



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 8 de agosto de 2002, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE RETEVISIÓN MÓVIL, S.A. RELATIVA AL ACCESO AL ACUERDO DE SUMINISTRO PROVISIONAL DE INFRAESTRUCTURAS SUSCRITOS ENTRE XFERA MÓVILES, S.A. Y AIRTEL MÓVIL, S.A.

En relación con la solicitud de Retevisión Móvil, S.A. relativa al acceso al Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras suscrito entre Xfera Móviles, S.A. y Airtel Móvil, S.A., el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 29/02, la siguiente Resolución:

Resolución de 8 de agosto de 2001, recaída en el expediente núm. A.J. 2002/6691.

HECHOS

PRIMERO. Mediante Orden de 10 de noviembre de 1999 se aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tercera generación. El citado concurso fue resuelto por Orden de 10 de marzo de 2000, otorgándose las cuatro Licencias Individuales de tipo B2 a Telefónica Servicios Móviles, Sociedad Anónima, Airtel Móvil, Sociedad Anónima, Retevisión Móvil, Sociedad Anónima y Xfera Móviles, Sociedad Anónima.

SEGUNDO. Mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2001, el Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) requirió a Airtel Móvil, S.A. (en adelante, AIRTEL) la remisión del acuerdo supuestamente alcanzado con Xfera Móviles, S.A. (en adelante, XFERA) que posibilitaría a esta última entidad prestar servicios de telefonía móvil automática de ámbito nacional utilizando la infraestructura soporte de acceso radio de AIRTEL. Dicho requerimiento de información fue reiterado mediante escrito de fecha 18 de junio de 2001, de modo que el acuerdo debería remitirse en el plazo máximo de cinco días a partir del día siguiente a la conclusión del mismo por ambas entidades. En fecha 13 de agosto de 2001, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de AIRTEL mediante el cual se remitió copia del Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red suscrito entre AIRTEL y XFERA el día 8 de agosto de 2001. En dicho escrito se solicitaba la confidencialidad de la integridad del Acuerdo y Anexos.

TERCERO. Mediante escrito de fecha 25 de abril de 2002, con entrada en el Registro de esta Comisión el día 29 del mismo mes y año, Retevisión Móvil, S.A. (en adelante, AMENA) solicitó que se procediera a darle acceso al Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras (ASPIR) suscrito entre XFERA y AIRTEL por las siguientes razones:

- interés legítimo por conocer las condiciones pactadas máxime teniendo en cuenta que AMENA también firmó un ASPIR con AIRTEL y la posición de AMENA podría verse comprometida si las condiciones pactadas con XFERA resultan sustancialmente más ventajosas ya que no haría más que ponerse de manifiesto que las aplicadas a AMENA resultaron abusivas y anticompetitivas
- interés legítimo en alcanzar acuerdos análogos por lo que resulta fundamental conocer la posible existencia de condiciones pactadas entre XFERA y AIRTEL que impidieran a AMENA competir en este segmento de mercado

Asimismo, AMENA señala que resulta trasladable a su petición el criterio mantenido por esta Comisión en sus Resoluciones de 14 de junio de 2001 por las que se permitía el acceso a XFERA de los ASPIR suscritos entre AMENA y AIRTEL y Telefónica Móviles sujeto a la siguiente motivación (i) el procedimiento debería estar terminado, (ii) AMENA resulta ser una parte legítimamente interesada en el expediente, no sólo un ciudadano y (iii) sólo afectan al secreto comercial o industrial el anexo técnico y los aspectos geográficos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO. A través de sendos escritos de esta Comisión de fecha 6 de mayo de 2002, se comunicó a los interesados el inicio del procedimiento correspondiente, requiriendo a AIRTEL y XFERA para que en el plazo de 10 días especificaran qué partes del citado ASPIR consideraban confidenciales.

QUINTO. Con fecha 17 de mayo de 2002 tuvo entrada en el Registro General de esta Comisión escrito de XFERA por el que considerando el carácter confidencial del ASPIR en su totalidad, se denegara el acceso de AMENA a dicho acuerdo.

SEXTO. Debido a la imposibilidad de presentar solicitud de confidencialidad y alegaciones, AIRTEL solicitó una ampliación del plazo inicialmente concedido a dicha entidad mediante escrito de 17 de mayo de 2002. Con escrito de esta Comisión de 20 de mayo de 2002 se comunicó a AIRTEL la concesión de la ampliación del plazo hasta un máximo de 5 días más.

SÉPTIMO. Con fecha 30 de mayo de 2002 tuvo entrada en esta Comisión, escrito remitido por Correos el día 27 del mismo mes y año por AIRTEL solicitando que se acuerde (i) desestimar la solicitud de AMENA de que se ponga a su disposición el ASPIR entre AIRTEL y XFERA y (ii) solicitar a AMENA que aporte información sobre las ofertas y negociaciones que haya mantenido con XFERA con carácter previo y posterior a la firma del ASPIR entre AIRTEL y XFERA, aportando tales propuestas al expediente; todo ello en base a las siguientes alegaciones:

- El ASPIR suscrito entre XFERA y AIRTEL es confidencial en su integridad al contener información comercial y estratégicamente sensible para los intereses de AIRTEL
- La CMT sólo puede utilizar la información obtenida para los fines para los que fue solicitada
- El ASPIR no es un acuerdo de interconexión por lo que las normas de la legislación sectorial sobre publicidad de los acuerdos de interconexión que celebren los operadores de telecomunicaciones no le son de aplicación, aunque sí pueden servir de referencia como límite mínimo de las garantías de su publicidad
- Sobre la solicitud de AMENA de acceso, manifiesta AIRTEL que los artículos 35 y 37 de la LRJPAC no son el vehículo adecuado para la tramitación de este tipo de solicitud, que el ASPIR solicitado no forma parte de un expediente administrativo terminado, que los intereses alegados por AMENA no la legitiman para obtener copia del ASPIR, que el documento solicitado está protegido por el secreto comercial o industrial y que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión debe apreciar la confidencialidad del documento solicitado rigiéndose por un juicio de proporcionalidad

- Existen las siguientes diferencias entre la solicitud de AMENA y el precedente de las Resoluciones de 14 de junio de 2001: el ASPIR ahora solicitado no forma parte de un procedimiento terminado y aún no ha desplegado sus efectos

OCTAVO. Una vez iniciado e instruido el procedimiento, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 9 de julio de 2002, se puso de manifiesto el expediente a las entidades interesadas para que, de conformidad con lo establecido 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 y en el plazo máximo de diez días, pudieran alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimaran pertinente.

NOVENO. Finalizado el plazo legalmente establecido para el trámite de audiencia, la entidad AMENA ha presentado alegaciones al expediente tramitado mediante escrito de 24 de julio que tuvo entrada al día siguiente, en los siguientes términos:

- Que compartiendo con la Comisión la aseveración de que el otorgamiento de confidencialidad no es automático y que debe ser valorado motivadamente en cada caso, también entiende AMENA que en aplicación del artículo 3.1 de la LRJPAC, todo interesado que solicita la confidencialidad de la documentación que aporta debe tener conocimiento de las circunstancias bajo las que la misma va a ser accesible a terceros interesados.
- Que a partir de los criterios generales establecidos por esta Comisión (procedimiento concluido, ser parte legítimamente interesada en el expediente y no afectar al secreto comercial o industrial de alguna de las partes) en sus Resoluciones de 14 de junio de 2001, cabe deducir una total analogía entre la situación planteada en las mismas y la situación del presente expediente.
- Que los criterios para determinar la legitimidad de Xfera de acceder al ASPIR no pueden modificarse para no vulnerar el principio de confianza legítima
- Que el documento podría poner de manifiesto los altos costes incurridos por AMENA para acceder al ASPIR firmado en su día con AIRTEL, que han tenido un efecto perjudicial en el Ebitda de la compañía y que sigue desplegando sus efectos en el Ebitda acumulado de AMENA a fecha actual. Que sus efectos anticompetitivos sólo pueden ser apreciados por el operador afectado y se acreditan *a posteriori* utilizando como elemento comparativo el ASPIR solicitado.
- Que otra pretensión de AMENA es poder realizar una oferta de servicios competitiva que no pueda ser rechazada por causas ajenas a las condiciones negociadas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la circunstancia de que el ASPIR solicitado no haya comenzado a tener efectos prácticos supone un efecto menor sobre las partes implicadas, evita los posibles efectos anticompetitivos que su ejecutividad pudiera comportar y da posibilidades reales de planteamiento de nuevas ofertas de suministro de infraestructuras a Xfera que irán en su propio beneficio.
- Que respecto a la solicitud efectuada por AIRTEL, AMENA se remite a lo señalado por esta Comisión.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Régimen jurídico del acceso solicitado.

La solicitud presentada por AMENA en fecha 29 de abril de 2002 se encuadra en el régimen jurídico establecido para el acceso a archivos y registros administrativos por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC). Ello, habida cuenta que el acceso al documento que se pretende, formando parte de un expediente, obra en los archivos administrativos de esta Comisión. Al respecto es preciso destacar que el único documento que se puede incluir en la solicitud formulada por AMENA es la copia remitida por AIRTEL el día 13 de agosto de 2001.

El artículo 37.5 de la LRJPAC establece una serie de supuestos en los que el derecho de acceso no podrá ser ejercido. Entre ellos figura el siguiente:

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

SEGUNDO. 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.

Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la declaración de confidencialidad de los documentos sobre los que se pretende el derecho de acceso (como éste es el caso), a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíben que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los indicados documentos. Así resulta del propio artículo 37.4 de la LRJPAC y del artículo 1.Uno de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones (en adelante, Ley 12/1997).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, para el presente caso, resulta aplicable la nueva Disposición Adicional Duodécima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al establecer que

“Las entidades que aporten a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 cualesquiera personas o entidades que no sean la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Ministerio de Economía o el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Dicha Comisión 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 pro la confidencialidad.”

Cuestión indudablemente relacionada con el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración regulado en el artículo 37 de la LRJPAC 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 divulgue su contenido el reconocimiento de dicha confidencialidad, y, además, 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.

Se trata, además, de una actividad que conecta directamente con el objeto de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado (art.1.Dos.1 de la Ley 12/1997), pues el conocimiento, por los operadores de la competencia, de información que pudiera afectar a la estrategia comercial que una empresa se propone desarrollar podría incidir en el mercado, no precisamente abriéndolo, sino restringiendo el nivel de competencia en el mismo.

Por otra parte, es esa vinculación que hay entre la labor de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en la declaración de confidencialidad de los documentos que se le presentan y el objeto de la misma definido en la Ley 12/1997, lo que justifica que, como se ha dicho, la Comisión despliegue tal labor no sólo a solicitud del interesado sino también de oficio.

En orden al cumplimiento de la citada Disposición Adicional Duodécima de la LGTel, la Comisión ha de apreciar los presupuestos de hecho a fin de decidir si concurren los caracteres propios del secreto comercial e industrial, según lo expresado anteriormente (indicaciones estratégicas sobre intereses



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comerciales, sobre la marcha o desarrollo de los negocios, o sobre la estrategia de mercado; información sobre relaciones comerciales o los componentes de los costes).

En consecuencia, cabe concluir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ostenta habilitación competencial para resolver motivadamente sobre el ejercicio del derecho de acceso a sus archivos y registros, tal y como se deriva del artículo 37.4 de la LRJPAC, el artículo 1.Uno. de la Ley 12/1997 y, especialmente, la Disposición Adicional Duodécima de la LGTel, como queda dicho.

TERCERO . Procedimiento para la identificación de la documentación que puede afectar al secreto comercial o industrial.

No existe en el ordenamiento jurídico español una norma que regule de forma directa y exhaustiva el llamado secreto comercial o industrial. El mencionado concepto jurídico viene contemplado básicamente, dentro del ordenamiento jurídico español, por el artículo 32 del Código de Comercio y por las leyes 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. En relación con el concepto de secreto comercial o industrial aplicado al ámbito de las telecomunicaciones, podríamos remitirnos -de forma analógica- al ejemplo que utiliza el artículo 20 de la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, que incluye dentro de las materias protegidas por el secreto profesional, la información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas. En el mismo sentido, el artículo 5.1 de la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998, que establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplir sus titulares, incluye dentro del concepto de información amparada por el secreto profesional, en particular, información sobre empresas y sobre las relaciones comerciales o los componentes de los costes de las mismas.

Asimismo, con objeto de identificar las características que pueden definir la información que debe ser tratada como confidencial por afectar al secreto comercial o industrial de las empresas, resulta de interés la Comunicación de la Comisión Europea de 23 de enero de 1997, 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 85 y 86 del Tratado CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, que desarrolla la práctica de ésta sobre la información confidencial. Al respecto, la Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación, que *“constituyen secretos comerciales las informaciones*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

(documentos o partes de documentos) respecto de los cuales una empresa ha reivindicado el mantenimiento del “secreto comercial” y que la Comisión reconoce como tal”. Asimismo, continua manifestando que “la no comunicabilidad de estas informaciones tiene por objeto garantizar la protección del legítimo interés de una empresa de que determinadas indicaciones estratégicas sobre sus intereses esenciales y sobre la marcha o el desarrollo de sus negocios no sean conocidos por terceros”. En la nota a pie de página número 9 aclara que tales indicaciones estratégicas “pueden tratarse, por ejemplo, de los métodos de evaluación de los costes de fabricación y de distribución, de los secretos y métodos de fabricación, de las fuentes de abastecimiento, de las cantidades producidas y vendidas y de las cuotas de mercado, de los ficheros de clientes y distribuidores, de la estrategia comercial, de la estructura del precio de coste y de la política de ventas, y de informaciones relativas a la organización interna de la empresa.”

A la vista de lo anterior, cabe concluir que ni la normativa en vigor en materia de telecomunicaciones, ni la reguladora del secreto comercial o industrial, determinan con precisión y con carácter previo cuáles son las características que deben reunir los documentos para poder tratarlos como confidenciales. Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general en relación con este asunto se refieren a la necesidad de analizar minuciosamente el carácter de cada documento declarado por las partes como confidencial y la aplicación del principio de proporcionalidad; esto es, que la decisión de levantar la declaración de confidencialidad de parte de un acuerdo que obre en los archivos de la Administración debe ser proporcional al interés y beneficio de la persona que pretende ejercer el derecho de acceso.

Esto es, y frente a lo alegado por AIRTEL, ha de señalarse que la norma configura la confidencialidad como un derecho cuyo reconocimiento es potestativo para la Administración, quien es la encargada de apreciar si se dan los presupuestos de hecho necesarios para determinar que su contenido constituye secreto comercial. Por tanto, el otorgamiento de la confidencialidad no es automático y debe ser considerado y valorado por esta Comisión en cada caso. Para ello, la CMT aplicando razonablemente los elementos de juicio que tiene a su alcance, finalmente adopta una decisión motivada respecto al acceso al documento solicitado en cada caso.

CUARTO. Aplicación del principio de proporcionalidad.

En el caso que nos ocupa, AIRTEL manifiesta que el acuerdo cuyo acceso se pretende tiene carácter confidencial en su integridad y constituye información comercial muy sensible, capaz de afectar el secreto comercial e industrial de las partes firmantes. Por ello, AIRTEL solicita la confidencialidad de la integridad del Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red suscrito entre dicho operador y XFERA el día 8 de agosto de 2001.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De la solicitud de AIRTEL, así como del análisis general del acuerdo suscrito entre dicho operador y XFERA llevado a cabo por esta Comisión, se deduce, en efecto, que se trata de un documento que contiene información sobre dichas empresas y sobre las relaciones comerciales de las mismas, por lo que podría entenderse que es susceptible de afectar, en principio, al secreto comercial e industrial de las mismas.

En relación con el pretendido interés legítimo invocado por AMENA para ejercer su derecho de acceso al documento en cuestión, en orden a conocer las condiciones pactadas en el mismo dado que *“pueden afectar de una forma sustancial a la competencia en el mercado y más concretamente a la posición de AMENA en el mismo que puede verse comprometida si las condiciones pactadas entre estos dos operadores resultan sustancialmente más ventajosas, ya que no haría más que ponerse de manifiesto que las aplicadas a AMENA resultaron abusivas y anticompetitivas”* y que *“impidieran a AMENA competir en este segmento de mercado”*, tal y como manifiesta la solicitante en su escrito de fecha 25 de abril de 2002, se han de realizar las siguientes consideraciones:

1. El acuerdo suscrito por AIRTEL y XFERA cuyo acceso se pretende deriva del marco establecido por el Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el otorgamiento por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación, aprobado por Orden de 10 de noviembre de 1999 (en adelante, Pliego UMTS).

De entrada se ha de señalar, que AMENA, pese a haber resultado adjudicataria del citado concurso, sin embargo, no tiene una posición en el mercado de referencia equivalente a XFERA. Esta circunstancia, por sí misma, impide una aplicación analógica de las conclusiones a las que ha llegado esta Comisión en su Resolución de 14 de junio de 2001¹, como AMENA pretende.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la Cláusula 38 del citado Pliego establece la obligación de los titulares de licencias GSM o DCS-1800 que resulten adjudicatarios de licencias IMT-2000 (esto es, Telefónica Móviles España, S.A.U., AIRTEL y AMENA) a facilitar la itinerancia nacional a los operadores que no dispongan de licencias GSM o DCS-1800 (esto es, XFERA) y que es al amparo de tal cláusula que se ha formalizado el documento cuyo acceso se solicita ahora por AMENA.

¹ Recordemos que la resolución de 14 de junio de 2001 estimaba la solicitud de Xfera para acceder al acuerdo de itinerancia suscrito entre Airtel y Amena.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de lo anterior, AMENA no podrá imponer a los restantes operadores móviles de GSM-IMT 2000 el llegar a acuerdos de acceso a su red en similares condiciones a las pactadas entre XFERA y AIRTEL. En el supuesto de que XFERA tuviera interés en suscribir con AMENA un ASPIR, ni siquiera esta entidad podrá, en principio, imponer a XFERA condiciones similares a las pactadas entre XFERA y AIRTEL. Las condiciones que pudieran llegar a pactar entre AMENA y XFERA no deben estar supeditadas en modo alguno a las condiciones que se reflejan en el ASPIR ahora solicitado, sino que en ese punto (aunque la obligación de contratar nace de la ley, en los términos señalados por el artículo 1089 del Código Civil) resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

En cualquier caso, ha de reseñarse que la información que AMENA pudiera obtener del ASPIR que solicita no se entiende imprescindible para que dicho operador tome conocimiento de su situación en el mercado y de sus derechos frente a los restantes operadores. Es más, restringiendo el acceso al documento solicitado a AMENA, esta entidad no se ve privada de los elementos de juicio necesarios para tomar por sí misma su decisión de negociar con XFERA (negociación que, en primer término, quedaría sujeta a las reglas de la libre competencia) ni tampoco deviene de imposible cumplimiento su obligación de formalizar un ASPIR en las condiciones de la cláusula 38 del Pliego citado anteriormente.

2. Por otra parte, ha de señalarse, frente a lo alegado por AMENA, que no resulta equiparable su solicitud de acceso (objeto de este procedimiento) a la solicitud realizada por XFERA objeto de la Resolución de 14 de junio de 2001, dado que es distinto el documento cuyo acceso se solicita en ambos casos, siendo, además, distintos los intereses acreditados por cada uno de los operadores que solicita el acceso. En ambos casos, (y también en las otras solicitudes de acceso a documentos presentadas ante la CMT), esta Comisión ha aplicado los mismos criterios (análisis minucioso del documento, proporcionalidad, razonabilidad, motivación, etc...), alcanzándose, sin embargo, conclusiones diferentes, ya las decisiones adoptadas dependen de las concretas circunstancias que concurrían en cada caso, las cuales debían ser analizadas en cada petición de acceso (vid., entre otras, Resoluciones de esta Comisión de 14 de junio de 2001 y de 22 de noviembre de 2001).

En su escrito de 24 de julio, AMENA reitera la existencia de una total analogía a partir de los criterios generales establecidos por esta Comisión, (esto es, procedimiento concluido, ser parte legítimamente interesada en el expediente y no afectar al secreto comercial). Frente a ello, se ha de indicar



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que esta Comisión aplica los criterios establecidos por la legislación vigente, esto es, la LRJPAC, que articula 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, de otro, el acceso a los archivos y registros por parte de los ciudadanos (artículo 35). Por lo que respecta al presente procedimiento, el derecho de acceso que AMENA solicita sometido a las siguientes condiciones:

- a) el procedimiento debe estar terminado
- b) el acceso se permite con carácter general para todos los ciudadanos
- 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

A partir de tales condiciones legales, ésta Comisión debe analizar cada documento cuyo acceso se solicita, así como los intereses que se alegan por el solicitante para, aplicando el principio de proporcionalidad, concluir sobre el carácter confidencial del documento solicitado. Siendo las condiciones legales aplicables y el procedimiento de análisis realizado por esta Comisión los mismos en este expediente y en otros expedientes abiertos en esta Comisión respecto al acceso a archivos y registros, sin embargo, las conclusiones alcanzadas por sendas Resoluciones difieren entre sí en atención a las diferentes circunstancias e intereses que concurren en cada supuesto.

En definitiva, puesto que las situaciones comparadas por AMENA en sus dos escritos no resultan ser iguales, tampoco cabe establecer elemento comparativo alguno respecto del tratamiento diferenciado que esta Comisión efectúa, ni en ambos casos ni respecto de otros supuestos que se le han presentado. Ello, frente a lo manifestado por AMENA, en modo alguno resta seguridad jurídica o confianza a las Resoluciones que se pronuncian sobre el carácter confidencial de los documentos obrantes en esta Comisión.

3. El acuerdo cuyo acceso se pretende por AMENA no ha tenido aplicación alguna, por cuanto XFERA no ha utilizado ni se estima que utilizará en un futuro inmediato las infraestructuras de red de AIRTEL para prestar servicios de telecomunicaciones móviles. Al respecto es necesario señalar que el acuerdo parte de la consideración de que, *“habiendo sido retrasado el lanzamiento de los servicios de telefonía de tercera generación y, ante la necesidad de crear de forma inmediata un mercado que contribuya al cumplimiento de su objeto social, XFERA tiene intención de iniciar próximamente la prestación de servicios de telecomunicaciones móviles, tan pronto como ello le sea legal y administrativamente posible.”* Pues bien, tal eventualidad no se ha producido, por lo que el acuerdo carece de toda virtualidad y efectos a los fines alegados por AMENA, según queda dicho.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, AMENA considera que al no haberse hecho uso hasta el momento de las infraestructuras de red de AIRTEL a las que habilita el ASPIR, el acceso por ella solicitado produciría un “efecto menor” sobre las partes implicadas y, además, contribuiría a evitar los posibles efectos anticompetitivos que la efectividad del referido ASPIR pudiera comportar.

Al respecto, cabe señalar que el denominado “efecto menor” que el acceso al ASPIR tendría, únicamente sería tal, si el mismo no estuviera ya vigente, es decir, si el suministro por parte de AIRTEL hubiera finalizado. Sin embargo, en el presente caso, no se puede hablar de efectividad del ASPIR puesto que ni siquiera XFERA ha solicitado hasta la fecha la utilización de las infraestructuras de red de AIRTEL.

Por otro lado, en cuanto a los supuestos efectos anticompetitivos que AMENA pretende evitar con el acceso solicitado, simplemente manifestar que no es AMENA quien ha de analizar cada cláusula del ASPIR con el fin de determinar sus consecuencias sino que esa labor corresponde, en todo caso, a esta Comisión en virtud de las competencias que tiene atribuidas.

Finalmente observa AMENA que la falta de virtualidad del ASPIR solicitado da posibilidades reales de planteamiento de nuevas ofertas de suministro de infraestructuras a XFERA que irán en beneficio de XFERA. Frente a ello, en primer lugar, debe observarse que las nuevas ofertas de suministro por parte de AMENA y la solicitud de suministro por parte de XFERA, devienen del principio de libertad de empresa que aplica a ambos operadores y de la Cláusula 38 del Pliego UMTS, respectivamente y, además, su existencia resulta independiente del conocimiento que tenga o no AMENA de las condiciones alcanzadas entre AIRTEL y AMENA. Y, en segundo lugar, respecto al beneficio que, según AMENA, reportaría a XFERA que se le diera acceso al ASPIR solicitado, parece oportuno hacer constar que en este procedimiento XFERA ha solicitado que se denegara a AMENA el acceso al ASPIR.

4. Del análisis de los escritos de solicitud de acceso al ASPIR de referencia y de las alegaciones vertidas por AMENA en el presente procedimiento, se observa que la finalidad que AMENA persigue con su petición de acceso es conocer la posible existencia de un tratamiento discriminatorio, en doble vertiente, esto es, (i) respecto del ASPIR que en su día suscribió AMENA con AIRTEL (con condiciones anticompetitivas y discriminatorias); y (ii) respecto de un posible futuro ASPIR a suscribir con XFERA en cuanto a la existencia de condiciones pactadas que impidan a AMENA competir en este segmento del mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo que se refiere al un posible ASPIR a suscribir con XFERA, se ha reiterar lo mencionado con anterioridad. La firma de este ASPIR y la determinación de las condiciones que se puedan llegar a alcanzar únicamente deben ser reflejo de la libertad de pactos de la que disfrutaban ambas operadoras, sin que la existencia de otros contratos suscritos por alguna de ellas deba, en principio, impedir o limitar el alcance de un acuerdo entre XFERA y AMENA respecto al suministro de infraestructuras de red. Es más, resulta difícil entender cómo AMENA, en el ámbito de su libertad de pactos, puede imponerse así misma condiciones que le impidan competir.

En cuanto al ASPIR que en su día suscribió AMENA con AIRTEL, también señala AMENA en su escrito de 24 de julio que el documento solicitado podría poner de manifiesto los altos costes incurridos por AMENA respecto del ASPIR que en su día suscribió con AIRTEL, los cuales tuvieron un efecto perjudicial en el Ebitda de la compañía y que siguen desplegando sus efectos en el Ebitda acumulado de AMENA a fecha actual.

Respecto a la observación que AMENA realiza de su EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones), por parte de esta Comisión debe advertirse que si bien los costes que se derivaron para AMENA de las obligaciones asumidas por ella en virtud del ASPIR suscrito con AIRTEL tienen reflejo en el EBITDA correspondiente al ejercicio en el que se originaron, tampoco debe olvidarse que esta entidad ya logró un EBITDA positivo en el ejercicio 2001 y ha sido la operadora de telefonía móvil que lo ha logrado en el periodo más corto a contar desde la fecha de su inicio de operaciones.

En cuanto a las posibles condiciones anticompetitivas del ASPIR suscrito por AMENA y AIRTEL, ha de señalarse que para llevar a cabo el análisis de las condiciones pactadas en orden a analizar los efectos anticompetitivos que pudieran generarse, no resulta necesario realizar ninguna comparación con ningún otro ASPIR que se hubiera formalizado. Así pues, la protección del bien jurídico alegado por AMENA no constituye un interés que acredite la petición de acceso objeto de este procedimiento por parte de dicha entidad.

En cuanto a las posibles condiciones discriminatorias del ASPIR suscrito por AMENA y AIRTEL, en cualquier caso, conviene insistir en que a tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas y de acuerdo igualmente con la práctica del ejecutivo comunitario y la jurisprudencia del TJCE, la discriminación consiste en tratar de modo distinto situaciones iguales o equivalentes. En consecuencia, la diferenciación en el trato estará objetivamente justificada cuando las situaciones de que se trate no sean idénticas o equivalentes, resultando plenamente legítima. En lo que respecta al caso que nos ocupa,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

debe reiterarse que no resultan comparables en términos absolutos las condiciones acordadas por AMENA y AIRTEL con las acordadas por AIRTEL y XFERA debido, entre otras, a las siguientes razones:

- ambos ASPIRs no han desplegado sus efectos durante un mismo periodo de tiempo, por tanto, no ha existido una posible distorsión del mercado por el hecho de que AIRTEL haya acordado condiciones distintas con AMENA respecto de XFERA.
- la comparativa se realizaría respecto de un periodo de tres años, tiempo que resulta excesivo en unos mercados tan dinámicos como son el de telefonía móvil e interconexión para telefonía móvil. La estructura de costes, la madurez del mercado y las condiciones particulares (tráfico, clientes, etc..) de las empresas afectadas en el año 1999 son claramente diferentes de las que concurren en la actualidad.
- las transacciones establecidas son diferentes; así, entre otras circunstancias, actualmente los operadores disfrutan de economías de escala derivadas del incremento del tráfico existente desde la fecha de la firma del ASPIR entre AMENA y AIRTEL.

De tal modo ello es así que, condiciones distintas pactadas en ambos ASPIRs no implican *per se* la existencia de un trato discriminatorio.

Asimismo, ha de señalarse que no existe proporcionalidad en la medida solicitada, ya que existen otros medios que le permitirían a AMENA obtener la finalidad deseada. Es esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de acuerdo con la normativa que le es aplicable, el organismo al que se le encomienda la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones (artículo 1.Dos.1 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones)

Por ello, AMENA no puede amparar su solicitud en el pretendido interés de comprobar la existencia de condiciones abusivas o anticompetitivas, dado que su consideración corresponde a esta Comisión. Además, en cualquier caso, no debe olvidarse que el acuerdo cuyo acceso se pretende no ha desplegado efecto alguno, por lo que sus hipotéticas consecuencias no son susceptibles de igualarse.

Así, lo más adecuado a la finalidad perseguida por AMENA es la presentación ante la CMT de una denuncia para la salvaguarda de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, mediante el correspondiente escrito en el que AMENA exponga las razones en las que fundamenta su denuncia así como cualquier otra información que juzgue necesaria para que por parte de esta Comisión se proceda a analizar las condiciones denunciadas, en el ejercicio de sus Competencias. Con ello, se lograría realmente lo que AMENA pretende, esto es, la determinación de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

existencia o inexistencia de discriminación o prácticas anticompetitivas realizadas por AIRTEL.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, y en atención al invocado principio de proporcionalidad, resulta que el interés invocado por AMENA por conocer el contenido del acuerdo en cuestión carece de entidad en relación con los presuntos perjuicios que sobre el secreto comercial o industrial de los operadores suscribientes del acuerdo se podría producir con la revelación del contenido del mismo. En consecuencia, procede desestimar la solicitud de acceso que trae causa.

QUINTO. Sobre la solicitud de aportación de documentación efectuada por AIRTEL

En su escrito de alegaciones AIRTEL solicita que se requiera a AMENA aportar documentación sobre las ofertas y negociaciones que haya mantenido con XFERA con carácter previo y posterior a la firma del ASPIR entre AIRTEL y XFERA, y, en consecuencia, aporte tales propuestas al presente expediente.

Al respecto señalar que el presente procedimiento tiene por objeto determinar la procedencia de la solicitud de acceso al ASPIR formalizado entre AIRTEL y XFERA que ha realizado a esta Comisión AMENA. Ello no tiene relación alguna con la pretensión de AIRTEL antes referida por cuanto la Resolución que se adopte en el presente procedimiento se concreta respecto de un documento determinado y la decisión que se adopte, a juicio de esta Comisión, no se encuentra supeditada a la información requerida por AIRTEL.

A ello no perjudica el hecho de que en el marco de las competencias que tiene atribuidas esta Comisión, y cuando así lo estime necesario, esta Comisión pueda requerir la información o documentación que estime oportuna a AMENA respecto a las negociaciones que hubiera entablado con XFERA, cuestión que no es objeto de este expediente, como queda dicho.

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

RESUELVE

Desestimar la solicitud de Retevisión Móvil, S.A. de acceder al Acuerdo de Suministro Provisional de Infraestructuras de Red suscrito entre Airtel Móvil, S.A. y Xfera Móviles, S.A. el día 8 de agosto de 2001.



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 del 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 Mª Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes