para establecer los criterios y condiciones del sistema de contabilidad de costes al que habrán



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de ajustarse los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de operadores dominantes en el mercado, en relación con los precios de interconexión, así como para fijar el procedimiento para que, a solicitud de las partes interesadas, los citados criterios sean conocidos por éstas.

Por otro lado, y en virtud de los artículos 27 de la LGTel y 14.5 del Reglamento de Interconexión, corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comprobar que el sistema de contabilidad de costes adoptado por los operadores obligados se adapta a los criterios por ella establecidos.

SEGUNDO.- Cumplimiento de la normativa sectorial de aplicación

TME alega, en primer lugar, que con la reciente publicación en la pagina web de la totalidad del sistema de contabilidad de costes de TME, la CMT ha vulnerado el procedimiento establecido en la normativa de aplicación, en concreto, el artículo 14.6 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aprobado por Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio (en adelante, Reglamento de Interconexión), en virtud del cual *"la CMT pondrá a disposición de las partes interesadas, previa solicitud de estas, una descripción de los sistemas de contabilidad de costes aprobados y la información sobre los costes de cada ejercicio, presentada por los operadores obligados con un grado de agregación tal que permita conocer la relación entre los precios de interconexión ofertados y sus costes asociados y que sea compatible con la confidencialidad de la estrategia comercial."*

Para TME, en el caso presente no ha existido constancia de haber concurrido solicitud previa alguna de parte interesada y, en caso de haberlo hecho, debería de haberse puesto dicha Resolución a disposición de la parte solicitante, y no del publico en general que accede a la web de la CMT; por otro lado, se critica que se publique la totalidad del sistema, y no una descripción del mismo, tal y como señala el artículo 14.6 mencionado.

Esta Comisión rechaza de plano dichas alegaciones por los siguientes motivos.

En primer lugar, el artículo 14.6 del Reglamento de Interconexión tiene un objeto distinto al señalado por la operadora. En efecto, dicho artículo establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su función de puesta a disposición de los resultados de la Contabilidad de Costes presentados por los operadores dominantes, a las partes interesadas que lo soliciten, es la Autoridad administrativa competente para determinar qué partes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de dicha contabilidad de costes pueden afectar al secreto comercial o industrial por estar relacionados con la estrategia comercial de los mismos.

Así, y a título de ejemplo, debe recordarse que, en el caso particular de Telefónica de España, S.A.U., dicha función se llevó a cabo a través de la Resolución de esta Comisión de 5 de julio de 2001, sobre la declaración de confidencialidad de la Resolución sobre la verificación de los resultados de la contabilidad de costes presentados por la citada operadora, referidos al ejercicio 1999, de 22 de febrero de 2001. Mediante dicha Resolución se procedió a calificar la confidencialidad de parte de la información contenida en la Resolución de 22 de febrero de 2001, en la que la Comisión revisó y analizó los resultados obtenidos con la aplicación del Sistema de Contabilidad de Costes aprobado por ella, para dar cumplimiento al mandato legal que le atribuye realizar la verificación de su efectiva implantación por el operador obligado, del Sistema de Contabilidad de Costes conforme a los principios, criterios y condiciones aprobados por la Resolución de 15 de julio de 1999.

Por el contrario, la Resolución de 15 de junio de 2000, por la que el Consejo de esta Comisión aprobó la Propuesta de Sistema de Contabilidad de Costes de Telefónica de España, S.A.U., en la que se incluía una descripción del sistema de contabilidad de costes de la operadora, al no contener información confidencial, fue publicada en la página web de esta Comisión sin que la operadora interesada señalara cuestión alguna al respecto.

Lo mismo ha de aplicarse al caso que nos ocupa. En efecto, la Resolución de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprueba la propuesta de sistema de contabilidad de costes de Telefónica Móviles España, S.A. permite al regulador obtener los costes y márgenes de las diferentes actividades o servicios y facilitar información de los costes de los elementos de la red y de cómo son consumidos por los servicios, de manera que permita ver la orientación a costes de los servicios de interconexión. De cualquier modo, al igual que para Telefónica de España S.A.U., en su Resolución de 15 de junio de 2000, en la Resolución de 20 de diciembre de 2001, se incluye una descripción del sistema de costes de TME sin datos financieros y sin información tanto de la estructura interna de la empresa, de la estructura de red o suministradores, así como tampoco de los valores finales de asignación a los distintos servicios. El sistema de costes solo incluye los criterios de reparto, pero nunca los valores finales de dichos criterios de imputación.

Por todo lo anterior, ha de concluirse que no resulta de aplicación al caso presente, lo señalado en el artículo 14.6 del Reglamento de Interconexión.

Por el contrario, la publicación en la página web de esta Comisión responde al principio de transparencia y publicidad que rige la actuación de las Administraciones Públicas y, en concreto de la Comisión del Mercado de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Telecomunicaciones y constituye una manifestación del artículo 37 de la LRJPAC, *"los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud"*.

Este artículo consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a los expedientes tramitados por cualquier Administración Pública, una vez concluida dicha tramitación, en base al principio consagrado en el artículo 105. B) de la Constitución Española: *"La Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"*.

Se trata de un derecho no fundamental pero relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva que se configura, por un lado, como un principio de comportamiento de la Administración Pública y, por otro, como un derecho subjetivo de los ciudadanos. No obstante, este derecho está sujeto a una serie de límites. Así, el párrafo 5º del artículo 37 establece que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto de determinados expedientes, señalando en el punto d) *"los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial."*

No existe en el ordenamiento jurídico español ninguna regla específica sobre qué ha de considerarse confidencial en una Resolución como la aprobada por esta Comisión el 20 de diciembre de 2001. Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, partirían de la consideración de secretos de aquellos datos contenidos en un sistema de contabilidad de costes que el operador obligado reivindique como tal, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento y la aplicación del principio de proporcionalidad.

No obstante, ha de ponerse de manifiesto que TME, nunca solicitó, durante la tramitación del expediente que dio lugar a la Resolución de 20 de diciembre de 2001, la confidencialidad de la misma ni tan siquiera de los documentos aportados a dicho expediente. Asimismo, tal y como se señalará a continuación, en ningún caso la información contenida en la citada Resolución puede entenderse que afecta al secreto comercial o industrial de TME, por lo que la exclusión contenida en el artículo 37. 5 d) no le es de aplicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En consecuencia, si cabe que cualquier ciudadano pueda acudir a esta Comisión a fin de acceder al expediente que dio lugar a la Resolución de 20 de diciembre de 2001, no existe impedimento alguno a que esta Comisión acuerde su publicación en su página web, al amparo de lo establecido en la LRJPAC.

La LRJPAC prevé, a fin de que un acto administrativo sea conocido por sus destinatarios, tanto la notificación como la publicación de los mismos. En relación con la práctica de la publicación, el artículo 60 establece que *"Los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente"*.

En el caso que nos ocupa, la Comisión, ha procedido, tras notificar a la parte interesada, TME, la Resolución de 20 de diciembre de 2001, a publicarla en su página web al considerarla de interés público, habida cuenta la importancia que tiene para el sector el conocimiento del sistema de contabilidad de costes de los operadores dominantes.

En este sentido, la práctica llevada a cabo por esta Comisión ha sido confirmada por la recientemente aprobada Directiva relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de Acceso), la cual, en el artículo 13, relativo a las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes, señala en su párrafo 4ª :

"Al imponer un sistema de contabilidad de costes en apoyo a los controles de precios, las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que se ponga a disposición del público una descripción de dicho sistema, en la que se indiquen, como mínimo, las principales categorías en las que se agrupan los costes y las normas utilizadas para su reparto. Un organismo independiente cualificado comprobará la aplicación del sistema de contabilidad de costes. Se publicará, con periodicidad anual, una declaración relativa a dicha aplicación".

En consecuencia, la nueva normativa europea consagra de forma clara y evidente, la obligación de las autoridades nacionales de reglamentación de velar por la publicación del sistema de contabilidad de costes, a fin de que se tenga conocimiento en el sector de dicho sistema.

TERCERO.- Inexistencia de perjuicios para los intereses de TME.

La segunda de las alegaciones de TME se refiere a que la publicación de la totalidad del sistema de contabilidad de costes de TME perjudica los intereses de esta Compañía por diversos motivos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, la operadora señala que *"el conocimiento de la estructura de imputación de costes a todos los servicios, regulados (interconexión) y no regulados (resto), junto con la publicación obligatoria de cuentas anuales y la información necesaria para los accionistas, podría llevar a que especialistas en el mercado pudieran estimar, sin demasiado esfuerzo, las cuentas de resultados de cada uno de los servicios de TME, desvelando una información crítica para cualquier empresa, en tanto que constituye la base de su estrategia comercial. Esta vulneración permite a cualquier agente, bien sean empresas, operadores de telecomunicaciones, analistas, suministradores de hardware y software y prensa especializada, entre otros, acceder a una información extremadamente sensible que nunca conocería de no darse esta circunstancia"*.

Ante esta alegación ha de reiterarse lo señalado anteriormente, esto es, la Resolución de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprueba el sistema de contabilidad de costes de TME, no contiene datos financieros ni información ni de la estructura interna de la empresa, ni la estructura de red o de los suministradores, así como de los valores finales de asignación de los distintos servicios. El sistema de costes solo incluye los criterios de reparto, pero nunca los valores finales de dichos criterios de imputación.

Por otro lado, los datos necesarios para introducir en el sistema de costes no son los derivados de la información que cada operador ha de hacer pública de acuerdo con la normativa mercantil, sino la información de la contabilidad financiera desglosada que Telefónica Móviles proveerá específicamente a la CMT y que es la necesaria para obtener finalmente los precios de los servicios en última instancia. Por lo tanto, el conocimiento del modelo en sí sin los propios datos que sirven de entrada, no permiten obtener los precios de los servicios finales.

En consecuencia, no cabe alegar que exista un perjuicio derivado de su publicación, pues de la misma no se infieren datos confidenciales de la compañía cuya publicación pueda causarle daños irreparables.

En segundo lugar, TME alega que, *"en el Modelo de Contabilidad de Costes no se expone la descripción de una red teórica de telefonía móvil sino la descripción específica de la red de TME, con explicaciones exhaustivas de los sistemas y elementos de red y con la identificación, en algún caso, de los suministradores de los equipos y software, haciendo pública parte de la gestión de recursos internos de la empresa. La estructura de la red de cada operador viene determinada tanto por su evolución histórica en el mercado como por su decisión de proyección futura. Por ello, la descripción pormenorizada de estos recursos y la identificación de fabricantes desvela aspectos claves de la estrategia comercial en la prestación de sus servicios"*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ante esta alegación ha de señalarse que el sistema de contabilidad no incluye la descripción específica de la red de TME, sino que es un modelo genérico de red de operador móvil, de manera que en ningún momento se describe ni la estructura, ni la capacidad, ni los suministradores o posible evolución de la red y servicios de TME.

Por último, TME señala que la publicación del Modelo de Contabilidad de Costes, dos meses después de su aprobación en la Resolución de 20 de diciembre de 2001, *"llama la atención cuando el otro operador declarado dominante no tiene todavía un modelo aprobado. Queda patente, con ello, el tratamiento discriminatorio de un operador dominante frente a otro también declarado dominante, dándole sólo a uno la posibilidad de disponer de información de su modelo de costes, generando con ello un trato asimétrico"*

Ha de señalarse que no cabe alegar en modo alguno que exista un trato discriminatorio para TME, en relación al otro operador declarado dominante, habida cuenta que, como se ha señalado al comienzo de este escrito, esta Comisión ha procedido a la publicación de la citada Resolución en virtud de los principios de transparencia y publicidad que rigen la actuación de las Administraciones Públicas. En consecuencia, una vez se apruebe el sistema de contabilidad de costes del otro operador declarado dominante, se procederá a la publicidad de la Resolución que la apruebe. De cualquier modo, Airtel Móvil S.A., declarado operador dominante, había presentado ya a esta Comisión su propuesta de sistema de contabilidad de costes con fecha 3 de mayo de 2001, y, por tanto, antes de la publicación en la página web de esta Comisión de la Resolución de 20 de diciembre de 2001.

En todo caso, esta Comisión no comprende la razón por la que TME indica que el conocimiento de un modelo de costes puede representar un trato discriminatorio, ya que en sí, la propia TME conocía el modelo de Telefónica de España S.A.U., y cualquier otro operador, fijo o móvil, que en un futuro sea declarado operador dominante, conocerá los sistemas de contabilidad previamente publicados.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

ÚNICO.- No admitir la petición de Telefónica Móviles España, S.A. de retirada de la página web de esta Comisión de la Resolución de 20 de diciembre de 2001, por la que se aprueba la propuesta de sistema de contabilidad de costes de Telefónica Móviles España, S.A. para el ejercicio 2000.



COMISION 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, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^º Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes