

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

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, 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.

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;

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”

Y esta misma Sala, en la resolución de anteriores recursos de alzada referentes a declaraciones de confidencialidad y, entre otros, en su Resolución R/AJ/008/16 de 10 de marzo de 2016, ha señalado que pertenecen al ámbito del secreto industrial o comercial todos aquellos datos o informaciones que cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluye su trascendencia comercial o industrial, el perjuicio que su conocimiento podría causar al operador al que se refieren o la voluntad de su titular de que se mantengan dentro de su esfera interna.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias nº 285/2008 de 12 de mayo de 2008 (RC 1467/2007) y nº 679/2018 (RC 2585/2017), ha considerado como secretos de empresas “*los propios de la actividad empresarial que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva*”.

Finalmente, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), en su Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre de 2019¹ ha señalado, sobre el límite basado en la protección de “intereses económicos y comerciales” que:

- El concepto de “**secreto comercial**” es distinto de “secreto económico”. Por intereses económicos se entienden las “*conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia de un sujeto individual o colectivo en el terreno de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios*”. En cambio, los **intereses comerciales** se refieren a las “*conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia en materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado*”.
- El límite basado en la tutela del “interés comercial” de una empresa no opera de manera automática ni supone per se una exclusión directa del derecho de acceso a la información.
- No es suficiente con argumentar la existencia de la posibilidad de producir un daño sobre el interés comercial, sino que el perjuicio debe ser definido indubitado y concreto. Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.

5.3.2 Aplicación de concepto de “secreto comercial” al caso

Si se analiza la información del correo se observa que se trata de una comunicación a TELEFÓNICA de posibles prácticas llevadas a cabo por una entidad asociada o colaboradora de GUIFINET que figura expresamente

¹ https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/criterios/1-2019.html.

mencionada en la página 8 del escrito de planteamiento de conflicto de TELEFÓNICA de 20 de marzo de 2020, así como también en la página 21 de la última Memoria de Actividades la propia GUIFI.NET correspondiente al ejercicio 2019². Por ello, no puede afirmarse que dicha entidad sea un tercero en el procedimiento ni que su identidad y su vinculación a GUIFI.NET no sean públicas.

Por otro lado, debe recordarse que la base y contenido de los hechos manifestados por TELEFÓNICA en su escrito de 20 de marzo de 2020 deben ser conocidos por GUIFI.NET a los efectos de que pueda efectuar, en su caso, alegaciones y presentar argumentos en el marco del procedimiento de conflicto para rebatir la tesis sostenida por TELEFÓNICA de un posible acceso irregular.

En este sentido, debe recordarse, por ejemplo, que, en caso de tráfico irregular, los tribunales han señalado la necesidad de que el operador al que se imputa dicha irregularidad pueda acceder a la documentación que fundamente dicha imputación. Así lo señaló expresamente la Audiencia Nacional en su Sentencia de 28 de septiembre de 2009 (recurso 226/2003), una sentencia que siguió el criterio de la anterior Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 (RC 1290/2005) y que fue posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2013 (RC 6089/2009).

En este mismo sentido, y al respecto de la identificación del correo electrónico a través del que se remite la información (y al que se refiere TELEFÓNICA con su recurso de alzada), ha de indicarse, en cualquier caso, que la exigencia del consentimiento del titular de los datos personales no resultaría de aplicación si el tratamiento que se hace del dato es necesario para la satisfacción de intereses legítimos de terceros que deban prevalecer sobre los del titular de los datos, como sucede en este caso con el derecho de defensa; de ahí que la confidencialidad se haya apreciado para terceros pero no para la contraparte en el conflicto. Así resulta del artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679³. En este caso hay que destacar, precisamente, que el remitente a cuya identificación se refiere el recurso de alzada envía a TELEFÓNICA una denuncia sobre la ocupación irregular de las infraestructuras de obra civil; pues bien, ésta es la materia de la que trata el conflicto interpuesto por TELEFÓNICA contra GUIFI.NET, y que, justamente, es una circunstancia que TELEFÓNICA pretende acreditar con la información que aporta al procedimiento.

² https://fundacio.guiifi.net/es_ES/page/cuentas.

³ “El tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.” En el mismo sentido, aludiendo a “la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”, como motivos que justifican otras excepciones al régimen de protección de datos, cabe señalar el art. 9.2.f), el art. 17.3.e), el art. 21.1 y el art. 49.1.e) del mencionado Reglamento (UE) 2016/679.

Por los anteriores motivos, cabe concluir que debe desestimarse el recurso de TELEFÓNICA y que GUIFI.NET también puede y debe acceder al contenido del correo electrónico.

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

RESUELVE

ÚNICO. – DESESTIMAR íntegramente el 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 marco del procedimiento CFT/D TSA/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).

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

FIRMADO DIGITALMENTE -]



FIRMADO DIGITALMENTE -]

FIRMADO DIGITALMENTE -]



FIRMADO DIGITALMENTE -]

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