

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE DETERMINADA INFORMACIÓN APORTADA POR EL RECORRENTE EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE IRM/DTSA/001/20

R/AJ/082/20

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020

Visto el recurso de alzada interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (TESAU), contra el acto administrativo dictado por esta Comisión el día 15 de octubre de 2020 por el que se resolvió sobre su solicitud de declaración de confidencialidad de determinada información aportada por dicho operador en el marco del expediente IRM/DTSA/001/20, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Solicitud de confidencialidad de TESAU

Con fecha 15 de septiembre de 2020 se recibió escrito de TESAU en el marco de la tramitación del procedimiento IRM/DTSA/001/20, donde se analiza la posibilidad de modificar las condiciones económicas en las que debe provisionar un circuito mayorista ORLA-E a 100 Mbit/s solicitado por Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, ORANGE) en la provincia de Soria.

TESAU solicita, para determinadas informaciones incluidas en su escrito, el tratamiento de información confidencial por ser datos de especial carácter sensible que afectan al secreto comercial e industrial.

SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 15 de octubre de 2020, la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión acordó, mediante escrito notificado a TESAU el día 16 de octubre de 2020, lo siguiente:

“(…) declarar, a los efectos del expediente de referencia, el carácter confidencial para cualquier tercero de la siguiente información del escrito de Telefónica, remitido con fecha de 15 de septiembre:

- *Información sobre el plazo medio de instalación de un radioenlace, página 5.*
- *Información relativa a los diferentes contratos y acuerdos suscritos con la empresa Marques Bidco, S.L, respuestas a las consultas formuladas por la CNMC desde la 1 a la 8, páginas de la 3 a la 7.*
- *Respuesta a las consultas 9, 10 y 11 realizadas por la CNMC, relativas a la constitución de un nuevo radioenlace y la estructura del ya existente, en las páginas 8 y 9.*
- *Información en respuesta a la consulta 12 realizada por la CNMC, relativa al coste actual del servicio de Banda extensa actual que Marques Bidco, S.L. factura a Telefónica, página 9.*
- *Respuesta a la consulta 13, información sobre los precios que tendría la constitución de un nuevo radioenlace en las condiciones marcadas por Marques Bidco, S.L., páginas 10 y 11.*
- *Anexos del 1 al 7, que contienen los contratos y acuerdos entre Telefónica y Marques Bidco, S.L.*

Dicha información es de carácter sensible al detallar características técnicas, despliegues y arquitectura de la red propia de Telefónica que son por tanto susceptibles de secreto industrial y comercial según el apartado 2.1 del listado orientativo del Anexo de las Directrices aprobadas por la CMT.

Asimismo, se estima procedente declarar, a los efectos del expediente de referencia, el carácter confidencial para cualquier tercero excepto Orange de la siguiente información del escrito de Telefónica, remitido con fecha de 15 de septiembre:

- *Respuesta a las consultas 14 y 15 realizadas por la CNMC, relativas al circuito de Banda Extensa ya existente, en las páginas 11 y 12.*

La confidencialidad declarada en los términos aquí expuestos tiene un alcance absoluto, no pudiendo ser revelada a nadie salvo al solicitante de la misma. No obstante, la información declarada confidencial podrá ser puesta a disposición de otros órganos u organismos administrativos o del poder judicial del Estado o de la Unión Europea para el ejercicio de las funciones que las leyes les atribuyen y para el cumplimiento de las finalidades para las que fueron creados.”

TERCERO.- Interposición de recurso de alzada por TESAU

Mediante escrito presentado en fecha 27 de octubre de 2020, TESAU interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 15 de octubre de 2020.

En su impugnación TESAU alega que, excepcionar a ORANGE de la declaración de confidencialidad respecto de determinada información¹ le resulta lesiva para sus intereses² legítimos además de ser contraria a Derecho.

Los motivos sobre los que justifica su impugnación son, en síntesis, los siguientes:

- Que la CNMC no ha ponderado adecuadamente la proporcionalidad entre el interés en que dicha información tenga carácter confidencial, frente a cualquier tercero, y el beneficio posible de los interesados a conocer dicha información.
- Que se excepcione a ORANGE de una parte de la información declarada como confidencial resulta contrario a lo establecido en la Resolución de la CNMC por la que se dictan las Directrices³ sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la CNMC, de 26 de junio de 2013, así como a lo establecido en el artículo 10.1, último párrafo, de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel).

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Calificación

De conformidad con los artículos 112 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no pongan fin a la vía administrativa podrá interponerse por los interesados

¹ Información relativa a costes internos y precios de TESAU relativos a la instalación de un nuevo radioenlace y los costes asociados a su ampliación, además de las cantidades recurrentes anuales implícitas en esas instalaciones.

² Alega que revelar la información a ORANGE supone revelar secretos industriales y comerciales a un competidor directo cuyo conocimiento no resulta necesario y entraña grave perjuicio para TESAU.

³ Anexo, apartado 2.1.

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 (en adelante, Ley 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.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como recurso de alzada. Por su parte, el acto recurrido fue dictado por la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, y por tanto no pone fin a la vía administrativa, si bien es cualificado tal y como lo indicó expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RC 03/3517/2006). 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 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, TESAU es la entidad titular de los datos que no han sido declarados como confidenciales respecto de ORANGE en el escrito de 15 de octubre de 2020 por lo que debe ser considerada como parte interesada en este 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 es de fecha 15 de octubre de 2020 y le fue notificado al interesado el día 16 del mismo mes, habiéndose interpuesto el recurso el 27 de octubre de 2020.

CUARTO. - Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC-2015, 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 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC y 8.2.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 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, 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 24.1 de la citada LPAC.

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

La información confidencial está regulada de forma dispersa por el derecho positivo. Para acotar y delimitar el contenido de este concepto, se ha de observar el sector o actividad económica a la que se refiere. En todo caso, con carácter general, se trata de un tipo de información que, por razón de su contenido o del ámbito material a que afecta, puede perjudicar, en caso de ser divulgada, la posición en el mercado o en el proceso de creación y distribución de bienes y servicios del sujeto o sujetos a que se refiere o sus posiciones negociadoras en el ámbito económico.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIP), en su artículo 14.1.h) y j), limita el derecho de acceso a la información que suponga un perjuicio para los intereses económicos o comerciales o la propiedad intelectual o industrial. Y más en particular, el artículo 10.1 de la LGTel, define como información confidencial a *“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”*.

Para entender a qué se refiere la citada definición cuando identifica como confidencial aquella información susceptible de afectar al secreto comercial o industrial, resulta útil acudir a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, pues ahí define el “secreto empresarial” como *“cualquier*

información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;*
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y*
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.”*

Sin embargo, atendiendo a lo previsto por la LTAIP, no podemos limitar el concepto de información confidencial a aquella susceptible de afectar al secreto comercial, industrial o empresarial pues puede existir otro tipo de información que, por razón de su contenido o del ámbito material al que afecta, puede perjudicar, en caso de ser divulgada, la posición en el mercado o en el proceso de creación y distribución de bienes y servicios del sujeto o sujetos a que se refiere o sus posiciones negociadoras en el ámbito económico y que entrarían dentro del ámbito general que abarca el concepto de *intereses económicos o comerciales*.

Así, la Comunicación⁴ núm. C 325/07 de 2005 se refiere en el punto 3⁵, “*Documentos no accesibles*”, a los documentos excluidos del acceso y, entre ellos, a los que contienen “secretos comerciales” e “información confidencial” y donde se definen así: “*cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera, relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.*” Y también dispone que: “*la categoría <<otra información confidencial>> incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes*

⁴ Comunicación núm. C 325/07 de 2005 de aquélla, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222(03)&from=FR))

⁵ 3.2. Información confidencial

17. El expediente de la Comisión también puede incluir documentos que contengan dos categorías de información, a saber, secretos comerciales y otra información confidencial, cuyo acceso se puede restringir parcial o totalmente). Cuando sea posible, se concederá acceso a versiones no confidenciales de la información original. Cuando la confidencialidad sólo pueda garantizarse resumiendo la información pertinente, se concederá acceso a un resumen. Todos los demás documentos serán accesibles en su forma original.

sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El tribunal de Primera Instancia y el tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato.”

En definitiva, de conformidad con todo lo anterior, para valorar el carácter confidencial o no de la información objeto del presente recurso deberá valorarse no solo si su conocimiento por parte de ORANGE es susceptible de afectar al secreto comercial, industrial o empresarial de TESAU sino también si ha podido afectar a su posición en el mercado o a sus procesos internos para la prestación de servicios o a sus posiciones negociadoras en el mercado.

La información objeto del presente recurso son los costes por los que justifica TESAU la necesidad de aplicar un alto coste en central con cobertura A. Si ORANGE no tiene acceso a dicha información, no podrá presentar ninguna alegación oponiéndose a la pretensión de TESAU ya que dicha información es determinante para decidir sobre el alto coste. Asimismo, el coste aportado por TESAU corresponde a costes agregados, sin presentar ningún detalle sobre a qué responden dichos costes, datos que no constan ahí desglosados. Por lo tanto, la información objeto del presente recurso, si bien no es pública, el hecho de que la pueda conocer ORANGE no es susceptible de desvelar dato alguno que pueda afectar a TESAU en los términos expuestos en el anterior párrafo.

Además, recuérdese que TESAU en caso de traspasar a un tercer operador un alto coste en zona A, deberá aportar un desglose y detalle de los costes mayor del aportado en el requerimiento para que el operador conozca exactamente cada concepto y detalle por el que está abonando la cantidad correspondiente, de conformidad con la obligación de transparencia impuesta a la recurrente en el mercado de segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- DESESTIMAR el recurso de alzada interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., (TESAU), contra el acto administrativo dictado por esta Comisión el día 15 de octubre de 2020 por el que se resolvió sobre su solicitud de declaración de confidencialidad de determinada información aportada por dicho operador en el marco del expediente IRM/DTSA/001/20.

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.

El presente documento está firmado electrónicamente por Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo, con el Visto Bueno del Presidente de la Sala, Ángel Torres Torres.