



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 07/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 21 de febrero de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A., contra las resoluciones del Secretario de fecha 21 de noviembre de 2012, por las que se declara la confidencialidad parcial de ciertos datos aportados por la recurrente en el procedimiento de referencia RO 2012/502 (AJ 2012/2731).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito de Vodafone España, S.A. de fecha 7 de marzo de 2012.

Con fecha 7 de marzo de 2012 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por Vodafone España, S.A.U., (Vodafone, en adelante) por el que ponía en conocimiento ciertos hechos relativos a supuestas prácticas irregulares en las llamadas efectuadas a través de su red con destino a la numeración 118AB.

En concreto, Vodafone considera que desde diciembre de 2011 se estarían produciendo llamadas masivas desde tarjetas prepago de Vodafone para descargar su saldo en el número 11832, asignado a Jam Telecom 2000, S.L. (en adelante, Jam Telecom).

Por todo lo anterior, Vodafone solicitaba:

- La aprobación, por parte de esta Comisión, de un procedimiento de detección de uso irregular del servicio de prepago para llamadas a servicios de consulta de abonados para autorizar la suspensión temporal de la interconexión de llamadas con origen prepago de Vodafone con destino a la numeración 118AB.
- La autorización a Vodafone de la suspensión de la interconexión con origen en su red móvil y destino al número 11832, del que es titular la entidad Jam Telecom.



- La adopción de una medida cautelar consistente en la autorización para la suspensión de la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas originadas en la red móvil de Vodafone con destino al número 11832, en tanto no se dicte la resolución definitiva que ponga fin al procedimiento.
- El inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de una infracción administrativa consistente en el incumplimiento de las condiciones derivadas de la asignación de los recursos de numeración incluidos en los planes vigentes de numeración.
- El inicio de un procedimiento para la cancelación de la asignación del número 11832.

En el marco del citado procedimiento se han acordado dos resoluciones con medidas provisionales, de fecha 3 de mayo de 2012¹ y 7 de junio de 2012². La primera de ellas fue recurrida en reposición por Jam Telecom y el recurso desestimado por resolución de esta Comisión de fecha 13 de septiembre de 2012³.

Durante la tramitación del recurso de reposición, Vodafone presentó un escrito de alegaciones con fecha 10 de julio de 2012 en el que solicitaba que una parte de los datos que contenía fueran declarados confidenciales por afectar a su secreto industrial o comercial. Por resolución del Secretario de fecha 19 de julio de 2012, se accedió de forma parcial a su solicitud.

La citada resolución de 19 de julio de 2012, a su vez, fue recurrida en reposición por Vodafone, estimándose parcialmente el recurso por Resolución de fecha 13 de septiembre de 2012⁴.

SEGUNDO.- Declaraciones de confidencialidad recurridas.

Las declaraciones de confidencialidad recurridas, de fecha 21 de noviembre de 2012, fueron dictadas por el Secretario de esta Comisión previamente a la remisión a la Audiencia Nacional del expediente administrativo de referencia RO 2012/502 en el marco del Procedimiento Ordinario 571/2012, seguido ante la Sección Octava de su Sala de lo Contencioso-Administrativo para la resolución del recurso contencioso-administrativo de Jam Telecom, S.L., contra la resolución de fecha 3 de mayo de 2012 a las que más arriba se ha hecho referencia.

¹ Resolución por la cual se adopta la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone España, S.A.U a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L (RO 2012/502).

² Resolución por la cual se adopta una medida cautelar consistente en la autorización a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U a suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en tarjetas prepago y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados (RO 2012/502).

³ Resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por JAM TELECOM 2000 SL contra la Resolución de 3 de mayo de 2012 por la que se adoptó la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone España, S.A.U a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L (AJ 2012/976).

⁴ Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España, S.A.U., contra la declaración de confidencialidad dictada con fecha 19 de julio de 2012 en el marco del expediente AJ 2012/976 (expediente AJ 2012/1612).



En concreto, los datos cuyo carácter confidencial se reconoce, tal y como interesaba Vodafone España, S.A.U., son los siguientes:

1. Del Documento 1 del expediente administrativo (Escrito presentado por Vodafone España en el que solicita autorización para suspender la interconexión al número 11832 de 7 de marzo de 2012):
 - Número total de llamadas realizadas por usuarios prepago de Vodafone hacia el número 11861 durante los días señalados por la operadora.
 - Número de minutos cursados a dicho número desde Vodafone.
 - Número total de líneas prepago desde las que se realizaron las llamadas.
 - Costes en interconexión que le ocasionaron todas las llamadas.
 - Número total de líneas prepago y de IMEIs desde los que se produjeron las llamadas hacia el número 11832 en los meses de enero y febrero de 2012.
 - Número total de llamadas de usuarios de VODAFONE al número 11832 y porcentaje que representan respecto del total de llamadas realizadas por los usuarios a dicho destino.
 - Porcentaje de líneas prepago desde las que se realizaron las llamadas.
 - Porcentaje de duración de las llamadas efectuadas a dicho número.
 - Costes de interconexión de las llamadas.
 - Porcentaje de llamadas que los usuarios realizaron desde varias localizaciones.
 - Referencias a la ciudad, dirección postal de las antenas de VODAFONE en las que se produjeron los problemas de congestión, número de llamadas efectuadas desde dichas localizaciones, porcentaje de tráfico y porcentaje acumulado de las mismas.
 - Gráfico comparativo entre el tráfico generado al número 11832 y el realizado al número 11888, que es el número guía del país.
 - Anexo I: Procedimiento de detección de uso irregular del servicio de prepago para llamadas a servicios de consulta de abonados.
 - Anexo II: Informes sobre llamadas irregulares originadas en las tarjetas prepago de Vodafone y destino al número 11832.

2. Del Documento 7 del expediente administrativo (Escrito presentado por Vodafone ampliando la documentación presentada en un primer momento, de 23 de abril de 2012):
 - Número de tarjetas prepago
 - Número de IMEIs que han realizado llamadas hacia el número 11832.
 - Porcentaje de llamadas al número 11832 que tienen duración de alrededor de un minuto de duración
 - Número de llamadas que tienen duración de entre 57 y 64.2 segundos
 - Tipo de uso que han realizado las tarjetas prepago de Vodafone que han efectuado llamadas al 11832
 - Número de usuarios prepago que han llamado a este destino
 - Datos relativos a la localización y emplazamientos desde los que se han realizado las llamadas



- Datos de tráfico al 11832 durante los primeros 15 días del mes de abril, salvo número de llamadas realizadas al 11832 y la duración en segundos de las llamadas efectuadas al 11832.
3. Del documento 8 (escrito de 26 de abril de 2012 de Vodafone en el que aporta nueva documentación):
- CIF de Jam Telecom y número de DNI de su administrador.
 - Número de tarjetas prepago adquiridas por Jam Telecom y su administrador único.
 - Número total de llamadas efectuadas al 11832.
 - Número total de minutos cursados a este destino por parte de las tarjetas prepago.
 - Localizaciones en las que se realizaron las llamadas a dicho destino.
 - Datos relativos a la duración de las llamadas.
 - Datos sobre localización de las llamadas realizadas por los usuarios de prepago de Vodafone al 11832.
 - Ejemplos concretos de disociación de tarjetas SIM pertenecientes a Jam Telecom.
 - Registro de llamadas efectuadas entre el 1 de diciembre de 2011 y el 26 de marzo de 2012 por tarjetas prepago de Vodafone cuya titularidad corresponde Jam Telecom y a su administrador contenido en el Anexo II.
4. Del documento 9 (Resolución de fecha 3 de mayo de 2012, por la cual se adopta la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad Jam Telecom):
- Número de llamadas y de tarjetas prepago así como de IMEIs desde los que se realizaron llamadas al 11832 durante los meses de diciembre de 2011 y enero a abril de 2012.
 - Número total de llamadas de usuarios de Vodafone al número 11832.
 - Porcentajes de llamadas que se corresponden con usuarios prepago.
 - Número de líneas prepago que han realizado llamadas al 11832.
 - Porcentaje de llamadas a ese destino que tienen una duración de alrededor de un minuto.
 - Tabla comparativa del tráfico generado durante el mes de febrero de 2012 al número 11832 con el realizado al número 11888.
 - Porcentaje de llamadas que tuvieron duración entre 57 y 64 segundos y número de llamadas con una misma duración de "x" segundos.
 - Localizaciones en las que se han efectuado las llamadas al 11832.
 - Número total de llamadas de Jam Telecom y su administrador al 11832.
 - Número de tarjetas prepago utilizadas por éstos para efectuar dichas llamadas.
 - Número total de minutos cursados al 11832 por éstos.
 - Localizaciones de las llamadas efectuadas por éstos al número 11832.
 - Datos concretos de la duración de las llamadas de éstos.



5. Del documento 14 (Escrito de Vodafone de fecha 24 de mayo de 2012, mediante el que solicita una serie de cuestiones):
- CIF de Jam Telecom y número de DNI de su administrador.
 - Aportación de información por Vodafone sobre el detalle de consumo realizado por una de las tarjetas pertenecientes al administrador único de Jam Telecom.
 - Alegación de Vodafone según la cual Jam Telecom vulnera las condiciones de uso de los saldos promocionales de Vodafone.
 - Parámetros propuestos por Vodafone que constatan que el tráfico a los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado es irregular o abusivo.
 - Detalle del consumo realizado por una de las tarjetas pertenecientes al administrador único de Jam Telecom durante los meses de enero, febrero y marzo de 2012.
 - Parámetros propuestos por Vodafone para acreditar el tráfico irregular en las llamadas al 11832.
6. Del documento 15 (Resolución de fecha 7 de junio de 2006, por la cual se adopta la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino a números 118AB de servicios de consulta de abonados):
- Filtros de calidad y de tráfico propuestos por Vodafone para aplicar en las herramientas estadísticas de que dispone la operadora con el fin de identificar un nuevo evento.
 - Situaciones que según Vodafone no corresponderían al patrón común de tráfico y que deberían ser objeto de análisis.
 - Datos concretos a analizar en el caso de prácticas de disociación de tarjetas.
 - Perfil de comportamiento que, según Vodafone, se daría en caso de perturbación en la prestación del servicio con degradación en la calidad de la red.
 - Perfil de comportamiento que, según Vodafone, se daría en caso de perturbación en la prestación de los servicios sin degradación en la calidad de la red.
 - Parámetros propuestos por Vodafone para proceder a la suspensión de la interconexión.
 - Parámetros establecidos por la CMT para que se pueda proceder a la aplicación del procedimiento interno de Vodafone que le permita suspender la interconexión de llamadas.
 - Parámetros que han de darse en los casos de perturbación en la prestación del servicio con degradación en la calidad de la red.
 - Parámetros que han de darse en caso de perturbación del servicio con degradación en la calidad de la red.

En todos los casos, se añadía la siguiente mención:

“Ha de señalarse, no obstante, que esta información no tendrá carácter confidencial respecto al operador titular del número al que se refieren”.



Con esta expresión se quiere señalar que los datos aportados por Vodafone que se refieren a llamadas realizadas desde su red no se considerarán confidenciales respecto de los operadores asignatarios de los números llamados.

Las resoluciones recurridas fueron dictadas por el Secretario de esta Comisión el día 21 de noviembre de 2012 en ejercicio de la delegación de competencias acordada por su Consejo por resolución del día 15 de septiembre de 2011 (BOE número 238, de 3 de octubre de 2011) y fueron notificadas a Vodafone el día 21 de noviembre de 2012.

TERCERO.- Recurso de reposición de Vodafone España, S.A.

Contra las resoluciones a las que se ha hecho referencia más arriba, Vodafone ha presentado un recurso de reposición que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 27 de diciembre de 2012.

En su recurso, Vodafone señala que esta Comisión ha reconocido el carácter confidencial de la información respecto de terceros no interesados en el procedimiento, pero no para Jam Telecom, S.L. De la mención a la falta de carácter confidencial respecto al operador titular del número al que se refieren, Vodafone deduce que Jam Telecom tendrá acceso a todos los datos declarados confidenciales. La recurrente se opone a dicha consideración y, en concreto, entiende que los criterios que permiten calificar como abusivo determinado tráfico es una información que debe ser protegida. Así lo habría reconocido esta Comisión en anteriores resoluciones, como la recaída en los procedimientos de referencia RO 2011/785 y RO 2011/1981, por lo que la resolución recurrida supondría un cambio de los criterios empleados por esta Comisión.

Vodafone también considera que la resolución recurrida adolece de falta de motivación suficiente.

En atención a lo anterior, la recurrente solicita que se declare la nulidad parcial de las resoluciones recurridas y subsidiariamente su anulabilidad parcial y, en consecuencia, se declaren confidenciales también frente a Jam Telecom todos los datos aportados por Vodafone a lo largo del procedimiento y para los que solicita ese tratamiento.

CUARTO.- Alegaciones de Jam Telecom.

Con fecha 25 de enero de 2013 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones al recurso de Vodafone presentado por Jam Telecom.

Jam Telecom se opone al recurso porque, en su opinión, los datos declarados confidenciales (o cuya confidencialidad se pretende) no contienen ningún secreto industrial o estrategia comercial.

Asimismo, señala que el desconocimiento de los datos que se refieren a las condiciones de los saldos promocionales por parte de Jam Telecom le produciría indefensión, al ser necesarios para conocer los hechos a los que se refiere Vodafone y para poder, en su caso, contradecirlos.



A su juicio, además, el acceso a los datos de las líneas de prepago, IMEIS⁵ desde las que se produjeron las llamadas o las líneas que, según Vodafone, serían de Jam Telecom o de su administrador, estaría garantizados por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos 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 reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley y que deberá cumplir las formalidades establecidas en su artículo 110.1.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJAP y PAC prevé que los actos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.12 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), las resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede calificar el escrito presentado por Vodafone como un recurso de reposición contra las Resoluciones del Secretario de fecha 21 de noviembre de 2012, por las que se declara la confidencialidad parcial de ciertos datos aportados por la recurrente en el procedimiento de referencia RO 2012/502.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y reposición. Vodafone ostenta la condición de interesado por cuanto que es parte interesada del procedimiento RO 2012/502 y el operador que ha aportado los datos se han declarado parcialmente accesibles para Jam Telecom por los actos recurridos. En atención a lo anterior se le reconoce legitimación activa para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente resolución.

⁵ *International Mobile Equipment Identity.*



TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJAP y PAC, los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por Vodafone cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC y se ha presentado dentro del plazo de un mes previsto por el artículo 117 de la citada Ley. Asimismo, se fundamenta en motivos de nulidad o anulabilidad, como es la infracción de los artículos 37.5.d) y 54 de la LRJAP y PAC, que se refieren a la limitación del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que contengan información protegida por el secreto industrial o comercial y a la necesidad de motivación de los actos administrativos expresamente recogida en el artículo 54.1 de la LRJAP y PAC.

Por todo lo anterior, el recurso fue admitido a trámite por acto del Secretario de fecha 7 de enero de 2013.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

En principio, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJAP y PAC, la competencia para resolver los recursos de reposición corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de Vodafone, el artículo 48.5 de la LGTel y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de fecha 30 de marzo de 2012, atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJAP y PAC, que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Secretario la adopción de los *“actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión”* (Resuelve Segundo, punto 1, de la Resolución del Consejo de fecha 15 de septiembre de 2011, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 238 de fecha 3 de octubre de 2011).

En uso de la citada delegación de competencias, el acto recurrido fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJAP y PAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

El citado recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo



117.2 de la LRJAP y PAC, sin perjuicio del efecto desestimatorio del silencio administrativo que opera en los procedimientos de impugnación de actos (artículo 43.2 de la misma Ley) y de la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todo caso en cualquier momento.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

PRIMERO.- Sobre el carácter confidencial de los parámetros y criterios para detectar supuestas llamadas fraudulentas empleados por Vodafone.

En primer lugar, debe señalarse que no está en cuestión el carácter de secreto comercial o industrial de la mayor parte de los datos cuya confidencialidad se pretende. Los actos recurridos no cuestionan este extremo aunque, en atención a los derechos que las normas que rigen el procedimiento administrativo reconocen al resto de interesados, consideran que los datos que se refieren a Jam Telecom no deben ser considerados confidenciales para ese operador.

Aunque no existe en nuestro ordenamiento jurídico una delimitación positiva de los conceptos de secreto industrial y comercial y la jurisprudencia rechaza criterios apriorísticos, y al contrario de lo que considera Jam Telecom, la garantía de la confidencialidad no sólo se reserva a datos que revelen futuras estrategias comerciales o industriales de los operadores. Al contrario, pertenecen al ámbito del secreto industrial o comercial todos aquellos datos o informaciones que cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluye su trascendencia comercial o industrial (no cabe duda de que la detección del fraude es parte de la actividad de un operador que explota redes o presta servicios de comunicaciones electrónicas), el perjuicio que su conocimiento podría causar al operador al que se refieren o la voluntad de su titular de que se mantengan dentro de su esfera interna.

Los métodos y parámetros empleados para detectar, analizar y documentar prácticas como las denunciadas cumplen los anteriores requisitos. Es indudable que Vodafone emplea medios y recursos para diseñar, implementar y desarrollar métodos para los citados fines y que esa actividad merece protección jurídica para asegurar su efectividad. El conocimiento de los procedimientos y criterios empleados supondría su pérdida de eficacia, pues los operadores podrían modificar sus prácticas para sortearlos. Ese riesgo, precisamente, es el que la recurrente pretende evitar y su materialización podría suponerle un daño en la medida que no pueda reaccionar a prácticas como las denunciadas en sus escritos, que merecen un reproche jurídico, como ha señalado esta Comisión con respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶.

Los actos recurridos no niegan que los datos aportados por Vodafone merezcan su reconocimiento como confidencial y, con algunas excepciones, acuerdan su mantenimiento como tales frente a terceros no interesados en el procedimiento. Todo ello sin perjuicio del derecho de Jam Telecom y de otros posibles interesados de acceder a algunos de esos

⁶ Por ejemplo, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 29 de mayo de 2007 o la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 20 junio 2006.



datos para preservar los derechos que la LRJAP y PAC reconoce a quien, sin promover el procedimiento, es titular de derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, en especial el de acceso a los documentos que obran en el procedimiento, así como de los principios de contradicción, igualdad de armas e interdicción de la indefensión, propios de un procedimiento en el que las partes defienden intereses opuestos, como es el caso que nos ocupa.

Finalmente, cabe señalar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional comparte el anterior criterio y ha confirmado que los procedimientos como los que emplea Vodafone para detectar fraudes forman parte del secreto industrial o comercial de los operadores⁷.

En todo caso, debe señalarse que las resoluciones recurridas reconocen que los datos declarados confidenciales no lo serán *“respecto al operador titular del número al que se refieren”*. En la medida en que los datos no se refieran a otros operadores diferentes de la recurrente, dicha expresión implica que esos datos (como índices relativos al tráfico de Vodafone) también deben permanecer confidenciales incluso para Jam Telecom. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la declaración de confidencialidad del documento 1 del expediente (escrito de Vodafone de fecha 7 de marzo de 2012), la excepción que supone el reconocimiento del derecho de Jam Telecom al acceso a datos declarados confidenciales se limitaría al Anexo II, que es el informe de llamadas supuestamente irregulares originadas en las tarjetas de prepago de Vodafone y destino al número 11832 correspondiente a los meses de diciembre de 2011 y enero y febrero de 2012.

No obstante, sobre este extremos se insistirá más adelante al analizar el alcance de la excepción a la confidencialidad prevista en los actos recurridos.

SEGUNDO.- Sobre el carácter confidencial de los datos relativos a las llamadas supuestamente realizadas por Jam Telecom o su administrador.

Además de los datos que revelan los parámetros utilizados por Vodafone para detectar conductas fraudulentas, las resoluciones recurridas se refieren otra serie de datos relativos a las llamadas realizadas desde tarjetas supuestamente adquiridas por Jam Telecom o su administrador. Se trata de datos tales como el número de tarjetas supuestamente adquiridas por Jam Telecom o su administrador, las llamadas realizadas desde ellas o los datos relativos a esas llamadas (duración, localización, etc.).

La distinción entre ambos tipos de datos al analizar su carácter confidencial ha sido el criterio seguido por esta Comisión, respecto de esos mismos datos, en la Resolución de fecha 13 de septiembre de 2012⁸, relativa a la confidencialidad de ciertos datos contenidos en el escrito de Vodafone de fecha 15 de junio de 2012, de alegaciones al recurso de reposición interpuesto por Jam Telecom 2000 contra la resolución de 3 de mayo de 2012, recaída en el mismo procedimiento que ahora nos ocupa y a la que se ha hecho referencia más arriba⁹.

⁷ Sentencia la Sala de lo contencioso-administrativo (sección 8ª) de la Audiencia Nacional de fecha 19 de diciembre de 2011.

⁸ Resolución por la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España SAU contra la declaración de confidencialidad dictada con fecha 19 de julio de 2012 en el marco del expediente AJ 2012/976 (expediente AJ 2012/1612).



En dicha resolución se establece la distinción apuntada, diferenciándose, por una parte, los parámetros analizados por Vodafone para detectar tráficos irregulares de los datos concretos de llamadas supuestamente realizadas por Jam Telecom o su administrador. Los primeros constituyen un secreto de empresa, en la medida que Vodafone ha necesitado un esfuerzo para desarrollar el método de detección de ese tráfico supuestamente irregular y además desea mantenerlo fuera del conocimiento público (si bien es cierto que podría discutirse en qué medida se trata de parámetros fácilmente deducibles para el fin perseguido).

En cuanto al segundo conjunto de datos, en la mencionada resolución, cuyo criterio se ratifica, se razona que los registros de llamadas y los detalles de consumo de las tarjetas son datos esenciales para el respeto al derecho de defensa de Jam Telecom. Además, debe reiterarse que es un dato que Jam Telecom puede y debe conocer, pues se trata de llamadas que ella misma o su administrador habrían realizado.

Respecto de estos últimos datos, Jam Telecom denunció en su recurso contra la Resolución de fecha 3 de mayo de 2012 que no había tenido acceso al detalle de las llamadas que considera fraudulentas, lo que le causaría indefensión. Esta manifestación pone en evidencia la importancia de que esa información sea conocida por el otro operador interesado en el procedimiento aunque no por terceros.

TERCERO.- Sobre la actitud de los interesados en el procedimiento respecto de la confidencialidad pretendida de determinados datos.

En la consideración de un dato o documento como confidencial es esencial tener en cuenta la actitud de los interesados en el procedimiento. En efecto, el concepto de secreto industrial o comercial implica el interés activo de que los datos se mantengan ajenos al conocimiento de terceros y se reserve a la esfera de su titular.

Por otra parte, el secreto industrial, debe ceder a otros intereses legítimos, como lo es el derecho de defensa de otros interesados en el procedimiento administrativo, especialmente cuando se trata de expedientes en los que se enfrentan intereses contradictorios, como es el caso, si se llega a ese convencimiento tras la ponderación de ambos derechos. Pues bien, la indefensión, entendiéndola por tal la situación en la que se coloca a una parte cuando se ve privada de las posibilidades de alegar y proponer pruebas que le reconoce el ordenamiento jurídico, es una circunstancia que debe ser alegada y justificada por el propio interesado, pues es quien está en mejor condición para entender si una decisión del órgano administrativa le priva de esas posibilidades en el procedimiento y que ello le produce efectivamente indefensión.

En este sentido el Tribunal Supremo, en su Auto de fecha 5 de octubre de 2006, citado por la propia recurrente, ha reconocido la necesidad de justificar el acceso a la documentación protegida por parte del interesado en los siguientes términos:

⁹ RO 2012/502.



“Es, en efecto, carga de la parte que reclama la entrega no solo indicar que los documentos reclamados forman parte integrante del expediente administrativo (lo que va de suyo y no deja de ser una afirmación tautológica), sino también argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida, más concretamente, de cada uno de los documentos cuya entrega se reclama. Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible a categorizaciones preestablecidas”.

Así las cosas, con independencia de otras consideraciones, cuando un operador pretende la confidencialidad de determinada información contenida en un expediente administrativo que pueda referirse a su secreto industrial o comercial y el resto de interesados no se opone a esa pretensión, resulta innecesario el análisis destinado a determinar si debe prevalecer el derecho de acceso de éstos al expediente.

En el caso que nos ocupa, Jam Telecom ha alegado durante la tramitación del procedimiento, y en concreto en su escrito de fecha 11 de mayo de 2012, que desconocía los argumentos esgrimidos por Vodafone, así como los datos que aportaba. A su juicio, ello le situaba en una situación de desigualdad frente a ese operador, lo que, a su vez, le producía indefensión.

Parecidos argumentos pueden encontrarse en las alegaciones de Jam Telecom al presente recurso de reposición, en las que considera que el conocimiento de determinados datos, en especial el listado de packs que según Vodafone habrían adquirido la propia empresa o su administrador y de las llamadas realizadas desde las tarjetas o su duración, son esenciales para poder contrastar los hechos descritos, proponer las pruebas que considere oportunas para desacreditarlos y, en definitiva, para respetar el principio contradictorio y asegurar su defensa efectiva.

Los actos recurridos, precisamente por las razones expuestas por Jam Telecom, consideran que los datos que se refieren a las llamadas a los números asignados a cada operador, no deben ser confidenciales frente a éstos.

No obstante lo anterior, debe señalarse que, frente a lo que argumenta Jam Telecom, el acceso a los datos a los que se refieren los actos recurridos y el recurso de Vodafone no está protegido y garantizado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), puesto que su ámbito subjetivo no comprende a las personas jurídicas. En dicho sentido se pronuncia expresamente el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en su artículo 2.2, que excluye de su ámbito de aplicación los tratamientos de datos referidos a las personas jurídicas.



Sin perjuicio de lo anterior, el derecho de acceso debe exigirse frente al responsable del tratamiento de los ficheros que contendrían los datos, en este caso, la recurrente, y no frente a esta Comisión, que no realiza ningún tipo de tratamiento de los mismos.

En todo caso, y de conformidad con el artículo 27.3 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, el derecho de acceso a los datos de carácter personal es independiente del que otorgan a los afectados las leyes especiales y en particular la LRJPA y PAC. Ello implica que en el caso que nos ocupa deberá analizarse, como así se hace en esta resolución, bajo el prisma de la regulación específica del tratamiento de la información confidencial en la Ley General de Telecomunicaciones y del derecho de acceso de los interesados al expediente administrativo previsto en la propia LRJPA y PAC.

CUARTO.- Análisis del carácter confidencial de los datos aportados por Vodafone que se refieren a las llamadas al número 11832 con origen en su red.

En atención a los criterios expuestos más arriba, debe analizarse la pertinencia de declarar confidenciales todos los datos aportados por Vodafone, como pretende en su recurso. A tal efecto, y como punto de partida, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe cohererarse con el de los interesados en el procedimiento y con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las administraciones públicas. En este sentido, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se refiere en su Capítulo I, relativo a la mejora en la calidad de la regulación, a los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención, entre otros, a la transparencia.

Ya se ha señalado que no cabe duda del carácter confidencial de los parámetros utilizados por los operadores como Vodafone para detectar tráfico irregular o fraudulento, por lo que las dudas sólo pueden surgir en los datos concretos de las llamadas realizadas desde sus tarjetas prepago desde su red al número 11832. En la medida en que algunas de las cifras aportadas por Vodafone se refieran a dichos parámetros, también deberán declararse confidenciales frente a Jam Telecom. Asimismo, debe reconocerse el carácter confidencial de todos aquellos datos que distinguen entre el tráfico de tarjetas prepago y postpago, pues se trata de datos irrelevantes para Jam Telecom o, al menos, no se ha acreditado su necesidad para oponerse a los hechos expuestos por Vodafone.

Tampoco se aprecia la relevancia de los datos que se refieren a la localización de las llamadas, pues no es determinante para acreditar la conducta fraudulenta el conocimiento de los emplazamientos exactos desde donde se hicieron las llamadas.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe discrepar de la interpretación que Vodafone realiza de los actos recurridos. Ya se ha apuntado más arriba que la declaración como “no confidenciales” de los datos “*respecto del operador titular del número al que se refieren*” significa que los datos de las llamadas aportados por Vodafone no se consideran confidenciales frente a los operadores asignatarios de los números llamados. La principal razón para incluir ese criterio es que se trata de datos de los que dispone el operador del número de destino o el propietario de las tarjetas llamantes y que, por lo tanto, es imprescindible que conozca los que Vodafone aporta para que pueda compararlos,



rebatirlos o contradecirlos. Dicho en otras palabras, no es información confidencial la que un operador comparte con otro, al menos frente a éste.

Vodafone considera que gran parte de la información contenida en sus escritos se declara accesible para Jam Telecom, que es el operador titular del número al que se realizaron las llamadas supuestamente fraudulentas. Sin embargo, ello no es así: los actos recurridos no han declarado accesible para Jam Telecom todos los datos que en su recurso Vodafone señala. En efecto, de conformidad con la explicación del alcance de los actos recurridos expuesta más arriba, los datos podrían ser conocidos por Jam Telecom cuando se refieren a llamadas a un número del que es asignatario éste. Pero gran parte de los datos también contienen información que solo puede conocer el operador de la red de acceso. En la medida en que ello es así, decae el criterio expuesto (la necesidad de contraste por el operador que comparte esos datos) y se debe reconocer la confidencialidad de los datos también frente al asignatario del número de destino.

Por lo tanto, tal y como Jam Telecom señala en su escrito de alegaciones al recurso de Vodafone, las resoluciones impugnadas sí consideran necesario que dicho operador pueda acceder al listado con los números de tarjetas prepago y los detalles de las llamadas (fecha, hora y duración) de las mismas para que puedan ser, en su caso, comprobadas por quien las habría realizado (Jam Telecom y su administrador). Esa información es suficiente para garantizar su derecho de defensa y es a la que se refiere en sus alegaciones.

En consecuencia, las resoluciones impugnadas deben ser interpretadas en el sentido de que reconocen el derecho de acceso de Jam Telecom exclusivamente a los siguientes datos obrantes en el expediente:

1. Documento 1 del expediente (Escrito presentado por Vodafone España en el que solicita autorización para suspender la interconexión al número 11832 de 7 de marzo de 2012):
 - Anexo II (informe sobre llamadas irregulares originadas en las tarjetas prepago de Vodafone y destino en el número 11832 correspondiente a los meses de diciembre de 2011, enero de 2012 y febrero de 2012).

Con ese informe, Vodafone pretende acreditar la existencia de prácticas consistentes en la disociación de tarjetas de prepago. Contiene un listado con los siguientes campos: "IMEI", "Origen", "Destino" y "Llamadas", además de unas consideraciones finales.

2. Documento 7 del expediente (escrito de Vodafone de 23 de abril de 2012):
 - Listados de las llamadas realizadas al 11832 contenidos en los informes de disociación de los meses de marzo y abril de 2012 aportados por Vodafone como Anexo I.
 - Anexo II (duración de las llamadas efectuadas al 11832 durante el mes de febrero de 2012).
3. Documento 8 del expediente (escrito Vodafone de fecha 26 de abril de 2012 en el que aporta nueva documentación):



- Página 3: número de tarjetas prepago adquiridas por Jam Telecom y su administrador con las que se habrían realizado llamadas al número 11832.
- Página 3: número total de llamadas y de minutos cursados al número 11832 por las tarjetas adquiridas por Jam Telecom y su administrador.
- Página 4: número de llamadas con una duración idéntica (dato que también debe ser accesible a Jam Telecom).
- Anexo II (Anexo II. Registro de llamadas efectuadas entre el 1 de diciembre de 2011 y el 16 de marzo de 2012 por tarjetas de prepago de Vodafone cuya titularidad pertenece a Jam Telecom y a su administrador único). Se reconoce el derecho de acceso de Jam Telecom exclusivamente a los siguientes campos contenido en la tabla en formato "Excel":
 - Nombre, apellidos y NIF del titular de la tarjeta.
 - Número de tarjeta SIM.
 - Número de teléfono de destino.
 - Número y duración de las llamadas.
 - Fecha de realización de la llamada.
 - Hora de las llamadas.

4. Documento 9 del expediente (Resolución por la cual se adopta la medida cautelar consistente en la autorización a la entidad Vodafone España, S.A.U., a suspender la interconexión de llamadas con origen en su red móvil desde clientes prepago y destino al número 11832 perteneciente a la entidad JAM TELECOM 2000, S.L (RO 2012/502).

- Página 11:
 - Número total de llamadas realizadas, según Vodafone, por Jam Telecom y su administrador al número 11832.
 - Número de tarjetas prepago utilizadas por Jam Telecom y su administrador para realizar dichas llamadas.
 - Número total de minutos cursados al 11832 por Jam Telecom y su administrador.

Sin embargo, de acuerdo con las resoluciones impugnadas, se consideran confidenciales también frente a Jam Telecom otros datos de las llamadas por tratarse, exclusivamente, de las realizadas desde la red de Vodafone y por referirse, algunos de ellos, solo a un tipo de usuarios (los de prepago).

5. Documento 14 del expediente (Escrito de Vodafone de fecha 24 de mayo de 2012, mediante el que solicita una serie de cuestiones):

- Página 3: objeto del escrito de Vodafone y anuncio de la aportación de un anexo con el detalle de consumo realizado por una de las tarjetas del administrador único de Jam Telecom durante los meses de enero, febrero y marzo.



- Anexo I (informe con el análisis del tráfico realizado por una tarjeta de prepago de Vodafone cuya titularidad pertenece al administrador de Jam Telecom).

En atención a lo recogido en los anteriores Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el recurso de reposición de Vodafone España, S.A.U., contra las resoluciones del Secretario de fecha 21 de noviembre de 2012, por las que se declara la confidencialidad de ciertos datos aportados por la recurrente en el procedimiento de referencia RO 2012/502 por ser ajustadas a derecho, ya que, de conformidad con los criterios expuestos en la presente resolución, las mismas solo reconocen el derecho de acceso de Jam Telecom exclusivamente a los datos enumerados en su fundamento de derecho cuarto.

Este 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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de fecha 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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 48.12 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 que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.