

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE 28 DE OCTUBRE DE 2020 DE DETERMINADA INFORMACIÓN APORTADA EN EL PROCEDIMIENTO CFT/DTSA/063/20 RELATIVO AL CONFLICTO DE ACCESO ENTRE TELEFÓNICA Y GUIFI.NET

R/AJ/114/20

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

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 11 de febrero de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA) contra la declaración de confidencialidad de 28 de octubre de 2020 de determinada información aportada en el marco del procedimiento CFT/DTSA/063/20 relativo al conflicto de acceso entre las entidades Telefónica de España, S.A. Unipersonal (TELEFÓNICA) y la Fundació Privada per la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, Guifi.net (GUIFI.NET), la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – Comunicación de 07 de abril de 2020 de inicio de conflicto de acceso entre TELEFÓNICA y GUIFI.NET

Con fecha 07 de abril de 2020, esta Comisión acordó comunicar a los interesados el inicio del procedimiento de resolución de conflicto de acceso entre TELEFÓNICA y GUIFI.NET y sus operadores asociados por la ocupación indebida de las infraestructuras físicas de TELEFÓNICA sujetas a la Oferta MARCo.

En la misma comunicación esta Comisión requirió a TELEFÓNICA y GUIFI.NET la aportación de determinada información necesaria para la instrucción del expediente.

Segundo. – Escritos de TELEFÓNICA de 20 de marzo y 14 de julio de 2020 con solicitud de confidencialidad

En el marco del conflicto de acceso y en respuesta al requerimiento de información realizado por esta Comisión, tuvieron entrada en el Registro de la CNMC varios escritos de Telefónica, de fechas 20 de marzo y 14 de julio de 2020, mediante los que esa entidad aportaba determinada información sobre el conflicto.

En todos ellos, Telefónica solicitaba la declaración de la confidencialidad sobre determinados datos obrantes en los mismos, al considerar que estos datos tienen carácter sensible y afectan al secreto comercial de la entidad.

Tercero – Declaración de confidencialidad de 28 de octubre de 2020

Con fecha 28 de octubre de 2020, esta Comisión acordó, mediante escrito notificado a TELEFÓNICA el día 03 de noviembre de 2020:

ÚNICO.- Declarar confidencial para terceros, excepto para Guifi.net, la siguiente información:

- *De los escritos presentados los días 20 de marzo y 14 de julio de 2020: los aspectos señalados por Telefónica como confidenciales en dichos escritos, así como el contenido de sus respectivos anexos.*

Cuarto. - Recurso de alzada de TELEFÓNICA

Con fecha 24 de noviembre de 2020 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de TELEFÓNICA por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acto del día 28 de octubre de 2020.

En su recurso, TELEFÓNICA señala que resulta procedente la declaración de confidencialidad, no solo para terceros sino también para GUIFI.NET, de la comunicación consistente en el correo electrónico (tanto de la dirección de correo electrónico de la persona remitente como del contenido de la propia comunicación) recogido en el Anexo 15 del escrito de TELEFÓNICA de fecha 14 de julio de 2020, por tener la consideración de datos de carácter personal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS**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 (LPAC-2015), contra las resoluciones y los actos de trámite cualificados que no

pongán 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, 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. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

SEGUNDO. - Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC-2015 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, TELEFÓNICA es la entidad titular de los datos que son objeto del acuerdo de 28 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-2015. 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-2015. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 28 de octubre de 2020 y le fue notificado al interesado el día 03 de noviembre de 2020, habiéndose interpuesto el recurso el 24 de noviembre 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 creación de la CNMC (LCNMC) 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-2015 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-2015.

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

5.1.- Finalidad del recurso: declaración de confidencialidad también para GUIFINET de la identidad del remitente del correo electrónico y del contenido del propio correo aportado en el Anexo 15 del escrito de TELEFÓNICA de fecha 14 de julio de 2020

El objeto del recurso es la declaración de confidencialidad, también respecto de GUIFINET, tanto de la identidad del remitente del correo electrónico como del contenido del propio correo aportado en el Anexo 15 del escrito de TELEFÓNICA del día 14 de julio de 2020. Sin embargo, debe señalarse que la solicitud inicial de declaración de confidencialidad formulada por TELEFÓNICA fue de carácter genérico sobre todas las informaciones señaladas como confidenciales en su escrito y la totalidad de los anexos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 14 y 15, sin recoger una petición específica de confidencialidad respecto de la otra parte del conflicto (GUIFINET) para el correo electrónico concreto incluido en una de las 14 subcarpetas con comunicaciones incluidas en el apartado “incidencias no NEON” del Anexo 15, teniéndose en cuenta que GUIFINET no puede entenderse que sea un tercero sino que es una de las partes del conflicto.

Por un lado, y con referencia a la identidad del remitente, TELEFÓNICA alega que se trata de un dato de carácter personal protegido por la normativa de protección de datos.

Por otro lado, y con relación al contenido del correo, TELEFÓNICA sostiene que su revelación a GUIFI.NET podría resultar perjudicial para los intereses del remitente, al tratarse de información de terceros operadores competidores de GUIFI.NET que podrían verse afectados y que dicha información tampoco reviste interés general que justifique su divulgación a GUIFI.NET.

5.2. Sobre el concepto de “datos personales”

De acuerdo con el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 (Reglamento General de Protección de Datos o RGPD), se consideran “datos personales”:

toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

En este caso, hay que indicar que en el correo electrónico no figuran los dos apellidos de la persona titular sino únicamente uno de ellos. Habitualmente son necesarios, al menos, ambos apellidos para la identificación personal, según se señala en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 1624/2020 de 27 de noviembre de 2020 (RC 6531/2019). Así, en el Fundamento Tercero de dicha sentencia se considera que la identificación personal puede realizarse, o bien a través del nombre de pila y ambos apellidos, o bien únicamente mediante los dos apellidos:

no cabe interpretar de forma tan restrictiva la referencia al tratamiento de datos de carácter personal relativos al nombre de la «persona afectada», en el sentido de que operaría sólo en las búsquedas efectuadas a partir del nombre de pila y los dos apellidos de la persona, invocando, para ello, la legislación reguladora del Registro Civil, porque supondría contravenir el espíritu y la finalidad tuitiva de la normativa de la Unión Europea, así como la normativa nacional de protección de datos de carácter personal, que no permiten distinguir, a estos efectos, que la búsqueda se efectúe con base en los apellidos de la persona o del nombre y los dos apellidos de la citada persona.

5.3. Sobre el concepto de “secreto comercial” y su aplicación al caso

5.3.1 Concepto de “secreto comercial”

El artículo 28.2 de la LCNMC señala que:

Los datos e informaciones obtenidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el desempeño de sus funciones, con la excepción de los previstos por las letras c), d), e) y f) del apartado 1 del artículo 5 de esta Ley, que tengan carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico, sólo podrán ser cedidos al Ministerio competente, a las Comunidades Autónomas, a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, así como a los tribunales en los procesos judiciales correspondientes.

Quien tenga conocimiento de estos datos estará obligado a guardar sigilo respecto de los mismos. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de sigilo se considerará falta disciplinaria muy grave.

Y el artículo 37.1 de la misma LCNMC añade que

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.

Desde el punto de vista de la regulación sectorial, el artículo 10.1 de la LGTel 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**.

Y en la disposición adicional cuarta de la misma LGTel se regula la

Las personas físicas o jurídicas que aporten a alguna Autoridad Nacional de Reglamentación datos o informaciones de cualquier tipo, con ocasión del desempeño de sus funciones y respetando la legislación vigente en materia de protección de datos y privacidad, podrán indicar, de forma justificada, qué parte de lo aportado consideran confidencial, cuya difusión podría perjudicarles, a los efectos de que sea declarada su confidencialidad. Cada Autoridad Nacional de Reglamentación decidirá, de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información que, según la legislación vigente, resulte o no amparada por la confidencialidad.

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 (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.

El artículo 1.1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, considera secreto empresarial:

“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;

