

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR CELLNEX TELECOM, S.A. CONTRA LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD EFECTUADA POR LA DIRECCIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y DEL SECTOR AUDIOVISUAL EN FECHA 31 DE MARZO DE 2021 DE CIERTOS DATOS CONTENIDOS EN EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DEL SISTEMA DE CONTABILIDAD DE COSTES DEL 2019 DE DICHO OPERADOR EN EL EXPEDIENTE VECO/DTSA/002/21 SCC 2019 CELLNEX

R/AJ/087/21

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

Secretaria

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 16 de junio de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por CELLNEX TELECOM, S.A. (CELLNEX), contra el acto administrativo dictado por esta Comisión el día 31 de marzo de 2021 por el que se declaró la no confidencialidad de determinada información aportada por dicho operador en el marco del expediente VECO/DTSA/002/21 SCC 2019 CELLNEX, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acuerda lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Solicitud de confidencialidad de CELLNEX

Con fecha 31 de marzo de 2021, 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.U. (en adelante, CELLNEX) correspondiente al ejercicio 2019.

De acuerdo con el escrito recibido el 31 de julio de 2020, de presentación de la Contabilidad de Costes correspondiente al ejercicio anual terminado el 31 de diciembre de 2019 (exp. nº VECO/D TSA/002/21), CELLNEX solicitó la declaración de confidencialidad de la información contable aportada. CELLNEX adjuntó a su escrito archivos en formato electrónico que contenían los resultados de la Contabilidad de Costes del ejercicio 2019, conforme con los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del Sistema de Contabilidad de Costes aprobados por la Comisión, el Manual Interno de Contabilidad de Costes (MICC) y ciertos informes extracontables requeridos por esta Comisión.

SEGUNDO.- Declaración de confidencialidad

Con fecha 31 de marzo de 2021, la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de esta Comisión acordó, mediante escrito notificado a CELLNEX el día 06 de abril de 2021:

- 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 Axon a petición de la Comisión, haciendo públicos ciertos datos incluidos en dicho informe al considerarse que la publicación de dichos datos no afecta 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 2019, al tratarse de datos generales y agregados.*

TERCERO.- Interposición de recurso de alzada por CELLNEX

Mediante escrito presentado en fecha 28 de abril de 2021, CELLNEX, interpuso recurso de alzada contra la antes citada declaración de confidencialidad de 31 de marzo de 2021.

En su impugnación CELLNEX alega, en síntesis que no está conforme con la declaración de ciertos datos del informe AXON como no confidenciales, concretamente determinada información contenida en los apartados 4.3.1 y 4.3.2 así como en los Anexos B y C del mencionado informe.

Y ello porque, a juicio de CELLNEX, los citados apartados 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 al referirse a secretos comerciales, técnicos y económicos sobre los que se sustenta la política comercial de la compañía.

A los anteriores Antecedentes y Hechos Probados resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 (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 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 como recurso de alzada, a tenor de lo establecido en el artículo 121 de la LPAC-2015.

Vistos los anteriores antecedentes y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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-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 de la declaración de 31 de marzo de 2021 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 31 de marzo de 2021 y le fue notificado al interesado el día 06 de abril de 2021, habiéndose interpuesto el recurso el 28 de abril de 2021.

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 3/2013, de 4 de junio, 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

Por un lado, y como ha señalado esta 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 y en la posterior Resolución R/AJ/055/18 de 28 de junio de 2018, aunque no exista en nuestro ordenamiento jurídico una delimitación positiva de los conceptos de secreto industrial y comercial, se considera 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.

Con carácter más amplio, el artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, define el “secreto empresarial” como

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 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.

Por otro lado, sin embargo, y según ha indicado esta Sala en anteriores resoluciones, como en la Resolución R/AJ/013/16 de 17 de marzo de 2016 y en la Resolución R/AJ/055/18 de 28 de junio de 2018, no debe perderse de vista que el derecho al secreto comercial e industrial debe coexistir 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. Recientemente, el marco de obligaciones ha sido redefinido por la vigente Resolución ANME/D TSA/001/18 de 17 de julio de 2019².

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

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>).

² Véase: <https://www.cnmc.es/expedientes/anmedtsa00118>.

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 razonada, 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.

Con carácter general debe señalarse que el informe elaborado por AXON es un informe en el que se analizan con detalle muchos elementos de la contabilidad y de los procesos internos de CELLNEX. Ello determina que buena parte de la información que contiene, especialmente, la numérica, pudiera ser considerada como sensible por CELLNEX.

Además hay que añadir que, con carácter general, las solicitudes de confidencialidad contenidas en el recurso de CELLNEX se refieren, en su mayor parte, a descripciones cualitativas más que a elementos cuantitativos sobre los que el operador recurrente toma decisiones, como, por ejemplo, la categorización de centros. Por tanto, al referirse dicha información a procesos de decisión internos que van más allá de la propia mecánica contable, podrían entrar dentro del ámbito del secreto empresarial.

Sentado lo anterior, y analizando los datos de los apartados 4.3.1 y 4.3.2 cuya confidencialidad solicita la recurrente, debe señalarse que, efectivamente, esta clase de información ya fue declarada confidencial en el marco del anterior expediente VECO/DTSA/007/20 SCC 2018 CELLNEX. Por lo tanto, en aplicación del artículo 35.1.c) LPAC-2015, debería seguir manteniéndose dicha confidencialidad. Además, debe considerarse que dicha información forma parte de la explicación de un proceso interno de una decisión auxiliar al mecanismo contable, y por tanto su declaración como confidencial no resta transparencia al objeto del informe de AXON de verificación de la contabilidad de CELLNEX y sus resultados.

En cuanto a la información cuya confidencialidad se solicita en los Anexos B y C (clasificación de centros según servicios de ubicación y de interconexión), esta tipología de datos también fue declarada confidencial en el seno del anterior expediente VECO/DTSA/007/20 SCC 2018 CELLNEX. A mayor abundamiento, debe señalarse que, a diferencia de lo sucedido en el expediente anterior VECO/DTSA/007/20 SCC 2018 CELLNEX, la información contenida en los anexos B y C del actual procedimiento VECO/DTSA/002/21

SCC 2019 CELLNEX es una información complementaria al informe y, de hecho, no tiene relación con ninguna incidencia contable detectada por AXON.

Por tanto, procede estimar el recurso de alzada de CELLNEX y declarar la confidencialidad solicitada por la recurrente de determinada información contenida en los apartados y anexos del informe de AXON antes indicados.

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

RESUELVE

ÚNICO. - ESTIMAR íntegramente el recurso de alzada interpuesto por CELLNEX TELECOM, S.A. contra la declaración de confidencialidad efectuada por la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual en fecha 31 de marzo de 2021 de determinada información contenida en los apartados 4.3.1 y 4.3.2 así como en los Anexos B y C del informe de AXON del procedimiento de verificación del sistema de contabilidad de costes del 2019 de dicho operador en el expediente VECO/DTSA/002/21 SCC 2019 CELLNEX, declarando confidencial dicha información.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado haciéndole saber que pone fin a la vía administrativa y podrá interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir del día siguiente al de su notificación.