

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR GUIFI.NET
CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD EFECTUADA POR
LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL
EN FECHA 22 DE JULIO DE 2021 DE CIERTOS DATOS CONTENIDOS EN EL
PROCEDIMIENTO CFT/DTSA/063/20**

R/AJ/110/21

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. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 28 de octubre de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por FUNDACIO PRIVADA PER A LA XARXA OBERTA, LLIURE I NEUTRAL, GUIFI.NET (GUIFI.NET), contra el acto administrativo dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión el día 22 de julio de 2021, por el que se declaró la confidencialidad de determinada información aportada por dicho operador en el marco del expediente CFT/DTSA/063/20, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Presentación de escrito por parte de GUIFI.NET en el marco del procedimiento CFT/DTSA/063/20

Con fecha 07 de abril de 2021, se inició expediente CFT/DTSA/063/20, seguido en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC o Comisión), de conflicto de acceso de TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U (TELEFÓNICA) frente a GUIFI.NET y sus operadores asociados por la ocupación indebida de las infraestructuras físicas de TELEFÓNICA sujetas a la Oferta MARCo.

En el marco del conflicto de acceso tramitado ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) 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)¹, el 22 de julio de 2020 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Guifi.net, mediante el que esa entidad aporta determinada información requerida por esta Comisión.

SEGUNDO. - Declaración de confidencialidad

Con fecha 22 de julio de 2021, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión acordó, mediante escrito notificado a GUIFI.NET el día 02 de agosto de 2021:

ÚNICO. - *Declarar confidencial para terceros, a excepción de Telefónica y de los operadores a los que se reconozca expresamente su condición de interesados en el presente procedimiento, la siguiente información:*

- *Del escrito presentado el día 22 de julio de 2020: las tablas de operadores e infraestructuras incluidas en las páginas 6, 7, 9 y 10, así como las localizaciones mencionadas en las páginas 22 y 24.*
- *Los documentos y archivos contenidos en los documentos nº 1 a 31 aportados por Guifi.net junto a su escrito.*

En todo caso, 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 GUIFI.NET

Mediante escrito presentado en fecha 02 de septiembre de 2021, GUIFINET, interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 22 de julio de 2021.

En su impugnación GUIFI.NET alega, en síntesis, que no está conforme con la declaración de confidencialidad puesto que la información declarada confidencial debería, en todo caso, permanecer accesible (a efectos de preservar el derecho de defensa y contradicción) tanto para GUIFI.NET como para todos los operadores mencionados e identificados en el escrito de GUIFI.NET de 22 de julio de 2021 y documentos anexos, sin perjuicio de si éstos sean o no finalmente declarados interesados en el procedimiento CFT/DTSA/063/20.

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

¹ CFT/DTSA/063/20

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 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.

Vistos los anteriores antecedentes y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, es el órgano competente para resolver el presente procedimiento (artículos 14, 20 y 21 de la Ley CNMC y artículo 8.2.d) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

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, GUIFI.NET es la entidad titular de los datos que son objeto de la declaración de 22 de julio de 2021, y asimismo es parte en el conflicto CFT/DTSA/063/20 en cuya tramitación se ha producido el acto recurrido. Por todo ello la recurrente 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 22 de julio de 2021 y le fue notificado al interesado el día 02 de agosto de 2021, habiéndose interpuesto el recurso el 02 de septiembre de 2021.

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 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

El recurrente señala, en la página 3 de su recurso que:

*(...) los efectos de la confidencialidad de la documentación a unos u otros operadores mencionados en nuestro escrito de 22 de julio de 2021 **no pueden quedar condicionados a que se les reconozca como interesados, por cuanto ello podría posicionar a mi principal en una clara indefensión**, toda vez que según la identificación que hicimos en nuestro escrito de 22 de julio de 2020, son los responsables de los despliegues de telecomunicaciones identificados y que son objeto de este procedimiento y, por lo tanto, habiendo asumido la dirección de los mismos, deben poder acceder a toda la información.*

Los artículos 13 d) y 53.1.a) de la LPAC, a la hora de regular el derecho de acceso a la información, distinguen entre personas no interesadas (artículo 13 LPAC) e interesadas (artículo 53.1.a) LPAC) en un procedimiento administrativo. Dicha distinción ha sido reconocida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (RC 4607/2009)².

Por un lado, el artículo 13 d) LPAC prevé que los no interesados (esto es, cualquier persona con capacidad de obrar según el artículo 3 LPAC) tienen derecho al

d) acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.

El concepto de información pública viene expuesto en el artículo 13 de la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a información pública y buen gobierno en los siguientes términos:

Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

El acceso a dicha información ha sido interpretado de manera extensiva y favorable a los solicitantes entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 1768/2019 de 16 de diciembre de 2019 (RC 316/2018), 1519/2020 de 12 de noviembre de 2020 (RC 5239/2019) y 66/2021 de 25 de enero de 2021 (RC 6387/2019). Así, por ejemplo, en la segunda de las sentencias citadas se señala expresamente que la persecución de un interés meramente privado por parte del peticionario de acceso no constituye, en ningún caso, una causa de inadmisión de su solicitud.

Y, por otro lado, el artículo 53 LPAC señala que los interesados en un concreto procedimiento administrativo, además de los derechos generales del artículo 13 LPAC, tienen derecho a:

*a) conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, **también tendrán derecho a***

² Fundamento Tercero: *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos está reconocido con carácter general en los artículos 105 b) de la Constitución y 35 h) de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Se trata de un derecho independiente del derecho a ser parte interesada en los procedimientos administrativos, de modo que la titularidad de ambos derechos no ha de coincidir necesariamente. Si bien la condición de parte en el procedimiento lleva aparejado el derecho de acceso, éste también puede reconocerse a quienes no ostentan dicha cualidad.*

acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos.

Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar la información a la que se refiere el párrafo anterior, en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

El concepto de interesado viene regulado en el artículo 4 de la misma LPAC en los siguientes términos:

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

El concepto de “interés legítimo” asociado al de interesado ha sido interpretado de forma amplia, tal y como se señala en el Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 518/2018 de 23 de marzo de 2018 (RC 1318/2017):

Tras una evolución jurisprudencial del concepto de legitimación en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que no ha estado exenta la incidencia de la Constitución, se ha ido ampliando aquél hasta el punto de abarcar el interés legítimo, reputando como tal aquel que puede reportar beneficios morales, competitivos, profesionales o de carrera (sentencias de 5 de febrero de 1979 y 27 de febrero de 1991), y, si bien no puede comprenderse el mero interés en la legalidad, ha llegado a incluir la legitimación por interés indirecto (sentencias de 30 de marzo de 1985 , 24 de enero de 1990 , 6 de marzo y 1 de octubre de 1997), habiendo declarado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 93/1990 que, dado el contenido del artículo 24.1 de la Constitución , el interés directo debe ser interpretado en la forma más favorable posible a la efectividad de la tutela

judicial efectiva, por lo que tal hermenéutica ha de aplicarse con mayor motivo respecto al interés indirecto.

Por tanto, si los operadores referidos por GUIFI.NET en su recurso son, efectivamente, los responsables de los despliegues de telecomunicaciones identificados y que son objeto de este procedimiento, podrán personarse en el procedimiento como interesados y solicitar el acceso a la documentación del expediente al amparo de los artículos 4 y 53 a) LPAC y, subsidiariamente, acogerse también al derecho previsto en el artículo 13 d) LPAC de acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la precitada Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

Por otro lado, el derecho de defensa de GUIFI.NET, que es la entidad que consta como uno de los interesados en el conflicto con Telefónica tramitado en el procedimiento CFT/DTSA/063/20, no se ve afectado de ninguna manera por el acto impugnado, puesto que GUIFI.NET tiene acceso a la documentación declarada confidencial en su condición de operador interesado en el citado procedimiento CFT/DTSA/063/20. Únicamente si no tuviese acceso a dicha información, y si la falta de acceso afectara materialmente a su derecho de defensa, podría considerarse vulnerado el mencionado derecho. Así se desprende del Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 (RC 1290/2005):

La entidad recurrente aduce en su primer motivo de casación quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, en concreto el art. 52.1 de la Ley Jurisdiccional , al no habersele facilitado copia del expediente administrativo completo, pues los documentos números 1, 2 y 3 de la ampliación del expediente, sólo se le ha permitido examinarlos, sin poder tomar nota acerca del contenido de los mismos, lo que le ha originado indefensión al tener un conocimiento limitadísimo de esos documentos esenciales sobre los que se funda la sentencia recurrida. (...)

La falta de conocimiento de estos documentos ha impedido al actor formular de forma adecuada su demanda, negándosele la posibilidad de contradecir los datos que figuran en ellos, mediante la presentación de pruebas contradictorias, o mediante alegaciones que desvirtuaran los indicados elementos fácticos, con infracción del artículo 52 de la Ley Jurisdiccional.

En este supuesto no puede apreciarse que concorra indefensión alguna, ya que GUIFI.NET tiene acceso a toda la información, incluso a la declarada confidencial para terceros, al ser uno de los interesados en el procedimiento CFT/DTSA/063/20, según se ha dicho anteriormente. Por lo tanto, debe desestimarse el recurso de alzada de GUIFI.NET.

Vistos los anteriores antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, como órgano competente para resolver el presente procedimiento,

RESUELVE

ÚNICO. - DESESTIMAR íntegramente el recurso de alzada interpuesto por GUIFI.NET contra el acto administrativo dictado por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión el día 22 de julio de 2021, por el que se declaró la confidencialidad de determinada información aportada por dicho operador en el marco del expediente CFT/DTSA/063/20.

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 Miguel Bordiu García-Ovies, Secretario del Consejo, con el Visto Bueno del Presidente de la Sala, Ángel Torres Torres.