

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR INFORMACIÓN NÚMEROS DE TELÉFONO, S.L.U. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE 20 DE JUNIO DE 2023 EN EL MARCO DEL CONFLICTO CFT/DTSA/255/22 PRESENTADO POR DICHO OPERADOR CONTRA TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. POR LA RETENCIÓN DE LOS PAGOS DERIVADOS DE UN TRÁFICO IRREGULAR CON FINES FRAUDULENTOS, ASÍ COMO POR EL BLOQUEO DEL NÚMERO 11887 EL DÍA 28 DE FEBRERO DE 2020

(R/AJ/065/23)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D. Carlos Aguilar Paredes

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de octubre de 2023

Vista la declaración de confidencialidad dictada en fecha 20 de junio de 2023 por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión en el marco del procedimiento número CFT/DTSA/255/22, así como el recurso de alzada presentado por la entidad Información Números de Teléfono, S.L.U. contra la citada declaración, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente **RESOLUCIÓN**:

ÍNDICE

antecedentes	3
PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/255/23	3
SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad.....	3
TERCERO. – Declaración de confidencialidad	4
CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por INTEL	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	5
PRIMERO. – Calificación del escrito de INTEL	5
SEGUNDO. – Legitimación de la entidad recurrente.....	5
TERCERO. – Admisión a trámite	6
CUARTO. – Competencia y plazo para resolver	6
QUINTO. – Análisis del recurso de alzada de INTEL y de la información objeto del mismo.....	6
5.1.- Sobre la falta de audiencia a INTEL con anterioridad a la declaración de confidencialidad dictada por la DTSA	7
5.2.- Sobre la posible vulneración del derecho a la defensa de INTEL por haberse declarado confidencial la mayoría de la documentación y datos aportados por Telefónica en el procedimiento CFT/DTSA/255/22	10

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/255/23

Con fecha 6 de septiembre de 2022, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito presentado por la entidad Información Números de Teléfono, S.L.U. (en adelante, INTEL), por el que interpone un conflicto de interconexión contra Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) por la retención de los pagos derivados de un tráfico irregular con fines fraudulentos, así como por el bloqueo del número 11887 el día 28 de febrero de 2020.

En particular, INTEL solicitaba a este organismo que declarase *“que TDE debe reintegrar a INTEL los importes retenidos correspondientes al 42% de las llamadas que (...) no están afectadas por el tráfico irregular, así como el resto de los importes retenidos salvo aquellos para los que TDE acredite que los ha devuelto o destinado a cubrir impagos generados por el tráfico al que se refiere la retención”*.

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 (en adelante, LPAC), en fecha 10 de octubre de 2022, se acordó el inicio del procedimiento CFT/DTSA/255/22 para resolver el conflicto planteado. El acuerdo de inicio fue notificado a INTEL y a Telefónica el mismo día 10 de octubre de 2022.

SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad

En el marco de la tramitación del procedimiento ya se ha mencionado en el Antecedente anterior que INTEL presentó un escrito planteando conflicto, junto con dos anexos. Asimismo, con fecha 17 de abril de 2023, INTEL presentó ante la CNMC un escrito junto con un documento anexo, en contestación al requerimiento de información de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (en adelante, DTSA) de la CNMC de 3 de abril de 2023.

Por otro lado, con fechas 12 de enero y 3 de mayo de 2023 Telefónica presentó ante la CNMC sendos escritos, junto con 5 y 3 anexos respectivamente, en contestación a los requerimientos de información de la DTSA de 16 de diciembre de 2022 y 3 de abril de 2023. En relación con los escritos anteriores, Telefónica ha solicitado expresamente la confidencialidad de determinada información contenida en los mismos.

A la vista de la solicitud expresa de confidencialidad efectuada por Telefónica, esta Comisión analizará si dichos datos pueden ser susceptibles de ser declarados confidenciales.

Asimismo, respecto de la información presentada por INTEL, esta Comisión también analizará de oficio la procedencia de declarar su carácter confidencial.

TERCERO. – Declaración de confidencialidad

El 20 de junio de 2023, mediante escrito de la DTSA se declaró confidencial determinada información aportada por INTEL el 17 de abril de 2023, y por Telefónica en sus escritos de 12 de enero y 3 de mayo de 2023. Concretamente la DTSA acordó lo siguiente:

PRIMERO. *Declarar confidencial tanto para Información Números de Teléfono, S.L.U. como para terceros ajenos al presente procedimiento:*

- *la información señalada como confidencial en las páginas 6 y 8 (capturas de pantalla y número de líneas) del escrito de 12 de enero de 2023 de Telefónica de España, S.A.U., así como los anexos II, III, IV y V a ese escrito.*
- *la información señalada como confidencial en las páginas 3, 4, 5 y 7 del escrito de 3 de mayo de 2023 de Telefónica de España, S.A.U., así como los anexos I, II y III a ese escrito.*

SEGUNDO. *Declarar confidencial tanto para Telefónica de España, S.A.U. como para terceros ajenos al presente procedimiento, el contrato anexo aportado como Documento 1 junto al escrito de Información Números de Teléfono, S.L.U. de 17 de abril de 2023.*

CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por INTEL

Mediante escrito presentado en fecha 20 de julio de 2023, INTEL interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 20 de junio de 2023.

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

- Inexistencia de trámite de audiencia a INTEL (páginas 2 a 7 de su escrito de recurso), lo que le habría provocado indefensión.
- Vulneración a INTEL de su derecho a la defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución, al haberse declarado confidencial para dicho operador la práctica totalidad de la documentación y datos aportados por Telefónica en sus escritos (páginas 7 a 22 del recurso de alzada).

Por todo lo anterior INTEL solicita que se estime su recurso y se declare la nulidad o anulabilidad del acto recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Calificación del escrito de INTEL

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), 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 (DTSA) de esta Comisión, y por tanto no pone fin a la vía administrativa, y tiene la consideración de acto de trámite cualificado y por tanto recurrible, tal y como lo indicó expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RC 3/3517/2006). 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 CNMC 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, la recurrente es la promotora del procedimiento CFT/DTSA/255/22 en cuyo marco fue dictada por la DTSA la declaración de confidencialidad de fecha 20 de junio de 2023 objeto de recurso. Por lo tanto, INTEL debe ser

considerada como parte interesada en este recurso de alzada y por tanto legitimada para recurrir en alzada el citado acto.

TERCERO. – Admisión a trámite

El recurso de alzada de INTEL 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 20 de junio de 2023 y le fue notificado a la recurrente el mismo día 20 de junio de 2023, habiéndose interpuesto el recurso por parte de INTEL el 20 de julio 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 (DTSA) de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley CNMC y 8.2.d) y 14.1.b) de su Estatuto Orgánico, 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 (3) 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 de alzada de INTEL y de la información objeto del mismo

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

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

En las páginas 2 a 7 de su recurso, INTEL alega que no se le ha dado traslado o trámite de audiencia de la solicitud de Telefónica con anterioridad o posterioridad a la propuesta de resolución de la declaración de confidencialidad, habiéndose dictado la misma directamente sin haberse oído a las demás partes interesadas (en este caso, a la recurrente).

Así, en las páginas 2 y 3 de su impugnación, INTEL señala que:

Pues bien, en este caso, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento anteriormente descrito [el trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución del artículo 82 de la LPAC], 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 INTEL, vulnerándose así los artículos 24 y 105 CE.

(...)

Por lo tanto, en el presente caso, habiéndose vulnerado el derecho de INTEL a realizar alegaciones prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causándole una real y efectiva indefensión a INTEL, 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 7 de su escrito, que:

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

Frente a dicha alegación debe señalarse en primer lugar 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 en el marco de la tramitación de un procedimiento, y que por su carácter cualificado es susceptible de recurso de alzada; así lo indicó expresamente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RC 3/3517/2006)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

En efecto, el procedimiento administrativo propiamente dicho es el procedimiento de resolución de conflicto CFT/DTSA/255/22, cuyo trámite de audiencia ha sido notificado a los interesados, INTEL y Telefónica, el 12 de septiembre de 2023.

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 artículo 88.7 de la 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 además hay que recordar que el procedimiento CFT/DTSA/255/22 es un conflicto entre operadores, no un procedimiento sancionador.

Por tanto, en aplicación del artículo 88.7 de la 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.

u ordenar el procedimiento administrativo en el que se dicta, sino que contiene una declaración, y, una decisión sobre el 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*

En segundo lugar, con relación a la declaración de confidencialidad, la disposición adicional cuarta de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, 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.

Cabe añadir que 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, prohibida por la disposición adicional cuarta y por el artículo 9.5 de la 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 artículo 82.4 de la LPAC³:

incumplimientos en vía administrativa, en el recurso de reposición y por supuesto en esta instancia judicial.

³ Regla aplicada, entre otras, por la STS de 7 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".*

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 (los precitados artículo 9.5 y disposición adicional cuarta), además de la normativa general de protección de secretos empresariales (singularmente la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales).

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 preferente de la disposición adicional cuarta de la vigente LGTel a las declaraciones de confidencialidad.

5.2.- Sobre la posible vulneración del derecho a la defensa de INTEL por haberse declarado confidencial la mayoría de la documentación y datos aportados por Telefónica en el procedimiento CFT/DTSA/255/22

En las páginas 7 a 22 de su recurso, INTEL 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 en el procedimiento CFT/DTSA/255/22, además de manifestar la carencia o insuficiencia de motivación del acto recurrido, por falta de “exhaustividad”, y de “ponderación entre los derechos enfrentados”, así como por utilizar “conceptos jurídicos indeterminados”.

Concretamente, en la página 8 de su escrito de impugnación, el operador recurrente señala que la declaración de confidencialidad recurrida:

La resolución recurrida, al declarar confidencial para INTEL datos e informaciones aportados por TDE distintos a la identificación de los parámetros aprobados por la (...) “Resolución de 10 de diciembre de 2015”, vulnera total y absolutamente el derecho de defensa de INTEL, 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:

Los antecedentes administrativos de la extinta CMT y de la CNMC (...) han venido declarando la confidencialidad única y exclusivamente de los parámetros aprobados por el órgano competente para la detección del tráfico irregular con fines fraudulentos o tráficos no permitidos que hacen un uso indebido de la numeración (...) únicamente la descripción del parámetro (...), lo que deja fuera al resto de datos e información obrante en el expediente (...).

Y tras enumerar los documentos y datos declarados confidenciales que, a juicio de INTEL, deberían ser accesibles para la recurrente, en la página 22 del escrito de recurso la recurrente concluye lo siguiente:

En definitiva, la Resolución Recurrída al declarar confidencial datos que no son la identificación de los parámetros está vulnerando el derecho de defensa de INTEL 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 INTEL de contenido, vulnerando el principio de contradicción y derecho de INTEL, 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 INTEL, y tras comprobar nuevamente la documentación y datos declarados confidenciales, hay que reiterar lo ya expuesto en el Fundamento Tercero de la declaración de confidencialidad de 20 de junio de 2023 objeto de recurso:

- La normativa aplicable (artículo 28.2 de la Ley CNMC; artículo 9.5 y la disposición adicional cuarta de la LGTel; artículo 13 de la LPAC; artículo 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales; apartados 3.2.1.18 y 3.2.2.19 de la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005; y Resolución de la extinta CMT de 26 de junio de 2013) utiliza, para delimitar lo que ha de entenderse como información confidencial, conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido habrá de concretarse caso por caso por la Administración en cuyos archivos obre la documentación, valorando y ponderando, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, y tras un análisis minucioso sobre la naturaleza de cada documento, el beneficio que se causa dando acceso al mismo en atención a la garantía del derecho a la defensa y el perjuicio que este conocimiento puede causar al titular de la información por una posible afectación al derecho a la confidencialidad de la información.

- La declaración de confidencialidad resulta, por tanto, de un ejercicio de ponderación y conjugación de derechos contrapuestos en interés de las dos partes en conflicto, en el que la Administración ha de contrastar, para cada caso concreto, si debe prevalecer la necesidad de acceso al material confidencial o el amparo que el ordenamiento presta a la confidencialidad. Tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, en Auto de fecha 5 de octubre de 2006, *“evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreductible categorizaciones preestablecidas”*.
- Examinada la información contenida en los citados escritos y anexos, y efectuado un análisis entre el hipotético perjuicio que pudiera irrogarse a los operadores como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión y el interés que pudieran tener terceros operadores en acceder a dicha información, se concluyó que, por una parte, el contrato anexo aportado junto al escrito de INTEL de 17 de abril de 2023, desvela información relevante y sensible sobre su estrategia comercial, lo que justifica su consideración como confidencial.
- Por otra parte, respecto a la información marcada como confidencial en el escrito de Telefónica de 12 de enero de 2023, se concluyó que en el mismo se facilita información de los sistemas internos (mediante pantallazos en sus páginas 6 a 8), así como sobre el número de líneas telefónicas –señalada como tal en la página 8-, y otros documentos como facturas y devoluciones, archivos excel con el detalle de las llamadas e importes, certificado y gestiones para la devolución, que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre sus procedimientos internos y su estrategia comercial (contenidos todos ellos en los anexos II al V), lo que justifica la consideración de esos apartados como confidenciales.
- Por último, de la información marcada como confidencial en el escrito de Telefónica de 3 de mayo de 2023 se concluyó que se facilita información de los sistemas internos (mediante un pantallazo en su página 3), así como información de los sistemas y procedimientos internos para la devolución de las cantidades –señalada como tal en las páginas 4, 5 y 7 del mismo escrito-, y otros documentos como el archivo excel con el detalle de las llamadas e importes, gestiones para la devolución y actas del Comité de consolidación, que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre sus procedimientos internos y su estrategia comercial (anexos I, II y III), lo que justifica la consideración de esos apartados como confidenciales.

Dichos fundamentos y motivación no han sido desvirtuadas por el recurso de alzada de INTEL, que se limita a exponer que necesita acceder a esos datos para comprobar la pertinencia o no de las retenciones de cantidades y su individualización por cada cliente, y para evitar su indefensión. Y añade que bastaría eliminar los datos personales contenidos en los documentos y los elementos esenciales de los procedimientos internos aplicados.

En este sentido, por una parte debe recordarse que la observancia de la normativa de la protección de datos personales 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 LGTel exige el respeto de *“la legislación vigente en materia de protección de datos y privacidad”*.

Por otra parte, en las tablas Excel y facturas de los Anexos II, IV y V del escrito de Telefónica de 12 de enero de 2023, y en el Anexo II del escrito de 3 de mayo de 2023, las facturas ocultan los datos personales de los clientes, pero dicho operador vuelca en las excel información relacionada con la información visible de las facturas que permite acceder a algunos datos confidenciales, y otra información procedente de sus sistemas internos igualmente confidencial. En general en ambos escritos se contienen datos internos e información relevante y sensible sobre los sistemas internos de Telefónica (mediante pantallazos), así como sobre el número de líneas telefónicas, y otros documentos como facturas y devoluciones, y el detalle de las llamadas e importes, certificado y gestiones para la devolución, que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre los procedimientos internos y la estrategia comercial de Telefónica que esta Comisión debe proteger sobre la base de la normativa antes expuesta.

En cuanto a la alegación concreta de indefensión realizada por la recurrente, hay que negarla radicalmente y recordar la reiterada jurisprudencia al respecto⁵, 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. Ninguna de estas dos circunstancias se ha producido en este caso, ya que:

1. La recurrente ha podido acceder en todo momento al expediente administrativo, y así lo ha hecho el 29 de junio de 2023.
2. La recurrente ha podido realizar alegaciones en el procedimiento principal de resolución del conflicto planteado, y así lo ha hecho el 17 de abril de 2023 y lo podrá volver a hacer en el trámite de audiencia notificado el 12 de septiembre de 2013.

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

⁵ 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.”*

3. La recurrente ha podido recurrir en alzada la declaración de confidencialidad (recurso R/AJ/065/23 que se resuelve mediante la presente resolución); y
4. La recurrente podrá, si a su derecho conviene, recurrir en vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional las resoluciones de la CNMC que se dicten, tanto del presente recurso de alzada como la definitiva del conflicto CFT/DTSA/255/22.

Por todo lo anterior, cabe concluir que no puede acogerse la alegación de indefensión efectuada por INTEL 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 sobre 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)⁶.

Y, como se ha señalado, no ha habido indefensión material durante la tramitación del procedimiento, ya que INTEL ha tenido acceso a la documentación anteriormente reseñada y vinculada al procedimiento CFT/DTSA/255/22, y ha podido alegar y recurrir

⁶ 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 material”, incluso, para los actos o acuerdos administrativos no sancionadores que pudieran restringir derechos a los administrados.

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 la entidad Información Números de Teléfono, S.L.U. contra la declaración de confidencialidad efectuada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión en fecha 20 de junio de 2023 en el marco del conflicto CFT/DTSA/255/22 presentado por dicho operador contra Telefónica de España, S.A.U. por la retención de los pagos derivados de un tráfico irregular con fines fraudulentos, así como por el bloqueo del número 11887 el día 28 de febrero de 2020.

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

INFORMACIÓN NÚMEROS DE TELÉFONO, S.L.U.

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 Miguel Bordiu García Ovies, Secretario del Consejo, con el Visto Bueno de la Presidenta de la Sala, Pilar Sánchez Núñez.