

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING S.L. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD EFECTUADA POR LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL DE 2 DE MAYO DE 2024, EN EL MARCO DEL CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN NÚM. CFT/DTSA/262/23 PRESENTADO POR DICHO OPERADOR CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. Y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(R/AJ/093/24)

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 11 de julio de 2024

Vista la declaración de confidencialidad dictada en fecha 02 de mayo de 2024 por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión (en adelante, DTSA) en el marco del procedimiento número CFT/DTSA/262/23, así como el recurso de alzada presentado por SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING S.L. 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/262/23	3
SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad	3
TERCERO. – Declaración de confidencialidad	4
CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por SENIOR	4
QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA y TME	5
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
PRIMERO. – Calificación	5
SEGUNDO. – Legitimación de la entidad recurrente	6
TERCERO. – Admisión a trámite	6
CUARTO. – Competencia y plazo para resolver	7
QUINTO. – Análisis del recurso y de la información objeto del mismo	7
5.1.- Sobre la falta de trámite de audiencia a SENIOR con anterioridad a la declaración de confidencialidad dictada por la DTSA	7
5.2.- Sobre la posible vulneración por parte del acto recurrido de los principios de contradicción e igualdad de armas en relación con el derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución	12
5.3.- Sobre la posible ausencia de causas de justificación de la resolución recurrida y la falta de ponderación de los intereses en juego por parte de esta Comisión	16
RESUELVE	19

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/262/23

Con fecha 5 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) un escrito presentado por la entidad SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING S.L. (en adelante, SENIOR) por el que interpone un conflicto de interconexión contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TME) y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA), por la retención de los pagos derivados de un supuesto tráfico irregular con fines fraudulentos y tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración, así como por el bloqueo del número 11839 los días 29 de agosto de 2022 y 26 de septiembre de 2022.

Con fecha 19 de julio de 2023 la Directora de la DTSA acordó comunicar a los operadores antes citados el inicio del procedimiento CFT/DTSA/262/23 de resolución de conflicto de interconexión, de conformidad con lo previsto en los artículos 28 y 100.2.j) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), artículo 6 del Real Decreto 381/2015 y apartado octavo.2 de la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, en relación con los artículos 6.4, 12.1.a) y 25.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC) y el artículo 21 del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

SEGUNDO. – Solicitudes de confidencialidad

En el marco del conflicto de interconexión CFT/DTSA/262/23, entre el 14 y el 27 de febrero de 2024, SENIOR, TME y TELEFÓNICA presentaron ante la CNMC determinados escritos en respuesta a los requerimientos de información efectuados por esta Comisión en fecha 5 de febrero de 2024. Concretamente fueron aportados por SENIOR el 14 de febrero de 2024 y por TELEFÓNICA y TME el día 27 de febrero de 2024.

En relación con los escritos anteriores, TME y TELEFÓNICA solicitaron expresamente la confidencialidad de determinada información contenida en los mismos, por lo que esta Comisión tuvo que analizar si dichos datos eran susceptibles de ser declarados confidenciales. Asimismo, respecto de la información presentada por SENIOR, esta Comisión también analizó de oficio la procedencia de declarar su carácter confidencial.

TERCERO. – Declaración de confidencialidad

Con fecha 02 de mayo de 2024, la DTSA acordó lo siguiente:

Primero. - Declarar confidenciales tanto para Telefónica de España, S.A. Unipersonal como para Telefónica Móviles España, S.A.U. y para terceros ajenos al presente procedimiento, los Documentos 1 y 2 anexos al escrito de 14 de febrero de 2024 de Senior Professional Consulting, S.L.

Segundo. - Declarar confidencial tanto para SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING, S.L. como para MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L. y para terceros ajenos al presente procedimiento, el anexo I al escrito de 27 de febrero de 2024 de Telefónica de España, S.A. Unipersonal.

Tercero. - Declarar confidenciales tanto para SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING, S.L. como para terceros ajenos al presente procedimiento, el anexo II al escrito de 27 de febrero de 2024 de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL y el anexo I al escrito de 27 de febrero de 2024 de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

Cuarto. - Declarar confidencial para terceros ajenos al expediente, la información marcada como confidencial en los escritos de 27 de febrero de 2024 de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. UNIPERSONAL y de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

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.

La declaración de confidencialidad fue notificada el día 03 de mayo de 2024 a SENIOR y el día 07 de mayo de 2024 a TELEFÓNICA y TME.

CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por SENIOR

Mediante escrito fechado y presentado al registro electrónico de esta Comisión el día 03 de junio de 2024, SENIOR interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 02 de mayo de 2024.

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

- Nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y haber producido indefensión en el operador recurrente (páginas 3 a 7 del recurso).
- Vulneración por la resolución recurrida de los principios de contradicción e igualdad de armas (página 7).

- Declaración de confidencialidad por el acto recurrido de la práctica totalidad de los datos e informaciones aportados por TELEFÓNICA y TME tras el segundo requerimiento de la CNMC sin la suficiente ponderación de intereses ni motivación (páginas 7 a 16).

QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA y TME.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 LPAC, con fecha 11 de junio de 2024 se dio traslado a TELEFÓNICA y a TME del recurso interpuesto por SENIOR otorgándoles a dichos operadores un plazo de diez días hábiles para formular las alegaciones que estimaran pertinentes.

En fecha 18 de junio de 2024, TELEFÓNICA y TME presentaron un escrito conjunto de alegaciones oponiéndose al recurso de alzada de SENIOR y señalando que:

...el recurso de alzada interpuesto por SENIOR contra la Declaración debe ser rechazado y desestimado de plano. En esencia, se trata de un recurso que reitera los mismos argumentos que ya fueron fundadamente rechazados con anterioridad por esta CNMC en Resoluciones con las que puso fin a procedimientos equivalente (Resolución de 6 de septiembre de 2023 dictada en el procedimiento R/AJ/051/23 y Resolución de 19 de mayo de 2024 dictada en el procedimiento R/AJ/026/24).

Los interesados solicitan la íntegra desestimación del recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Calificación del escrito de SENIOR

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 (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 un acto de trámite de carácter 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 por SENIOR 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).

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, SENIOR es la promotora del procedimiento CFT/DTSA/262/23 en cuyo marco fue dictada por la DTSA la declaración de confidencialidad de fecha 02 de mayo de 2024, por lo que debe ser considerada como parte interesada en este recurso de alzada.

TERCERO. – Admisión a trámite

El recurso de alzada 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 02 de mayo de 2024 y le fue notificado a SENIOR el día 03 de mayo de 2024, habiéndose interpuesto el recurso por parte de dicho operador el 03 de junio de 2024.

Asimismo, no concurre ninguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 116 LPAC, por lo que el recurso debe ser admitido a trámite.

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 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 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 SENIOR en su impugnación y en relación con la información objeto del recurso.

5.1.- Sobre la inexistencia de trámite de audiencia a SENIOR con anterioridad a dictarse la declaración de confidencialidad

En las páginas 3 a 7 de su recurso, SENIOR 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 por la DTSA sin haberse oído a las partes interesadas.

Así, en la página 3 de su impugnación, SENIOR señala que:

Pues bien, la Resolución Recurrída es contraria a Derecho, al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Esto es, la Resolución Recurrída ha sido dictada sin que con anterioridad a la misma se haya permitido a SENIOR formular ningún tipo de alegaciones, lo que vulnera gravemente su derecho de defensa.

Añadiéndose en la página 4 que:

Así, se dictó la Resolución Recurrída sin que previamente en ningún momento se haya iniciado la instrucción del procedimiento de declaración de confidencialidad - no consta en el Expediente Administrativo acuerdo de iniciación alguno respecto de la declaración de confidencialidad- ni se haya dado trámite de audiencia a SENIOR con anterioridad a la notificación de la propuesta de resolución de resolución - inexistente en el presente supuesto-; sino que se nos ha dado directamente traslado de la Resolución Recurrída (tercera resolución de confidencialidad), pudiendo únicamente interponer recurso de reforma contra la misma -y sin que, por lo tanto, nuestras alegaciones se tengan en cuenta a la hora de declarar confidencialidad determinados documentos contenidos en el Expediente-, por lo que se privó a esta parte de su trámite de audiencia.

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

Por lo tanto, en el presente caso, se ha vulnerado el derecho de SENIOR a realizar alegaciones, prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, causándole una real y efectiva indefensión a SENIOR, 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.

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 del Tribunal Supremo 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 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.*

En efecto, el procedimiento administrativo propiamente dicho es el procedimiento de resolución de conflicto CFT/DTSA/262/23, en cuyo seno se abrió el trámite de audiencia a los interesados del artículo 82 de la LPAC con fecha 24 de abril de 2024. Dicho trámite fue cumplimentado por la propia entidad recurrente, SENIOR, que presentó alegaciones mediante escrito del día 17 de mayo de 2024.

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 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 adoptando el acto de trámite que proceda corresponden a un mismo órgano: la DTSA. Y el procedimiento es un conflicto entre operadores, no un procedimiento sancionador.

Sentado el hecho de que el acto recurrido es un acto de trámite dentro del procedimiento, no una Resolución del mismo, ha de recordarse que en ninguno de los preceptos de la LPAC se establece la existencia de una “propuesta de acto de trámite”, ni de la existencia de un trámite de audiencia del mismo previo a su adopción por el órgano de instrucción del procedimiento.

Por tanto, en aplicación del artículo 88.7 de la LPAC antes transcrito, no resultaba exigible ni la elaboración de una “propuesta de acto de trámite” o de “Resolución”, ni su posterior traslado a los interesados en el procedimiento antes de dictarse el acto de trámite, ya que no es una resolución del procedimiento. 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.

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*

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.

La anterior circunstancia ya fue puesta de manifiesto en el apartado IV b) de la página 4 de las Directrices para el Tratamiento de la Información de naturaleza Confidencial aprobadas por Resolución AJ 2013/6 de 26 de junio de 2013³:

debemos señalar que la Disposición Adicional Cuarta de la LGTel no prevé expresamente un procedimiento contradictorio para el análisis y resolución sobre la confidencialidad, sino solamente la intervención del titular de esa información.

Y todo 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/262/23.

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

*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.*

³ <https://www.cnmcc.es/expedientes/aj-20136>.

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 de la LPAC⁴:

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), ya que se podría en conocimiento de otros interesados la información que precisamente quiere que se declare confidencial para terceros.

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 2022 a las declaraciones de confidencialidad.

⁴ Regla aplicada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo 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".*

Los anteriores extremos son expresamente reconocidos por TELEFÓNICA y TME en el apartado A) de la página 2 de su escrito de oposición presentado el día 18 de junio de 2024.

Por lo tanto, procede desestimar el recurso de SENIOR en este punto.

5.2.- Sobre la alegada vulneración de los principios de contradicción e igualdad de armas, y a la indefensión causada.

En su recurso, SENIOR denuncia también la infracción por parte de la declaración de confidencialidad de los principios de contradicción e igualdad de armas, lo que le habría causado la indefensión. Concretamente, en la página 7 de su escrito de impugnación, el operador indica que:

En el presente supuesto, la Resolución Recurrída vulnera flagrantemente los principios de contradicción e igualdad de armas, pues pretende impedir que SENIOR conozca los documentos del Expediente para que, a la vista de los mismos, pueda realizar las alegaciones que estime pertinentes para desvirtuar los documentos y alegaciones de TME y TDE y pueda proponer las pruebas que al efecto entienda relevantes, vulnerándose como consecuencia de ello el derecho de defensa de SENIOR. Por ello, procede -nuevamente- la nulidad de pleno Derecho de la Resolución Recurrída.

Y, por otro lado, en la página 12, la entidad recurrente denuncia la declaración de confidencialidad de la práctica totalidad de los documentos e informaciones aportados por TELEFÓNICA y TME al procedimiento CFT/DTSA/262/23:

Pese a todo lo anterior, en el presente supuesto la Resolución Recurrída ha declarado confidenciales toda una serie de datos e informaciones presentadas en la Contestación de TDE y TME al Segundo Requerimiento de Información de la CNMC 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 SENIOR es necesario para el correcto ejercicio de su derecho de defensa y el respeto del principio de contradicción y del derecho de SENIOR para proponer y presentar las pruebas que estime pertinentes.

SENIOR parece apuntar en su recurso a que tanto la extinta CMT como la actual CNMC solo declaraba y declara la confidencialidad de los parámetros. Al respecto, la CMT declaraba la confidencialidad tanto de los parámetros como de la explicación justificativa del cumplimiento de los parámetros, dando acceso a la información contenida en los cuadros Excel. Por el contrario, la CNMC no tiene acceso a los parámetros, pero sí facilita la información contenida en unos archivos Excel que justifican las retenciones correspondientes. A dichos documentos ha tenido acceso la entidad recurrente a lo largo del presente

procedimiento, tal y como consta en el expediente administrativo del mismo, y según indicó SENIOR a través de sus sistemas informáticos. Así se desprende de las alegaciones efectuadas por SENIOR en el procedimiento a través de su escrito presentado en fecha 17 de mayo de 2024:

Partimos de la base que según consta en los archivos Excel (DOCUMENTOS NÚMERO 3,4, 6 y 9 de la Solicitud de Conflicto de Interconexión), las llamadas afectadas por el supuesto tráfico irregular y el supuesto tráfico fraudulento serían 2.247 y 23.878, respectivamente; y que, según TDE y TME, el importe afectado sería de 28.625,15 euros y 220.892,45 euros, respectivamente.

Por otro lado, respecto a las capturas de pantalla adjuntas al escrito de TME y TESAU de 6 de noviembre de 2023, todas ellas muestran claramente las fechas (hacen referencia al 14 de noviembre de 2022 -fecha de apertura para las devoluciones a los clientes- y fecha fin de análisis de 28 de noviembre de 2022, entre otras). Y en ellas, además de aparecer el nombre del responsable del departamento de fraude (dato personal) se muestra también el sistema informático en el que se vuelca la información relativa a fraudes (casillas) retenidos y a devolver, siendo dicha información de uso interno de la empresa titular que no puede facilitarse a terceros.

Asimismo, en la página 12 de su recurso, SENIOR señala que:

Se ha declarado confidencial el contenido del Anexo I de la Contestación de TELEFÓNICA al Segundo Requerimiento de Información de la CNMC que contendría, supuestamente, las facturas anonimizadas en donde se recogería la devolución efectuada a cada uno de los clientes de TELEFÓNICA, como concepto "Devolución Telefónica RD 381/2015".

No se entiende cómo se impide a SENIOR tener acceso a las facturas aportadas por TDE respecto de los importes supuestamente devueltos a los clientes de SENIOR, cuando las facturas aportadas por TELEFÓNICA son, según TELEFÓNICA, facturas anonimizadas, es decir, dichas facturas ya no incluirían datos personales y/o identificativos de los clientes de TDE -que, en todo caso, son clientes también de SENIOR, puesto que dichas facturas derivan del servicio prestado por SENIOR-.

Respecto a la cuestión de las facturas, debe señalarse que TME ha facilitado únicamente una muestra de ellas, pues todas las facturas representarían un total de más de un millar. Las citadas facturas identifican las líneas origen sin anonimizar (a diferencia de los cuadros Excel que contienen las líneas orígenes anonimizadas -documentos 4 y 9 adjuntos al escrito de interposición de conflicto de SENIOR), los planes contratados por los clientes de TME o TELEFÓNICA, así como números de identificación y códigos que se refieren a identificador único de acceso. Por ello, esta Comisión considera que dichos datos son confidenciales.

Además, la información recogida en “la factura” no se remite al titular de la numeración 118AB, ni tan solo en caso de impagos o fraudes. Así, en la página 6 de la OIR de TELEFÓNICA se recoge la información específica que deben girarse los operadores, no recogiendo el documento factura. Además, en el presente supuesto estamos ante un caso de presunto tráfico irregular, por lo que, según la OIR, regiría lo dispuesto en el Real Decreto 381/2015 (apartado 8 de la OIR IP), donde tampoco se recoge el concepto “factura”. De hecho, ello cobra mayor sentido si le añadimos que TME no facilita los números origen, que de facilitar las facturas serían conocidos por SENIOR, por hallarnos en un posible caso de fraude.

En la página 15 de su recurso SENIOR denuncia que:

También se ha declarado confidencial el Anexo II y el Anexo I de la Contestación de TELEFÓNICA y TME al Segundo Requerimiento de Información de la CNMC respectivamente, correspondiente al “Acuerdo General de Interconexión (AGI)”. Dichos Anexos derivan del requerimiento de información de la CNMC de fecha 6 de febrero de 2024 a TDE y TME, en el que se solicitaba “Aporte copia de la adenda del acuerdo de interconexión entre TME y Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L. (Masvoz) donde se prevea la relación de ambos operadores en caso de tráficos irregulares con fines fraudulentos/ tráfico no permitido que hace un uso indebido de la numeración y la correspondiente retención de pagos”.

En relación con el acceso del Acuerdo General de Interconexión (AGI) de 2009 y Adenda suscritos entre TME respecto a MASVOZ, no puede admitirse el argumento de no ser confidencial en ningún caso, pues este documento además de regir las relaciones jurídicas entre éstos, solo prevé el procedimiento a seguir en caso de retención o bloqueo el tráfico entre los operadores que mantienen relación jurídica. Y TME no mantiene ninguna relación con el 118AB (véase anexo II AGI facilitado por TESAU el 27 de febrero de 2024). Y, además, solo se prevé en este Adenda la obligación de MASVOZ de notificar las medidas adoptadas por TME al asignatario de la numeración (en este caso, 118AB).

En cualquier caso, el Real Decreto 381/2015 rige al margen de lo dispuesto en el AGI, y el tema de las devoluciones no se prevén en el marco de esta disposición pues se resuelve en el marco del conflicto, como en el presente caso, que se justifica el tema de las devoluciones.

Finalmente, y en cuanto a la alegación concreta de vulneración del derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución y a la indefensión causada, esta alegación 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, 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 CFT/DTSA/262/23 planteado a través de su escrito de 17 de mayo de 2024, y ha podido presentar recurso administrativo de alzada contra la declaración de confidencialidad mediante escrito de impugnación presentado el 03 de junio de 2024; y (ii) la recurrente podrá 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 del conflicto CFT/DTSA/262/23. Esta circunstancia también ha sido traída a colación en el apartado B) de la página 2 del escrito de oposición de 18 de junio de 2024 de TELEFÓNICA y TME.

Por este motivo, no puede acogerse la alegación de indefensión efectuada por SENIOR 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.

⁵ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 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.”

⁶ Es especialmente relevante el Fundamento Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo 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 lo tanto, procede desestimar el recurso de SENIOR también en este punto.

5.3.- Sobre la alegada ausencia de motivación suficiente del acto recurrido, y de la falta de ponderación de los intereses en juego.

En las páginas 7 a 16 de su recurso, SENIOR denuncia la inexistencia de motivación suficiente y la ausencia de causas de justificación en el acto administrativo recurrido, así como la no suficiente ponderación en el mismo de los distintos intereses en juego. Así, en la página 12 del escrito de impugnación se declara que:

En el presente supuesto, la lectura de la Resolución Recurrída pone de manifiesto que la misma carece de toda motivación, produciendo a esta parte una falta de indefensión. Y esto es así porque la Resolución Recurrída se limita a citar toda una serie de preceptos legales, doctrina y jurisprudencia, sin que proceda a realizar la oportuna ponderación de los intereses en juego.

La Disposición Adicional Cuarta de la vigente LGTel de 2022 prevé que:

*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.***

En este supuesto concreto, la motivación del acto recurrido está contenida en los apartados SEGUNDO y TERCERO de la Declaración de confidencialidad de la DTSA de 02 de mayo de 2024 dictada en el marco del procedimiento CFT/DTSA/262/23.

Por un lado, en el apartado SEGUNDO denominado “*Marco regulador de la información confidencial*” encontramos los fundamentos jurídicos de la resolución.

Y, por otro lado, en el apartado TERCERO “titulado “*Análisis de la naturaleza de la información cuya confidencialidad se analiza*” se aplican dichos fundamentos a los hechos en cuestión, esto es, a la “información” suministrada a la CNMC por los operadores. En dicho apartado se recogen los siguientes razonamientos:

La normativa aplicable citada en el punto anterior 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 escritos y la documentación presentada por Senior, TME y Telefónica, 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 concluye lo siguiente:

- *Del escrito de Senior de 14 de febrero de 2024:*

Los documentos 1 y 2 anexos aportados junto al mismo, incluyen el contrato firmado con Masvoz Telecomunicaciones Interactivas, S.L.U. (Masvoz) de “acceso especial para prestador de servicios de guías de abonados” de 18 de mayo de 2022 (documento 1) y copia de las comunicaciones entre Senior y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales (SETID) sobre las actuaciones practicadas en relación con los tráficos objeto del conflicto. Ambos documentos desvelan información relevante y sensible tanto sobre su estrategia comercial (documento 1), como de las actuaciones realizadas frente a la SETID, lo que justifica su consideración como confidencial.

- *Del escrito de Telefónica de 27 de febrero de 2024:*

*Respecto a la información marcada como confidencial en el citado escrito relativa al importe retenido y al extracto de las Actas de consolidación (páginas 3 y 4), esta contiene datos internos de los interesados en el presente expediente que desvelan información relevante y sensible sobre su estrategia comercial, que por su naturaleza **se considera confidencial para terceros pero no para Senior.***

Asimismo, los Anexos I y II relativos a las “evidencias devoluciones” y al Acuerdo General de Interconexión (AGI) entre Telefónica y Masvoz de 15 de septiembre de 2009, contienen documentos como facturas y devoluciones, así como acuerdos privados, que desvelan datos internos e información relevante

y sensible sobre su estrategia, lo que justifica la consideración como confidencial.

- *Del escrito de TME de 27 de febrero de 2024:*

*Respecto a la información marcada como confidencial en el citado escrito relativa al importe retenido y al extracto de las Actas de consolidación (páginas 2 y 3), contiene datos internos de los interesados en el presente expediente que desvelan información relevante y sensible sobre su estrategia comercial, que por su naturaleza **se considera confidencial para terceros pero no para Senior.***

Asimismo, el Anexo I relativo al Acuerdo General de Interconexión (AGI) entre TME y Masvoz de 15 de marzo de 2022, afecta a acuerdos privados, que desvelan datos internos e información relevante y sensible sobre su estrategia, lo que justifica la consideración como confidencial.

Por tanto, se cumplen suficientemente, en este caso, los requisitos de motivación suficiente y de “sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho” exigidos por el artículo 35 de la LPAC.

Otra cosa es que la recurrente no comparta y critiquen dicha motivación de la CNMC, pero ello no cuestiona la existencia de motivación en el acuerdo recurrido. Así, cabe recordar lo dicho, entre otras, en el Fundamento Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2015 (RC 6121/2011):

El motivo no puede ser acogido. Como bien afirma la Sala de instancia, la resolución impugnada expone las razones que inducen al Consejero de Gobernación a adoptarla. Otra cosa es que los Ayuntamientos afectados las compartan, las critiquen o aduzcan otras razones que a su juicio debían conducir a la solución contraria: nada de ello empece a la existencia de motivación en el acuerdo recurrido desde la perspectiva del artículo 54.1 de la Ley 30/1992, precepto que exige una "sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho" a determinados tipos de actos administrativos.

El anterior extremo se incluye también en el apartado C) de la página 2 del escrito de oposición de 18 de junio de 2024 de TELEFÓNICA y TME.

Por consiguiente, procede desestimar el recurso de SENIOR también en este punto.

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 SENIOR PROFESSIONAL CONSULTING S.L. contra la Declaración de confidencialidad efectuada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 02 de mayo de 2024 en el marco de la tramitación del conflicto de interconexión número CFT/DTSA/262/23, presentado por dicho operador contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U.

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

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