

1º.- Con fecha 5 de octubre de 2022 tuvo entrada en RENFE-Operadora, E.P.E., al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, (en adelante, Ley de Transparencia), una solicitud de _____, que quedó registrada con el número 001-072695. A partir de dicha fecha comenzó a contar el plazo de un mes previsto en el artículo 20.1 de la citada ley para su resolución, el cual se suspendió el día 28 de octubre de 2022, como consecuencia del trámite de audiencia conferido a la mercantil BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., (en adelante, BBVA), según lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley de Transparencia. Posteriormente, en virtud del mismo artículo, se amplió el plazo en un mes adicional.

2º.- En virtud de la referida solicitud, se ha requerido acceso a la siguiente información:

Asunto

Información sobre Renfe

Información que solicita

Buscaba el contrato comercial realizado con BBVA para el lanzamiento de su tarjeta financiera Renfe Más.

3º.- Una vez analizada la solicitud, tras consultar a los responsables de la mercantil Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, Renfe Viajeros), en su condición de parte en el contrato requerido, y a la vista del resultado del trámite de audiencia conferido a BBVA, en su condición igualmente de parte en dicho contrato, procede la denegación de lo solicitado, en aplicación de los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados h), j) y k) de la Ley de Transparencia, por los motivos que se exponen a continuación:

Con carácter previo, es preciso señalar que el hecho de que Renfe Viajeros sea una sociedad mercantil incluida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Transparencia, (artículo 2.1, apartado g), a diferencia de la otra parte del contrato, no supone que toda la información que elabora o adquiere en el desarrollo de su actividad empresarial tenga carácter público. En el presente caso, la solicitud planteada tiene por objeto el acceso a un acuerdo comercial y financiero de naturaleza privada, el cual no tiene encaje en el concepto de *información pública* previsto en el artículo 13 de la Ley de Transparencia, que considera como públicos 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*.

El término *funciones* empleado en el citado precepto se encuentra vinculado al ejercicio de funciones públicas, relativas al ámbito jurídico-público, al ser la actividad e información que es objeto de fiscalización mediante la normativa de transparencia administrativa la relativa a los procesos de toma de decisión de los responsables públicos, en concreto, aquella que permita conocer cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las Administraciones públicas. Una interpretación contraria dejaría a Renfe Viajeros y a las empresas que contratan con esta entidad en un plano estrictamente privado en una situación de incertidumbre y de desventaja competitiva, al permitir que terceras personas, incluidas empresas competidoras, puedan acceder a detalles sensibles de su actividad que deben ser protegidos.

Sin perjuicio de lo anterior, atendiendo a la naturaleza del acuerdo requerido, celebrado con otra sociedad mercantil, BBVA, que no está incluida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la referida Ley de Transparencia, es preciso poner de manifiesto que dicha entidad, en el trámite de audiencia conferido, se ha opuesto expresamente a que el referido acuerdo comercial sea facilitado, al igual que Renfe Viajeros, al ser susceptible de afectar a sus legítimos intereses económicos y comerciales.

La negativa de Renfe Viajeros y de BBVA a que este acuerdo financiero sea facilitado hace preciso traer a colación el artículo 14.1, apartado h), de la Ley de Transparencia, que permiten limitar el acceso a la información solicitada cuando su revelación implique un perjuicio para los intereses económicos y comerciales de las entidades afectadas.

En relación con el referido límite al derecho de acceso, los juzgados y tribunales han venido reconociendo de forma constante que el derecho de acceso, a pesar de su configuración legal, no es absoluto, por lo que puede ser limitado de manera justificada cuando entre en conflicto con otros intereses protegidos. Asimismo, el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) ha establecido en su Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre, que el elemento fundamental para la aplicación del referido límite es que la divulgación de determinada información pueda perjudicar o comprometer la posición en el mercado de los sujetos implicados.

Partiendo del Criterio Interpretativo citado, para determinar si en el presente caso resulta procedente la aplicación del límite al derecho de acceso previsto en el artículo 14.1 h) de la Ley de Transparencia es preciso realizar, por un lado, el denominado «test del daño», que tiene por objeto valorar cuál es el perjuicio que la difusión de la información requerida le produciría a la organización, empresa o entidad afectada, y,

por otro lado, ponderar su resultado con el del denominado «test del interés público», cuyo objeto es valorar si concurre un interés público o privado, específico y superior al interés empresarial que pueda justificar el acceso.

En relación con el «test del daño», facilitar el acuerdo solicitado, aunque sea parcialmente, supondría poner de manifiesto información comercial privilegiada y sensible que ninguna empresa hace pública, al ser susceptible de afectar a su posición en el mercado y, en consecuencia, a las reglas de la sana competencia.

En concreto, en un contexto plenamente competitivo como en el que Renfe Viajeros y BBVA desarrollan su actividad, la revelación de un acuerdo de naturaleza comercial privado, además de ser susceptible de perjudicar a los intereses económicos y comerciales de dichas entidades, supondría poner en conocimiento de terceros información comercialmente sensible que está prohibido comunicar. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el mero hecho de facilitar, aunque sea parcialmente, información contractual que contenga datos sensibles desde el punto de vista comercial es susceptible de ser considerado un comportamiento anticompetitivo, además de suponer, como ya se ha apuntado, una desventaja injustificada para las entidades afectadas frente al resto de empresas con las que compiten desde un plano estrictamente privado, con respecto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

Los motivos expuestos ponen de manifiesto que el denominado como «test del daño», que se completará más adelante, obliga en este caso a denegar el acceso al acuerdo comercial requerido.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el resultado de dicho test debe ponderarse con el del denominado «test del interés público», es preciso reseñar que la solicitud de acceso planteada no pone de manifiesto ningún motivo legítimo de naturaleza pública o privada que permita desplazar la protección de los legítimos intereses económicos y comerciales de Renfe Viajeros y de BBVA, por lo que el resultado de este test obliga igualmente a denegar el acceso al acuerdo comercial requerido.

Sin perjuicio de que los motivos expuestos permiten denegar fundadamente la solicitud de acceso planteada, teniendo en cuenta la naturaleza de la información que se requiere y, en concreto, la regulación en materia de confidencialidad prevista en el propio acuerdo suscrito entre Renfe Viajeros y BBVA, es preciso traer a colación los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados j) y k) de la Ley de Transparencia, relativos a la protección del secreto profesional y la garantía de la confidencialidad.

Se transcribe a continuación, de forma parcial, la cláusula novena del acuerdo comercial requerido:

Novena.- INFORMACIÓN CONFIDENCIAL.

(...)

Asimismo, y con las excepciones establecidas expresamente en el presente Acuerdo, las Partes se obligan a mantener la más estricta confidencialidad respecto al contenido del presente Acuerdo, salvo el necesario para la promoción acordada en la cláusula quinta, comprometiéndose a adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación por sus respectivos empleados y/o colaboradores.

Las medidas adoptadas por Renfe Viajeros y por el BBVA para proteger la confidencialidad del acuerdo comercial suscrito son coherentes con las exigencias previstas en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, respecto de la protección de la información que tiene la consideración de secreto empresarial, esto es, información o conocimiento, incluido el industrial, comercial, organizativo y financiero que reúna las condiciones de ser secreta, en el sentido de que no es generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice, ni fácilmente accesible para ellas, y que tenga un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto.

Aunque, como ya se ha referido, el acuerdo comercial requerido no tiene encaje en el concepto de información pública ni guarda relación con los fines de fiscalización previstos en la normativa de transparencia administrativa, la reserva y la confidencialidad respecto de su contenido se reputa fundamental, ya que su publicación afectaría injustificadamente a los intereses económicos y comerciales de Renfe Viajeros y de BBVA, provocando daños concretos, reales y manifiestos, vinculados a su actividad empresarial, los cuales, además, serían susceptibles de alterar las reglas de la sana competencia en los sectores en los que dichas entidades desarrollan su actividad empresarial. Asimismo, que este acuerdo con una entidad financiera llegase a conocimiento de los competidores de Renfe Viajeros alteraría el normal proceso de toma de decisiones en cuanto a la gestión comercial y financiera de esta empresa. Cabe advertir que no sería legítimo el interés de algún competidor de esta empresa en acceder a esta información.

Adicionalmente, ante un eventual incumplimiento de la cláusula de confidencialidad pactada Renfe Viajeros podría ser demandada por la otra parte y tener que hacer frente a muy onerosas consecuencias.

Recapitulando, las circunstancias expuestas obligan a desestimar la solicitud planteada y, en consecuencia, denegar el acceso al acuerdo requerido, en aplicación de los límites previstos en el artículo 14.1, apartados h), j) y k) de la Ley de Transparencia.

4º.- Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en el plazo de dos meses o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos, el plazo se contará desde el día siguiente al de notificación de la presente Resolución. Ello sin perjuicio de cualquier otro recurso o reclamación que se estime procedente.

Madrid, en la fecha de la firma electrónica.

EL PRESIDENTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL RENFE-OPERADORA

D. Isaías Táboas Suárez