



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 12/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 3 de abril de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA SOLICITUD DE ACCESO FORMULADA POR AVANCES EN TELEFONIA, S.L. A LOS EXPEDIENTES RO 2002/7769 Y RO 2002/7942 (AJ 2008/1).

En relación con la solicitud de acceso formulada por la entidad Avances en Telefonía, S.L. a los expedientes RO 2002/7769 relativo a una información previa iniciada por esta Comisión con objeto de identificar si existían problemas en el encaminamiento de llamadas desde tarjetas prepago Movistar Activa a numeración de tarificación adicional y al expediente RO 2002/7942 en el marco del que se aprobó la Resolución de fecha 16 de enero de 2003 sobre el conflicto de acceso suscitado entre Avances en Telefonía, S.L. y Telefónica Móviles España, S.A.U. relativo a la restricción de acceso a determinados números 906 de red inteligente de Telefónica de España, S.A.U., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 12/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

Primero.- Mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 2 de enero de 2008, Don Juan Luis Lozano de Arnilla García, en nombre y representación de la entidad Avances en Telefonía, S.L. (en adelante, AET) solicita que, por ser necesario para la defensa de sus intereses y constar como entidad interesada en los expedientes RO 2002/7769 y RO 2002/7942, se le facilite el acceso a los mismos mediante la obtención de una copia íntegra de aquéllos adjuntando, asimismo, un índice de los documentos que lo componen.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada por AET, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la legislación sectorial de aplicación, y con arreglo a las previsiones de la LRJPAC, procedió a la incoación e instrucción del correspondiente procedimiento administrativo.

Dicho trámite de inicio del correspondiente procedimiento administrativo fue comunicado a AET y al resto de los interesados mediante escritos de fecha de salida de esta Comisión de 11 de enero de 2008.

Tercero.- Con fecha 1 de febrero de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante, TME) en el que solicita que en virtud de su relevancia como secreto comercial o empresarial se considere confidencial el informe anexo al escrito presentado en el Registro de esta Comisión con fecha 27 de noviembre de 2002 en el marco del expediente RO 2002/7942¹.

Manifiesta que el citado informe de referencia IF-020-08-2001 se refiere a determinados números 906, además del 906 42 27 69 y que viene a describir concretamente los mecanismos antifraude internos de su compañía que permitían detectar la actividad de carácter fraudulento, así como los datos económicos (número de llamadas, duración de las mismas y los costes de uso de red e interconexión para Telefónica Móviles España, S.A.).

Por lo anterior considera que el documento de continua referencia, de carácter interno, afecta al secreto comercial e industrial de TME *“por lo que no debe permitirse el acceso a terceros, en cuanto que el mismo define y permite, por tanto, conocer los mecanismos internos de defensa de la Compañía frente a dichas actividades irregulares puesto que indica la casuística de activación de tarjetas Activa detectada en determinados distribuidores”*.

Cuarto.- Con fecha 14 de febrero de 2008, el Secretario de esta Comisión comunicó a los interesados el inicio del trámite de audiencia, confiriéndoles un plazo de diez días para que presentasen las alegaciones y documentos que tuvieran por conveniente, trámite en el que los interesados no presentaron alegación ni documento alguno.

¹ Contrariamente a lo manifestado por TME, el citado informe no obra en el expediente RO 2002/7942 sino en el RO 2002/7769.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. CALIFICACIÓN DEL ESCRITO PRESENTADO POR AET.

La solicitud de AET puede entenderse realizada en virtud de los artículos 35.h) y 37 de la LRJPAC, preceptos en los que se reconoce a los ciudadanos el derecho de acceso a los registros y procedimientos terminados de las Administraciones Públicas, en los términos que están previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE). Es preciso poner de manifiesto que tanto el precepto constitucional como la LRJPAC han pretendido otorgar un carácter abierto al citado derecho, desvinculándose esta última de la Ley de Procedimiento Administrativo precedente a la actual, esto es la de 1958, que solamente reconocía el derecho de acceso a aquéllos que tuvieran la condición de interesados.

Analizados los documentos procede señalar que si bien el expediente RO 2002/7942 corresponde a un procedimiento administrativo finalizado en la fecha de la solicitud de acceso, encontrándose en consecuencia contemplada dicha solicitud en el artículo 37 de la LRJPAC, en lo que respecta al expediente RO 2002/7769, *a priori* no cabría concluir lo mismo, al concernir dicho expediente a un periodo de información previa iniciado con anterioridad a la apertura de un procedimiento administrativo.

Tal y como establece el artículo 37.1 de la LRJPAC, los ciudadanos tienen derecho a acceder a los archivos y a los documentos que formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos *“siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”*. Pues bien, en relación con lo establecido en dicho artículo es preciso recordar que el periodo de información previa no constituye un procedimiento administrativo en sí mismo. A tales efectos procede traer a colación las consideraciones realizadas en una Resolución aprobada recientemente por el Consejo de esta Comisión²:

“Dada la escasa regulación existente sobre el período de información previa, no se distingue a priori cuál es la naturaleza del mismo.... De los términos literales del artículo 69.2 de la LRJPAC parece únicamente desprenderse que se trata de un “período” y no propiamente de un procedimiento administrativo, siendo precisamente su objeto decidir sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura del mismo.

² Resolución aprobada por el Consejo de esta Comisión de fecha 10 de enero de 2008 por la que se resuelve el recurso potestativo de reposición interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios contra el escrito del Secretario de la Comisión de fecha 24 de julio de 2007, por el que se archiva la denuncia presentada por aquélla por la subida de la cuota de establecimiento de llamada por parte de los operadores móviles (AJ 2007/990).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe a tal efecto estarse a lo dispuesto por la Jurisprudencia recaída en relación con dicho instrumento, debiendo destacarse lo señalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 (RJ 2006/1668) en relación con un período de información previa abierto en la Comisión:

“...Pues bien, no puede entenderse que la resolución de 11 de mayo de 2001 de la CMT abriera un procedimiento en sentido estricto, sometido a un plazo de duración determinado y a la subsiguiente caducidad, sino un período informativo en el sentido del artículo 69 que podría dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención”. [El subrayado es nuestro].

Se pronunciaba en los mismos términos la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 1983 (RJ 1983/4030).

Además de haberse afirmado expresamente por la Jurisprudencia, las razones que confirman que el período de información previa no constituye un procedimiento administrativo, son:

- La inexistencia de la obligación de comunicar la apertura del período de información previa, tal y como se desprende de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983 mencionada anteriormente.

Durante el período de información previa a un procedimiento sancionador computa el plazo de prescripción de la presunta infracción (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1985 -RJ 1985/502).

Durante el período de información previa no computa el plazo de caducidad del procedimiento de oficio (véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2002).

De igual modo se pronunciaba el Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 7 de marzo de 2006 enunciada anteriormente.

- No es necesario dar audiencia al denunciado durante el período de información previa (véase la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 1992 -RJ 1992/7748-).
- No ha de prejuzgarse el fondo del asunto (el contenido de los hechos denunciados ha de ser investigado en el procedimiento) (véanse las Sentencias de fecha 17 de diciembre de 1997 -RJ 1997/8814- y 17 de mayo de 1999 -RJ 1999-4880-).
- No se puede aprobar una Resolución sancionadora poniendo fin a un período de información previa, sin iniciar el procedimiento sancionador (véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de febrero de 1999 -RJCA 1999/2050-).”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sin embargo, si bien en principio el periodo de información previa, por no constituir un procedimiento administrativo *strictu sensu*, no se encontraría contemplado en el supuesto establecido en el artículo 37 de la LRJPAC, en lo que concierne al presente procedimiento es preciso poner de manifiesto que uno de los documentos que se tomaron principalmente en consideración para adoptar la Resolución que puso fin al procedimiento administrativo correspondiente al expediente RO 2002/7942, fue un escrito de alegaciones presentado por la entidad TME en el marco del citado periodo de información previa.

Por lo anterior y sin perjuicio de las excepciones al acceso que resulten pertinentes en aplicación del apartado 5º del artículo 37 de la LRJPAC, esta Comisión incumpliría el principio de transparencia al que debe someter su actuación si no permitiera el acceso a los documentos que le han servido de base para adoptar la Resolución de fecha 16 de enero de 2003 procediendo en consecuencia otorgar el acceso a ambos expedientes, esto es, al RO 2002/7769 y al RO 2002/7942.

SEGUNDO. NORMATIVA SOBRE ACCESO A ARCHIVOS Y REGISTROS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

El fundamento del derecho de acceso a archivos y registros establecido en la LRJPAC lo encontramos en el artículo 105.b) de la CE. Dicho artículo constituye no sólo un mandato constitucional, sino también un auténtico derecho, de manera que cualquier actuación de los poderes públicos debe estar dirigida a favorecer la efectividad del derecho reconocido en el citado artículo.

La solicitud de acceso de AET a los expedientes RO 2002/7769 y RO 2002/7942, puede entenderse realizada en virtud de los artículos 35 letra h) y 37 de la LRJPAC, por lo que, dichos preceptos y el artículo 105 de la Constitución, determinan el régimen jurídico básico aplicable al presente procedimiento y en su virtud esta Comisión adopta el presente acuerdo.

Procede señalar que, ni el artículo 37 ni el 38 de la LRJPC establecen qué debe entenderse por registro o documento administrativo, lo que conduce a considerar como tales, a los efectos de la LRJPAC, a los registros o documentos que tengan su origen o dependan de la Administración Pública entendida tal y como establece el artículo 2 de la LRJPAC.

En la LRJPAC se articulan dos sistemas diferentes de publicidad de la actuación administrativa respecto de los particulares, de un lado la personación en el procedimiento en concepto de interesado (artículo 31 y 35.a)) y, de otro lado, el acceso a los archivos y registros de los ciudadanos (artículos 35.h) y 37). Cada uno de los sistemas normalizados está sometido a unos determinados requisitos, diferentes entre sí.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que respecta a la normativa sobre acceso a archivos y registros de las Administraciones Públicas aplicable a la cuestión planteada, cabe decir que el artículo 35, letra h) de la LRJPAC reconoce a los ciudadanos el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, en los términos que están previstos en la Constitución y la legislación vigente. Tales términos son precisados por el artículo 37 de la LRJPAC, que dispone lo siguiente:

“1. 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.

[...]

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del Derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

[...]

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes: [...]

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial [...]”

Por ello, el derecho de acceso al expediente que solicita AET está sometido a las siguientes condiciones:

- a) Los procedimientos deben estar terminados a la fecha de la solicitud.
- b) Al contener los expedientes respecto a los cuales se solicita el acceso, documentos de carácter nominativo, debe ser acreditado un interés legítimo y directo.
- c) Existe la posibilidad de limitación del acceso en determinados supuestos establecidos en la Ley, entre otros, y a los efectos que interesan en el presente procedimiento, cuando el documento contenga materia protegida por el secreto comercial o industrial.

Pues bien, las citadas condiciones concurren en el presente procedimiento por cuanto, ambos expedientes se encuentran finalizados en la fecha de la solicitud; la entidad que solicita el acceso ha acreditado un interés legítimo y directo al constar como entidad que tuvo la condición de interesada en el procedimiento administrativo originario de ambos expedientes y, de acuerdo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

con lo que se establecerá a continuación, existe la posibilidad de limitar el derecho de acceso en atención a la posible vulneración del secreto comercial o industrial al que tienen derecho otras entidades interesadas.

TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECRETO COMERCIAL E INDUSTRIAL.

El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como todos los derechos, no tiene un valor absoluto y es por ello que la Ley ha establecido ciertos límites al mismo, como lo hace la propia Constitución en el artículo 105.b), límites que han sido establecidos con carácter excepcional para evitar el vaciamiento de contenido del citado derecho.

Respecto al límite que se ha de valorar en la presente Resolución, esto es el secreto comercial e industrial configurado en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC, esta Comisión se ha pronunciado a propósito del acceso a sus archivos y registros en diversas Resoluciones³ en las cuales se afirma lo siguiente:

“(...) el principio de transparencia en la actuación de la Administración tiene su límite en el respeto al secreto comercial o industrial de las empresas. Sin embargo, no existe en el Ordenamiento Jurídico español una normativa que expresamente identifique cuáles son los datos o informaciones que pueden quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y, por tanto, que sirva para identificar los documentos que pueden ser declarados confidenciales.

Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un documento, que las partes del mismo reivindicuen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento con la aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo

³ 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; 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.; 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.; Resolución de fecha 3 de marzo de 2005 relativa al escrito presentado por Auna Telecomunicaciones, S.A. solicitando el acceso al expediente sobre el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2002 propuesto por Telefónica de España, S.A.U. y la Resolución de fecha 28 de julio de 2005 relativa a la solicitud de acceso de Conduit Europe, S.A. a los expedientes: OM 2003/525 relativo a determinadas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U. en el suministro de datos de sus abonados para la prestación de dichos servicios de directorios de abonados y MTZ 2000/3671 en relación con las solicitudes de intervención de Sonera Corporation y Telegate España, S.A. sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de Telefónica de España, S.A.U.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma.”

Por otro lado y dado que no existe en el ordenamiento jurídico español, una normativa que especifique de una manera exhaustiva la información que está protegida por el secreto comercial o industrial, ni una normativa que especifique el contenido de estos conceptos, procede hacer referencia a las definiciones contenidas sobre dichos conceptos en la Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo (en adelante, la Comunicación)⁴, publicada el día 22 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La Comisión establece en el punto 3.2.1 de la citada Comunicación que:

“Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (3). Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos 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”.

Asimismo, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 29 de mayo de 1995 recaído en el recurso nº 533/94, en relación con qué datos o documentos deben ser considerados confidenciales en el marco del procedimiento contencioso-administrativo ha manifestado lo siguiente:

“¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideren confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)? Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales, han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la

⁴ El término “acceso al expediente” se utiliza en la Comunicación exclusivamente para designar el acceso concedido a las personas, empresas y asociaciones de empresas a las que la Comisión ha enviado un pliego de cargos en calidad de destinatarias.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

representación procesal de los recurrentes en Súplica. Pues bien, aunque los recurrentes en Súplica no indicaron (ni ahora indican) los motivos concretos e individualizados por los que cada uno de los documentos aportados y que constituyen la denominada pieza confidencial deben estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que ampara a todas las partes del proceso ha analizado detalladamente todos los documentos que el Director General de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) indicó como documentos confidenciales al remitir a esta Sala el expediente administrativo, (folios ...) y resulta que ninguno de los documentos examinados, -en este caso concreto- pueden considerarse desde la jurisdicción revisora, documentos confidenciales al extremo de que sean sustraídos al análisis de los demandantes a los efectos de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda.”

Por tanto, al tratar la confidencialidad nos encontramos con conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido habrá de concretarse por la Administración en cuyos archivos obre la documentación, valorando de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento, el beneficio que se causa dando acceso al mismo y el perjuicio que este conocimiento puede operar en el titular de la información.

Siguiendo los criterios del régimen jurídico expresado, esta Comisión ha de resolver sobre la confidencialidad de los documentos que forman parte de los expedientes en cuestión.

CUARTO. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES PARA DECIDIR SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DEL CONTENIDO DE LOS DOCUMENTOS SOBRE LOS QUE SE PRETENDE EJERCER EL DERECHO DE ACCESO.

Cuestión indudablemente relacionada con el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración es la configuración de la confidencialidad de los documentos cuyo acceso se solicita. La norma 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.

En este sentido, la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”.

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en sus archivos, concretamente sobre los que aquí se pretende el derecho de acceso, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíban que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos. Esta potestad puede ser igualmente ejercida de oficio por esta Comisión, al señalar tanto el artículo 9 de la LGTel como el artículo 21.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, genéricamente, que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

En orden al cumplimiento de esta disposición, la Comisión habrá de apreciar los presupuestos de hecho de este supuesto a fin de decidir si concurren los caracteres propios del secreto comercial e industrial.

QUINTO.- CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DE LOS EXPEDIENTES RO 2002/7769 Y RO 2002/7942.

Procede examinar el contenido de los diferentes documentos de los dos expedientes y comprobar así si están protegidos por el secreto comercial e industrial que ampara la confidencialidad de documentos según contiene el artículo 37.5 de la LRJPAC.

A efectos de lo señalado en el párrafo anterior, procede hacer una breve mención al objeto de cada uno de los expedientes respecto de los que se solicita el acceso.

El expediente RO 2002/7769 constituye un periodo de información previa que tiene como origen una denuncia presentada por AET de fecha 22 de octubre de 2002 en la que se ponía de manifiesto que desde tarjetas prepago Movistar se estaba impidiendo acceder a dos de sus líneas, en concreto a los números 906 51 35 92 y 906 42 27 69.

Por su parte, el expediente RO 2002/7942 constituye un procedimiento administrativo que tiene como origen el periodo de información previa referido en el párrafo anterior y cuyo objeto consistía en identificar si verdaderamente existían problemas en el encaminamiento de llamadas desde tarjetas prepago Movistar Activa a determinada numeración de tarificación adicional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los documentos que forman ambos expedientes constituyen notificaciones realizadas en el seno del procedimiento por esta Comisión por las que se requiere determinada información a las entidades interesadas, se les comunica la apertura del procedimiento administrativo de referencia o se le remite el informe elaborado por los Servicios de esta Comisión en el trámite de audiencia. Asimismo constan dos escritos de alegaciones remitidos respectivamente por TME y TESAU y por último, la Resolución aprobada por esta Comisión que puso fin al procedimiento administrativo que se corresponde con el expediente RO 2002/7942.

Pues bien, analizados los citados documentos procede poner de manifiesto lo siguiente:

1º.- Con carácter general procede señalar que los documentos que contienen los expedientes carecen de carácter confidencial por cuanto, bien las informaciones contenidas en ellos no son susceptibles de revelar estrategia comercial o industrial alguna de los operadores interesados, o bien se trata de meros actos de trámite realizados por esta Comisión. Así, en la necesaria ponderación a realizar entre los intereses de las partes en los procedimientos que aportaron datos cuya posible confidencialidad está siendo analizada y los del solicitante de acceso, en atención al principio de proporcionalidad cabe concluir que deben predominar estos últimos permitiéndose, por tanto, el acceso a los mismos.

2º.- No obstante, existe un documento dentro del expediente que debe ser tenido como confidencial al que, por tanto, no podrá tener acceso el solicitante.

El citado documento respecto del que procede seguir manteniendo la confidencialidad es el informe de referencia IF-020-08-2001 presentado por TME en el Registro de esta Comisión con fecha 27 de noviembre de 2002, en contestación al requerimiento de información relativo a si se había producido una restricción de las llamadas entrantes provenientes de tarjetas prepago Movistar Activa al número de red inteligente 906 42 27 69.

Tal y como se señaló anteriormente y coincidiendo con las alegaciones de TME, dicho informe constituye un documento que describe los mecanismos antifraude internos de la Compañía.

Permitir el acceso a dicho informe podría hacer peligrar los mecanismos de los que dispone TME para detectar las conductas mencionadas, conllevando en consecuencia la ineficacia de dichos procedimientos.

Por tanto, de la ponderación que debe realizarse entre el beneficio que obtendría la entidad solicitante mediante el acceso a dicho informe, respecto al perjuicio que dicho acceso podría ocasionar, debe prevalecer el segundo de ellos, al ser éste mucho mayor por el previsible aumento de conductas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

irregulares que podría generar el conocimiento de los procedimientos establecidos para evitar las mismas.

En virtud del análisis expuesto cabe concluir que procede permitir el acceso a todos los documentos que forman ambos expedientes a excepción del informe de referencia IF-020-08-2001 remitido por TME a esta Comisión con fecha 27 de noviembre de 2002.

Vistos los antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente la solicitud de la entidad Avances en Telefonía, S.L. de acceder a los expedientes: RO 2002/7769 relativo a una información previa iniciada por esta Comisión con objeto de identificar si existían problemas en el encaminamiento de llamadas desde tarjetas prepago Movistar Activa a numeración de tarificación adicional y, al expediente RO 2002/7942 relativo al conflicto de acceso entre Avances en Telefonía, S.L. y Telefónica Móviles España, S.A.U. relativo a la restricción de acceso a determinados números 906 de red inteligente de Telefónica de España, S.A.U, al considerar que los documentos que contienen los expedientes, salvo al que se hace referencia en el Resuelve Segundo, no incurren en secreto comercial o industrial y que, por tanto no han de ser declarados confidenciales.

SEGUNDO. Declarar la confidencialidad del informe de referencia IF-020-08-2001 presentado por Telefónica Móviles España, S.A.U. en el Registro de esta Comisión con fecha 27 de noviembre de 2002.

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, 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 48.17 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera