

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR CELLNEX TELECOM S.A. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE 29 DE MARZO DE 2019 DE DETERMINADA INFORMACIÓN APORTADA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO VECO/DTSA/011/18 DE VERIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DE DICHO OPERADOR PARA EL EJERCICIO 2017

R/AJ/023/19

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 29 de mayo de 2019

Visto el recurso de alzada interpuesto por CELLNEX TELECOM S.A. (CELLNEX) contra la declaración de confidencialidad de 29 de marzo de 2019, en el marco del procedimiento VECO/DTSA/011/18 relativo al informe de revisión de los resultados del sistema de contabilidad de costes de 2017 de CELLNEX elaborado por ISDEFE, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA**, acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Solicitud de confidencialidad por parte de CELLNEX

Con fecha 29 de marzo de 2019, se inició expediente seguido en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC o Comisión) sobre la verificación de los resultados de la Contabilidad de Costes de CELLNEX TELECOM, S.A (en adelante, CELLNEX) correspondiente al ejercicio 2017 (expediente VECO/DTSA/011/18), dando traslado a CELLNEX del informe de Revisión elaborado por ISDEFE.

Con fecha 12 de abril de 2019, CELLNEX presentó alegaciones al citado Informe de Revisión y solicitó la confidencialidad de la información calificada como tal en dicho escrito.

SEGUNDO. – Declaración de confidencialidad de 29 de marzo de 2019

Con fecha 29 de marzo de 2019, esta Comisión acordó, mediante escrito notificado a CELLNEX el día 01 de abril de 2019:

- 1. Declarar la confidencialidad de la información aportada por CELLNEX en soporte electrónico por considerarse afectada por el secreto comercial o industrial.*
- 2. Declarar la confidencialidad parcial del Informe de Revisión elaborado por ISDEFE a petición de la Comisión, haciendo públicos ciertos datos incluidos en dicho informe al considerarse que la publicación de dichos datos no afectan al secreto comercial o industrial de CELLNEX, dando por otra parte una mayor transparencia al resultado de la revisión de la Contabilidad de Costes del ejercicio 2016, al tratarse de datos generales y agregados.*

TERCERO. - Recurso de alzada

Con fecha 23 de abril de 2019 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de CELLNEX por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acto del día 29 de marzo de 2019.

En su recurso, CELLNEX señala que no está conforme con la declaración de ciertos datos del informe de ISDEFE como no confidenciales. A juicio del operador recurrente los citados datos declarados no confidenciales contienen informaciones sensibles de carácter financiero y técnico como son las estructuras de costes e ingresos (incluido su desglose por servicios) o los métodos de configuración de costes asociados a algunos servicios cuya divulgación al público en general y a los competidores en particular afectaría a CELLNEX, puesto que contiene secretos comerciales, técnicos y económicos sobre los que se sustenta la política comercial de la compañía.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - Calificación

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-2015), 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, 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 no pone fin a la vía administrativa. Por ello procede calificar el escrito presentado como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

SEGUNDO. - Legitimación de la entidad recurrente

El artículo 112 de la LPAC-2015 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, CELLNEX es la entidad titular de los datos que son objeto del acuerdo de 29 de marzo de 2019, por lo que debe ser considerada como parte interesada en este recurso de alzada.

TERCERO. - Admisión a trámite

El recurso ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 115 de la LPAC-2015. 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-2015. Efectivamente, el acto recurrido es de fecha 29 de marzo de 2019 y le fue notificado al interesado el día 01 de abril de 2019, habiéndose interpuesto el recurso el 23 de abril de 2019.

CUARTO. - Competencia y plazo para resolver

A tenor de lo establecido en el artículo 121.1 de la LPAC-2015, 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 de creación de la CNMC y 8.2.d) y 14.1.b) de su 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 122.2 de la LPAC-2015 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-2015.

QUINTO. - Análisis del recurso y de la información objeto del mismo

El artículo 1.1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, considera secreto empresarial:

“cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;*
- b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y*
- c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto”*

Y esta misma Sala, en la resolución de anteriores recursos de alzada referentes a declaraciones de confidencialidad y, entre otros, en su Resolución R/AJ/008/16 de 10 de marzo de 2016, ha señalado que pertenecen al ámbito del secreto industrial o comercial todos aquellos datos o informaciones que cumplan una serie de requisitos, entre los que se incluye su trascendencia comercial o industrial, el perjuicio que su conocimiento podría causar al operador al que se refieren o la voluntad de su titular de que se mantengan dentro de su esfera interna.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias nº 285/2008 de 12 de mayo de 2008 (RC 1467/2007) y nº 679/2018 (RC 2585/2017), ha considerado como secretos de empresas *“los propios de la actividad empresarial que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva”*.

En este sentido, en las letras h) y j) del artículo 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley de Transparencia) se limita el derecho de acceso a la información

cuando el acceso pueda suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales o para el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

Asimismo, en el propio Acuerdo de confidencialidad de 29 de marzo de 2019, se recuerda que el artículo 28.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, limita la puesta a disposición de terceros, por parte de esta Comisión, de la información obtenida en el desempeño de sus funciones que tenga carácter confidencial por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial e industrial.

Ello no obstante, y según ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, como en la Resolución R/AJ/013/16 de 17 de marzo de 2016, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe cohererarse con el principio de transparencia que debe presidir la actuación de la Administración Pública, así como, en este caso particular, con la especial obligación de transparencia y no discriminación impuesta por la CNMC a CELLNEX en el marco de la Resolución MTZ 2012/1442 de 30 de abril de 2013¹ junto con las obligaciones de control de precios, contabilidad de costes y separación de cuentas.

El principio de transparencia administrativa se recoge tanto en la Ley 19/2013, de Transparencia como en el artículo 37 de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC. Y, por su parte, las obligaciones legales y reglamentarias de transparencia y no discriminación junto con las obligaciones de control de precios y contables del operador declarado con poder significativo de mercado se recogen en el artículo 14 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel-2014) así como en los artículos 11 y 19 del Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración aprobado mediante Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre.

Por tanto, a la hora de valorar el carácter confidencial o no de la información objeto del presente recurso deberá efectuarse una ponderación motivada, tal y como exigen el artículo 10.1 y la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), considerando:

- El secreto comercial e industrial de la recurrente.
- El principio de transparencia en las actuaciones administrativas
- El contenido de las obligaciones de transparencia y no discriminación, así como las de control de precios, contabilidad de costes y separación de cuentas impuestas a CELLNEX.

¹ Véase apartado Quinto del Resuelve de la Resolución MTZ 2012/1442 de 30 de abril de 2013 (<https://www.cnmc.es/file/170787/download>) así como su Anexo II (<https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/analisis-mercados>).

Por un lado, se considera que los datos que aparecen en las figuras 1², 16³ y 17⁴ así como los de las tablas 10⁵, 11⁶, 22⁷ y 91⁸ son datos agregados, no habiendo experimentado ningún cambio en su consideración como datos no confidenciales con respecto a ejercicios anteriores.

Con respecto a la tabla 30⁹, además de tratarse de datos agregados de servicios regulados cuyos resultados deben ser públicos, dichos resultados son objeto de publicación en la resolución final del procedimiento y, por tanto, son públicos. Y en cuanto a la tabla 84¹⁰, dichos datos pueden divulgarse puesto que también se publican en la oferta pública de referencia (ORAC).

En cambio, los datos contenidos en las tablas 85¹¹ y 86¹², y tal y como se señaló en la anterior Resolución R/AJ/055/18 de esta Sala de fecha 28 de junio de 2018, constituyen información interna de gestión de la empresa recurrente y, en consecuencia, se pueden considerar como datos a proteger por ser sensibles para CELLNEX, y, además, dentro del modelo de costes tienen una naturaleza instrumental o accesoria al no representar por sí mismos un principio, criterio o resultado del modelo.

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

RESUELVE

ÚNICO. - Estimar parcialmente el recurso de CELLNEX TELECOM S.A. contra el acuerdo de 29 de marzo de 2019, dictado en el marco del procedimiento VECO/D TSA/011/18 relativo al informe de revisión de los resultados del sistema de contabilidad de costes de 2017 de CELLNEX TELECOM S.A. elaborado ISDEFE, declarando la confidencialidad de las tablas número 85 (horas de trabajo para la recogida de información según tipo de centro) y número 86 (horas de trabajo y coste para la actualización de bases de datos según tipo de centro).

² Desglose de costes por grupo de servicios en costes corrientes (página 4).

³ Margen del SCC y beneficio neto de la cuenta de pérdidas y ganancias (página 24).

⁴ Desglose de costes por grupo de servicios en costes corrientes (página 26).

⁵ Cuentas de Pérdidas y Ganancias Analítica de 2017 (página 23).

⁶ Cuentas de Pérdidas y Ganancias Analítica del SCC de 2016 y 2017 (página 24).

⁷ Separación de Costes de los ST e Ingresos Regulados y No Regulados (página 51).

⁸ Cuenta de pérdidas y ganancias analítica de 2017 presentada y corregida (página 111)

⁹ Ingreso, Coste y Margen por Servicio (página 58).

¹⁰ Access fee (página 106).

¹¹ Horas de Trabajo para la Recogida de Información según Tipo de Centro (página 106).

¹² Horas de Trabajo y Coste para la Actualización de Bases de Datos según Tipo de Centro (página 107).

