



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 28/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 28 de julio de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION RELATIVA A LA SOLICITUD DE ACCESO DE CONDUIT EUROPE, S.A. A LOS EXPEDIENTES: OM 2003/525 RELATIVO A DETERMINADAS PRÁCTICAS LLEVADAS A CABO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. EN EL SUMINISTRO DE DATOS DE SUS ABONADOS PARA LA PRESTACIÓN DE DICHOS SERVICIOS DE DIRECTORIOS DE ABONADOS Y MTZ 2000/3671 EN RELACIÓN CON LAS SOLICITUDES DE INTERVENCIÓN DE SONERA CORPORATION Y TELEGATE ESPAÑA, S.A. SOBRE ACCESO A LOS DATOS DE ABONADOS Y A LOS SERVICIOS DE FACTURACIÓN Y COBRO DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el escrito presentado por Conduit Europe, S.A. para acceder a los referidos expedientes OM 2003/525 y MTZ 2000/3671, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado en su sesión núm. 28/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 28 de julio de 2005, recaída en el expediente AJ 2004/1227.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 8 de julio de 2004, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión en la misma fecha, Don Paul Anthony Hitchings, en nombre y representación de la entidad Conduit Europe, S.A. Sociedad Unipersonal (en adelante, Conduit), solicita copia de los expedientes OM 2003/525 y MTZ 2000/3671, dado su interés legítimo en el acceso a los mismos, que fundamenta en los siguientes motivos:

- a) Que Conduit es proveedor del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, compitiendo en dicho mercado con otros proveedores como Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU),



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

11888 Servicio Consulta Telefónica, S.A.U. y 11811 Nueva Información Telefónica, S.A.U.

- b) Que Conduit denunció ante la Comisión la conducta de TESAU en el suministro de datos de abonados para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, por incumplir su obligación de proporcionar acceso a sus datos de abonado en condiciones no discriminatorias. Dicha denuncia dio lugar a la tramitación del expediente OM 2003/525, donde recayó Resolución de 13 de noviembre de 2003 en la que se declaró el incumplimiento de TESAU.
- c) Que, asimismo, ha tenido conocimiento de la tramitación de un expediente similar al anterior (MTZ 2000/3671) sobre acceso a los datos de abonados iniciado a instancias de Sonera Corporation (en adelante, Sonera) y Telegate España, S.A. (en adelante, Telegate)¹, donde mediante Resolución de fecha 18 de octubre de 2001 la Comisión confirmó la obligación de TESAU de proporcionar acceso no discriminatorio a los datos de sus abonados.
- d) Que, al haber finalizado la tramitación administrativa de los procedimientos, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), debe dársele acceso a los registros y documentos que formen parte de los expedientes citados.

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

Dicho trámite de inicio del correspondiente procedimiento administrativo fue comunicado a Conduit y al resto de los interesados con escritos de fecha de salida de esta Comisión el 23 de febrero de 2005, notificaciones que para algunos interesados debieron repetirse por segunda vez.

TERCERO.- Con fecha 8 de marzo de 2005, Don Juan Carlos Barco Caballero, en nombre y representación de TESAU obtuvo copia de la solicitud de acceso a expediente formulada por Conduit.

CUARTO.- Con fecha de 9 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad Telefónica Publicidad e Información, S.A. (en adelante, T.P.I.) en el que solicita que en virtud de su

¹ Actualmente 11811 Nueva Información Telefónica, S.A.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

relevancia como secreto comercial o empresarial se consideren confidenciales los siguientes documentos del expediente OM 2003/525:

- Documento nº 3 por contener precios de registro de datos.
- Documento nº 10 respecto del contrato de 5 de mayo de 1999 para la “Elaboración, comercialización y distribución de las Páginas Blancas”, por contener precios y volúmenes de guías a editar y otras condiciones económicas.
- Documento nº 25 respecto del Anexo al contrato de 5 de mayo de 1999 sobre la guía on-line por contener precios.

QUINTO.- Con fecha 10 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de la entidad QDQ Media, S.A.U. por el cual comunica a esta Comisión que no considera confidencial la documentación que la misma aportó al expediente OM 2003/525.

SEXTO.- Con fecha 15 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, tras haber accedido esta Comisión a la solicitud de ampliación de plazo para presentar alegaciones solicitado por TESAU, escrito de esta operadora, en el cual exponen básicamente lo siguiente:

1) Manifiesta TESAU que de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia hay que otorgar el beneficio de la confidencialidad a aquellos datos que puedan ser acreditados como secretos comerciales, del mismo modo que se ha pronunciado la normativa comunitaria en relación con la protección que merecen los derechos de las empresas, distinguiendo dentro de los documentos reunidos en un expediente entre los que son comunicables de los que no lo son.

En este mismo sentido manifiesta que tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Comisión Europea han resaltado la necesidad de guardar el justo equilibrio que debe existir entre la información que debe ser desvelada para que las partes interesadas puedan hacer las alegaciones pertinentes y la necesidad de guardar la confidencialidad de la información que pertenezca a cada empresa.

En virtud de lo dispuesto anteriormente, manifiesta que sin perjuicio del derecho que le asiste a Conduit para la realización del ejercicio de las acciones que por Ley tenga reconocidas, debe reconocerse el derecho a que determinados documentos sean tratados como confidenciales en aquellos supuestos en los cuales se pretenda hacer valer únicamente intereses particulares.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, solicita que se otorgue el tratamiento de confidencialidad a los documentos que fueron declarados como tales en la tramitación de los expedientes OM 2003/525 y MTZ 2000/3671 y en concreto a los siguientes:

Del expediente OM 2003/525:

- *“El documento obrante al folio 30, rubricado como parcialmente confidencial en la parte precedida por la mención CONFIDENCIAL () de las páginas 11 y 13.*
- *El documento obrante al folio 31, rubricado igualmente como parcialmente confidencial, en la parte precedida por la mención CONFIDENCIAL ().*
- *El documento obrante al folio 16, en cuanto a la totalidad del contrato aportado como Documento 1.*
- *Las partes confidenciales de la Resolución de 26 de junio de 2003, obrante al folio 13 del expediente, sobre adopción de Medidas Cautelares.*
- *Las partes confidenciales de la Resolución de 13 de noviembre de 2003”.*

Del expediente MTZ 2000/3671:

- *“El documento obrante al folio 8, rubricado como parcialmente confidencial en la parte correspondiente a la Alegación **Sexta** en su totalidad, páginas 11, 12 y 13 del documento, así como el **Anexo I, Anexo II y Anexo III** que acompañan al citado documento, también en su totalidad.*
- *Las partes confidenciales de la Resolución de 18 de octubre de 2001”.*

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de marzo de 2005 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de alegaciones de Conduit por el que solicita que se mantenga la confidencialidad de los documentos respecto a los cuales solicitó la misma durante la tramitación del expediente OM 2003/525.

OCTAVO.- Con fecha 16 de junio de 2005, una vez instruido el procedimiento, esta Comisión remitió a los interesados, de conformidad con el artículo 84 de la LRJPAC, el trámite de audiencia con anterioridad a la redacción de la propuesta de resolución del mismo con el fin de que éstos puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

NOVENO.- Con fecha 5 de julio de 2005, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Conduit por el que manifiesta básicamente lo siguiente:

1) Que por la antigüedad e interés que tienen los siguientes documentos no deberían gozar de la protección otorgada a los secretos comerciales:

- *“Contrato celebrado entre TPI y TESAU de 5 de mayo de 1999 para la edición, distribución y explotación comercial de la “Guía Telefónica”. DOC 16. OM 2003/525.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Contrato celebrado entre TPI y TESAU de 6 de mayo de 1999, para la cesión de datos. DOC 8, Anexo 3, MTZ 2000/3671.*

- *Contrato celebrado entre Telegate y TESAU de 16 de mayo de 2001, para el servicio E.115. DOC 13, Anexo 4, MTZ 2000/3671.”*

2) Que esta Comisión no ha justificado por qué determinados documentos, los cuales son históricos y tienen un claro interés para terceros operadores deben recibir la protección de secreto comercial, concretamente:

- *“Contraprestación económica pagada por TPI a TESAU. DOCS 3 y 13. OM 2003/525.*

- *Cuota de mercado de TESAU en agosto de 2003. DOC 31 OM 2003/525.*

- *Costes. DOC. 8. MTZ 2000/3671”.*

3) Que esta Comisión tampoco ha justificado por qué determinadas comunicaciones bastante antiguas deben recibir la protección de información confidencial, concretamente:

- *“Correspondencia de 7 de julio de 2003. DOC 19, Anexo, OM 2003/525.*

- *Correspondencia de 24 de mayo de 2000. DOC. 1, Anexo 2. MTZ 2000/3671.*

- *Correspondencia de 6, 23 y 28 de febrero de 2001. DOC 13, Anexos 1-3-MTZ 2000/3671.”*

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

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. CALIFICACIÓN DEL ESCRITO PRESENTADO POR CONDUIT.

La solicitud de Conduit puede entenderse realizada en virtud de los artículos 35.h) y 37 de la LRJPAC, preceptos en los que se reconoce a los ciudadanos el derecho de acceso a los registros y procedimientos terminados de las Administraciones Públicas, en los términos que están previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE).

Tal y como establece la normativa que configura el derecho citado, para el ejercicio del mismo, no es necesaria la presencia de un interés legítimo, al ser reconocido como un derecho subjetivo de todo ciudadano, término más amplio que el de administrado. Por lo que no cabe duda que, tanto en primer lugar, el precepto constitucional, como en segundo lugar la LRJPAC, han pretendido otorgar un carácter abierto al citado derecho, desvinculándose esta última de la Ley de Procedimiento Administrativo precedente a la actual, esto es la de 1958,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la cual solamente reconocía el derecho de acceso a aquellos que tuvieran la condición de interesados.

En consecuencia, cabe calificar el escrito de Conduit como una solicitud de acceso a los documentos que forman parte de un procedimiento ya terminado de esta Comisión, efectuada al amparo de lo establecido en el artículo 37 de la LRJPAC, debiendo ponderar esta Comisión el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros de Conduit con los límites que han sido establecidos legalmente al citado derecho.

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.

Cuestión indudablemente relacionada con el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración es la configuración de la confidencialidad de los documentos cuyo acceso se solicita. La norma regula la confidencialidad como un derecho de las partes implicadas en el documento cuya información se revela, correspondiendo a la Administración que pueda divulgar su contenido la apreciación de la concurrencia de los presupuestos de hecho necesarios para calificar el documento, o parte de él, como confidencial por constituir secreto comercial o industrial y el reconocimiento de dicha confidencialidad.

En este sentido, la Disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece que *“Las entidades que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo con ocasión del desempeño de sus funciones podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran de trascendencia comercial o industrial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad respecto de cualesquiera personas o entidades que no sean parte de alguna Autoridad Nacional de Reglamentación. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad”*.

De acuerdo con la consideración de Autoridad Nacional de Reglamentación que atribuye el artículo 46.1.d) de la LGTel a esta Comisión, corresponde a la misma la declaración de confidencialidad de los documentos que obren en sus archivos, concretamente sobre los que aquí se pretende el derecho de acceso, a fin de dar cumplimiento a las normas que prohíban que esta Comisión revele la información amparada por el secreto comercial e industrial que resulte contenida en los mismos. Esta potestad puede ser igualmente ejercida de oficio por esta Comisión, al señalar tanto el artículo 9 de la LGTel como el artículo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

21.1 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, genéricamente, que las Autoridades Nacionales de Reglamentación garantizarán la confidencialidad de la información suministrada que pueda afectar al secreto comercial o industrial.

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

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

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

La solicitud de acceso de Conduit a los expedientes con referencias OM 2003/525 y MTZ 2000/3671, puede entenderse realizada en virtud de los artículos 35, letra h) y 37 de la LRJPAC, por lo que, dichos preceptos y el artículo 105 de la Constitución, determinan el régimen jurídico básico aplicable al presente procedimiento y en su virtud esta Comisión adopta el presente acuerdo.

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

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

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

términos son precisados por el artículo 37 de la LRJPAC, que dispone lo siguiente:

“1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

[...]

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

[...]

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

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

Por ello, el derecho de acceso al expediente que solicita Conduit está sometido a las siguientes condiciones, concurrentes en el presente caso:

- a) El procedimiento debe estar terminado a la fecha de la solicitud.
- b) El acceso se permite con carácter general para todos los ciudadanos.
- c) Al contener los expedientes respecto a los cuales se solicita el acceso, documentos de carácter nominativo, debe ser acreditado un interés legítimo y directo.
- d) 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.

CUARTO. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECRETO COMERCIAL E INDUSTRIAL.

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

Respecto al límite que se ha de valorar en la presente Resolución, esto es el secreto comercial e industrial configurado en el artículo 37.5.d) de la LRJPAC,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se ha pronunciado a propósito del acceso a sus archivos y registros; entre otras Resoluciones, cabe destacar su Resolución de 23 de septiembre de 1999, relativa a la solicitud de Madritel Comunicaciones, S.A. de acceso a las condiciones acordadas en los contratos de cesión de contenidos firmados entre Sogecable y Cableuropa; su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. de acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 20 de noviembre de 1998 por Airtel Móvil, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A.; su Resolución de 14 de junio de 2001, relativa a la solicitud de Xfera Móviles, S.A. solicitando el acceso al acuerdo de suministro provisional de infraestructura de red suscrito el día 19 de noviembre de 1998 por Telefónica Servicios Móviles, S.A. y por Retevisión Móvil, S.A. y su Resolución relativa al escrito presentado por Auna Telecomunicaciones, S.A. solicitando el acceso al expediente sobre el coste neto de la prestación del servicio universal en el año 2002 propuesto por Telefónica de España, S.A.U.

En estas resoluciones se afirma:

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

Las únicas reglas que pueden establecerse con carácter general, en relación con esta cuestión, han de partir de la consideración de secretas de aquellas informaciones contenidas en un documento, que las partes del mismo reivindiquen como tales, y que esta Comisión así lo reconozca. Tal reconocimiento debería realizarse tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento con la aplicación del principio de proporcionalidad, debiendo ser la información que se haga pública proporcional con la finalidad perseguida con el levantamiento de la confidencialidad de la misma.”

Por otro lado y dado que no existe en el ordenamiento jurídico español, una normativa que especifique de una manera exhaustiva la información que está protegida por el secreto comercial o industrial, ni una normativa que especifique el contenido de estos conceptos, procede hacer referencia a las definiciones contenidas sobre dichos conceptos en la Comunicación de la Comisión Europea 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 de la CE, de los artículos 65 y 66 del Tratado de la CECA y del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo² (en adelante, la Comunicación), la cual sigue vigente hasta que no se apruebe la revisión de la misma.

² La citada Comunicación establece las líneas directrices que se refieren fundamentalmente a los derechos de las empresas a las que se acusa en la instrucción de una presunta infracción, no a los derechos de terceros, ni en particular a los demandantes.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Comisión establece en el punto I.A.1 de la citada Comunicación que:

“constituyen secretos comerciales las informaciones (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”. Y continúa señalando que la no comunicabilidad de dichas 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 de la referida Comunicación 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 vendidos 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”.*

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

“¿Qué debe entenderse, desde la perspectiva del recurso contencioso-administrativo interpuesto, por datos o documentos que se consideren confidenciales, por emplear exactamente los términos de la Ley (art. 53 L. 16/89)? Es sabido que los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos de valor que, contenidos en las normas, dan a los órganos de la Administración la posibilidad de actuación ante una concreta realidad. Al traer ese concepto al ámbito del proceso, es evidente que los datos o documentos a considerar como confidenciales, exige una valoración única que sea justa, y ello porque siendo el proceso garantía para las partes, todos los trámites procesales, han de compaginarse con el derecho de tutela judicial efectiva, como reconoce la representación procesal de los recurrentes en Súplica. Pues bien, aunque los recurrentes en Súplica no indicaron (ni ahora indican) los motivos concretos e individualizados por los que cada uno de los documentos aportados y que constituyen la denominada pieza confidencial deben estar amparados por el secreto comercial o industrial, la Sala, en aras del derecho fundamental de tutela judicial efectiva que ampara a todas las partes del proceso ha analizado detalladamente todos los documentos que el Director General de Defensa de la Competencia (Ministerio de Economía y Hacienda) indicó como documentos confidenciales al remitir a esta Sala el expediente administrativo, (folios ...) y resulta que ninguno de los documentos examinados, -en este caso concreto- pueden considerarse desde la jurisdicción revisora, documentos confidenciales al extremo de que sean sustraídos al análisis de los demandantes a los efectos de que, junto con todo el expediente, puedan deducir la correspondiente demanda.”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

QUINTO.- CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DE LOS EXPEDIENTES OM 2003/525 Y MTZ 2000/3671.

Procede examinar el contenido de los diferentes documentos de los dos expedientes, teniendo en consideración los escritos presentados por las entidades durante las fases de instrucción, audiencia y resolución, y comprobar así si están protegidos por el secreto comercial e industrial que ampara la confidencialidad de documentos según contiene el artículo 37.5 de la LRJPAC.

Por lo que se refiere al análisis concreto sobre la confidencialidad del contenido de los documentos de los citados expedientes OM 2003/525 y MTZ 2000/3671 objeto del presente procedimiento, cabe manifestar lo siguiente:

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

2º.- No obstante, existen ciertos documentos dentro de los expedientes que deben ser tenidos como confidenciales a los que, por tanto, no podrá tener acceso el solicitante.

Estos documentos que incurren en confidencialidad se refieren a datos acerca de los precios y desglose de costes de servicios y bienes intermedios necesarios para la provisión de los servicios por parte de los operadores; los modelos de negocio de dichas empresas; las estrategias de desarrollo y expansión de su negocio; contratos con otros operadores en virtud de los cuales reciben bienes y/o servicios necesarios para la prestación de sus servicios minoristas; versión confidencial de una Resolución adoptada por esta



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión por contener datos sobre la dimensión de mercado de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, así como datos y valoraciones sobre las propias empresas que actúan en el mismo como agentes económicos.

En concreto respecto a la confidencialidad de ciertos contratos que obran en los expedientes, procede aceptar la alegación de Conduit en relación con la no declaración de confidencialidad del contrato celebrado entre T.P.I. y TESAU con fecha 5 de mayo de 1999 para la edición, distribución y explotación comercial de la "Guía Telefónica". En este sentido procede poner de manifiesto lo dispuesto en una Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 1 de marzo de 2000 en la que, en relación con la ausencia de normativa en el derecho interno que expresamente identifique cuáles son los datos o informaciones que puedan quedar protegidos por el secreto comercial o industrial establece que:

"...existen en el derecho comunitario determinadas fuentes que sirven de referencia para hacer pronunciamiento sobre la declaración de confidencialidad, en un doble aspecto: positivo, esto es, que el documento sometido a declaración de confidencialidad sea revelador de relaciones comerciales de las empresas o los componentes de los costes de las mismas, y en general, aquellos datos que revelen la estrategia comercial de las mismas; y negativo, que no haga referencia a los términos, condiciones y cuotas de interconexión y las posibles contribuciones al servicio universal, pues tales datos han de ser accesibles a los interesados en todo caso".

De manera que al haberse celebrado el citado contrato en el marco de las contribuciones al servicio universal, debe ser accesible a los interesados en todo caso, debiendo declararse exclusivamente confidenciales aquellas cláusulas que específicamente hagan referencia a costes y contraprestaciones económicas. Por el contrario debe declararse la confidencialidad de los otros dos contratos respecto de los cuales Conduit solicita el acceso, esto es, el contrato para la cesión de datos de fecha 6 de mayo de 1999, celebrado entre T.P.I. y TESAU y el "Agreement for computerised international directory information exchange" formalizado en base al protocolo E-115 celebrado entre TESAU y Telegate, ya que ambos son susceptibles de ser reveladores de las relaciones comerciales existentes entre las distintas compañías.

Deben rechazarse asimismo las alegaciones de Conduit relativas a la no procedencia de la declaración de confidencialidad de determinados datos económicos, esto es, cantidad relativa a la cuota de mercado de TESAU, datos relativos a costes y la contraprestación económica pagada por T.P.I. a TESAU, ya que los mismos, tal y como aparecen expresamente citados en la Comunicación de la Comisión Europea citada anteriormente, son claramente indicadores de la estrategia comercial seguida por las compañías afectadas.

Por último, deben rechazarse las alegaciones de Conduit relativas a la falta de justificación de la declaración de confidencialidad de determinadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

comunicaciones que obran en los expedientes. Las citadas comunicaciones se encuentran protegidas por el secreto de las comunicaciones establecido en el artículo 18.3 de la Constitución. A este respecto cabe poner de manifiesto numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre ellas, la Sentencia de fecha 11 de marzo de 1996, la cual en relación con el artículo citado establece que:

“Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídica de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal, hemos dicho, y abstracto en consecuencia, ya que “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”. Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales. En definitiva, se pretende garantizar así la “impenetrabilidad de la comunicación” por terceros con eficacia erga omnes, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la” dimensión material del secreto”, lo que se trasmite (STC 114/1984)”.

3º.- En virtud de las circunstancias descritas anteriormente, a continuación se procede a identificar aquellos documentos respecto a los cuales, al estar afectos de confidencialidad no se otorgará el derecho de acceso.

En primer lugar respecto al expediente OM 2003/525 procede identificar los siguientes documentos:

- Parcialmente el documento núm. 3:

Segundo párrafo del apartado primero del escrito de alegaciones presentado por T.P.I. ante esta Comisión con fecha 14 de abril de 2003 por contener la contraprestación que T.P.I. abonaba a TESAU por la actualización de registros de abonados no particulares. T.P.I. solicitó la declaración de confidencialidad del mismo mediante escrito presentado ante esta Comisión con fecha de 8 de julio de 2003.

- Documento núm. 12:

Versión confidencial de la Resolución de fecha 26 de junio de 2003 por la que se adoptaron medidas cautelares en relación con la denuncia de Conduit Europe, S.A y QDQ Media, S.A. relativa al suministro de datos de abonado por parte de Telefónica de España, S.A.U. En el Anexo de la Resolución citada se incluyen datos sobre la dimensión del mercado de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, así como datos y valoraciones sobre las propias empresas que actuaban en el mismo como agentes económicos. Dado que al tiempo de elaboración de dicho Anexo, los servicios de esta Comisión no recopilaban ni publicaban datos relativos a ese mercado, se acudió a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

información incluida en las alegaciones de las partes y a informes internos de los propios operadores, los cuales fueron proporcionados bajo condición de confidencialidad.

- Documento núm. 13.

Segundo párrafo de la página núm.3 de la versión no confidencial de la Resolución de fecha 26 de junio de 2003 por la que se adoptaron medidas cautelares en relación con la denuncia de Conduit Europe, S.A y QDQ Media, S.A. relativa al suministro de datos de abonado por parte de Telefónica de España, S.A.U., por contener los datos de la contraprestación que T.P.I. abonaba a TESAU referida en el documento núm.3 señalado anteriormente. La entidad T.P.I. solicitó que se declarase la confidencialidad de la citada información mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión con fecha de 8 de julio de 2003.

- Documento núm. 16:

Cláusula décimo cuarta (precios y costes) y décimo quinta (contraprestaciones económicas) del contrato celebrado entre T.P.I. y TESAU con fecha 5 de mayo de 1999 para la edición, distribución y explotación comercial de la "Guía Telefónica". T.P.I. solicitó la declaración de confidencialidad de las citadas cláusulas mediante escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 23 de junio de 2003.

- Anexo del documento núm. 19:

Copia de correspondencia particular de fecha 7 de julio de 2003.

- Documento núm. 25:

Cláusula quinta del Anexo de fecha 14 de julio de 1999 al contrato celebrado entre TESAU y TPI, presentado ante esta Comisión por la entidad T.P.I. con fecha 31 de julio de 2003, cláusula respecto a la cual solicitó la confidencialidad.

- Parcialmente el documento núm. 30:

Páginas 11 y 13 del escrito de alegaciones presentado por TESAU ante esta Comisión con fecha 8 de agosto de 2003 por contener información relativa a la estrategia de negocio y valoraciones del mercado de la misma, información que fue solicitada por TESAU como confidencial en el citado escrito.

- Parcialmente el documento núm. 31:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dato presentado por TESAU ante esta Comisión con fecha 11 de agosto de 2003 con información relativa a la cuota de mercado de la misma, información que fue solicitada por TESAU como confidencial en el citado escrito.

En segundo lugar, respecto a los documentos del expediente MTZ 2000/3671 procede identificar los siguientes:

- Anexo núm.1 del documento núm.1:

Constituido por: modelo de “Agreement for computerised international directory information exchange” propuesto por TESAU. Telegate aportó como anexo núm.4 del documento núm.13 el mismo modelo de contrato formalizado entre ésta y TESAU, contrato respecto al cual solicitó la confidencialidad mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2001.

- Anexo núm.2 del documento núm.1:

Copia de correspondencia particular de fecha 24 de mayo de 2000.

- Páginas 11, 12 y 13 del documento núm. 8:

Las páginas núm. 11, 12 y 13 del escrito presentado por TESAU con fecha 9 de enero de 2001 en el que constan datos en relación a los costes en los que incurría TESAU al suministrar la información contenida en la base de datos de abonados. En el mismo escrito TESAU solicitó la confidencialidad de las páginas referidas.

- Anexo núm. 1, 2 y 3 del documento núm.8:

TESAU solicitó la confidencialidad de los tres anexos en el escrito principal de fecha 9 de enero de 2001. En los mismos constan: desglose de costes en el que incurre TESAU al proveer el servicio de consulta telefónica (1003), de acuerdo con el sistema contable aprobado por el Consejo de esta Comisión en su Resolución de 15 de junio de 2000; información desglosada de la contabilidad analítica de TESAU en relación al servicio 1003; copia del contrato para la cesión de datos de fecha 6 de mayo de 1999, celebrado entre T.P.I. y TESAU.

- Anexos núm. 1, 2 y 3 del documento núm.13:

Constituidos por copias de correspondencias particulares de fechas 6, 23 y 28 de febrero de 2001 respecto a las cuales fue solicitada la confidencialidad mediante escrito presentado ante esta Comisión posteriormente con fecha 16 de marzo de 2001.

- Anexo núm.4 del documento núm.13:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Constituido por copia del contrato "Agreement for computerised international directory information exchange" formalizado en base al protocolo E-115 celebrado entre TESAU y Telegate, respecto al cual asimismo Telegate solicitó la confidencialidad mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2001.

A juicio de esta Comisión, y de acuerdo con el régimen jurídico al que se ha hecho referencia en esta Resolución, la declaración de confidencialidad de estos datos responde a la necesidad de preservar el secreto de una información que define la estrategia comercial de las entidades que aportaron los mismos. Esto es, una vez aplicado el criterio de proporcionalidad antes aludido, el posible beneficio del solicitante que accede a la información es irrelevante frente al perjuicio potencial que podría causar la revelación de esta información.

Vistos los antecedentes y fundamentos de derecho, esta Comisión,

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente la solicitud de Conduit Europe, S.A. de acceder a los expedientes OM 2003/525 relativo a determinadas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U. en el suministro de datos de sus abonados para la prestación de dichos servicios de directorios de abonados y MTZ 2000/3671 en relación con las solicitudes de intervención de Sonera Corporation y Telegate España, S.A. sobre acceso a los datos de abonados y a los servicios de facturación y cobro de Telefónica de España, S.A.U., al considerar que los documentos que contienen los expedientes, salvo a los que se hace referencia en el Resuelve Segundo, no incurren en secreto comercial o industrial y que, por tanto no han de ser declarados confidenciales.

SEGUNDO. Declarar la confidencialidad de los documentos que aparecen enumerados en el apartado 3º del Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la LRJPAC, 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 fina 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición adicional cuarta, apartado 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera