

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN SU ESCRITO DE FECHA 18 DE SEPTIEMBRE DE 2015 Y QUE LE FUE REQUERIDA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE SU CONFLICTO DE INTERCONEXIÓN CON LLEIDA NETWORKS SERVEIS TELEMÀTICS, S.L.

R/AJ/113/15

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D.ª María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

Dª. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 19 de noviembre de 2015

Visto el recurso de alzada interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., contra la declaración de confidencialidad de la información contenida en su escrito de fecha 18 de septiembre de 2015, que le fue requerida en el marco del procedimiento para la resolución de su conflicto de interconexión con Lleida Networks Serveis Telemàtics, S.L., la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Requerimiento de información y respuesta de TME.

En el marco de la tramitación del procedimiento de referencia CFT/DTSA/1011/15, iniciado para la resolución del conflicto de interconexión presentado por Lleida Networks Serveis Telemàtics, S.L. (Lleidanet) frente a Telefónica Móviles España, S.A.U., (TME), esta Comisión requirió a TME determinada información que consideraba relevante para la resolución del

expediente por medio de un escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 7 de agosto de 2015.

TME contestó dicho requerimiento por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 18 de septiembre de 2015. En dicho escrito, TME solicitaba que se declarase confidencial la información así señalada.

SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad.

Con fecha 1 de octubre de 2015, esta Comisión acordó declarar confidencial para terceros excepto para Lleidanet, la información señalada como confidencial del escrito de TME, así como la totalidad de los anexos que lo acompañan.

TERCERO.- Recurso de alzada de TME.

Contra el anterior acto TME ha presentado un recurso de alzada en el que solicita que se dicte una nueva declaración de confidencialidad que reconozca ese carácter para terceros y para Lleidanet de la información señalada como tal en su recurso. El recurso ha entrado en el registro de esta Comisión el día 15 de octubre de 2015.

TME considera que en el caso de que Lleidanet conozca los datos cuya confidencialidad se pretende se le causaría un grave perjuicio y una evidente indefensión en la medida en que revelaría sus argumentos. A su juicio, la información afecta a diferentes ámbitos estratégicos de TME: técnicos, de seguridad, contractuales, etc. e incluye listas de clientes, su tráfico y el precio de los servicios que presta a otros operadores.

El conocimiento de dicha información no sería necesario para respetar el derecho de defensa de Lleidanet.

En su recurso, TME identifica determinada información que debe ser declarada confidencial para terceros y también frente a Lleidanet:

- a) Número de operadores fijos no pertenecientes al grupo Telefónica que utilizan el protocolo SMPP para el envío de SMS (manifestación Primera, página 3).
- b) Número de operadores que hacen uso de la plataforma PCM (manifestación Segunda, página 6) y nombre de la entidad relevante que también lo hace.
- c) Acciones de TME para asegurar el control y seguridad del negocio de mensajería (manifestación Segunda, páginas 10 y 11).

- d) Las dos tablas de la (manifestación Tercera, página 12) con datos de la utilización de los protocolos en la plataforma consolidada de mensajería.
- e) La tabla Excel con los datos de tráfico de SMS intercambiados y consolidados con los operadores móviles nacionales mediante el protocolo SS7, correspondientes al año 2014 y hasta la información disponible del año 2015, así como las explicaciones que la siguen (alegación tercera, páginas 13 y 14, excepto los dos últimos párrafos).
- f) Nombre de los operadores de red fija que han suscrito acuerdos de intercambio de SMSs con protocolo SMPP conectados a la plataforma PCM (alegación tercera, página 14).
- g) Ejemplo del servicio de mensajería contratado que supone la generación en la PCM y que finaliza en cualquier usuario final (página 15, tercer párrafo).
- h) Identificación de los operadores móviles con los que intercambia SMS que envían mensajes A2P a TME y que envían mensajes cuyo remitente no contiene un número perteneciente al operador remitente (página 19, último párrafo y página 20, primer párrafo).
- i) Tabla con los precios acordados con cada operador y explicaciones siguientes (páginas 20 y 21).
- j) Esquema del encaminamiento de los mensajes tanto entrantes como salientes, en donde se refleja el camino de los SMS y de los mensajes de señalización MAP (páginas 22 y 23).
- k) Explicaciones sobre la posibilidad de llevar a cabo el filtrado de los SMS desde la propia plataforma SMSC (páginas 30, párrafo 4, y 31, párrafo 1).

A los anteriores Antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Calificación.

De conformidad con los artículos 107 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), 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 62 y 63 de dicha Ley.

Por su parte, el artículo 36 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley de creación de la 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 conforme lo dispuesto en la LRJPAC.

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 107 de la LRJPAC 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 31 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, TME es la entidad que aportó los datos que fueron declarados parcialmente confidenciales en el marco del procedimiento administrativo de referencia CFT/D TSA/1011/15 y a la que pertenecen, por referirse a aspectos propios de su negocio.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha presentado dentro del plazo de un mes desde la notificación del acto recurrido al que se refiere el artículo 115.1 de la LRJPAC.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley. En concreto, TME hace referencia al artículo 63.2 de la LRJPAC, que se refiere a la anulabilidad como consecuencia de los defectos de forma solo cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

Al tenor de lo establecido en el artículo 114 de la LRJPAC, 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 Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC.

Así, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de la Ley de creación de la CNMC y 8.d) y 14.1.b) del Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real

Decreto 657/2013, de 30 de agosto, corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC la resolución del presente procedimiento.

Por su parte, el artículo 115.2 de la LRJPAC 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 43.2 de la misma Ley.

QUINTO.- Sobre la extensión del carácter confidencial de la información aportada al otro operador parte en el conflicto.

En primer lugar, debe apuntarse que no se discute el carácter confidencial de la información aportada, sino, tan solo, si los efectos de la declaración de confidencial deben limitarse a terceros y no extenderse a Lleidanet, que es la otra parte en el conflicto de interconexión.

La decisión de esta Comisión está motivada en la necesidad de preservar el derecho de defensa del otro operador en el conflicto, a la vista, sobre todo, de que se trata de un procedimiento de carácter contradictorio en el que concurren intereses contrapuestos.

En efecto, al analizar el carácter confidencial y su alcance, se debe buscar un equilibrio que asegure la debida protección a los intereses concurrentes. Por un lado, TME tiene derecho a que se mantenga el carácter confidencial de la información aportada por incluirse dentro del ámbito de su secreto industrial o comercial, tal y como reconoce el artículo 10.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. De igual manera, el artículo 37 de la LRJPAC según la modificación operada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se limita el derecho de acceso a la información que suponga un perjuicio para los intereses económicos o comerciales o la propiedad intelectual o industrial. Por otra lado, asiste a Lleidanet el derecho a la defensa, en la medida en que el conocimiento de la información requerida por la CNMC durante la instrucción del procedimiento puede serle necesaria para realizar sus alegaciones y proponer las pruebas que considere pertinentes.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones reiterando que debe realizarse una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonstar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo (entre otros, Autos del de 31 de enero, 13 de julio y 5 de octubre de 2006).

En este sentido, en la ponderación casuística entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad de determinados extremos obrantes en un expediente señala, asimismo, el Tribunal Supremo que se exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente, o más bien, necesaria, la aportación de documentos de conocimiento limitado *“coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada “need to know”, necesidad que debe justificarse”* (Auto de 15 febrero 2007, JUR 2007\87864).

Sin perjuicio de rechazar la argumentación de Telefónica en el sentido de que el conocimiento, por parte de Lleidanet, de la información objeto de la declaración de confidencialidad le provoque indefensión por mostrar a la otra parte los argumentos de la propia Telefónica en el conflicto, lo cierto es que la información aportada podría no ser necesaria para que Lleidanet realice sus alegaciones y proponga las pruebas que estime pertinentes.

Una valoración inicial de los datos cuya confidencialidad se pretende así lo demuestra, sin perjuicio de que los argumentos que Lleidanet pueda oponer para justificar la necesidad de conocerlos. En este sentido, durante la tramitación del procedimiento siempre podrá alegar justificadamente la necesidad que tiene de conocer los datos concretos cuya confidencialidad se pretende y, en ese caso, se analizaría en qué medida es realmente preciso. De ser así, se acordarán las alternativas necesarias para asegurar su derecho a la defensa sin menoscabar el derecho de TME de mantener totalmente confidenciales los datos que tengan tal naturaleza.

Se valora, asimismo, que TME en su recurso distingue aquellos datos que pretende seguir manteniendo confidenciales frente a Lleidanet de aquellos a cuyo acceso por parte de ese operador no se opone tras ser inicialmente declarados confidenciales solo frente a terceros en el acto recurrido.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar el recurso de alzada interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U., contra el acto de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de fecha 1 de octubre de 2015 y, en consecuencia, declarar confidenciales también para Lleida Networks Serveis Telemàtics, S.L., los datos aportados por TME en su escrito de fecha 18 de septiembre de 2015, de los que solicita ese carácter en su recurso y que se enumeran en el antecedente de hecho tercero de esta resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.