

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR AVATEL TELECOM S.A CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD EFECTUADA POR LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL EN FECHA 13 DE FEBRERO DE 2025 EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO CFT/DTSA/315/24 DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO PLANTEADO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U FRENTE A AVATEL TELECOM S.A. DEBIDO LA FALTA DE REGULARIZACIÓN DE LOS TENDIDOS IRREGULARES REALIZADOS POR ESTA ÚLTIMA OPERADORA Y ALGUNAS OPERADORAS ADQUIRIDAS POR ELLA DESDE EL AÑO 2019 HASTA LA ACTUALIDAD SOBRE LAS INFRAESTRUCTURAS FÍSICAS SUJETAS A LA OFERTA MARCO

(R/AJ/029/25)

CONSEJO. SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel García Castillejo

Consejeros

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

D. Enrique Monasterio Beñaran

Secretaria

D.^a María Angeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 10 de abril de 2025

Vista la declaración de confidencialidad dictada en fecha 13 de febrero de 2025 por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión (en adelante, DTSA) en el marco del procedimiento CFT/DTSA/315/24, así como el recurso de alzada presentado por AVATEL TELECOM S.A. contra la citada declaración, la Sala de Supervisión Regulatoria 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/315/24	3
SEGUNDO. – Solicitud de confidencialidad	3
TERCERO. – Declaración de confidencialidad	3
CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por AVATEL	3
QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA	4
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
PRIMERO. – Calificación del escrito de AVATEL	4
SEGUNDO. – Legitimación de la entidad recurrente	5
TERCERO. – Admisión a trámite	5
CUARTO. – Competencia y plazo para resolver	6
QUINTO. – Análisis del recurso y de la información objeto del mismo	6
5.1.- Sobre los datos identificativos del ingeniero autor del informe técnico aportado por AVATEL que se cita en el propio informe y en la página 2 de su escrito de alegaciones de 10 de diciembre de 2024	6
5.2.- Sobre la Información y documentación contenidas en el informe técnico adjunto al escrito de 10 de diciembre de 2024 presentado por AVATEL 11	
RESUELVE	14

ANTECEDENTES

PRIMERO. – Inicio del procedimiento CFT/DTSA/315/24

El 25 de octubre de 2024, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U (TELEFÓNICA) presentó un escrito ante el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) por el que plantea un conflicto frente AVATEL TELECOM S.A. (AVATEL), debido a la falta de regularización de los tendidos irregulares realizados por esta operadora y algunas operadoras adquiridas por ella desde 2019 hasta la actualidad sobre las infraestructuras físicas sujetas a la oferta MARCo.

Mediante escrito fechado el 06 de noviembre de 2024, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) acordó el inicio del procedimiento CFT/DTSA/315/24 para resolver el conflicto planteado y requirió a TELEFÓNICA y AVATEL que aportaran determinada información necesaria para la resolución del citado conflicto.

SEGUNDO. – Solicitud de confidencialidad

El 10 de diciembre de 2024 AVATEL presentó su escrito de contestación al citado requerimiento de información. En su escrito, AVATEL solicitó la confidencialidad de toda la documentación e información aportada junto a su escrito, por entender que era *“de vital y crítica importancia (...), desde el punto de vista técnico, comercial y estratégico de AVATEL”*.

TERCERO. – Declaración de confidencialidad

La DTSA acordó, mediante escrito fechado el 13 de febrero de 2025, y notificado en esa misma fecha a AVATEL, la confidencialidad de determinados datos contenidos en el escrito presentado por AVATEL a esta Comisión el día 10 de diciembre de 2024.

CUARTO. – Interposición de recurso de alzada por AVATEL

Mediante escrito presentado el día 07 de marzo de 2025, AVATEL interpuso recurso de alzada contra la declaración de confidencialidad de la DTSA de 13 de febrero de 2025 anteriormente citada.

En su recurso, AVATEL se refiere en concreto a los datos identificativos del ingeniero que realizó el informe técnico, así como el propio informe técnico, que considera que la DTSA habría procedido a no declarar confidencial en su totalidad para TELEFÓNICA sin suficiente justificación ni razonamiento, alegando que si se le diera a TELEFÓNICA acceso al resto de la información no

declarada confidencial se le estarían generando graves perjuicios a AVATEL, por contener datos comerciales privados.

Además, AVATEL añade que no se estaría tomando en cuenta la posición de dominio que TELEFÓNICA ocupa en el mercado.

QUINTO. – Trámite de audiencia a TELEFÓNICA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), con fecha 17 de marzo de 2025 dio traslado a TELEFÓNICA del recurso interpuesto por AVATEL otorgándole a dicho operador un plazo de diez días hábiles para formular las alegaciones que estimara pertinentes.

En fecha 31 de marzo de 2025, TELEFÓNICA presentó un escrito de alegaciones oponiéndose al recurso de alzada de AVATEL y trayendo a colación los siguientes argumentos:

- Estrecha vinculación del objeto del conflicto tramitado en el expediente CFT/DTSA/315/24 con la denuncia por ocupaciones irregulares del expediente IRM/DTSA/001/23/.
- Existencia, sin embargo, de más información en el expediente del conflicto (CFT/DTSA/315/24) de la que consta en el expediente de modificación del procedimiento de regularización de ocupaciones irregulares (IRM/DTSA/001/23).
- Inexistencia de justificación ni acreditación por parte de AVATEL del perjuicio específico y grave que le podría ocasionar la divulgación a TELEFÓNICA de la información considerada confidencial.
- Necesidad de que TELEFÓNICA acceda al contenido completo de la información para poder ejercitar su derecho a la defensa.
- Concurrencia de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para que TELEFÓNICA pueda acceder a la información aportada por AVATEL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – Calificación del escrito de AVATEL

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, 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 AVATEL 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, AVATEL es parte interesada en el procedimiento CFT/DTSA/315/24 en cuyo marco fue dictada por la DTSA la declaración de confidencialidad de fecha 13 de febrero de 2025, 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 13 de febrero de 2025 y le fue notificado a AVATEL en ese mismo día, habiéndose interpuesto el recurso por parte de dicho operador el día 07 de marzo de 2025.

Asimismo, no concurre ninguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 116 de la 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 AVATEL en su impugnación y en relación con la información objeto del recurso.

5.1.- Sobre los datos identificativos del ingeniero autor del informe técnico aportado por AVATEL que se cita en el propio informe y en la página 2 de su escrito de alegaciones de 10 de diciembre de 2024

En la página 2 del escrito de 10 de diciembre de 2024, AVATEL menciona el nombre del ingeniero autor del informe técnico aportado. También en el informe

técnico se aportan datos de este ingeniero (número de colegiación, dirección postal, correo electrónico de INATIC y número de teléfono), ya que es este quien firma el citado informe.

Según expone AVATEL en la página 2 de su recurso de alzada:

"[e]sta información, como bien señala la Comisión, tiene un carácter sensible, pues contiene datos internos de la empresa, del negocio en sí mismo que desarrolla AVATEL, así como datos confidenciales del personal que trabaja de forma interna y externa para esta empresa".

Por ello, AVATEL, en la página 3 de su recurso, considera que procede la declaración de confidencialidad sobre la identidad del técnico informante:

"al ser reflejo del derecho fundamental enderezado a garantizar la intimidad de una persona para que sus datos no sean revelados, no existiendo causa de peso y fundada para que se desvirtúe tal derecho y prime el derecho a la información".

AVATEL también entiende que el conocimiento de dicha información por TELEFÓNICA no es relevante ni le causa indefensión alguna.

En primer lugar, cabe aclarar que AVATEL no fue claro en su escrito de alegaciones de 10 de diciembre de 2024 sobre su solicitud de confidencialidad de la identidad y datos personales del ingeniero que elaboró el informe adjunto a su escrito, ya que se omitió la referencia a cualquier dato de carácter personal y no lo marcó como confidencial en el propio escrito ni en el informe.

En este sentido, debe recordarse que la disposición adicional cuarta de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGTel) exige explícitamente que la empresa interesada que aporte información a la CNMC indique expresa y justificadamente a la CNMC la naturaleza "confidencial" de la información aportada:

*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 el Fundamento Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo número 1500/2023 de 21 de noviembre de 2023 (RC 94/2022) se sienta la siguiente doctrina:

*La posibilidad de **limitar el acceso a la información cuando suponga un perjuicio para "los intereses económicos y comerciales"** exige que **tales perjuicios sean invocados y acreditados por la entidad que los alega**, sin que valga una genérica afirmación sobre eventuales quebrantos sin una cumplida justificación sobre la incidencia y los peligros concretos y determinados que el acceso a una información específica generaría en el funcionamiento y actividad comercial y económica de la empresa. Perjuicios que, por otra parte, han de ser relevantes y han de ponderarse en relación los intereses en juego (interés público e intereses particulares), ya se trate de obstaculizar el total acceso a la información como en los casos de limitaciones parciales.*

Pueden ser aplicables las consideraciones que se hacen en la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia, de 4 de junio de 2020 (Guía CNMC)¹, así como en las Directrices sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 26 de junio de 2013 (Directrices CMT)², a este tipo de información (donde deben conjugarse los intereses contrapuestos de los diferentes interesados en un expediente administrativo).

En concreto, las Directrices sobre el tratamiento de la información de naturaleza confidencial en el seno de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (AJ/2013/6)³ disponen que, para evaluar el carácter confidencial o no de la información, deberán tomarse en consideración una serie de criterios, entre los que destaca:

“la necesidad de revelar la información para garantizar el derecho a la defensa de terceros, tomando en consideración: la relevancia de la información para la solución del conflicto, su fuerza probatoria y la gravedad del perjuicio que se intenta evitar a los terceros a través de la divulgación frente a la gravedad del perjuicio ocasionado por dicha divulgación”.

Estas Directrices también indican que es información pública:

“La información extraída de fuentes accesibles al público”.

¹ <https://www.cnmc.es/prensa/guia-confidencialidad-procedimientos-competencia-20200604>.

² Expediente AJ/ 2013/6

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

Pues bien, a tales efectos, es necesario referirse al contexto en el que este operador aporta la información controvertida. El informe técnico aportado por AVATEL se presenta en el marco de un procedimiento de conflicto con TELEFÓNICA, donde pone de relieve determinados hechos para contestar un requerimiento de información realizado por esta Comisión, contrarrestar los hechos alegados por TELEFÓNICA e imputar supuestas prácticas de TELEFÓNICA en la tramitación de los procedimientos de acceso y regularización de ocupaciones de sus infraestructuras pasivas, pretendiendo dotarles de valor probatorio al estar respaldados por el ingeniero que firma este informe, en calidad de ingeniero colegiado.

Por tanto, la no confidencialidad de parte de la información contenida en este informe técnico y de los datos aportados por el ingeniero para TELEFÓNICA tenía por finalidad garantizar su derecho de defensa dentro de un procedimiento contradictorio entre ambas partes y, en concreto, que esta operadora pudiera valorar si el informe está realizado por un ingeniero colegiado, a efectos probatorios.

Denegar a TELEFÓNICA esta posibilidad supondría limitar el ejercicio por parte de este operador de sus derechos de defensa, y conculcaría el principio de igualdad de armas en la tramitación de los procedimientos administrativos en relación con el derecho a la defensa del artículo 24 CE. Así, por ejemplo, en el Fundamento Segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 (RC 1290/2005) se dijo que:

Al resolver de esta forma, la Sala ha impedido a la parte recurrente el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el artículo 52.1 de la Ley Jurisdiccional, ya que es indudable que el mero examen de esos documentos no permite tomar conciencia clara de su contenido dado su configuración numérica que impide su retención en la memoria. (...).

En este sentido es de interés tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), dispone que la valoración de los medios de prueba se ha de realizar de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

En concreto, el dictamen de los peritos que cuenten con los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en un asunto o adquirir certeza sobre ellos -tanto si son designados judicialmente como si son de parte- se regula en los artículos 335 y siguientes de la LEC, estableciéndose en su artículo 340 que los peritos

designados deben poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste.

Los tribunales han venido señalando la necesidad de que pueda conocerse la identidad y cualificación de los peritos a los efectos de que, en su caso, puedan ser objeto de tacha por la parte contraria (en este caso, por TELEFÓNICA)⁴. Las circunstancias que determinan la tacha del perito están recogidas en el artículo 343.1 LEC. Entre ellas, se encuentra el tener interés directo o indirecto en el procedimiento, depender de alguna de las partes o sufrir cualquier otra circunstancia acreditada que implique un desmerecimiento profesional del perito. Las tachas son tenidas en cuenta en el momento de valorar la prueba, según han recordado también los tribunales⁵.

Por último, se ha podido comprobar que los datos del ingeniero colegiado incluidos en su informe constan en la página web de la empresa INATIC⁶ a efectos de certificar proyectos, y que se facilitan al público o empresas a los efectos de contratar sus servicios⁷. De conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), el tratamiento de esos datos de contacto (ya sea como profesional liberal o como persona física que presta sus servicios en una persona jurídica), para su localización profesional, se encuentra amparado en lo dispuesto en el artículo 6.1.f) del [Reglamento \(UE\) 2016/679](#)⁸.

⁴ Por ejemplo, en el Fundamento Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 193/2021 de 11 de mayo de 2021 (recurso 279/2019) se dice que: “*No se trataba simplemente de que el perito autor de los informes se ratificara en ellos en el acto del juicio, sino de conocer su identidad y cualificación. Los peritos de parte no son recusables, pero sí pueden ser objeto de tachas, y precisamente por ello y por su cualificación, pueden ser llamados al acto del juicio, no para simplemente ratificarse en el dictamen emitido (que es innecesario si el dictamen aportado reúne los requisitos exigibles), sino con las finalidades previstas en el art. 347.1 LEC*”.

⁵ Por ejemplo, en el Fundamento Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 764/2021 de 14 de diciembre de 2021 (recurso 308/2020): *No obstante, lo anterior no es motivo suficiente para invalidar por completo el dictamen pericial, sino que la tacha deberá tenerse en cuenta en el momento de valorar la prueba, tal como dispone el art. 376 de la LEC,*

⁶ <http://www.inatic.es/certificados-acreditativos/>

⁷ Por ejemplo su número de teléfono móvil se ha encontrado en este enlace https://www.extremaduraavante.es/wpcontent/uploads/2014/07/5411_Documento_empresas_homologadas.pdf

Y la dirección que consta en el informe y que coincide con la de la empresa, en esta página web <https://librebor.me/borme/empresa/innovacion-aplicada-a-las-tic/>

⁸ f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

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

5.2.- Sobre la información y documentación contenidas en el informe técnico adjunto al escrito de 10 de diciembre de 2024 presentado por AVATEL

En el acto de 13 de febrero de 2025 se declararon confidenciales para TELEFÓNICA algunos datos incluidos en el informe técnico y de la documentación adjunta al escrito de 10 de diciembre de 2024, que se mencionaba en dicho informe.

En concreto, se declaró la confidencialidad de datos relativos a (i) planos sobre despliegues de AVATEL realizados en varios municipios sin usar infraestructuras de Telefónica, (ii) párrafos sobre las gestiones internas de AVATEL para revisar las ocupaciones irregulares de empresas de su grupo, (iii) tabla sobre la adquisición de la operadora ROALMAR, S.L. por parte de AVATEL; (iv) número de unidades inmobiliarias asociadas a la compra de 155 operadoras por parte de AVATEL (v) tabla sobre unidades inmobiliarias a la que han llegado los despliegues de AVATEL entre 2020 y 2024, (vi) porcentaje de crecimiento de AVATEL en términos de unidades inmobiliarias entre diciembre de 2022 y octubre de 2024, (vii) número de unidades inmobiliarias y proyectos asociados a las urbanizaciones con despliegues de AVATEL, y (viii) pantallazos de contratos de cesión de uso de infraestructuras firmados por AVATEL con una entidad local y un polígono industrial.

Además, se declararon confidenciales para TELEFÓNICA los documentos 6 a 15 del Documento dos B adjunto al escrito, que contienen la copia de los contratos de cesión de uso de canalizaciones firmados con diversas entidades locales, urbanizaciones y polígonos industriales.

A continuación, se analiza la información aportada en este informe sobre la que no se declaró la confidencialidad para TELEFÓNICA:

- A. Resumen del requerimiento de información realizado por la CNMC a AVATEL el 6 de noviembre de 2024, así como del escrito de interposición de conflicto de TELEFÓNICA de 25 de octubre de 2024, al que tuvo acceso AVATEL al comunicarle el inicio del procedimiento.
- B. Descripción de las situaciones y supuestos de ocupaciones irregulares detectadas por TELEFÓNICA e indicadas en su escrito de interposición de conflicto: se alega sobre los datos y tablas ya aportadas por TELEFÓNICA en dicho escrito.

- C. Despliegues realizados por AVATEL con financiación de los Programas PEBA-NGA (convocatoria de 2018): se aporta el presupuesto financiable y pantallazos de página web del Ministerio de Economía y Empresa donde se observa dicho importe finalmente concedido.
- D. Contraste entre la información del despliegue de red de AVATEL contenida en la página web de “Cobertura de Banda Ancha Fija” del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública y las SUC solicitadas a TELEFÓNICA: se aporta un resumen de las alegaciones de TELEFÓNICA y se incluye una tabla con datos aportado por esta operadora en su escrito de 25 de octubre de 2024.

A partir del apartado 2 del informe técnico, se analizan y se alega sobre las cuestiones anteriores. No se declararon confidenciales por los siguientes motivos:

1. Incidencias por ocupaciones irregulares (apartado 2): donde (i) se analiza la evolución del número de incidencias por ocupaciones irregulares detectadas por TELEFÓNICA y el operador se remite a los datos obtenidos por la CNMC en el informe de seguimiento de las ocupaciones irregulares (IFP/DTSA/018/22); (ii) se examina la Resolución de la CNMC, de 30 de noviembre de 2021, por la que se aprobaron los procedimientos para la regularización de las ocupaciones irregulares de las infraestructuras pasivas de TELEFÓNICA (IRM/DTSA/002/20), e incluye una tabla con el número de incidencias según el operador de telecomunicaciones adquirido y titular previo de la red -estas incidencias ya las tiene abiertas TELEFÓNICA, AVATEL únicamente las estructura en una tabla-; y (iii) se analiza el número de incidencias por ocupaciones irregulares comunicadas por Telefónica.
2. Ocupaciones de infraestructuras para ejecutar las concesiones del programa Único-Banda Ancha y PEBA-NGA (apartado 3): donde se incluyen (i) tablas con números de expedientes de concesión de ayudas, importes del presupuesto financiable y de las zonas de cobertura, que son datos públicos⁹; (ii) una tabla con el número de SUC solicitadas en las ciudades donde AVATEL fue beneficiaria del programa Único-Banda Ancha y PEBA-NGA, así como su estado de tramitación; y (iii) fotos de fachadas de edificios con supuestos despliegues de AVATEL en un municipio donde fue beneficiaria del referido programa de concesión de ayudas al despliegue.
3. Proceso de regularización de las ocupaciones de infraestructuras por operadores adquiridos (apartado 4): donde se (i) aporta la cifra agregada de

⁹<https://avance.digital.gob.es/banda-ancha/ayudas/Banda-Ancha-Generacion-2013-2021/Paginas/convocatoria-2018.aspx>.

<https://www.avatel.es/programaunico/>

operadores adquiridos, que es pública¹⁰; (ii) explican las ocupaciones irregulares masivas detectadas por TELEFÓNICA en el municipio de Guardamar del Segura y que estas fueron realizadas por un operador cuya red fue adquirida por AVATEL; (iii) aporta una tabla con el número de SUC solicitadas en ese municipio y las fechas de su solicitud; (iv) aporta un pantallazo de un periódico; (v) incluye tablas sobre la evolución del número SUC y su estado de tramitación; y (vi) realiza alegaciones sobre la supuesta restricción del número máximo de registros semanales que puede incluir en las SUC, según lo establecido en la oferta MARCo, e incluye un pantallazo de dicha oferta.

4. Tipologías de los despliegues de redes de AVATEL (apartado 5): donde se (i) resumen las alegaciones de TELEFÓNICA sobre los kilómetros de red desplegada supuestamente a través de las infraestructuras sujetas a la oferta MARCo; (ii) analiza la tipología de sus despliegues: por fachadas y aporta fotos de calles donde ha realizado algunos de dichos despliegues; a través de canalizaciones de urbanizaciones y aporta tablas sobre los municipios donde se encuentran estas urbanizaciones; y a través de canalizaciones de titularidad de un ayuntamiento, como consecuencia de la compra de un operador con despliegues en dicho municipio.

5. Conclusiones: se resume en 14 puntos lo concluido a lo largo del informe.

Por último, adjunto a este informe y para justificar sus alegaciones AVATEL aportó un archivo zip (anexo 002), que incluye cinco archivos Excel sobre incidencias de NEON cerradas, SUC solicitadas para realizar los despliegues asociados al programa Único-Banda Ancha y PEBA-NGA, SUC solicitadas en un municipio, SUC solicitadas desde 2013 y SUC solicitadas por el programa Único-Banda Ancha de 2021, y diez contratos de cesión de uso de infraestructuras firmados por AVATEL con una entidad local y un polígono industrial, que como ya se ha indicado se declararon confidenciales para TELEFÓNICA.

AVATEL también aportó junto a su escrito de contestación al requerimiento dos carpetas con correos intercambiados con TELEFÓNICA, un archivo Excel anexo a un correo intercambiado con TELEFÓNICA en diciembre de 2022 y cinco pdf adjuntos a otros correos intercambiados con TELEFÓNICA.

Con carácter general, como se ha señalado al presentar la información incluida en el informe, a diferencia de lo que alega AVATEL, en éste no se aporta información alguna que pueda afectar a su secreto empresarial o actividad comercial, ya que los datos que considera estratégicos y estructurales son

¹⁰https://www.elespanol.com/invertia/empresas/tecnologia/20240103/avatel-adquirio-operadores-locales-inversion-total-millones/822167917_0.html

conocidos por TELEFÓNICA a través de NEON y de la relación contractual que mantienen entre ambos operadores o son datos públicos (datos agregados y públicos sobre los operadores adquiridos o los tipos de despliegues, información de las SUC que constan en NEON, expedientes resueltos por la CNMC y publicados en página web, párrafos de la oferta MARCo, proyectos de despliegues públicos e informaciones sobre despliegues de otros operadores adquiridos por AVATEL con ocupaciones indebidas detectadas por TELEFÓNICA, o el porcentaje de su red que discurre por infraestructuras de TELEFÓNICA, pero que la propia AVATEL le comunicó a TELEFÓNICA en su reunión de 8 de noviembre de 2022).

Por otro lado, en la declaración de confidencialidad objeto de recurso se analizó la información que podría afectar al secreto empresarial de AVATEL y se declaró confidencial, no solo a terceros sino también a TELEFÓNICA, cierta información incluida en el informe y en la documentación adjunta a su escrito, por lo que no es posible admitir que esta Comisión no hizo un análisis exhaustivo, justificado o razonado de la información que podría afectar a los intereses de AVATEL en caso de que no se restringiera su acceso.

Es preciso recordar que AVATEL no justificó en su escrito de alegaciones y tampoco en su recurso de alzada el concreto perjuicio que puede causarle la puesta a disposición del referido informe técnico y la documentación adjunta a este a TELEFÓNICA, más allá de decir que afectaría a su secreto empresarial o actividad comercial, sin especificar los datos o tablas exactas del informe técnico y de la documentación adjunta que afectarían a dicho secreto o a su actividad comercial, que no serían conocidos por TELEFÓNICA. Dicho análisis tuvo que hacerlo de oficio esta Comisión, como ya se ha indicado.

A este respecto, la Guía de la CNMC¹¹ indica que:

“La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación de la información susceptible de ser considerada confidencial por su naturaleza de secreto comercial, deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicables a la totalidad de documentos”.

Asimismo, es de interés señalar que, a través de su escrito de 10 de diciembre de 2024, AVATEL solicitó a esta Comisión el acceso a la información aportada

¹¹ <https://www.cnmc.es/prensa/guia-confidencialidad-procedimientos-competencia-20200604>.

por TELEFÓNICA en su escrito de 28 de noviembre de 2024, de contestación al requerimiento realizado por esta Comisión el 6 de noviembre de ese mismo año.

El 17 de diciembre de 2024 esta Comisión dio traslado de dicha información a AVATEL, información que es de similar naturaleza¹² a una parte significativa de la información aportada por AVATEL en su escrito de 10 de diciembre de 2024 y cuya confidencialidad pide que sea declarada también para TELEFÓNICA.

Por tanto, no resulta razonable que TELEFÓNICA no pueda tener acceso a información que ya conoce o que podría conocer por las relaciones comerciales que tiene con AVATEL y sus empresas del grupo o por ser pública y que sería de su interés para poder solicitar la regulación de las ocupaciones irregulares reconocidas por AVATEL. Denegar a TELEFÓNICA la posibilidad de hacer frente a las alegaciones de AVATEL y el acceso a cierta información que afecta a sus intereses objeto de conflicto supondría limitar el ejercicio por parte de este operador de sus derechos de defensa, y conculcaría el principio de igualdad en el tratamiento de las partes dentro del procedimiento administrativo, en los términos contemplados por ejemplo en la Guía de la CNMC.

Así es, en la misma línea que lo dispuesto en las citadas Directrices de la CMT, se deja claro que en el proceso de valoración del carácter confidencial de los datos deben ponderarse no solo la protección de los secretos de la empresa o si se trata de datos que pueden causar un perjuicio, que no hayan sido difundidos, sino también otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de otros interesados en el procedimiento y que son necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento.

Por ello, en esta Guía se concluye que:

“(…) la declaración de confidencialidad es una decisión, resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y siempre motivadamente”;

¹² Siete archivos Excel sobre listados de (i) incidencias abiertas en NEON a Avatel y otras empresas de su grupo empresarial; (ii) de municipios con despliegues FTTH de las operadoras del grupo Avatel; (iii) de las infraestructuras ocupadas y km de red desplegada en ellas; (iv) comparativos entre los registros ocupados por empresas del grupo Avatel e incidencias por ocupación indebida notificadas en NEON; (v) SUC tramitadas; (vi) histórico de SUC de las empresas del grupo Avatel; y (vii) envíos de burofaxes por las incidencias detectadas, así como un archivo zip con los correos intercambiados con Avatel a efectos de regularizar las incidencias suyas y de sus empresas del grupo.

Esto es, precisamente, lo que se efectuó en la declaración de confidencialidad recurrida por AVATEL.

Por último, lo único que esta Comisión entiende que podría atenderse en alzada es la confidencialidad del segundo párrafo del apartado 3.1 en la página 14 y el segundo párrafo del apartado 4.1 de la página 21 del informe técnico, por referirse a los motivos del crecimiento orgánico de AVATEL en estos años. Se trata de un dato referido a la estrategia empresarial y que, por tanto, no debería ser conocido por un competidor como TELEFÓNICA. Lo mismo sucede con el segundo párrafo de la página 22 del informe técnico.

Efectivamente, por un lado, uno de los objetivos de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, como se señala en su Preámbulo, es la protección de la información relativa a las “*estrategias de mercado*”. Y por otro lado, en el Fundamento Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo número 1767/2024 de 06 de noviembre de 2024 (RC 5570/2022) se indica que la “*estrategia comercial*” forma parte de los secretos comerciales de las empresas.

Por tanto, no cabe acoger la alegación de TELEFÓNICA, incluida en la página 6 de su escrito de 31 de marzo de 2025, acerca de que “*la negativa de acceso completo al expediente vulnera el derecho de defensa de Telefónica en el marco de un conflicto, en tanto que no se le permite el acceso a información esencial, necesaria y de especial relevancia para la resolución del conflicto planteado*” al existir en este caso razones basadas en la protección de los secretos empresariales de AVATEL que justifican que esta Comisión otorgue a TELEFÓNICA un acceso parcial (y no completo) a dicha información.

5.3.- Sobre la solicitud efectuada por AVATEL de no poner a disposición de TELEFÓNICA la información objeto del presente recurso durante su tramitación

En la página 7 de su recurso AVATEL alega que:

Con expresa invocación del artículo 117.2 LPAC, atendidos los motivos invocados y dado el perjuicio que supondría para AVATEL la puesta a disposición de TESAU de toda la información que no ha sido declarada confidencial, y dado que no existiría ningún perjuicio para el interés público, sino más bien todo lo contrario, se solicita expresamente la suspensión del acto recurrido hasta tanto no se resuelva el presente recurso.

Cabe indicar que tal y como consta en el expediente, el 6 de febrero de 2025 TELEFÓNICA pidió acceso al expediente, incluido el escrito de AVATEL de 10 de diciembre de 2024. El 25 de febrero de 2025 se dio traslado a TELEFÓNICA

de la información que constaba en el expediente, menos del escrito y la documentación adjunta aportada por AVATEL el 10 de diciembre de 2024.

En el escrito de traslado de la documentación se explicó a TELEFÓNICA que se le daría acceso a ese escrito de AVATEL cuando se resolviera el recurso de alzada sobre la declaración de confidencialidad del IRM/DTSA/001/23, que afectaba de forma indirecta a la declaración de confidencialidad, de 13 de febrero de 2025, sobre el escrito de AVATEL de 10 de diciembre de 2024 y su documentación adjunta, o se confirmara que esta declaración de 13 de febrero no era recurrida en alzada por AVATEL, como al final así ha ocurrido.

Por tanto, esta Comisión ha suspendido a TELEFÓNICA el acceso a la documentación aportada por AVATEL el 10 de diciembre de 2024, tal y como solicitó esta operadora en su recurso de alzada de 7 de marzo de 2025.

En el apartado 4 del artículo 117 LPAC se señala que:

La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud

Por lo tanto, una vez resuelto el presente procedimiento de resolución del recurso de alzada de AVATEL quedará sin efecto dicha suspensión (excepto en la parte del informe técnico que procede declarar confidencial estimando parcialmente el recurso de alzada: el ya citado segundo párrafo del apartado 3.1 en la página 14 y el segundo párrafo del apartado 4.1 de la página 21 del informe técnico; ver apartado 5.2 de la presente resolución).

Por último, respecto del resto de alegaciones formuladas por TELEFÓNICA cabe señalar que algunas son genéricas, y otras exceden del marco del presente procedimiento de resolución del recurso de alzada, ya que aluden a cuestiones de fondo que se dirimen en los procedimientos en tramitación, por lo que no cabe analizar ni resolver sobre las mismas en la presente resolución, que se limita a resolver sobre la declaración de confidencialidad de 13 de febrero de 2025 en el marco del procedimiento CFT/DTSA/315/24.

Por todo lo anterior, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

PRIMERO. – ESTIMAR parcialmente el RECURSO DE ALZADA interpuesto por AVATEL TELECOM S.A contra la declaración de confidencialidad efectuada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual en fecha 13 de febrero de 2025 en el marco del procedimiento CFT/DTSA/315/24 de resolución del conflicto planteado por TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U frente a AVATEL TELECOM S.A. debido a la falta de regularización de los tendidos irregulares realizados por esta última operadora y algunas operadoras adquiridas por ella desde el año 2019 hasta la actualidad sobre las infraestructuras físicas sujetas a la oferta marco.

SEGUNDO. - DECLARAR la CONFIDENCIALIDAD del segundo párrafo del apartado 3.1 de la página 14 y el segundo párrafo del apartado 4.1 de la página 21 así como el segundo párrafo de la página 22 del informe técnico aportado por AVATEL en su escrito de 10 de diciembre de 2024.

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

AVATEL TELECOM S.A.
TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.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.