



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 número 07/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 3 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra la declaración de confidencialidad, de 17 de diciembre de 2010, dictada en el procedimiento RO 2010/2144. (AJ 2011/51).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Declaración de confidencialidad de 17 de diciembre de 2010.

Con fecha 9 de noviembre de 2010 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, la Comisión) escrito presentado en nombre y representación de France Telecom España, SA, (en adelante, ORANGE) por el que denuncia que Telefónica de España, SAU, (en adelante, TESAU) está llevando a cabo prácticas irregulares de recuperación de clientes suyos durante la tramitación de servicios mayoristas de desagregación de bucles –prolongación de par- y de acceso indirecto.

Como medio de prueba de los hechos denunciados, ORANGE aporta como documento adjunto a su escrito un CD con copia de grabaciones efectuadas de conversaciones de voz entre el servicio de calidad de ORANGE y determinadas personas físicas, que tras haber contratado con ORANGE, ejercen su derecho de desistimiento del contrato durante el plazo de siete días legalmente establecido, permaneciendo en consecuencia con TESAU. ORANGE solicita, que debido al carácter sensible de la información contenida en el CD, ésta se declare confidencial.

Esta Comisión, tras haber analizado la información contenida en el CD y realizando una ponderación entre los derechos de las personas cuyas conversaciones con el servicio de calidad de ORANGE fueron grabadas, el interés de ORANGE en declarar su confidencialidad y el beneficio para TESAU de conocer los datos contenidos en las grabaciones, declaró su confidencialidad en fecha 17 de diciembre de 2010 sobre la base de



que entre su contenido hay datos cuya divulgación pudiera afectar a la intimidad y a la imagen de las personas llamadas.

SEGUNDO.- Recurso de reposición de TESAU.

Con fecha 17 de enero de 2011, tuvo entrada en el Registro Electrónico de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de TESAU en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra el acto de declaración de confidencialidad mencionado en el antecedente de hecho anterior.

TESAU fundamenta su recurso en que, según ella, el acto recurrido está incurso en el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), por los siguientes motivos:

- Que la Comisión ha calificado erróneamente la información contenida en el CD como confidencial y que ésta denegación de acceso a la misma no está amparada por la excepción al derecho de acceso prevista en el artículo 37.5 d) de la LRJPAC. Por lo anterior, la denegación al acceso a la información solicitada supone una afectación de su derecho a la defensa de los hechos denunciados por ORANGE así como a su derecho de acceso a archivos y registros reconocido en los artículos 35 y 37 de la LRJPAC.
- Que dar acceso a la recurrente a la información solicitada no supone una intromisión ilegítima a la intimidad personal y familiar de los clientes cuyas conversaciones fueron grabadas ni supone una cesión de datos de éstos debido a que la persona llamada es cliente de TESAU y no de ORANGE, siendo esta última quien podría haber obtenido la información ilegalmente.
- Que el acto recurrido carece de motivación suficiente vulnerando lo dispuesto en el artículo 54 de la LRJPAC.
- Que se vulnera el principio de proporcionalidad por cuanto que la declaración de confidencialidad supone un grave perjuicio para TESAU al impedirle su defensa de los hechos denunciados y, en caso de darle acceso al CD a la recurrente, no supone ningún perjuicio para ORANGE.

En virtud de todo lo anterior, solicita la estimación de su recurso y que se acuerde darle acceso a las grabaciones contenidas en el CD.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Por medio de un escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 24 de enero de 2011, fue notificado a los interesados el inicio del procedimiento de resolución del recurso interpuesto por TESAU, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la LRJPAC, se dio traslado ORANGE de una copia del escrito de interposición del recurso y se le informó de que



disponía de un plazo de diez días para efectuar cuantas alegaciones estimara convenientes a sus intereses.

CUARTO.- Alegaciones presentadas por ORANGE.

Con fecha 8 de febrero de 2011 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de alegaciones de la misma fecha, presentado en nombre y representación de ORANGE, por el que dicha entidad expone lo siguiente:

- Que los datos de las personas afectadas por las grabaciones aportadas por ORANGE fueron obtenidos legalmente en el procedimiento de contratación de sus servicios con las citadas personas y es por ello que se refiere a éstas como “clientes”.
- Que la comunicación de los datos en cuestión no está amparada por el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD).
- Que si la Comisión resolviera dar acceso a los datos de los “clientes” podría resultar de aplicación lo dispuesto por el artículo 46 de la LOPD relativo a las infracciones de las Administraciones Públicas sobre protección de datos personales.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley, y cumpliendo las formalidades establecidas en el artículo 110.1 de la misma LRJPAC.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y en el artículo 117 se especifica que el plazo para interponer el recurso de reposición será de un mes desde la notificación de la resolución recurrida.

La entidad recurrente es interesada en el procedimiento administrativo número RO 2010/2144 en el marco del cual se dictó el acto impugnado, que es firme en vía administrativa. Asimismo, califica expresamente su escrito como recurso de reposición invocando causa de nulidad prevista en el artículo 62 de la LRJPAC; y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley.

Por tanto, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar el escrito de TESAU presentado el día 17 de enero de 2011 como recurso potestativo de



reposición interpuesto contra el acto dictado por el Secretario de la Comisión, de fecha 17 de diciembre de 2010, declarando la confidencialidad del CD anexo al escrito de denuncia presentado por ORANGE.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesado por cuanto que ya lo es en el procedimiento número RO 2010/2144 en el marco del cual se dictó el acto objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a TESAU para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de la presente Resolución.

TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

El recurso de reposición interpuesto por TESAU cumple con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC, que se ha presentado dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, y viene fundamentado en un motivo de nulidad previsto en el artículo 62 de la misma Ley.

Por todo lo anterior procede la admisión a trámite del recurso de reposición de TESAU.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

De conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU objeto de la presente Resolución corresponde al órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En relación con el recurso de TESAU, y de acuerdo con las competencias atribuidas por la legislación vigente a esta Comisión, el artículo 48.4 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y el artículo 4.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007 (en adelante, el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión), atribuyen con carácter general al Consejo todas aquellas funciones del Organismo establecidas en la normativa vigente.

El Consejo de la Comisión, a la vista de la necesidad de alcanzar una mayor agilidad y eficacia en la tramitación de los procedimientos, y al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la LRJPAC que regula las delegaciones de competencias, decidió delegar en el Secretario la adopción de los *“actos de instrucción o trámite, cualificados o no, que deban adoptarse en el curso de los expedientes administrativos tramitados en la Comisión”* (Resuelve Segundo, letra a), de la Resolución del Consejo de 8 de mayo de 2008, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 142 de 12 de junio de 2008). En consecuencia, el



acto recurrido, en cuanto acto de trámite cualificado, fue dictado por el Secretario de esta Comisión.

No obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la LRJPAC, las resoluciones administrativas que se adopten por delegación se considerarán dictadas por el órgano delegante, por lo que la competencia para resolver el recurso de reposición de TESAU corresponde al Consejo de la Comisión.

El citado recurso deberá ser resuelto, y su Resolución notificada, en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición del mismo, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley, y siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los motivos por los que se declaró confidencial el contenido del CD.

TESAU expone en su recurso que no existen razones de interés público ni intereses de terceros más dignos de protección en los que amparar la declaración de confidencialidad del CD aportado por ORANGE que su derecho a acceder a la información contenida en él. Asimismo, que el contenido del CD no es materia protegida por el secreto comercial o industrial. Sobre la base de lo anterior, considera que la declaración de confidencialidad impugnada supone una violación de su derecho de acceso a archivos y registros.

Efectivamente esta Comisión, como Administración Pública, ha de garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso a sus archivos y registros, derecho reconocido en la propia Constitución española en su artículo 105.b), artículo que además establece que dicho derecho se regulará por Ley y que no se podrá ejercer, entre otros, respecto de aquellos archivos y registros susceptibles de afectar la intimidad de las personas.

El derecho de acceso viene también reconocido en el artículo 35 de la LRJPAC y desarrollado por el artículo 37 del mismo texto de ley. Pues bien, este último artículo prevé, en su apartado 5, una serie de expedientes excepcionados de dicho derecho, entre ellos, *“los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.”* No obstante, ese apartado no es un *numerus clausus* puesto que también existen otras excepciones o limitaciones al ejercicio del derecho de acceso tal y como es el contenido de los apartados 2 y 4 del mismo artículo que prevén, respectivamente, que *“el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas”* y que *“el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.”*

Por otra parte, la LGTel establece, en su Disposición Adicional 4 que la Comisión, como Autoridad Nacional Reguladora, debe decidir, *de forma motivada y a través de las resoluciones oportunas, sobre la información* (aportada por los operadores), *según la*



legislación vigente, esté exceptuada del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad.

Conforme viene expuesto en el acto impugnado, al no existir en el Ordenamiento Jurídico español una norma que regule de forma directa y exhaustiva la información confidencial, puede tenerse en cuenta lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, 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 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53, 54 y 57 del acuerdo EEE, y del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre información confidencial. Pues bien, en el punto 3.2.1 19 de la citada Comunicación se establece que podrá protegerse como “*otra información confidencial*” distinta de los llamados secretos comerciales o industriales, aquella información distinta cuya revelación pudiera perjudicar significativamente a una persona o empresa.

El hecho de que el acto impugnado haga una breve exposición sobre el secreto comercial o industrial, no supone que la declaración de confidencialidad, y en consecuencia la denegación de cualquier solicitud de acceso al contenido del CD, se haya realizado por considerar su contenido como materia protegida por el secreto comercial o industrial. Del propio acto se desprende claramente que el motivo por el que se declaró su confidencialidad ha sido la protección de la intimidad de las personas afectadas por las grabaciones por cuanto que se escuchan sus datos de carácter personal; es decir, conforme con la Disposición Adicional 4 de la LGTel y sobre la base de la excepción al derecho de acceso prevista en el apartado 4 del artículo 37 de la LRJPAC.

Existe doctrina jurisprudencial suficiente que ratifica la denegación del acceso a archivos y registros sobre la base del artículo 37.4, tal y como se indica, por ejemplo, en la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008\6459). En el Fundamento Tercero de esta sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación declarando que:

“la sentencia sí ha explicitado y con detalle las razones que en el caso de autos existían y las normas que apoyaban la decisión de denegar el acceso a los archivos y registros públicos cuando prevalezcan razones de interés público por intereses de terceros o cuando así lo disponga una Ley, cual precisa el propio artículo 37 LRJPAC citado.”

Sobre la base de todo lo anterior, cabe concluir que la denegación del acceso al contenido del CD a través de la declaración de su confidencialidad, de conformidad con la mencionada Disposición Adicional de la LGTel, está amparada por el artículo 37.4 de la LRJPAC.

SEGUNDO.- Sobre la violación del derecho de defensa de TESAU.

TESAU alega que la declaración de confidencialidad del CD aportado por ORANGE supone una violación de su derecho a la defensa por impedirle conocer información esencial para el esclarecimiento de los hechos de los que ha sido denunciada. En consecuencia, que el acto impugnado vulnera lo dispuesto en los artículos 54 de la LRJPAC y en el artículo 24.1 de la Constitución Española.



Con carácter previo a analizar sobre si la declaración de confidencialidad recurrida infringe su derecho de defensa, tal y como ya se ha puesto de manifiesto en el propio acto impugnado, cabe significar que la declaración de confidencialidad recurrida se ha adoptado en un período de información previa abierto como consecuencia de una denuncia formulada por ORANGE contra TESAU. De momento, esta Comisión todavía no ha decidido si procede la apertura de oficio de un procedimiento administrativo de carácter sancionador, por lo que no puede producirse la alegada violación del derecho de defensa de la recurrente.

En cuanto al acto recurrido en si mismo considerado, esto es a la declaración de confidencialidad, debemos remitirnos, una vez más, a los fundamentos jurídicos expuestos en numerosas Resoluciones de esta Comisión en el sentido de negar radicalmente la existencia de indefensión alguna, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial y constitucional vigente en esta materia¹, no cabe invocar el principio constitucional del derecho fundamental a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en el marco de un procedimiento administrativo de carácter no sancionador ya que sus resoluciones y actos cualificados son impugnables en vía judicial y serán los jueces y Tribunales los que enjuicien eventuales vulneraciones del ordenamiento jurídico por parte de las Administraciones Públicas. La indefensión se produciría, en su caso, si se impidiese el acceso a la vía judicial.

En este sentido cabe indicar que TESAU ha tenido la posibilidad de impugnar potestativamente en vía administrativa, y en todo caso en vía contencioso-administrativa la Resolución recurrida desde que fue notificada la misma, y asimismo la recurrente podrá hacerlo en vía contencioso-administrativa desde que sea notificada de la Resolución del presente recurso potestativo de reposición.

Cuestión distinta es que, como consecuencia de la denuncia, esta Comisión decida incoar un expediente sancionador a la recurrente y que la decisión se fundamente en el contenido de los datos incluidos en el CD, en cuyo caso esta Comisión analizará si procede o no levantar el carácter confidencial del contenido del mencionado CD a los efectos del hipotético expediente sancionador.

TERCERO.- Sobre la falta de motivación y vulneración del principio de proporcionalidad.

A juicio de TESAU, el acto recurrido incumple con la obligación de motivación inherente de todo acto administrativo. Considera que no se han justificado las razones sobre las que motiva la declaración de confidencialidad tal y como exige la Disposición adicional Cuarta de la LGTel vulnerando, de nuevo, el artículo 54 de la LRJPAC por producirle indefensión proscrita por el artículo 24.1 de la Constitución.

Frente a esta alegación no cabe sino reiterar que el acto del recurrido cuenta con la suficiente motivación y se adoptó de conformidad con lo establecido en los artículos 35 y 37

¹ Ver, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 15 de junio de 2004 (RJ 2004/7632), y las Sentencias del Tribunal Constitucional número 65/1994, de 28 de febrero (RTC 1994-65), y número 178/1998, de 14 de septiembre (RTC 1998-178).



de la LRJPAC, tal y como se expuso en el Fundamento Jurídico-Material Primero de la presente Resolución.

En concreto, en lo referente a la fundamentación del acto recurrido, la alegación de TESAU carece de rigor, ya que del simple análisis sucinto del acto impugnado se observa que en él se argumentan suficientemente los motivos por los que se decide declarar confidencial el CD aportado por ORANGE:

- a) Por la potencial afectación a la intimidad y a la imagen de las personas llamadas por los servicios de calidad de ORANGE que supondría la cesión a TESAU de la información contenida en el mencionado CD.
- b) Por resultar proporcional en atención a la ponderación entre los derechos de las personas afectadas por las grabaciones contenidas en el CD y la inexistencia de beneficio para TESAU del conocimiento de los datos debido a la irrelevancia de éstos, tal y como se expuso en el fundamento Jurídico-Material anterior.

Por lo tanto no cabe apreciar un incumplimiento ni del artículo 54.1 de la LRJPAC ni de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de los actos², que únicamente exige *“una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de Derecho que dan lugar a la adopción de la decisión”* para poder permitir a los interesados poder ejercitar debidamente su derecho de defensa, pero *“sin que se requiera una profunda, extensa y detallada exposición de los razonamientos o argumentos determinantes de su adopción”*.

Cuestión diferente es que la recurrente comparta o no la decisión de denegar el acceso al CD tras declararlo confidencial en el acto recurrido, pero sin que ello nada tenga que ver con la supuesta insuficiencia en la motivación del mismo. Por lo tanto, tampoco puede apreciarse que sobre esta alegación se haya vulnerado el artículo 54 de la LRJPAC.

Finalmente, TESAU alega que el acto impugnado vulnera el juicio de proporcionalidad en relación con la ponderación entre *“los derechos de las personas afectadas por las llamadas mencionadas”*, *“el interés de ORANGE en que dicha información tenga el citado carácter confidencial”* y *“el beneficio posible de TESAU a conocer los datos contenidos en dichas grabaciones.”*

Frente a esta alegación no cabe sino reiterar que la declaración impugnada se realizó, principalmente, para la protección de la intimidad e imagen de terceras personas, considerando la irrelevancia de los datos contenidos en el CD para la defensa de TESAU contra los hechos denunciados por ORANGE y de conformidad con la Disposición Adicional 4 de la LGTel. Por lo tanto, en el presente caso es correcto el juicio de proporcionalidad realizado puesto que el acto impugnado consistía en una decisión entre la opción más proporcionada y en el cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico en defensa de derechos fundamentales de terceras personas y sin incumplir el derecho de defensa según lo expuesto en el anterior fundamento jurídico-material.

² Ver las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 29 de marzo de 2004 (RJ 2004/1849), 10 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9526), 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/2957), 29 de febrero de 2000 (Ar. 2000/3166), 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1418), 25 de mayo de 1998 (RJ 1998\4486); 9 de febrero de 1996 (RJ 1996/1105), y 12 de diciembre de 1990 (Ar. 1990/9918), entre otras.



Por todo cuanto antecede, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

RESUELVE

UNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por la entidad Telefónica de España, S.A.U. contra el acto del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 17 de diciembre de 2010, por el que se declara la confidencialidad del CD aportado por ORANGE como medio de prueba de unos hechos que denuncia, realizada en el marco del expediente número RO 2010/2144, por estar plenamente ajustada a Derecho.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, 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 puede interponerse 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 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, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.