

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR ATENCIÓN AL CLIENTE 24 HORAS S.L. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD EFECTUADA POR LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL EN FECHA 24 DE MAYO DE 2023 EN EL MARCO DEL CONFLICTO CFT/DTSA/008/23 PRESENTADO POR DICHO OPERADOR CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. Y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. POR LA SUSPENSIÓN DE LA INTERCONEXIÓN Y LA RETENCIÓN DE LOS PAGOS DERIVADOS DEL SUPUESTO TRÁFICO IRREGULAR EN RELACIÓN AL NÚMERO 11898

(R/AJ/051/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Xabier Ormaetxea Garai

Consejeros

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Josep Maria Salas Prat

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 6 de septiembre de 2023

Vista la declaración de confidencialidad dictada en fecha 24 de mayo de 2023 por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión (en adelante, DTSA) en el marco del procedimiento CFT/DTSA/008/23, así como el recurso de alzada presentado por ATENCIÓN AL CLIENTE 24 HORAS S.L. (en adelante, ATC24) contra la citada declaración, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución:

ÍNDICE

ANTECEDENTES.....	3
PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/008/23	3
SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad.....	3
TERCERO. – Declaración de confidencialidad	3
CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por ATC24	4
QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA y TME	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	5
PRIMERO. – Calificación.....	5
SEGUNDO. – Legitimación de la entidad recurrente.....	5
TERCERO. – Admisión a trámite	6
CUARTO. – Competencia y plazo para resolver	6
QUINTO. – Análisis del recurso y de la información objeto del mismo.....	6
5.1.- Sobre la falta de audiencia a ATC24 con anterioridad a la declaración de confidencialidad dictada por la DTSA.....	6
5.2.- Sobre la posible vulneración a ATC24 del derecho a la defensa del artículo 24 CE por haberse declarado confidencial para dicho operador la práctica totalidad de la documentación y datos aportados por TELEFÓNICA y TME en el procedimiento CFT/DTSA/008/23	11

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/008/23

Con fecha 17 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) un escrito presentado por la entidad ATENCIÓN AL CLIENTE 24 HORAS S.L. (ATC24), por el que interpone un conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TELEFÓNICA) y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. (TME) por la retención de los pagos derivados de un supuesto tráfico irregular con fines fraudulentos y tráfico no permitido, así como por el bloqueo del número 11898 efectuado por cada una de las citadas entidades los días 9 y 10 de junio de 2022.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en fecha 31 de enero de 2023, se acordó el inicio del procedimiento CFT/DTSA/008/23 para resolver el conflicto planteado. El acuerdo de inicio fue notificado a ATC24 el mismo día 31 de enero de 2023, así como también a TELEFÓNICA y TME en fecha 1 de febrero de 2023.

SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad

Por otro lado, con fecha 3 de mayo de 2023 TELEFÓNICA y TME presentaron ante la CNMC sendos escritos junto con cinco anexos, respectivamente, en contestación a requerimientos efectuados por la DTSA el día 3 de abril de 2023.

Ambos operadores solicitaron, en cada uno de los escritos citados, la confidencialidad de determinada información proporcionada y/o contenida en la documentación facilitada.

TERCERO. – Declaración de confidencialidad

Con fecha 24 de mayo de 2023, la DTSA acordó, mediante escrito, notificado ese mismo día a ATC24, y, al día siguiente, 25 de mayo de 2023, a TELEFÓNICA y TME, lo siguiente:

PRIMERO. Declarar confidencial tanto para Atención al Cliente 24 Horas, S.L. como para Dialoga Servicios Interactivos, S.A. y para terceros ajenos al presente procedimiento, la información señalada como confidencial en la página 6 (captura de pantalla y número de líneas) de los escritos de 3 de mayo de 2023 de Telefónica de España, S.A. Unipersonal y de Telefónica Móviles de España, S.A. Unipersonal, así como los anexos III, IV y V de ambos escritos.

SEGUNDO. Declarar confidencial para Atención al Cliente 24 Horas, S.L. y para terceros ajenos al presente procedimiento, la información señalada como

confidencial en el anexo I de los escritos de 3 de mayo de 2023 de Telefónica de España, S.A. Unipersonal y de Telefónica Móviles de España, S.A. Unipersonal.

TERCERO. Declarar confidencial para terceros ajenos al presente procedimiento la información señalada como confidencial en el anexo II de los escritos de 3 de mayo de 2023 de Telefónica de España, S.A. Unipersonal y de Telefónica Móviles España, S.A. Unipersonal de 3 de mayo de 2023, así como todos los anexos del escrito de Atención al Cliente 24 Horas, S.L. de 17 de enero de 2023.

La confidencialidad declarada 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.

CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por ATC24

Mediante escrito presentado en fecha 9 de junio de 2023, ATC24 interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 24 de mayo de 2023.

En su impugnación ATC24 alega, en síntesis, que no está conforme con la declaración de confidencialidad por los siguientes argumentos:

- Inexistencia de trámite de audiencia a ATC24 (páginas 2 a 6 del recurso de alzada).
- Vulneración a ATC24 de su derecho a la defensa del artículo 24 CE al haberse declarado confidencial para dicho operador la práctica totalidad de la documentación y datos aportados por TELEFÓNICA y TME en sus escritos (páginas 6 a 17 del recurso de alzada).

QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA y TME

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 LPAC, con fecha 28 de junio de 2023 se dio traslado a TELEFÓNICA y TME del recurso interpuesto por ACT24 otorgándoles a ambos operadores un plazo de diez días hábiles para formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

En fecha 11 de julio de 2023, TELEFÓNICA presentó escrito de alegaciones oponiéndose al recurso de alzada de ATC24. En síntesis, TELEFÓNICA señala, por un lado, que la declaración de confidencialidad impugnada fue dictada con pleno sometimiento y respeto a las normas sectoriales aplicables. Y, por otro lado, TELEFÓNICA argumenta que el acto recurrido estaba debidamente motivado y ponderó adecuadamente todos los intereses en conflicto.

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, ATC24 es la promotora del procedimiento CFT/DTSA/008/23 en cuyo marco fue dictada por la DTSA la declaración de confidencialidad de fecha 24 de mayo de 2023, 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 24 de mayo de 2023 y le fue notificado a ATC24 el mismo día 24 de mayo de 2023, habiéndose interpuesto el recurso por parte de ATC24 el 9 de junio de 2023.

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 y de la información objeto del mismo

A continuación, se analizan los argumentos alegados por ATC24 en su impugnación y en relación con la información objeto del recurso.

5.1.- Sobre la falta de audiencia a ATC24 con anterioridad a la declaración de confidencialidad dictada por la DTSA

En las páginas 2 a 6 de su recurso, ATC24 alega que no se ha dado traslado o audiencia con anterioridad o posterioridad a la propuesta de resolución de la

declaración de confidencialidad, habiéndose dictado la misma directamente sin haberse oído a las partes interesadas.

Así, en las páginas 3 a 4 de su impugnación, ATC24 señala que:

Pues bien, en este caso, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento anteriormente descrito, privándose a esta parte de todo trámite de audiencia tanto previo como posterior a la propuesta de resolución, produciéndose de este modo una real y efectiva indefensión a ATC24, vulnerándose así los artículos 24 y 105 CE.

Así, como ya se ha indicado, se dictó Resolución sin que previamente en ningún momento se haya dado traslado a ATC24 de resolución alguna sobre declaración de confidencialidad ni de plazo alguno para realizar alegaciones, por lo que se privó a esta parte de su trámite de audiencia.

Por lo tanto, en el presente caso, se ha vulnerado el derecho de ATC24 a realizar alegaciones prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causándole una real y efectiva indefensión a ATC24, lo que acarrea la nulidad de pleno Derecho de la Resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.1 a) y e) de la Ley 39/2015.

Y concluyendo, en la página 5 de su escrito, que:

En este caso, debe ponerse de manifiesto que la ausencia total de procedimiento y de trámite de audiencia ha situado al ATC24 en una situación de total indefensión, vulnerando así lo previsto en el artículo 24 CE y en el artículo 105 CE.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Resolución debe declararse nula de pleno derecho, conforme a lo previsto en el artículo 47.1.a) y e) de la Ley 39/2015

En primer lugar, debe señalarse que la declaración de confidencialidad no es un procedimiento administrativo *per se* que se adopte tras otorgar audiencia a los interesados sino un acto de trámite cualificado susceptible de recurso de alzada y así lo indicó expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RC 03/3517/2006)¹.

¹ En el Fundamento Cuarto de la citada Sentencia se declara que:

Junto a esta categoría de actos de trámite surgen los llamados «actos de trámite cualificados» que aun cuando al igual que los anteriores, se adoptan en el seno de un procedimiento administrativo, se diferencian de los primeros en que son susceptibles de generar por sí mismos ciertas consecuencias y efectos jurídicos en los afectados. A ellos se refiere el apartado primero del mencionado precepto de la Ley y el art. 25 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741) , que en atención a estas específicas consecuencias jurídicas, dispone su recurribilidad independiente respecto de los actos definitivos. Pues bien, en el presente caso nos hallamos ante un acto que presenta un contenido más complejo que el de un simple acto de trámite, por cuanto la resolución dictada por el Secretario de la CMT no se limita a impulsar u ordenar el procedimiento administrativo en el que se dicta, sino que contiene una declaración, y, una decisión sobre el

En efecto, el procedimiento administrativo propiamente dicho es el procedimiento de resolución de conflicto CFT/DTSA/008/23, todavía pendiente de trámite de audiencia a los interesados.

Además, la LPAC prevé la elevación de una propuesta de resolución únicamente en aquellos supuestos de separación competencial entre órgano instructor y órgano decisorio. El apartado 7 del artículo 88 LPAC declara que:

Cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución.

En los procedimientos de carácter sancionador, la propuesta de resolución deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo siguiente.

En este caso, en cambio, en la declaración de confidencialidad, no existe la mencionada separación, sino que tanto la tramitación como la decisión corresponden a un mismo órgano: la DTSA. Y el procedimiento es un conflicto entre operadores, no sancionador.

Por tanto, en aplicación del artículo 88.7 LPAC antes transcrito, no resultaba exigible ni la elaboración de una propuesta de resolución ni su posterior traslado a los interesados en el procedimiento antes de dictarse resolución final. Así se desprende de lo señalado por los tribunales, y, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) número 833/2022 de 15 de junio de 2022 (recurso 689/2020)².

tratamiento procesal que se va a dar a cierta información suministrada por las demandantes, decisión que va a resultar material y procesalmente trascendente. En efecto, el pronunciamiento sobre el carácter confidencial o no de los datos aportados al procedimiento en virtud de un anterior requerimiento implica una valoración del contenido de la información y una necesaria ponderación de las consecuencias de todo tipo que puedan derivarse para las entidades implicadas.

² En el Fundamento Cuarto de dicha Sentencia se dice que:

*Consideramos que el Informe- propuesta cumple las exigencias del art 88.7 de la Ley 39/2015 " Cuando la competencia para instruir y resolver un procedimiento no recaiga en un mismo órgano, será necesario que el instructor eleve al órgano competente para resolver una propuesta de resolución". Y por otra parte "solo en los procedimientos de carácter sancionador, la propuesta de resolución deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo siguiente". Lo que **no es exigible al procedimiento de reintegro**. Y aunque a efectos dialécticos se pudiera considerar una irregularidad formal, no se ha causado indefensión material ya que la entidad ha podido alegar y desvirtuar sus incumplimientos en vía administrativa, en el recurso de reposición y por supuesto en esta instancia judicial.*

En segundo lugar, con relación a la declaración de confidencialidad, la disposición adicional cuarta de la LGTel no prevé un trámite de audiencia previa a dicha declaración, una vez que el operador u operadores hayan solicitado justificadamente la declaración de confidencialidad a la CNMC, sino únicamente que la resolución final dictada por dicho organismo sea motivada:

Las personas físicas o jurídicas que aporten a alguna de las autoridades públicas competentes específicas en materia de telecomunicaciones 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 pública competente específica en materia de telecomunicaciones 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.

Y TELEFÓNICA, en la página 2 de su escrito de alegaciones de 11 de julio de 2023, reconoce expresamente la observancia, por parte de esta Comisión, de la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel.

De forma ciertamente significativa, sin embargo, ATC24 omite cualquier referencia a la disposición adicional 4ª de la LGTel 2022, que constituye el marco normativo primario e inmediato para resolver sobre las declaraciones de confidencialidad en el marco de procedimientos ante la CNMC en materia de telecomunicaciones. La razón de tal omisión es obvia: la norma ha sido escrupulosamente observado por esta Comisión en la Declaración impugnada.

Y ello por una razón lógica: la única documentación que podría ser objeto de traslado o audiencia a las partes en dicho procedimiento es la propia información confidencial aportada por los operadores en el procedimiento CFT/DTSA/008/23.

Cada operador conoce su propia información confidencial que, por otra parte, no puede ser objeto de traslado al otro operador antes de que la DTSA adopte su resolución final al respecto puesto que ello haría perder al procedimiento su propia finalidad y podría suponer una revelación indebida por parte de la CNMC de secretos industriales o comerciales que se encuentra prohibida tanto por la disposición adicional cuarta de la LGTel como por el apartado 5 del artículo 9 LGTel:

*En todo caso, **se garantizará 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.***

En este sentido, resultaría de aplicación la regla prevista en el apartado 4 del artículo 82 LPAC³:

Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En efecto, la DTSA, al adoptar su decisión sobre la naturaleza confidencial o no de los datos aportados por los operadores, ha considerado y considera únicamente las alegaciones y argumentos aportados por cada uno de los titulares de dicha información, separadamente en sus respectivos escritos.

En cualquier caso, lo que no puede ni podía hacer esta Comisión, como se ha dicho y reiterado anteriormente, es dar traslado previo de la información cuya declaración confidencial solicita uno de los operadores al otro operador porque ello vulneraría la propia LGTel (artículo 9.5 y disposición adicional cuarta), además de la normativa general de protección de secretos empresariales (Ley 1/2019, de 20 de febrero).

Finalmente, debe recordarse que el artículo 1.2 de la LPAC contempla la posibilidad de aplicar reglas procedimentales específicas cuando estén previstas por una norma con rango de Ley. Es lo que sucede en este caso, con la aplicación de la disposición adicional cuarta de la vigente LGTel a las declaraciones de confidencialidad. Este hecho es reconocido por TELEFÓNICA en la página 5 de su escrito de alegaciones de 11 de julio de 2023:

(...) cabe recordar que el art. 1.2 de la Ley 39/2015 reconoce que los trámites integrantes del procedimiento administrativo común establecido en esa Ley pueden ser excepcionados o matizados en la correspondiente norma de aplicación.

(...) la disposición adicional 4ª de la LGTel 2022 configura un procedimiento propio y ad hoc para resolver sobre la confidencialidad de una información proporcionada a la CNMC que se ajusta a las características propias y específicas de este tipo de casos.

³ Regla aplicada, entre otras, por la STS de 07 de junio de 2007 (RC 3849/2001), en cuyo Fundamento Tercero se dice que: *Pues bien, toda la argumentación del recurrente para fundamentar la nulidad de pleno derecho del acto recurrido, que habilitaría la solicitud de revisión es que la Administración en el expediente omitió el dar vista al interesado del procedimiento instruido. Sin embargo, el apartado 4 del artículo 84 de la Ley 30/1992 dispone que " Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado".*

5.2.- Sobre la posible vulneración a ATC24 del derecho a la defensa del artículo 24 CE por haberse declarado confidencial para dicho operador la práctica totalidad de la documentación y datos aportados por TELEFÓNICA y TME en el procedimiento CFT/DTSA/008/23

En las páginas 6 a 17 de su recurso, ATC24 denuncia la vulneración de su derecho a la defensa por haber declarado la DTSA confidencial para dicho operador la mayoría de documentación e información aportados por TELEFÓNICA y TME en el procedimiento CFT/DTSA/008/23.

Concretamente, en la página 6 de su escrito de impugnación, el operador recurrente señala que la declaración de 24 de mayo de 2023

vulnera total y absolutamente el derecho de defensa de ATC24, sin que exista ningún interés superior que permita la declaración de confidencialidad de datos distintos a la identificación de los parámetros en sí mismos.

Añadiéndose en la página 10 del recurso que:

(...) en el presente supuesto se han declarado confidenciales toda una serie de datos e informaciones presentadas por TDE y TME que no son la identificación de los parámetros aprobados a TDE y TME en la Resolución de 10 de diciembre de 2015, y cuyo conocimiento por ATC24 es necesario para el ejercicio de su derecho de defensa y el respeto del principio de contradicción y del derecho de ATC24 para proponer y presentar las pruebas que estime pertinentes.

Y concluyendo en la página 17 del siguiente tenor:

*Es evidente que la Resolución está desproveyendo al expediente de las características propias del procedimiento administrativo regulado en nuestro Ordenamiento vinculadas intrínsecamente con el derecho de defensa (i.e. principio de igualdad, de contradicción y derecho a proponer prueba) y se está privando a ATC24 de su derecho de defensa. **Como ya se ha dicho, lo que únicamente podría, en su caso, ser declarado confidencialidad es en qué consisten los parámetros, pero no el resto de información.***

En definitiva, la Resolución al declarar confidencial datos que no son la identificación de los parámetros está vulnerando el derecho de defensa de ATC24 amparado constitucionalmente (artículo 24 CE), privándosele de ejercer su derecho de audiencia (artículo 24 y 104 CE) de un modo eficiente, al no dársele traslado de aquellos datos declarados confidenciales indebidamente, vaciando al derecho de defensa de ATC24 de contenido, vulnerando el principio de contradicción y derecho de ATC24, y su derecho a proponer y valerse de medios de prueba respecto a aquellos datos declarados confidenciales indebidamente, y por tanto, es nula de pleno derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 47.1. a) y e) Ley 39/2015.

Frente a las anteriores alegaciones de ATC24, y tras comprobar las facturas contenidas en los anexos IV y V del escrito de TELEFÓNICA de 3 de mayo de 2023, puede verificarse que dichas facturas no son anónimas, pues constan los datos personales de los usuarios.

En este sentido, debe recordarse que la observancia de la normativa de la protección de datos y privacidad por parte de esta Comisión no solamente se deriva de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)⁴ sino también de la propia legislación sectorial, puesto que la misma disposición adicional cuarta de la vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) exige el respeto de *“la legislación vigente en materia de protección de datos y privacidad”*.

Por otra parte, en algunas de las facturas de los Anexos IV y V del escrito de TELEFÓNICA, dicho operador, incluso, vuelca información procedente de sus sistemas internos que contiene una explicación de la devolución.

Y, respecto al escrito e información aportados por TME en fecha 3 de mayo de 2023, sí que constan facturas anónimas, aunque contienen las líneas desde las que se cursaron los tráficos (mientras que en archivo Excel las líneas origen aparecen parcialmente omitidas).

Todo ello, con independencia de que, en la información declarada confidencial de los escritos y anexos de TELEFÓNICA y TME de 3 de mayo de 2023, también se encuentren datos internos e información relevante y sensible sobre la estrategia comercial de ambos operadores, según se indicó en el acto recurrido⁵ y que confirmó TELEFÓNICA en las páginas 7 a 11 de su escrito de alegaciones de 11 de julio de 2023.

⁴ Véase la disposición adicional undécima de la LOPD, relativa a la privacidad en las comunicaciones electrónicas.

⁵ *Respecto a la información marcada como confidencial en el escrito de Telefónica de 3 de mayo de 2023 se concluye que se facilita información de los sistemas internos (mediante pantallazos), así como sobre el número de líneas telefónicas – ambas en la página 6-, documentación sobre la adhesión a la OIR con Dialoga (anexo I) y otros documentos que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre su estrategia comercial (anexos II al V)*⁵, lo que justifica la consideración como confidencial.

*Por último, de la información marcada como confidencial en el escrito de TME de 3 de mayo de 2023 se concluye que se facilita información de los sistemas internos (mediante pantallazos), así como información sobre el número de líneas telefónicas –ambas en la página 6-, documentación sobre la adhesión a la OIR con Dialoga (anexo I) y otros documentos que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre su estrategia comercial (anexos II al V)*⁵, lo que justifica la consideración como confidencial.

En cuanto a la alegación concreta de indefensión realizada por la recurrente hay que negarla radicalmente y recordar la reiterada jurisprudencia al respecto⁶, que señala que la indefensión se produce cuando durante el procedimiento no se ha podido alegar, o cuando se niega el acceso al recurso ante los Tribunales contra la resolución o acto del que se discrepa, y ninguna de estas dos circunstancias se ha producido en este caso, ya que: (i) la recurrente ha podido realizar alegaciones en el procedimiento principal de resolución del conflicto planteado, y ha podido recurrir en alzada la declaración de confidencialidad; y (ii) la recurrente podrá recurrir en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional las resoluciones de la CNMC que se citen, tanto del presente recurso de alzada como la del conflicto.

Asimismo, y en contra de lo indicado por la entidad recurrente en su escrito de impugnación, ATC24 sí ha obtenido información detallada, relativa a las llamadas bloqueadas y retenidas y que justifica las medidas adoptadas por Telefónica y TME, a través de los anexos II de los escritos de 3 de mayo de 2023.

Dicha información fue declarada confidencial para terceros ajenos al expediente, pero no para ATC24. Y, por ello, el operador recurrente tuvo acceso a la misma mediante escrito de 1 de junio de 2023.

Por este motivo, no puede acogerse la alegación de indefensión efectuada por ATC24 en su recurso. En este sentido, hay que traer a colación lo dicho en el Fundamento Séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo 885/2018 de 30 de mayo de 2018 (RC 449/2016):

La mercantil recurrente aduce que la sola limitación del acceso a los documentos e información le ocasiona indefensión, en cuanto implica per se una merma de su derecho de defensa y una distinta posición respecto a la CNC, pero no explicita de qué manera la restricción al material declarado confidencial repercute obre su defensa. (...) En esos términos, la alegación no resulta viable, pues en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha declarado que para que cualquier irregularidad tenga incidencia en el artículo 24.1 CE ha de estar vinculada a una situación de indefensión material, que impida efectivamente el ejercicio del derecho de defensa.

En este mismo sentido, también se pronuncian exigiendo la concurrencia de “indefensión material” o “real” las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (RC 2627/2009), 9 de marzo de 2015 (RC 2781/2012), de 09 de junio de 2021 (RC 7469/2019) y 19 de octubre de 2022 (RC 8211/2021)⁷.

⁶ Entre otras, la Sentencia de 23 de diciembre de 2008 (RC 3075/2006) donde se dice que: “por lo que no cabe alegar indefensión alguna ni en el procedimiento administrativo ni, desde luego, en el posterior recurso jurisdiccional en donde el actor ha tenido ocasión de alegar y probar cuanto ha estimado conducente a su derecho.”

⁷ Es especialmente relevante el Fundamento Sexto de la STS 09 de junio de 2021 (RC 7469/2019), porque en ella se exige la concurrencia de “indefensión real” o “indefensión

Y, como se ha señalado, no ha habido indefensión material, ya que ATC24 ha tenido acceso a la documentación anteriormente reseñada y vinculada al procedimiento CFT/DTSA/008/23.

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 ATENCIÓN AL CLIENTE 24 HORAS S.L.U. contra la declaración de confidencialidad efectuada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión en fecha 24 de mayo de 2023 en el marco del conflicto CFT/DTSA/008/23 presentado por dicho operador contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. por la suspensión de la interconexión y la retención de los pagos derivados del supuesto tráfico irregular con relación al número 11898.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados:

ATENCIÓN AL CLIENTE 24 HORAS S.L.
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.

El presente documento está firmado electrónicamente por María Ángeles Rodríguez Paraja, Vicesecretaria del Consejo, con el Visto Bueno del Presidente de la Sala, Xabier Ormaetxea Garai.

material”, incluso, para los actos o acuerdos administrativos no sancionadores que pudieran restringir derechos a los administrados.