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 - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRM

Expediente: R/AJ/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica

Segundo. - Declaración de confidencialidad de 18 de enero de 2019

También con fecha 18 de enero de 2019, la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual dictó escrito de declaración de confidencialidad en el marco del mencionado conflicto.

En dicho escrito se dispuso que, tras analizar toda información aportada al procedimiento por La Manga, se consideraba, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre el hipotético perjuicio que pudiera irrogarse como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión y el interés que pudiera tener cualquier tercero en acceder a dicha información, que procedía declarar como confidenciales para cualquier tercero, incluido Roger Douglas Lowe, los siguientes documentos:

- *Del escrito de 9 de enero de 2018*

  - *El documento número 7 (cláusulas del contrato privado de compraventa entre Inmogolf S.A. y Arco Iris Properties, S.L.) (Doc. 7, páginas 62 a 66 del documento segundo).*

- *Del escrito de 19 de octubre de 2018*

  - *Copia de los contratos de abono suscritos entre La Manga Club y los operadores de comunicaciones electrónicas mencionados en el escrito de 5 de octubre de 2018 (Telefónica de España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U.). (documentos 1 a 4)*

Igualmente, se señaló que "*esta información se considera que es de carácter sensible, por tratarse de datos referentes a los acuerdos de negocio y a las comunicaciones privadas, por lo que su revelación y publicidad a terceros, que no tengan relación con la citada información, podría conllevarles perjuicios, por la posible vulneración de sus derechos al secreto comercial o de negocio y a las comunicaciones, de conformidad con la normativa expuesta y lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución Española.*"

Tercero. - Recurso de alzada de Roger Douglas Lowe

Con fecha 8 de febrero de 2019, ha tenido entrada en el registro de esta Comisión un escrito de Roger Douglas Lowe por el que interpone recurso de alzada contra la mencionada declaración de confidencialidad de 18 de enero de 2019, por los motivos que se analizarán a continuación.

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/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Calificación del escrito de Roger Douglas Lowe

El recurso de alzada se encuentra regulado en los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En concreto, de conformidad con los artículos 112 y 121 de la LPAC, 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 47 y 48 de dicha Ley.

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido no pone fin a la vía administrativa y se considera acto de trámite cualificado[1]. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC.

SEGUNDO. - Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC 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 4 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de

[1] A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2008 (recurso 3517/2006), en referencia a un acuerdo de declaración de confidencialidad del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, señaló que "*Junto a esta categoría de actos de trámite surgen los llamados «actos de trámite cualificados» que aun cuando al igual que los anteriores, se adoptan en el seno de un procedimiento administrativo, se diferencian de los primeros en que son susceptibles de generar por si mismos ciertas consecuencias y efectos jurídicos en los afectados. (…) En efecto, el pronunciamiento sobre el carácter confidencial o no de los datos aportados al procedimiento en virtud de un anterior requerimiento implica una valoración del contenido de la información y una necesaria ponderación de las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse para las entidades implicadas. En tal ponderación han de tomarse en consideración los diversos bienes jurídicos en juego e implica la necesidad de un razonamiento y una motivación que justifique el tratamiento dado a la información. Además, la declaración de confidencialidad genera importantes consecuencias para las partes interesadas en el procedimiento, referidas a la limitación en el acceso a los documentos y a las posibilidades de alegar sobre los mismos. Aspectos estos que evidencian la incompatible conceptuación de la declaración contemplada como un mero acto de trámite dirigido a la ordenación del procedimiento.*"

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, Roger Douglas Lowe, como parte en el procedimiento de conflicto CFT/DTSA/051/17, ostenta un interés legítimo en lo relativo a la declaración como confidenciales de ciertos documentos en el marco de dicho procedimiento, por lo que debe ser considerada como parte interesada en el presente recurso de alzada.

TERCERO. - Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 122.1 de la LPAC. Efectivamente, el acto recurrido fue notificado con fecha 22 de enero de 2019, habiéndose interpuesto el recurso el 8 de febrero de 2019.

CUARTO. - Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC, 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 Directora 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 LCNMC, y 8.2.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente recurso.

Por su parte, el artículo 122.2 de la LPAC dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses contados desde el día siguiente a su interposición. 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 24.1 de la citada LPAC.

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

En su recurso, Roger Douglas Lowe sostiene que la declaración de confidencialidad de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 18 de enero de 2019 es arbitraria y le provoca indefensión, por haber sido adoptada vulnerando el procedimiento legalmente establecido, y por ser incongruente respecto de la calificación que se hace de La Manga en el marco del conflicto. Asimismo, el recurrente justifica la necesidad de acceder a los documentos confidenciales con la finalidad de desvirtuar la argumentación contenida en la propuesta de resolución de 18 de diciembre de 2018 dictada en el marco del conflicto CFT/DTSA/051/17.

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/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica

En primer lugar, se procede a analizar la información objeto de la declaración de confidencialidad impugnada, para después examinar las alegaciones de la recurrente.

Así, la declaración de 18 de enero de 2019 estableció como confidenciales:

- *Del escrito de 9 de enero de 2018*

  - *El documento número 7 (cláusulas del contrato privado de de compraventa entre Inmogolf S.A. y Arco Iris Properties, S.L.) (Doc. 7, páginas 62 a 66 del documento segundo).*

- *Del escrito de 19 de octubre de 2018*

  - *Copia de los contratos de abono suscritos entre La Manga Club y los operadores de comunicaciones electrónicas mencionados en el escrito de 5 de octubre de 2018 (Telefónica de España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U.). (documentos 1 a 4).*

En lo relativo al documento número 7 (cláusulas del contrato privado de compraventa entre Inmogolf S.A. y Arco Iris Properties, S.L.) del escrito de 9 de enero de 2018 aportado por La Manga, este contiene información relativa a un negocio jurídico entre La Manga y terceros operadores.

Respecto de los contratos de abono suscritos entre La Manga y los operadores de comunicaciones electrónicas mencionados en el escrito de 5 de octubre de 2018 -Telefónica de España, S.A.U. y Vodafone España, S.A.U. (documentos 1 a 4)- contenidos en el escrito aportado por La Manga con fecha 19 de octubre de 2018, se trata de acuerdos mayoristas cuya divulgación podría afectar a la dinámica de funcionamiento de los mencionados operadores.

Así, tras analizar el contenido de los documentos en cuestión, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre el hipotético perjuicio que pudiera irrogarse como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión y el interés que pudiera tener un tercero, incluido Roger Douglas Lowe, en acceder a dicha información, se consideró que esta Comisión debía velar por mantener como privados para terceros las cláusulas del contrato privado de compraventa y los contratos de abono aportados por La Manga al procedimiento de conflicto.

Y ello debido a que, en base a la protección del secreto comercial o de negocio, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia europea[2], dicha información tiene el carácter de secreto comercial pues el acceso por parte de terceros a la misma es susceptible de afectar a intereses económicos y comerciales de los operadores que en ellos figuran.

[2] Sentencia de 18 de septiembre de 1996 en asunto T-353/94, Postbank NV/Comisión, Rec. 1996, p. II-921.

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/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica

Como ha señalado el Tribunal de Justicia del Unión Europea[3] "se *concede una protección muy especial a los secretos comerciales. Estas disposiciones, aun cuando se refieren a hipótesis particulares, deben ser consideradas como expresión de un principio general que tiene aplicación durante el desarrollo del procedimiento administrativo. De ello resulta que el tercero reclamante no puede recibir en ningún caso comunicación de documentos que contengan secretos comerciales. Cualquier otra solución llevaría al inadmisible resultado de que una empresa pudiera verse tentada a plantear una reclamación ante la Comisión únicamente con vistas a tener acceso a los secretos comerciales de los competidores".*

Siguiendo este mismo criterio, esta Comisión, por el contrario, no consideró necesario declarar la confidencialidad del "documento número dos" aportado por La Manga con fecha 9 de enero de 2018, que contenía la escritura de cesión gratuita en favor del Ayuntamiento de Cartagena. Y ello porque se entendió que, al tratarse la contraparte de una Administración Pública y no de un operador privado, y en aplicación del mencionado principio de proporcionalidad, no era necesario mantener dicho documento como confidencial para terceros.

De esta forma, el argumento de Roger Douglas Lowe relativo a la arbitrariedad y falta de motivación de la declaración de confidencialidad no puede ser aceptado, pues los motivos referentes a la protección del secreto comercial y de los intereses de terceros expuestos fueron los aducidos para justificar la declaración que se impugna.

Por otra parte, respecto de la alegación relativa a la vulneración del procedimiento legalmente establecido para la declaración de confidencialidad, el recurrente entiende que conforme a la normativa aplicable debe ser el interesado, en este caso La Manga, el que solicite y justifique la declaración de confidencialidad de los documentos que ha aportado. Para sustentar su alegación, hace referencia a una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como las Directrices sobre el Trámite de Información confidencial de la CMT del año 2013.

Sin embargo, cabe señalar que, como dispone la declaración impugnada, en base al artículo 28.2 de la LCNMC, los documentos proporcionados a la Comisión no podrán ser cedidos a terceros cuando contengan información confidencial por tratar de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico. De esta forma, y como se ha analizado, al constituir los documentos referidos información susceptible de estar afectada por el secreto comercial, se trata de información confidencial y esta Comisión, en base al mencionado artículo 28, debe velar por la protección de los mencionados intereses, tanto a instancia de parte como de oficio. Circunscribir la aplicación de la mencionada disposición a las solicitudes de las partes implicaría limitar

[3] Sentencia de 24 de junio de 1986 en asunto 53/85, AKZO Chemie BV.

Expediente: R/AJ/008/19 ID: SWKXUU 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

injustificadamente la protección de los intereses de los operadores que se relacionan con esta Comisión.

Igualmente, y como dispuso la declaración impugnada, el artículo 10.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) establece 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.*" Así, la normativa sectorial no requiere de solicitud por parte del operador afectado para que esta Comisión proceda a declarar documentos como confidenciales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aducidas por el recurrente, no vinculan a esta Comisión puesto que las mismas se circunscriben al ámbito de la contratación pública. En concreto, y como dispone el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conoce del recurso especial en el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, cuestión que nada tiene que ver con el conflicto al que se refiere el presente recurso.

Por otro lado, Roger Douglas Lowe impugna la declaración de confidencialidad por ser incongruente respecto de la calificación que se hace de La Manga en el marco del conflicto. De esta forma, el recurrente entiende que, si la propuesta de resolución del conflicto CFT/DTSA/051/17 no considera a La Manga como operador de telecomunicaciones, ello implica que La Manga no está realizando una actividad empresarial por lo que no sería preciso salvaguardar el secreto comercial de dicho operador.

Sin embargo, esta conclusión es errónea. El hecho de que La Manga explote la red de cobre en régimen de red privada -no como operador- como se concluye en la propuesta de resolución del expediente CFT/DTSA/051/17, no priva a La Manga de su condición de empresa, ya sea de comunicaciones electrónicas o de otra índole. De esta forma, si bien en lo que se refiere a la explotación de la red de cobre objeto del mencionado conflicto La Manga no estaría actuando como un operador, esta entidad sigue ostentando la condición de empresa en el resto de los ámbitos en los que actúe, y prueba de ello son los contratos que ha suscrito con otros operadores y que se han declarado confidenciales para terceros. Así, el hecho de que la propuesta de resolución haya concluido que La Manga explota la mencionada red de cobre en régimen de autoprestación no priva a esta entidad de su condición de empresa cuyos intereses comerciales han de ser salvaguardados por esta Comisión en virtud del artículo 28.2 de la LCNMC y el artículo 10.1 de la LGTel.

Expediente: R/AJ/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -

A mayor abundamiento, la propia propuesta de resolución dispone que existen indicios de que La Manga pudiera estar prestando un servicio de reventa del servicio telefónico fijo disponible al público sin constar inscrito en el Registro de Operadores. De esta forma, la mencionada propuesta no excluye, como sí lo hace la recurrente, la condición de La Manga de operador de telecomunicaciones.

Por último, Roger Douglas Lowe justifica la necesidad de acceder a los documentos confidenciales en la finalidad de desvirtuar la argumentación contenida en la propuesta de resolución de 18 de diciembre de 2018. No obstante, y como se expone en la declaración recurrida, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, tras analizar la totalidad de la información aportada por La Manga en sus escritos, ha llevado a cabo una ponderación entre el hipotético perjuicio que pudiera producir la revelación de los datos aportados por La Manga y el interés que pudiera tener para cualquier tercero, incluido Roger Douglas Lowe, acceder a dicha información, en virtud del principio de proporcionalidad.

La recurrente se refiere en concreto a la necesidad de conocer los contratos referentes al servicio telefónico que La Manga ha suscrito con operadoras mayoritarias. Sin embargo, el procedimiento de conflicto, como se reflejó la propuesta de resolución notificada a la recurrente, versa sobre el servicio de acceso a internet, por lo que la información relativa al servicio telefónico prestado por La Manga difícilmente podría desvirtuar las conclusiones del mismo. Asimismo, como ya se ha señalado, la recurrente ha tenido acceso al documento aportado por La Manga en fecha 9 de enero de 2018 que contiene la escritura de cesión gratuita de infraestructuras en favor del Ayuntamiento de Cartagena, documento directamente vinculado con el objeto del procedimiento de conflicto.

Por último, Roger Douglas Lowe sugiere que se le otorgue acceso a la información referida eliminando los datos que deban permanecer confidenciales. No obstante, dada la naturaleza de los documentos que se han declarado confidenciales (cláusulas del contrato privado de compraventa y contratos de abono suscritos con operadores de comunicaciones electrónicas) no es posible otorgar acceso parcial a los mismos sin que la protección de los intereses comerciales y del secreto de las comunicaciones que garantiza la declaración recurrida quede desvirtuada.

En vista de todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC

RESUELVE

ÚNICO. - Desestimar el recurso de alzada interpuesto por Roger Douglas Lowe contra la declaración de confidencialidad de 18 de enero de 2019 de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual en el marco del conflicto CFT/DTSA/051/17.

Expediente: R/AJ/008/19 ID: SWKXUU 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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del 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/008/19 ID: SWKXUU Copia auténtica
FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE - FIRMADO DIGITALMENTE -