

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR RENFE VIAJEROS, S.M.E., S.A. FRENTE A LA DECLARACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD DE 12 DE ABRIL DE 2021 EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO STP/DTSP/004/21.

R/AJ/086/21

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

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 27 de mayo de 2021

Visto el recurso de alzada interpuesto por RENFE VIAJEROS, S.M.E., S.A. (RENFE Viajeros) contra la declaración de confidencialidad de 12 de abril de 2021 en el marco del procedimiento de verificación de la separación contable entre servicios comerciales y sujetos a obligaciones de servicio público, la SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA, resuelve lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – Apertura del procedimiento de verificación de la separación contable y requerimiento de información.

Con fecha 15 de febrero de 2021, la Dirección de Transportes y del Sector Postal (DTSP) acordó la apertura de un procedimiento con el objeto de verificar la efectiva separación de cuentas entre los servicios sometidos a OSP y los servicios comerciales, todo ello al amparo de lo previsto en el artículo 11 de la LCNMC y en ejercicio de las competencias en el sector del transporte previstas en el artículo 25.1 de la LCNMC y 25 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto).

En el mismo escrito, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1.e) de la LCNMC, se requirió a RENFE Viajeros la aportación de la información necesaria

para la sustanciación del citado procedimiento, recibíéndose la información por medios electrónicos el día 12 de marzo de 2021.

Segundo. – Solicitud de tratamiento confidencial de la información aportada por RENFE Viajeros.

En su escrito de aportación de información, RENFE Viajeros solicitó el tratamiento confidencial de todos los documentos del escrito de contestación al requerimiento, el cual consta de un documento principal y 12 documentos adjuntos, por contener información sobre costes, ingresos y explotación de los servicios de OSP prestados por el operador. Igualmente solicita, de forma señalada, que formen pieza separada confidencial los documentos y contestación referentes al punto 6 del requerimiento de información. Todo ello en virtud del artículo 28.2 de la LCNMC.

Tercero – Declaración de confidencialidad de 12 de abril de 2021.

Con fecha 12 de abril de 2021 la DTSP acordó, mediante escrito notificado a RENFE Viajeros el 14 de abril de 2021, declarar la confidencialidad de los documentos aportados por RENFE Viajeros en los siguientes términos:

*En consecuencia, efectuado un análisis entre el hipotético perjuicio que pudiera ocasionarse como consecuencia de la revelación de los datos en cuestión y el interés que pudieran tener los interesados en acceder a dicha información, **se estima procedente declarar como confidencial, a los efectos del expediente de referencia, toda la información para la que RENFE Viajeros había solicitado tal calificación en todo aquello que contenga datos concretos de costes, ingresos y rentabilidades.***

*Por el contrario, no se estima procedente declarar como confidencial **las descripciones y explicaciones** referentes al modelo de contabilidad analítica, sus criterios de imputación y conclusiones de los informes de la IGAE dado que se limita a una descripción genérica y la transparencia de estos aspectos no revela información sensible para RENFE Viajeros. Por el contrario, resulta esencial para las empresas ferroviarias y demás candidatos que compiten en mercados liberalizados y deben poder conocer, al menos de forma general, los criterios utilizados para calcular la compensación obtenida por la prestación de los servicios sujetos a OSP.*

*En relación con la solicitud de declarar como pieza separada confidencial los documentos adjuntos y contestación **referentes al punto 6 del requerimiento de información, en línea con el resto de documentos, se estima procedente declarar como confidencial, a los efectos del expediente de referencia, tal calificación en todo aquello que contenga datos concretos de costes, ingresos o rentabilidades y datos concretos de explotación.** Por el contrario, **no deben considerarse confidenciales las explicaciones y descripciones relativas a este punto, puesto que suponen una descripción genérica de la***

actividad de RENFE Viajeros en relación con este aspecto, sin que se desvele información sensible para esta empresa.

Además, como se ha señalado anteriormente, las empresas ferroviarias y candidatos deben conocer esta información genérica dado el posible impacto de estos servicios en los mercados liberalizados.(Énfasis añadido).

Cuarto. - Recurso de alzada de RENFE Viajeros.

Con fecha 21 de abril de 2021 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito de RENFE Viajeros por el que interpone un recurso de alzada contra el mencionado acto del día 12 de abril de 2021.

En su recurso, RENFE Viajeros alega principalmente lo siguiente:

- Que se ha producido un abuso de competencias por parte de la CNMC que atenta directamente contra el principio de no discriminación.
- Que el levantamiento de la confidencialidad es desproporcionado y contrario a la normativa sobre secretos empresariales.
- Que se vulnera el principio de necesidad por tratarse de información no necesaria para el resto de competidores.
- Que la revelación de la información supondría un perjuicio irreparable para RENFE Viajeros, ya que sus competidores tendrían acceso a información privilegiada.

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 (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, 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.

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, RENFE Viajeros es la entidad titular de los datos que son objeto del acuerdo de 28 de octubre de 2020, 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. 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.

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 DTSP de la CNMC, por lo que, de conformidad con los artículos 20.1, 21.2 y 36.1 de LCNMC 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 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.

5.1.- Sobre el alcance de la declaración de confidencialidad realizada por la DTSP.

En primer lugar esta Sala considera necesario precisar los términos de la declaración de confidencialidad, ya que del recurso de RENFE Viajeros se desprende una interpretación inexacta de la decisión de la DTSP.

Tal y como se expone en los párrafos transcritos de la declaración de confidencialidad de 12 de abril de 2021, la DTSP considera procedente la confidencialidad de *«toda la información para la que RENFE Viajeros había solicitado tal calificación en todo aquello que contenga datos concretos de costes, ingresos y rentabilidades»*. Es decir, no hay ningún documento de los aportados por RENFE Viajeros que vaya a ser desvelado a otros competidores. Es preciso recordar aquí que no hay más interesados en el expediente.

RENFE Viajeros, sin embargo, interpreta la dicción literal de la declaración de confidencialidad como el anuncio de la publicación de toda una serie de datos sensibles, lo cual no se corresponde en absoluto con la realidad.

La precisión que realiza la DTSP a continuación de la anterior afirmación es plenamente conforme con lo antedicho ya que, al no estimar confidenciales *«las descripciones y explicaciones referentes al modelo de contabilidad analítica, sus criterios de imputación y conclusiones de los informes de la IGAE»*, se está dotando de los elementos mínimamente indispensables para fundamentar su decisión en el sentido exigido por la normativa, siendo imperativo para el cumplimiento de dicho mandato legal la referencia, siquiera sea indirecta, a elementos aportados por RENFE Viajeros.

Es decir, para sustanciar el objeto del procedimiento es completamente necesario aludir a documentos confidenciales, tales como el modelo de contabilidad analítica y los informes de la IGAE, sin que esas imprescindibles referencias constituyan vulneración de secretos de ningún tipo.

RENFE Viajeros pretende no solo la confidencialidad de los documentos aportados —lo cual ya ha sido declarado por la DTSP—, sino la total opacidad de cualesquiera explicaciones y descripciones genéricas de algunos documentos, vaciando por completo de contenido la labor supervisora y abocándola a unos niveles de abstracción e imprecisión que harían

incomprensible el resultado del procedimiento y, por tanto, inútil para el cumplimiento de sus cometidos.

Por tanto, la declaración de confidencialidad abarca el ámbito solicitado por RENFE Viajeros, sin que dicho alcance pueda impedir a la DTSP hacer uso de las descripciones y explicaciones imprescindibles para verificar la adecuada separación contable, objeto último del procedimiento en cuestión.

5.2. Sobre la presunta discriminación sufrida por RENFE Viajeros.

Los argumentos esgrimidos por RENFE Viajeros contra el acto de la DTSP parten de la petición de principio de que existe un efectivo levantamiento de la confidencialidad de los documentos aportados. Sin embargo, a pesar de haberse demostrado en el apartado anterior que no existe tal desvelamiento, pasaremos a analizar sus alegaciones para darles cumplida respuesta.

En primer lugar alude RENFE Viajeros a una supuesta discriminación que sufriría respecto de sus competidores directos por la revelación de *«su organización interna al detalle, su Know-how y su estrategia comercial, mientras que la misma no puede acceder a esa misma información de esos mismos operadores»*.

Como se ha afirmado más arriba, y como se infiere directamente de la declaración de confidencialidad de la DTSP de 12 de abril, el detalle de dicha información no será objeto de publicación, sin perjuicio de las necesarias referencias que deban hacerse a los documentos aportados, que son el propio objeto de estudio. Ni el detalle de su organización, ni su *know-how* ni su estrategia comercial corren peligro de ser divulgados, ya que expresamente se ha garantizado por la DTSP el secreto de toda la información facilitada por RENFE Viajeros.

Como reconoce la propia recurrente, el propio Plan de Negocio de RENFE Viajeros fue calificado como confidencial en el procedimiento relativo al Acuerdo Marco, por lo que en ningún caso cabe achacar a esta Comisión ligereza en cuanto a la garantía de la reserva de los datos sensibles.

Sin embargo, RENFE Viajeros parece querer ir un paso más allá y pretender evitar que esta Comisión haga un minucioso estudio de la información requerida y, en la medida en que sea imprescindible para su análisis, aludir a contenidos genéricos que no solo no pueden identificar cuestiones sensibles del negocio de RENFE Viajeros, sino que en ningún caso pueden suponer una ventaja competitiva para sus rivales directos.

RENFE Viajeros parece desentenderse del objetivo del análisis al afirmar que no hay intereses de terceros en liza por el hecho de que los servicios de OSP no estén liberalizados. En contra de dicha opinión, el necesario examen de la adecuada separación entre servicios de OSP y actividades comerciales tiene precisamente como uno de sus fines la puesta de manifiesto de posibles

subvenciones cruzadas, de manera que a cualquier operador actual o potencial en los mercados liberalizados le resulta de interés conocer, siquiera sea de manera general, cuáles son los criterios sobre cuya base se calcula la compensación por los servicios de OSP.

No se trata de un concepto técnico-jurídico de «interesado» el que utiliza la DTSP al referirse a otros operadores presentes o futuros, sino de una mera caracterización general que señala simplemente a quienes puedan ser concernidos por dicha información, dada su actual o potencial participación en los mercados liberalizados. Se insiste, no obstante, que no hay otros interesados en este expediente.

No existe por tanto discriminación alguna ni favorecimiento de otros competidores, sino un afán de transparencia para el correcto funcionamiento del mercado —obligación esta que figura en el frontispicio de los deberes de la CNMC— que tiene como beneficiario último al consumidor. En efecto, es obligación de esta Comisión cuidar de que exista un flujo de información adecuado, sin menoscabo de los derechos de ninguno de los participantes. Eso es precisamente lo que se da en esta ocasión, pues sin desvelar cuestiones sensibles relativas a RENFE Viajeros, se garantiza que todos los participantes que puedan analizar el hipotético impacto en los mercados liberalizados de la compensación por servicios de OSP.

5.3. Sobre las presuntas desproporción y vulneración de la normativa de secretos empresariales.

Según RENFE Viajeros el pretendido levantamiento de la confidencialidad supondría una vulneración de la normativa de secretos empresariales, ya que la documentación aportada podría estar encuadrada en dicha categoría en virtud del artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Sin entrar a valorar si la información facilitada por RENFE Viajeros debe ser categorizada o no dentro de la definición de «secreto empresarial», ni aceptando la existencia de ese supuesto desvelamiento en los términos explicados más arriba, merece la pena advertir que la protección de los secretos empresariales, siendo esencial para garantizar la adecuada seguridad a las empresas, no puede ser concebida como una barrera infranqueable para la necesaria labor de supervisión por parte de las autoridades.

El propio artículo 2 de la citada ley, en su apartado 3, letra d), establece que:

[...] En particular, no podrá invocarse la protección dispensada por esta ley para obstaculizar la aplicación de la normativa que exija a los titulares de secretos empresariales divulgar información o comunicarla a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de las funciones de éstas, ni para impedir la aplicación de la normativa que prevea la revelación por las autoridades públicas europeas o españolas, en virtud de las obligaciones o prerrogativas que

les hayan sido conferidas por el Derecho europeo o español, de la información presentada por las empresas que obre en poder de dichas autoridades.

Es decir, tanto el conocimiento de información hipotéticamente calificada como de secreto empresarial, como la divulgación de la misma por las autoridades en cumplimiento de la ley, son excepciones expresamente previstas a la normativa de secretos empresariales. Sin embargo, no nos encontramos en esa situación, pues no se desvela información sensible sobre la que pudiera existir una mínima duda en cuanto a su catalogación como secreta.

El análisis del modelo contable debe tener, forzosamente, referencias al propio modelo, so pena de impedir el propio análisis. Es la propia actividad supervisora lo que se encuentra en juego aquí, proponiéndose por parte de RENFE Viajeros vaciar de contenido la labor de esta Comisión, de tal manera que su decisión sea ineficaz en el cumplimiento de su cometido al no poder siquiera referirse a descripciones genéricas de elementos necesarios para una cabal comprensión del análisis de la separación contable.

Por todo ello no puede compartirse con RENFE Viajeros la presunta desproporción del acto de la DTSP de 12 de abril de 2021, que atendiendo la solicitud de la empresa en cuanto a la confidencialidad de los documentos aportados, pondera que el deber de transparencia de esta Comisión exige que se utilicen descripciones y explicaciones generales sobre el modelo contable para permitir una cabal comprensión del escenario en el que los operadores de los mercados liberalizados deben actuar.

5.4. Sobre la presunta vulneración del principio de necesidad.

En íntima relación con lo ya expuesto en el punto anterior, debe rechazarse el argumento de RENFE Viajeros de que se vulnera el principio de necesidad por una extralimitación en las funciones de esta Comisión que atentaría contra la libertad de empresa.

El argumento no puede prosperar por dos razones: en primer lugar ya se ha justificado que una genérica referencia al modelo contable es necesaria para garantizar que todos los participantes gocen de la información imprescindible para competir en igualdad; en segundo lugar, la labor supervisora de la CNMC no se agota en la corrección de elementos de distorsión en los mercados, sino que existe un genuino deber de transparencia, especialmente exigente en sectores que están en proceso de liberalización, del cual esta Comisión es garante y al cual está asimismo sometida.

No existe por tanto la arbitrariedad a que alude RENFE Viajeros, sino que esta Comisión se ciñe a su papel de garante de la transparencia y correcto funcionamiento de los mercados, obligación inexcusable que constituye su misma razón de ser.

5.5. Sobre la presunta existencia de un perjuicio irreparable.

Alega por último RENFE Viajeros que levantar la confidencialidad de los datos aportados supondría un perjuicio irreparable por la situación de desigualdad en que quedaría dicha empresa, pues mientras sus competidores en las futuras licitaciones tendrían acceso a «información privilegiada», ella se vería privada del conocimiento equivalente respecto de sus competidores.

En esta ocasión RENFE Viajeros intenta desvirtuar el objeto del procedimiento de esta Comisión, tantas veces referido ya en la presente resolución. No se trata de preparar a los competidores de RENFE Viajeros en las futuras licitaciones de los servicios de OSP que tendrán lugar en los próximos años, sino de evitar distorsiones indebidas en los mercados liberalizados como consecuencia del doble ámbito en el que se desenvuelve RENFE Viajeros de manera exclusiva.

La extraordinaria claridad con que ya se expresó la DTSP en la declaración de confidencialidad de 12 de abril, hace que convenga recordar aquí la literalidad de sus palabras:

Por el contrario, resulta esencial para las empresas ferroviarias y demás candidatos que compiten en mercados liberalizados y deben poder conocer, al menos de forma general, los criterios utilizados para calcular la compensación obtenida por la prestación de los servicios sujetos a OSP.

[...]

Además, como se ha señalado anteriormente, las empresas ferroviarias y candidatos deben conocer esta información genérica dado el posible impacto de estos servicios en los mercados liberalizados.

RENFE Viajeros pretende pues escudarse en la futura licitación pública de los servicios de OSP para blindar elementos que, de manera absolutamente genérica y sin detalle, deben ser utilizados para que esta Comisión pueda emitir su decisión, que a la postre servirá para que los operadores tengan un cabal conocimiento de las consecuencias que puedan tener los servicios de OSP en los mercados liberalizados.

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

RESUELVE

ÚNICO. – DESESTIMAR íntegramente el recurso de alzada interpuesto por RENFE VIAJEROS, S.M.E., S.A. contra la declaración de confidencialidad de 12

de abril de 2021 de determinada información aportada en el marco del procedimiento STP/DTSP/004/21 relativo a la separación contable entre servicios comerciales y sujetos a obligaciones de servicio público.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Transportes y del Sector Postal y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede 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.