



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 nº 30/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de septiembre de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL SECRETARIO DE ESTA COMISIÓN DE FECHA 28 DE MAYO DE 2008, EN LA QUE SE ACUERDA NO DECLARAR LA CONFIDENCIALIDAD DE DETERMINADOS DATOS SOLICITADA POR EL OPERADOR DENUNCIANTE EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE DT 2008/322.

En relación con el recurso de reposición presentado el 27 de junio de 2008 contra la Resolución del Secretario de fecha 28 de mayo de 2008, en la que se acuerda no declarar la confidencialidad de determinados datos solicitada por el operador denunciante en el marco del expediente DT 2008/322, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, esta Comisión) ha adoptado, en el día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/1088):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 21 de febrero de 2008 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito presentado por la recurrente en el que planteaba un conflicto de interconexión contra Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante TME) y solicitaba que esta Comisión adoptase las medidas necesarias para obligar a dicho operador a cumplir con los plazos de apertura de ciertos rangos de numeración que le habían sido asignados, así como la imposición de la correspondiente sanción.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por Resolución del Secretario de fecha 10 de marzo de 2008, se acordó el inicio de un periodo de información previa, con el objeto de determinar las circunstancias de la denuncia y la conveniencia o no de iniciar el correspondiente procedimiento.

SEGUNDO.- En el marco de las anteriores diligencias, el operador recurrente presentó un escrito, con fecha de entrada 13 de mayo de 2008, por el que, entre otros extremos, solicitaba la confidencialidad del expediente. En concreto, pedía que no se publicase su contenido a través de la sede electrónica de esta Comisión y se declarase el expediente confidencial en su totalidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, así como en su Disposición Adicional Cuarta. La razón de tal solicitud es que entiende que el expediente administrativo contiene información que tendría el carácter de secreto industrial o comercial y cuya difusión podría causarle determinados perjuicios.

TERCERO.- Por Resolución del Secretario de esta Comisión de fecha 28 de mayo de 2008, se acordó denegar la petición de la declaración de confidencialidad solicitada por la recurrente.

Contra dicha Resolución, con fecha de entrada en el Registro 27 de junio de 2008, el operador solicitante, que en su día presentó la denuncia, formuló recurso potestativo de reposición, del que se dio traslado a TME.

El recurso se basa en los siguientes motivos:

- El carácter de secreto industrial o comercial del expediente y en concreto, el objeto del procedimiento, que no es otro que verificar si TME ha abierto la numeración que le fue asignada, de manera que se permita la total interoperabilidad entre ambas redes.
- La necesidad de mantener reservados los datos del expediente que identifiquen a la recurrente pues, en caso contrario, dicha información podría ser utilizada por terceros, en especial competidores, para desprestigiar su imagen.

CUARTO.- Por Resolución de fecha 23 de julio de 2008 se acordó iniciar un procedimiento sancionador contra TME por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de acceso e interconexión que supondrían los hechos denunciados por la recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

QUINTO.- Con fecha 28 de julio de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de la recurrente por el que solicitaba que provisionalmente, y en tanto no se resolviese el recurso de reposición al que se ha hecho referencia más arriba, se adoptara la medida de no publicar en la sede electrónica de esta Comisión la Resolución de fecha 23 de julio de 2008, por la que se acordó iniciar un procedimiento sancionador contra TME por el presunto incumplimiento de sus obligaciones en materia de acceso e interconexión.

Dicha petición se basa en la pretendida concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 72.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP y PAC), a saber:

- El riesgo de que, de estimarse el recurso, quede sin eficacia, al haberse publicado los datos cuya confidencialidad se pretendía.
- Apariencia de buen derecho. El inicio del procedimiento sancionador contra TME acreditaría la existencia de indicios suficientes para considerar probados los hechos cuya publicidad podría causar el perjuicio denunciado por la recurrente. En concreto, la Resolución de 23 de julio de 2008 estima que hay indicios suficientes del incumplimiento del plazo de apertura de la numeración y, en consecuencia, ello supone el reconocimiento de que es posible que los números del bloque de numeración asignado a la recurrente no pudieran recibir llamadas de los usuarios de TME. Precisamente, la publicación de estos hechos es lo que produciría el daño a su reputación comercial y lo que pretende evitar con su petición de que provisionalmente no se publique dicha Resolución de fecha 23 de julio de 2008 en la sede electrónica de esta Comisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 de la LRJPAC establece que, contra las resoluciones y los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito como Recurso de Reposición y sustenta su petición en lo previsto por el artículo 63 de la LRJAP y PAC, en concreto, en la vulneración de las normas que en la LGTel prevén la confidencialidad de los datos que afecten al secreto industrial o comercial de los operadores.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede admitirlo a trámite.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

El acto impugnado fue dictado por el Secretario de esta Comisión en virtud de la delegación de competencias acordada por el Consejo, mediante Resolución de fecha 18 de diciembre de 1997 (BOE 29/01/1998).

No obstante, el artículo 13.4 de la LRJPAC dispone que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Por su parte, el artículo 113.2.c) de dicha norma establece que la resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto del recurso no podrán ser objeto de delegación.

Por lo tanto, la facultad de resolver el presente recurso será del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Asimismo, deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la LRJPAC y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

CUARTO.- Legitimación de la entidad recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por tratarse del operador que solicitó la confidencialidad del expediente y de los datos que se refieren a ella misma.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

ÚNICO.- Sobre el principio de transparencia en la actuación administrativa y el respeto al derecho a la confidencialidad de los secretos comerciales.

Tal y como expone la entidad recurrente, los operadores que suministran información a esta Comisión en el curso de la tramitación de sus procedimientos tienen el derecho a que se mantenga la confidencialidad de aquellos datos o documentos cuyo conocimiento por terceros pueda causarles un perjuicio por afectar a su secreto industrial o comercial.

En el caso que nos ocupa, la recurrente denunció en su día a otro operador porque éste no habría abierto en interconexión un bloque de numeración que se le había asignado por resolución de fecha 15 de enero de 2007 hasta más de un año después. Asimismo, solicitó que estos hechos no se hicieran públicos.

El perjuicio alegado por la recurrente se produciría por la posible utilización maliciosa de los hechos denunciados para desprestigiar los servicios que ofrece. El reconocimiento de que algunos números de sus clientes no eran accesibles desde la red de un operador tan importante como TME puede causar un daño a su reputación comercial, además de otras consecuencias en la relación con sus propios clientes titulares de los números.

El derecho de los operadores al secreto industrial o comercial está reconocido en la LGTel, tal y como alega en su escrito la recurrente. Además, la falta de definición legal en nuestro ordenamiento obliga a una interpretación por parte de esta Comisión, pudiendo a estos efectos ser de utilidad las previsiones de la Comunicación de Comisión Europea de fecha 22 de diciembre de 2005, así como al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los problemas de naturaleza técnica en las relaciones de interconexión entre la recurrente y TME es información que ésta desea mantener indisponible para terceros por fundadas razones basadas en el daño a su imagen comercial. Se trata de un aspecto de sus relaciones con otros operadores cuyo conocimiento público no es indispensable para la resolución del conflicto que en su día planteó, pero que, sin embargo, le puede perjudicar en el sentido ya expuesto.

Frente a este derecho al secreto industrial o comercial de los operadores, el artículo 3.5 de la LRJAP y PAC prevé que las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación en sus relaciones con los ciudadanos.

Sobre la publicación de sus resoluciones por parte de esta Comisión, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en anteriores ocasiones¹ en los siguientes términos (FJ 2º):

"... Existen, por tanto, dos tipos de publicaciones: una que sustituye a la notificación y otra que consiste en la divulgación de un acto administrativo, independientemente de la notificación a los interesados. Esta última deberá efectuarse cuando así lo exijan las normas del procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público. En este último sentido la publicación engarza con la resolución sancionadora misma alcanzando fundamento legal en el caso en que efectivamente existan razones de interés público que justifiquen la publicación.

Pues bien los principios de transparencia en la actuación administrativa y la defensa de la competencia de los ciudadanos constituyen razones de interés general que justifican la actuación administrativa.

Adviértase al respecto que en estas materias la transparencia afecta a la propia actuación administrativa, pues una actuación oculta podría perjudicar el prestigio de la propia institución pública. La multa puede o no estar justificada y si no lo está ello afectaría a la imagen de la propia Comisión, tanto en el caso de insuficiencia de la sanción como en el caso de que la sanción fuese excesiva".

En virtud del principio de transparencia, esta Comisión publica voluntariamente en su sede electrónica los acuerdos de su Consejo, pues no es un requisito necesario para la validez de la notificación a los interesados, en aplicación de lo previsto en el artículo 58 en relación con el 60, ambos de la LRJP y PAC, que prevé 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"*.

¹ SS AN de 19 de julio de 2005 (JUR 2005/276319) y 13 de octubre de 2006 (JUR 2006/286022).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, el artículo 4.k) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, recoge entre los principios de utilización de las tecnologías de la información el principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.

Entre los límites de este principio de transparencia se prevé las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Precisamente, entre las excepciones al derecho de acceso recogido en el artículo 37 de la LRJAP y PAC, se encuentra el ejercido respecto de los expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

De esta manera, el interés público de que los criterios empleados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sean conocidos puede ser incompatible con otra serie de intereses de los operadores que son parte en los procedimientos, tales como su derecho a mantener inaccesibles a terceros datos o informaciones que puedan pertenecer al ámbito de su secreto industrial o comercial.

Para valorar la procedencia del recurso, es necesaria la ponderación del interés público que busca garantizar la transparencia en la actuación administrativa y el posible derecho de la recurrente a que se mantenga la confidencialidad del procedimiento.

En primer lugar, debe notarse que no se trata de intereses enfrentados o antagónicos, sino que es posible conjugarlos de forma que se respeten ambos. En efecto, la identificación del operador recurrente, en su día denunciante, no es necesaria para el conocimiento de los criterios decisorios empleados por esta Comisión y por lo tanto, ni ha influido en la Resolución de fecha 23 de julio de 2008, que acordó iniciar el procedimiento sancionador contra el operador que, supuestamente, no habría abierto la interconexión de los números, ni influirá en la resolución que ponga fin a ese procedimiento.

En segundo lugar, la actuación administrativa ha de estar guiada por el principio de prudencia, de forma que, en el caso de ponderar un interés general y otro particular, se debe valorar la mayor incidencia en la esfera jurídica del particular.

Por último, se ha de asegurar el derecho a la debida contradicción del operador denunciado, de forma que se respeten todas sus posibilidades de defensa efectiva, así como a conocer los hechos que se le imputan.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A la vista de los antecedentes y fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición presentado por el operador solicitante contra la Resolución del Secretario de la Comisión del Mercados de las Telecomunicaciones de fecha 28 de mayo de 2008, reponiéndolo en consecuencia y declarar confidencial para cualquier persona excepto para Telefónica Móviles España, S.A.U. la identidad del operador denunciante y el bloque de numeración al que se refieren los hechos denunciados.

SEGUNDO.- Publicar en la sede electrónica de esta Comisión la versión confidencial de la Resolución de fecha 23 de julio de 2008, por la que se acordó iniciar un procedimiento sancionador contra TME por el presunto incumplimiento de plazos en la apertura de numeración para llamadas masivas.

Contra la resolución a la que se refiere el presente certificado no puede interponerse de nuevo recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

Reinaldo Rodríguez Illera

Ignacio Redondo Andreu