



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF:

N/REF: R/0252/2016

FECHA: 2 de septiembre de 2016



ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En respuesta a la Reclamación presentada por [REDACTED] en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A , con entrada el 7 de junio de 2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los antecedentes y fundamentos jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente con fecha 7 de abril de 2016 [REDACTED] en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A presentó una solicitud de información al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG) dirigida a la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (CNMC) por la que solicitaba el acceso a la siguiente información relacionada con el expediente sancionador que había sido tramitado contra su representada:

1) *Acuerdo, de 28 de agosto de 2014, de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, de remisión de información a la Comisión Europea prevista en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

2) *Notificación, de 2 de septiembre de 2014, de la CNMC, por el que se realiza la citada remisión.*

3) *Contestación de la Comisión Europea a la anterior notificación.*

ctbg@consejodetransparencia.es



2. Con fecha 7 de junio de 2016 tiene entrada en este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno escrito de reclamación presentado por [REDACTED] en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A en aplicación del artículo 24 de la LTAIBG al entender que su reclamación había sido desestimada por el transcurso del plazo máximo para resolver previsto en el artículo 20.1 de la LTAIBG sin que su solicitud hubiera recibido respuesta.

El escrito de reclamación reproducía los argumentos en los que la interesada fundamentaba su derecho de acceso a la información contenidos en la solicitud inicialmente presentada.

3. Remitido el expediente de reclamación a la CNMC para que se realizaran las alegaciones consideradas oportunas, se remite escrito a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el que, además de realizar una cronología de los antecedentes de la solicitud de información de la que tiene su origen la presente reclamación, recoge los siguientes argumentos:

- PRIMERA.- *El Reglamento (CE) 1/2003 no resulta de aplicación a la solicitud de acceso de referencia.*

En relación con la primera alegación debe indicarse que la desestimación del acceso deriva de la propia legislación nacional, y en concreto del artículo 42 de la LDC que expresa claramente que "(...) En todo caso, se formará pieza especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003".

Este criterio, como ya indicó la Sala de Competencia en su Resolución de 29 de octubre de 2014, ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 8 de marzo de 2013 (recurso 540/2010) y anteriormente en su sentencia de 17 de diciembre de 2012 (recurso 6/2012, tramitado como procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales) que desestimó expresamente la existencia de indefensión por la falta de acceso al expediente y, en concreto, al intercambio de documentación entre la Autoridad de competencia española y la Comisión Europea en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

El Tribunal General de la UE ha declarado expresamente, por todas, en la reciente sentencia de 12 de mayo de 2015, asunto T-623/13 Unión de Almacenistas de Hierros de España/ Comisión, que los documentos intercambiados entre la Comisión y una autoridad nacional de competencia en el contexto de un procedimiento de infracción a las normas sobre la competencia no son accesibles al público. El TG considera que dicha regla también se aplica aunque la solicitud de acceso se refiera a un procedimiento ya finalizado.



De acuerdo con lo expuesto, no existiendo en el presente caso un interés público superior que justifique el levantamiento de la confidencialidad, al no ser TME una persona perjudicada por la infracción, sino la responsable de la misma, la alegación debe ser desestimada.

- *SEGUNDA.- El artículo 42 de la LDC ha de interpretarse con arreglo a la Ley de Transparencia, norma posterior. Ninguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 18 de la Ley de Transparencia resulta de aplicación al presente caso.*

Con respecto a la siguiente alegación de TME de que el artículo 42 de la LDC ha de interpretarse con arreglo a la Ley de Transparencia, en tanto norma posterior y que ninguna de las causas de inadmisión previstas en el artículo 18 resulta de aplicación al presente caso, cabe señalar que la Disposición Adicional primera de la Ley de Transparencia expresamente dispone que “Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.”

En consecuencia, dado que la LDC (ley especial) contiene una regulación expresa sobre la materia que obliga a formar pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la CNMC, previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, las previsiones de la Ley de Transparencia no resultan de aplicación, por tanto la alegación debe ser rechazada.

Cabe en cualquier caso señalar, con carácter subsidiario, que de resultar aplicable la Ley de Transparencia, la petición de acceso también debiera ser rechazada al amparo del artículo 18.1.b), que dispone la inadmisión a trámite de las solicitudes “referidas a información [...] contenida en [...] comunicación e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

- *TERCERA.- Subsidiariamente debe darse acceso a la información confidencial.*

Afirma TME que no es conforme a derecho denegar el acceso a toda correspondencia simplemente porque el artículo 42 de la LDC contempla una declaración genérica de confidencialidad. Ésta debe moderarse en todo caso teniendo en cuenta el contenido confidencial de la información y el estado actual del procedimiento.

Tal y como se ha expuesto, la confidencialidad de los documentos controvertidos se encuentra amparada en la LDC, en tanto ley especial, no resultando de aplicación las previsiones de la Ley de Transparencia.

En el presente caso no existe un interés público superior que justifique el levantamiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre la Autoridad nacional de competencia (CNMC) y la Comisión Europea. El



único objetivo de TME para el acceso a dichos documentos es su defensa procesal en el recurso contencioso-administrativo (PO 552/2014), pero este acceso como se ha indicado, ha sido expresamente rechazado por la Audiencia Nacional, que es el Tribunal competente para revisar la resolución sancionadora dictada en el seno del expediente cuyo acceso parcial (pieza separada de remisión a CE) solicita TME.

En cualquier caso, la denegación del acceso pretendido por TME no sitúa al operador en una situación de indefensión, por cuanto dicha correspondencia no contiene ninguna documentación relevante para la resolución del expediente S/0422/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA, ni constituye prueba de cargo, ni un documento incriminatorio o exculpatario que pueda afectar a TME. Además la Audiencia Nacional tendrá acceso a dicha documentación para valorar, en el marco de la resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto por TME, el carácter o no incriminatorio, de dicha información, así como su relevancia para el ejercicio del derecho de defensa por parte de TME, acordando, si así lo considera oportuno, el levantamiento de dicha confidencialidad.

Por lo tanto, no cabe acceder a la pretensión de TME consistente en el acceso a la información remitida y recibida de la CE en el marco del trámite previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter potestativo y previo a un eventual recurso contencioso-administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.



3. En primer lugar, deben hacerse una serie de consideraciones formales y relativas al plazo del que se dispone para responder una solicitud de información presentada al amparo del derecho reconocido y garantizado por la LTAIBG, y ello toda vez que la presente reclamación se interpone por ausencia de respuesta a la solicitud presentada.

Así, el artículo 20 de la LTAIBG dispone que:

1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

Por otro lado, en su apartado 4 se dispone lo siguiente:

4. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa y no figurando en el expediente ninguna respuesta a la solicitud presentada por el reclamante, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no puede menos que señalar que la CNMC ha incumplido sus obligaciones derivadas de la LTAIBG en lo que respecta a la respuesta, en plazo y forma, a la solicitud de información que le fue dirigida.

4. En cuanto al fondo del asunto, a la vista de la documentación y alegaciones formuladas en el presente expediente, procede realizar, en primer lugar, un análisis del marco normativo aplicable a la información que es objeto de la solicitud y referida en el Antecedente de Hecho nº 1.

El Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado regula en su artículo 11 la cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros indicando expresamente en su apartado 4 lo siguiente:

4. A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su



poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los artículos 81 u 82 del Tratado.

Por su parte, el artículo 42- Tratamiento de la información confidencial- de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia dispone que:

En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la presente Ley y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión Europea en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

Es decir, la información remitida por la CNMC a la Comisión Europea en el marco del procedimiento que se estaba llevando a cabo contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A, entidad que ha interpuesto la presente reclamación, tiene la consideración de confidencial de acuerdo con el Reglamento 1/2003 y derivado de ello, del art. 42 de la Ley de Defensa de la Competencia. En efecto, ello es así porque es la información derivada del procedimiento previsto en el mencionado precepto del reglamento comunitario y, por tanto, las especificidades derivadas del mismo, las que implican su carácter reservado.

5. Teniendo en cuenta lo anterior, este Consejo de Transparencia ha analizado la Sentencia del Tribunal General de la UE dictada el 12 de mayo de 2015 en el asunto T-623/13 en el que, al igual que en la presente reclamación, la solicitud de acceso de la que trajo causa el asunto planteado judicialmente, tenía por objeto el acceso a información contenida en un procedimiento iniciado en aplicación del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

En dicha Sentencia, el Tribunal de Justicia parte del análisis de la posible existencia de una presunción general de confidencialidad en el caso que se le planteaba por lo que, inicialmente, partió de la consideración de que:

Para apreciar la existencia de una presunción, el Tribunal de Justicia se ha basado, en particular, en el hecho de que, cuando los documentos a los que se solicita acceso pertenecen a un ámbito específico del Derecho de la Unión, las excepciones al derecho de acceso a los documentos, previstas en el artículo 4 del citado Reglamento, no pueden ser interpretadas sin tener en cuenta las reglas específicas que regulan el acceso a los referidos documentos (FJ 55)

Concluyendo que:



El acceso a los documentos transmitidos a la Comisión por una autoridad nacional de competencia sobre la base del artículo 11, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 está regulado por reglas específicas.

Es decir, se reconocía la regulación específica a la que se encuentran sometidos los documentos por los que se interesaba el demandante.

Continuaba su argumento el Tribunal indicando lo siguiente:

(...) el Reglamento nº 1/2003 tiene como objetivo, en particular, garantizar la confidencialidad de la información y el respeto del secreto profesional en los procedimientos de aplicación del artículo 101 TFUE, especialmente en el marco del mecanismo de información instaurado dentro de la red de autoridades públicas que velan por el cumplimiento de las normas de la Unión en materia de competencia. Por lo tanto, en materia de acceso a los documentos, el Reglamento nº 1/2003 persigue un objetivo diferente al del Reglamento nº 1049/2001, el cual pretende facilitar al máximo el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y promover las buenas prácticas administrativas, garantizando la mayor transparencia posible del proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y de la información en la que basan sus decisiones. (FJ 60 y 62)

De todas las consideraciones anteriores resulta que existe una presunción general según la cual la divulgación de los documentos transmitidos en virtud del artículo 11, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 perjudica, en principio, tanto a la protección de los intereses comerciales de las empresas a las que se refiere la información en cuestión como a la del objetivo de las actividades de investigación de la autoridad nacional de competencia de que se trate, protección que está estrechamente relacionada con la primera (FJ 64).

No obstante lo anterior, el Tribunal no descartaba que dicha presunción general pudiera quedar desvirtuada por el hecho de que se demostrase que un documento concreto que se solicite no está amparado por la presunción o bien que exista un interés público superior que justifique la divulgación del documento.

En el análisis de la posible existencia de circunstancias que permitan ir contra la presunción general de confidencialidad de la información que se solicitaba, el Tribunal analizó si entre estas se encontraban que el procedimiento estuviese definitivamente concluido o las circunstancias particulares alegadas por el solicitante.

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal fue tajante en afirmar que el acceso del público a la información sensible relativa a las actividades económicas de las empresas implicadas puede perjudicar a sus intereses comerciales, con independencia de que exista un procedimiento de control pendiente. En segundo lugar, la mera perspectiva del acceso del público a esa información tras la conclusión del procedimiento podría afectar a la disponibilidad de las empresas para colaborar cuando esté pendiente un procedimiento de ese tipo.



En efecto, en primer lugar, el buen funcionamiento del mecanismo de intercambio de información instaurado dentro de la red de autoridades públicas que velan por el cumplimiento de las normas de la Unión en materia de competencia exige que la información intercambiada de ese modo siga siendo confidencial. Si cualquier persona pudiera acceder sobre la base del Reglamento nº 1049/2001 a los documentos comunicados por las autoridades de competencia de los Estados miembros a la Comisión, se pondría en riesgo la garantía de protección reforzada de la información transmitida en la que se basa este mecanismo. Ha de añadirse que el Reglamento nº 1/2003 no dispone que esa protección deba cesar después de la conclusión definitiva de las actividades de investigación que hayan permitido recabar dicha información. (FJ 78)

6. Aplicadas las consideraciones anteriores al caso que nos ocupa, debe concluirse lo siguiente:

- Existe una presunción general de confidencialidad en la información intercambiada entre las Autoridades Nacionales de Competencia y la Comisión Europea en aplicación del art. 11.4 del reglamento 1/2003. Dicha presunción de confidencialidad se aplica, por lo tanto, al objeto de la solicitud de información de la que trae causa la presente reclamación.
- No obstante lo anterior, esa presunción general no excluye en su totalidad el acceso a la información solicitada, sino que el Tribunal admite que puedan darse circunstancias en las que dicha presunción ceda en pro de la garantía del acceso. Aplicada esta conclusión a la presente reclamación, no puede descartarse de plano la aplicación de la Ley de Transparencia y considerar de aplicación únicamente la Ley de Defensa de la Competencia tal y como alega la CNMC. Lo contrario sería avalar que cualquier norma entendida como específica, con el fácil recurso de declarar secreta, reservada o confidencial determinada información, excluiría por completo la posibilidad de acceder a la misma.

Asimismo, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha aprobado un criterio interpretativo relativo a la disposición adicional primera de la LTAIBG y a la remisión a la normativa específica en materia de acceso. En dicho criterio, aprobado en noviembre de 2015, se afirma lo siguiente:

La disposición adicional primera de la LTAIBG vincula la aplicación supletoria de la Ley a la existencia de una norma específica que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico.

En consecuencia, sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse



que las normas de la LTAIBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso etc. Por ello, sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la LTAIBG como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso.

La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTAIBG, siendo ésta, como es, una ley básica y de general aplicación. En definitiva, solamente aquellos sectores u órganos que cuenten con una normativa que prevea un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTAIBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con ésta última como norma supletoria.

En conclusión, aplicado este criterio, no podemos afirmar que el artículo 42 de la Ley de Defensa de la Competencia tenga la consideración de normativa específica a los efectos de la Disposición Adicional primera de la LTAIBG.

- Entre las circunstancias que puede desvirtuar la mencionada presunción general no se encuentra que el procedimiento sancionador haya concluido. No obstante, a esta conclusión se llegaba por cuanto que el solicitante en el asunto ante el Tribunal General era un tercero y no el afectado por el procedimiento, como ocurre en el caso que nos ocupa. Por ello, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no consideraría aplicable ahora el perjuicio a los intereses económicos y comerciales en el que se basan las conclusiones del Tribunal de Justicia precisamente porque estaría solicitando el acceso la entidad cuyos intereses económicos o comerciales se pretende proteger con la limitación del acceso.
- Siguiendo la argumentación del Tribunal de Justicia en el asunto por el mismo resuelto, no se apreciaban otras circunstancias que pudieran hacer ceder la presunción general de confidencialidad.

No obstante, a nuestro juicio, podría plantearse una supuesta indefensión del reclamante, toda vez que, en el caso que nos ocupa, la CNMC confirma en su escrito de alegaciones que la entidad solicitante está inmersa en un recurso contencioso-administrativo en cuyo marco ya ha solicitado el acceso a la información. Y también en el escrito de alegaciones se confirma que



dicho acceso ha sido rechazado por el Tribunal competente (la Audiencia Nacional) que ha dictado Diligencia de Ordenación, con fecha 13 de marzo de 2015, acordando el acceso a los documentos confidenciales solicitados por la recurrente, *excepto las comunicaciones con la Unión Europea* y entendiendo, por lo tanto, además de que son de aplicación las especificidades derivadas de la naturaleza de la información, que no se produce indefensión en la parte solicitante.

7. En conclusión, por todas las consideraciones vertidas anteriormente, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno considera que la presente reclamación debe ser estimada pero por motivos formales, al haber incumplido la CNMC su obligación de resolver, en tiempo y forma, la solicitud planteada, pero sin que proceda el acceso a la información solicitada.

III. RESOLUCIÓN

Considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede **ESTIMAR por motivos formales** la Reclamación presentada por [REDACTED] en representación de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A, contra la COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1, c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez