FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

solicitó a Telefónica la aportación de ficheros de audio de llamadas y locuciones, registros de tráfico de llamadas y SMS salientes así como volúmenes de llamadas y abonados.

El requerimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la CNMC) fue respondido por medio de un escrito de fecha 21 de junio de 2016 que tuvo entrada en el registro electrónico de esta Comisión en fecha 22 de junio de 2016.

Telefónica solicita que trate como confidencial la información identificada como tal en su escrito, así como también sus anexos, por aportar información de especial carácter sensible que, en opinión del operador, recoge datos que afectan al secreto comercial e industrial.

SEGUNDO.- Acto recurrido

Mediante acuerdo de fecha 6 de septiembre de 2016, se declaró confidencial para terceros, excepto para Next Touch, toda la información recogida en los anexos aportados por Telefónica en su escrito de fecha 21 de junio de 2016 y que tuvo entrada en esta Comisión el día 22 de junio de 2016.

TERCERO.- Recurso de alzada

Con fecha 16 de septiembre de 2016 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de Telefónica por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acuerdo día 6 de septiembre de 2016.

En su recurso, Telefónica considera que el levantamiento de la confidencialidad de los datos incluidos en los anexos 1 a 5 de su escrito de 21 de junio de 2016 puede producir un perjuicio irreparable a los derechos e intereses de Telefónica así como a los de los usuarios afectados por la conducta denunciada.

Por esos motivos solicita que se reemplace el acto recurrido por otro que reconozca la confidencialidad también para Next Touch de los datos contenidos en el escrito de Telefónica de 21 de junio de 2016 y en sus anexos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Derecho aplicable

En fecha 2 de octubre de 2016 ha entrado en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC-2015), de acuerdo con lo previsto en la

Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

disposición final séptima de la propia LPAC-2015. En la letra c) de la disposición transitoria tercera de la LPAC-2015 se declara que:

> *c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*

En este supuesto concreto, el acto recurrido fue dictado con anterioridad al día 2 de octubre de 2015. Concretamente, y según se desprende del Antecedente Segundo, el acto es de fecha 6 de septiembre de 2016. Por tanto, resulta de plena aplicación la regulación en materia de recursos administrativos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC-1992).

SEGUNDO.- Calificación

De conformidad con los artículos 107 y 114 de la LRJPAC-1992, contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados recurso de alzada, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, establece que los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme lo dispuesto en la LRJPAC.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC-1992.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 107 de la LRJPAC-1992 requiere al recurrente la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición.

A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos y los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

En este caso, Telefónica es la entidad que aportó los datos que no fueron declarados confidenciales en el marco del procedimiento sancionador

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

SNC/DTSA/004/16, por lo que debe ser considerada como parte interesada en este recurso de alzada.

CUARTO.- Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC-1992. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 115.1 de la LRJPAC-1992. Efectivamente, la declaración de confidencialidad de fecha 6 de septiembre de 2016 fue notificada al interesado el día 7 de septiembre de 2016, habiéndose interpuesto el recurso el 16 de septiembre de 2016.

QUINTO.- Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC-1992, la competencia para resolver los recursos de alzada corresponde al órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado. El acto recurrido fue dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley de creación de la CNMC y 8.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 115.2 de la LRJPAC-1992 dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo. En defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio, según establece el artículo 43.2 de la misma Ley.

SEXTO.- Análisis del recurso y de la información objeto del mismo

Por un lado, y como ha señalado esta Sala en la resolución de anteriores recursos de alzada referentes a declaraciones de confidencialidad y, entre otros, en su Resolución R/AJ/008/16 de 10 de marzo de 2016, aunque no exista en nuestro ordenamiento jurídico una delimitación positiva de los conceptos de secreto industrial y comercial, se considera que 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, 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.

Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Desde esta perspectiva, los métodos y parámetros empleados para detectar, analizar y documentar prácticas como las denunciadas por la entidad recurrente cumplen los anteriores requisitos.

Es indudable que la recurrente 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 infractores 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, que merecen un reproche jurídico, como ha señalado esta Comisión con respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[1].

En este sentido, el artículo 10.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, prevé que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar a la seguridad e integridad de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas o al secreto comercial o industrial.

De igual manera, en las letras h) y j) del artículo 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley de Transparencia) se limita el derecho de acceso a la información cuando el acceso pueda suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales o para el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

Por otro lado, sin embargo, y según ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, como en la Resolución R/AJ/013/16 de 17 de marzo de 2016, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe cohonestarse con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de las administraciones públicas y con el derecho a la defensa de Next Touch en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/004/16, para conocer el alcance de la imputación, presentar sus alegaciones y proponer, en su caso, las pruebas que considere pertinentes.

El principio de transparencia administrativa se recoge tanto en la Ley de Transparencia como en el artículo 37 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC. Y el derecho a la defensa está regulado tanto en el artículo 24 CE como en el artículo 135 de la LRJPAC-1992.

[1] 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.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica

Por tanto, a la hora de valorar el carácter confidencial o no respecto de Next Touch de la información objeto del presente recurso deberá efectuarse una ponderación razonada, considerando:

- El secreto comercial e industrial de la recurrente
- El derecho a la defensa de Next Touch
- El principio de transparencia en las actuaciones administrativas

Los Anexos 1 a 5 remitidos por la recurrente y que fueron declarados confidenciales para terceros, excepto para Next Touch, hacen referencia a los siguientes datos:

(i) por una parte, en el Anexo 1 se contienen las locuciones que se ofrecían tanto desde un número corto -1480- como desde el buzón de voz de varios números móviles. En dichas locuciones se incitaba a múltiples abonados de Telefónica a llamar tanto a numeración de servicios de tarificación adicional como de consulta telefónica sobre números de abonado a través de la numeración asignada a Next Touch.

(ii) por otra parte, en los Anexos 2 a 5 se incluyen datos relativos a los tráficos de llamadas realizadas por los abonados de Telefónica con destino a numeración asignada a Next Touch, y en algún caso, llamadas salientes desde numeración asignada a Next Touch –concretamente, el número corto 1480- con destino a abonados de Telefónica.

En este sentido, las citadas locuciones del Anexo 1 promueven e incitan la llamada a numeración asignada a Next Touch y en ocasiones incluso tienen su origen en un número corto asignado a dicho operador (el 1480), por lo que su existencia y contenido no resultan totalmente ajenos o desconocidos para Next Touch.

El conocimiento del contenido de estas locuciones del Anexo 1 resulta imprescindible para que Next Touch pueda ejercitar su derecho a la defensa en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/004/16, puesto que, precisamente a través de su análisis, se permitiría alcanzar la conclusión de que a través de dichas locuciones se estaba incitando al abonado a llamar a números de tarificación adicional, lo que resulta contrario a los usos de numeración autorizados al citado operador.

Por su parte, los datos de tráfico de los Anexos 2 a 5 se refieren, en su mayor parte, a las cantidades de llamadas mensuales que los abonados de Telefónica, de forma general, realizaron hacia determinados números de Next Touch durante un período de tiempo determinado, o bien las que los abonados de Telefónica recibían desde el número 1480 asignado a Next Touch. Asimismo, también incluyen cifras relativas a la cantidad de abonados de Telefónica que fueron incitados por Next Touch y los que posteriormente llamaron a dichos números.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM
Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica

No obstante, de los cuatro Anexos citados (2 a 5), los Anexos 3 y 4 son los que proporcionan un mayor detalle de los métodos empleados por Telefónica para la detección de conductas presuntamente irregulares a partir del análisis de los datos de tráfico, dado que son éstos los que vinculan directamente las llamadas realizadas por los abonados de Telefónica hacia la numeración de Next Touch con las cifras de abonados de Telefónica incitados previamente a llamar a los números de Next Touch que figuran en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/004/16 (dichos Anexos son los que contienen un mayor grado de desagregación de datos, incluyendo el número de llamadas derivadas de incitaciones clasificadas por mes respecto a cada una de las numeraciones afectadas de Next Touch).

Considerando el detalle de los citados Anexos 3 y 4, a través de los mismos podría desvelarse el patrón de detección de llamadas irregulares establecido por la entidad recurrente, esto es, los métodos y parámetros empleados para detectar, analizar y documentar prácticas como las denunciadas por la recurrente en el procedimiento sancionador SNC/DTSA/004/16 que, como se ha dicho anteriormente, forman parte de su secreto industrial y comercial y cuya revelación podría suponer un perjuicio para sus intereses económicos y comerciales en el sentido del artículo 14.1.h) de la Ley 19/2013, de Transparencia.

Por otro lado, el derecho de defensa de Next Touch no queda comprometido como consecuencia de no acceder a esta información, en la medida en que puede conocer los datos generales sobre el tráfico cursado y la conducta que se le imputa en la propuesta de resolución del resto de la información disponible en el expediente –en parte procedente del CFT/DTSA/777/15-.

Por ello, se estima razonable declarar la confidencialidad para Next Touch del contenido de los Anexos 3 y 4.

SÉPTIMO.- Consecuencias de la estimación parcial de este recurso

Telefónica solicitó la suspensión del acto recurrido. La suspensión provisional fue acordada en fecha 25 de octubre de 2016 y se tradujo en que en tanto se tramitara este recurso de alzada NEXT TOUCH no tendría acceso a la información. Lo contrario hubiera hecho perder al recurso su finalidad legítima.

Al margen de lo anterior, el procedimiento sancionador SNC/DTSA/004/16 ha sido elevado a la Sala de Supervisión Regulatoria en fecha 4 de noviembre de 2016 (fecha de cierre de instrucción). Se constata que en el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución NEXT TOUCH no ha tenido acceso a dicha información.

A pesar de que NEXT TOUCH no ha objetado nada a este respecto, para salvaguardar su derecho de defensa, procede dar traslado de esta información

Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

con un plazo adicional de 10 días, para que presente las alegaciones que tenga por conveniente en relación con la información no confidencial aportada por Telefónica.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de alzada interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) de fecha 6 de septiembre de 2016, declarando confidencial para Next Touch Telecom SL el contenido de los Anexos 3 y 4 del escrito de 21 de junio de 2016.

SEGUNDO.- Emplazar a Next Touch Telecom SL por 10 días para que formule las alegaciones que tenga por conveniente en relación con la documentación no confidencial aportada por Telefónica de España SAU, de conformidad con lo señalado en el Fundamento SÉPTIMO.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario de la Sala, Miguel Sánchez Blanco, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, María Fernández Pérez.

Expediente: R/AJ/628/16 ID: SJ80E Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -