

1º.- Con fecha 12 de julio de 2024 tuvieron 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), dos solicitudes de [REDACTED], que quedaron registradas con los números 00001-00093977 y 00001-93990. A partir de dicha fecha comenzó a contar el plazo previsto en el artículo 20.1 de la citada ley para su resolución. De conformidad con el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede su acumulación.

2º.- Se requiere acceso a la siguiente información:

Solicitud 00001-00093977:

Asunto

Relaciones comerciales de Renfe con Malinche

Información que solicita

Solicito los documentos que contengan la información acerca de la relación comercial de Renfe Viajeros con Malinche, con el mayor desglose posible y prolongado en el tiempo. Debe contener las cifras comerciales de esta colaboración, tanto el beneficio como la actividad explícita que se desarrollaba.

Solicitud 00001-93990:

Asunto

Acuerdo con MALINCHE THE MUSICAL SPAIN, S.L

Información que solicita

Solicito la cantidad de dinero que han destinado Renfe, Adif y este Ministerio en el marco del acuerdo de colaboración con MALINCHE THE MUSICAL SPAIN, S.L, desglosado con las cantidades para cada concepto, y fechas, si es posible.

3º.- Teniendo en cuenta que se solicita información derivada de un contrato de naturaleza comercial suscrito por Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. y «Malinche the Musical Spain, S.L.», se concedió trámite de audiencia a esta empresa, por plazo de quince días, de conformidad con lo establecido en el artículo 19.3 de la Ley de Transparencia.

En dicho trámite de audiencia, «Malinche the Musical Spain, S.L.» se ha opuesto a que se facilite lo pedido, advirtiendo que se trata de un contrato privado protegido con cláusula de confidencialidad. Así, sostiene textualmente que: «no podemos poner en conocimiento de terceras partes la información derivada de dicho acuerdo, salvo con la expresa aprobación por ambas partes o en su caso solicitud o requerimiento judicial.».

4º.- Es preciso señalar que el hecho de que Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., se encuentre incluida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la meritada Ley de Transparencia, no significa que

toda la información que elabora o adquiere en el desarrollo de su actividad empresarial, especialmente en mercados liberalizados y sometidos a competencia, tenga carácter «público» a los efectos de lo establecido en el artículo 13 de la citada ley.

En relación con el concepto de «información pública», la referencia a «funciones» que se hace en el mencionado precepto no puede tener otro significado que el de funciones o potestades públicas, toda vez que la actividad que se pretende fiscalizar mediante la normativa de transparencia administrativa es la de los responsables públicos, en concreto, la relativa al procedimiento de toma de decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las Administraciones públicas. Así lo ha venido sosteniendo el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), pudiéndose destacar, entre otras, su Resolución n.º 816/2019, que sentó:

*(...) el derecho de acceso queda limitado a que venga referido a alguna de las funciones públicas que asume la Comunidad, como los aprovechamientos de riego, reparto de aguas, régimen electoral, régimen sancionador, etc., **debiendo desestimarse el acceso a información que no quede amparada por el ejercicio de funciones públicas** (entre las que se encontrarían asuntos como las finanzas, el libro de las cuentas anuales, el listado de deudores o el Padrón General de todos los participantes de la Comunidad).*

Partiendo del referido criterio administrativo, cabe concluir que lo que se solicita en el presente caso no es «información pública», esto es, vinculada al ejercicio de funciones o potestades administrativas. Por el contrario, se pretende obtener información derivada contrato privado, de naturaleza comercial, que no se financia con fondos públicos ni tiene vinculación alguna con el ejercicio de funciones o potestades públicas. Lo que se pide tiene un valor empresarial real, resultando a los objetivos y fines de fiscalización que persigue la normativa de transparencia administrativa.

Se requiere además que se responda a algunas consultas, informando sobre cuestiones atinentes a aspectos económicos del contrato (cantidad de dinero destinado, cifras comerciales y beneficios) y actividad explícita que se desarrollaba. Conviene recordar que el procedimiento de acceso a información pública no puede convertirse en un trámite de consultas.

Teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, procede acordar la inadmisión de la solicitud planteada en aplicación del artículo 13 de la Ley de Transparencia, al no tener la misma por objeto el acceso a «información pública». Esta decisión es conforme con el criterio sostenido por el CTBG, entre otras, en su Resolución n.º R/0276/2018, que estableció:

la inadmisión de una solicitud de información no sólo podrá fundarse en las causas expresamente previstas en el artículo 18 de la LTAIBG, sino, igualmente, cuando el propio

objeto del derecho de acceso no recaiga sobre “información pública” según la configuración prevista en el artículo 13 de la LTAIBG.

5º.- También resulta procedente la inadmisión de la solicitud en aplicación del artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia, aplicable a las solicitudes no conformes con los fines de dicha ley

En relación con la referida causa de inadmisión, el CTBG ha señalado en su Criterio Interpretativo CI/003/2016 que se ajustarán a la Ley de Transparencia las solicitudes que tengan por finalidad someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas, y, a *contrario sensu*, que no tienen encaje en la misma las solicitudes que no puedan reconducirse a alguna de las finalidades anteriormente referidas, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos.

Respecto a esta ponderación, como ya se ha referido, no es posible considerar que la información solicitada guarde relación con la toma de decisiones públicas, el manejo de fondos públicos o los criterios con los que actúan las instituciones públicas. Al contrario, tiene por objeto decisiones empresariales vinculadas a la promoción de servicios de transporte que se encuentran sometidos a fuerte competencia. Para poner en mayor contexto la decisión de inadmisión, debe tenerse en cuenta que no es posible obtener información similar de empresas con las que Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., compete, como es el caso, por ejemplo, de *Ouigo España, S.A.U.*, e *Intermodalidad de Levante, S.A.*, y ello a pesar de que están participadas o controladas por empresas públicas de otros Estados miembros de la Unión Europea.

Las circunstancias expuestas ponen de manifiesto que lo que se pretende es una utilización de la normativa de transparencia administrativa que cabe calificar como instrumental, ajena a los objetivos y fines que la misma persigue, circunstancias que justifican la aplicación de la referida causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia.

6º.- Sin perjuicio de que la información solicitada no goza de carácter público, procede igualmente recordar los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados h) y k), de la Ley de Transparencia.

En relación con dichos preceptos, los juzgados y tribunales han venido reconociendo que el derecho de acceso a la información pública, a pesar de su configuración legal, puede ser limitado de manera justificada cuando entre en conflicto con otros bienes jurídicos protegidos, entre los que se encuentran los intereses económicos y comerciales de las organizaciones, entidades o empresas afectadas, así como la garantía de la confidencialidad y el secreto requerido en los procesos de toma de decisión, especialmente los referidos al ámbito empresarial.

Por su parte, el CTBG ha señalado en su Criterio Interpretativo 1/2019 que la aplicación del límite previsto en el artículo 14.1 h) de la Ley de Transparencia precisa la realización de un «test del daño», mediante el que se valore el perjuicio que produciría la difusión de la información requerida, y que su resultado se pondere con el del denominado «test del interés público», cuyo objeto es valorar si en el caso concreto concurre un interés público o privado, específico y superior al interés empresarial, que pueda justificar el acceso.

En relación con el «test del daño», se debe partir de la premisa de que en un contexto de liberalización y de plena competencia como en el que Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., desarrolla su actividad, el hecho de facilitar o hacer públicos contratos de naturaleza estrictamente comercial (o datos derivados de los mismos) puede alterar las reglas de la sana competencia, afectando injustificadamente a la competitividad de esta empresa en el mercado, siendo la publicidad de los servicios que presta fruto de una estrategia comercial que sus competidores no explicitan.

Los motivos expuestos ponen de manifiesto que el «test del daño» arroja en el presente caso un resultado negativo, toda vez que el acceso y la divulgación de la información solicitada podría causar a dicha mercantil y a «Malinche the Musical Spain, S.L.» un daño real y manifiesto, situando a dichas empresas en una situación de injustificada inferioridad frente a sus competidores y proveedores. De ello da cuenta la cláusula de confidencialidad del contrato, que debe ser respetada por ambas partes.

Por otro lado, teniendo en cuenta la ponderación que debe realizarse con el denominado «test del interés público», tratándose de información sensible y privilegiada, ajena a los objetivos y fines de fiscalización que persigue la normativa de transparencia administrativa, no se aprecia la concurrencia de ningún motivo o razón, de naturaleza pública o privada, que permita concluir que deba prevalecer sobre la protección de los legítimos intereses económicos y comerciales de las empresas afectadas.

En lo que respecta al límite al derecho de acceso previsto en el artículo 14.1 k) de la citada ley, es preciso señalar que en el contrato comercial formalizado ambas partes regularon expresamente obligaciones de confidencialidad con la finalidad de garantizar sus legítimos intereses económicos y comerciales. Al respecto, la cláusula «**UNDÉCIMA.– CONFIDENCIALIDAD**» del contrato, establece lo siguiente:

La información perteneciente a cualquiera de las partes a las que la otra pudiera ocasionalmente tener acceso en virtud del presente Acuerdo Comercial tiene carácter estrictamente confidencial.

Las partes se obligan a mantener en secreto dicha información, tanto durante el plazo de vigencia del presente Acuerdo Comercial como después de su expiración, salvo en

aquellos aspectos que hubiera pasado al dominio público o fuera notoria por medios ajenos a las partes.

Asimismo, y con excepción, en su caso, de lo establecido expresamente en el presente Acuerdo Comercial, las partes se obligan a mantener la más estricta confidencialidad respecto al contenido del presente Acuerdo, comprometiéndose a adoptar todas las medidas que sean necesaria para asegurar el cumplimiento de esta obligación por sus respectivos empleados o colaboradores.

En particular, y salvo que ello sea estrictamente indispensable para la ejecución del presente Acuerdo, queda expresamente prohibido por las partes intercambiar cualquier información comercial que pudiera ser considerada sensible a los efectos de aplicación del Derecho de la competencia, y más concretamente información sobre variables estratégicas como precios, capacidad, costes, ventas, planes de entrada o salida del mercado o sobre cualquier otro elemento importante de la estrategia de la empresa y toda aquella que puedan constituir secreto de negocio, entre otro:

- *la información técnica o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa*
- *los métodos de evaluación de costes,*
- *los procesos, métodos o activos de producción,*
- *las cantidades producidas y vendidas,*
- *las estimaciones de cuotas de mercado no basadas en datos públicos o fácilmente accesibles*
- *los ficheros, listados o datos concretos de clientes, distribuidores y proveedores,*
- *la estrategia comercial y de ventas,*
- *la estructuras, listados o datos concretos de costes y precios,*
- *los volúmenes de negocio que no obren en las cuentas anuales de la empresa*

Consecuentemente, atendiendo a la motivación que antecede, que asume la doctrina sentada por el propio CTBG y los tribunales, debe prevalecer el derecho de las partes del contrato, en cuanto lo solicitado no es información pública, estando también plenamente justificada la denegación de la solicitud de acceso planteada en aplicación de los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados h) y k), de la Ley de Transparencia, sin que proceda tampoco evacuar informe adicional sobre la ejecución del contrato.

7º.- Atendiendo a las consideraciones expuestas, procede acordar la inadmisión de la solicitud planteada, en aplicación de los artículos 13 y 18.1 e) de la Ley de Transparencia, sin perjuicio de que, atendiendo a la naturaleza de lo requerido, resultan igualmente de aplicación los límites al derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados h) y k), de la meritada ley.

8º.- Sin perjuicio de lo que antecede, de forma graciable, se pone en conocimiento del solicitante que el contrato tenía por objeto promocionar la imagen de Renfe Viajeros, S.M.E., S.A., como «Tren Oficial» del denominado «MALINCHE EL MUSICAL». Así, ambas partes acordaron la realización de diferentes acciones publicitarias y de comunicación, en interés mutuo, tales como la inclusión de soportes informativos y publicitarios en los asientos de los trenes, la emisión de vídeos promocionales a bordo, descuentos para los viajeros y asistentes al musical, etc., que debían finalizar antes del 31 de diciembre de 2026. Dada la naturaleza del contrato, ambas partes quedaron facultadas para desistir de forma unilateral y anticipada del mismo, en el momento en el que entendiesen que la ejecución fuese susceptible de causarles un perjuicio reputacional. A esta posibilidad de desistimiento unilateral y anticipado se acogió Renfe Viajeros, S.M.E., S.A.

9º.- 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 Director General Adjunto a la Presidencia, Estrategia y Relaciones Institucionales de
RENFE-Operadora E.P.E.

BUENO ILLESCAS
SERGIO

Fecha: 2024.08.26 19:42:13 +02'00'

D. Sergio Bueno Illescas

En virtud de Resolución de 13 de febrero de 2024, de la Entidad Pública Empresarial RENFE-Operadora, E.P.E., sobre delegación de competencias, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 56, de 4 de marzo de 2024.