

Criterio interpretativo 1/2019

Fecha: 24 de septiembre de 2019

Asunto: **APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14, NUMERO 1, APARTADO h), DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE: PERJUICIO PARA LOS INTERESES ECONÓMICOS Y COMERCIALES**

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), en su art. 38.2.a) atribuye a la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) la función de *“adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en esta Ley”*.

Del mismo modo, el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, que aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en su artículo 8.2 b) como funciones del Presidente la adopción de *“criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”*.

En virtud de ambas normas, esta Presidencia ha adoptado el presente **CRITERIO INTERPRETATIVO** relativo al límite al derecho de acceso a la información pública del artículo 14 de la LTAIBG en concreto el recogido en el apartado 1. h), relativo a los intereses económicos y comerciales.

I. ANTECEDENTES

La necesidad de un criterio de interpretación uniforme del CTBG sobre la aplicación del límite a la publicidad activa y al derecho de acceso a la información pública por razón de la protección de los intereses económicos y comerciales que pudieran verse lesionados por la publicación o cesión de determinados datos o contenidos se ha puesto reiteradamente de manifiesto a este organismo por una diversidad de reclamaciones o consultas de ciudadanos u organismos públicos formuladas a lo largo de sus casi cinco años de actividad.



II. CONSIDERACIONES

II.1 MARCO NORMATIVO

II.1.1. Ley de Transparencia

El apartado núm 1 del art. 14, “*Límites al derecho de acceso*”, de la LTAIBG dispone lo siguiente: “1. *El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: ... h) Los intereses económicos y comerciales*”.

Por su parte, el art. 5.3, referido a la publicidad activa, establece: “*Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos*”.

II.1.2. Derecho comparado

La previsión de esta restricción al derecho de acceso límite es coherente con el derecho comparado, tanto en las disposiciones aprobadas por organismos internacionales, como el Consejo de Europa (CoE)¹, la Unión Europea (UE)² o la Organización de Estados Americanos (OEA) -Ley Modelo interamericana sobre acceso a la información pública³- como en la normativa de otros países, como Reino Unido⁴, la República de Chile⁵ o México⁶.

¹ Convenio 205 sobre Acceso a los Documentos, hecho en Tromsø, Finlandia, el 18 de junio de 2009. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084826>. Article 3, “*Possible limitations to access to official documents*”: “1. *Each Party may limit the right of access to official documents. Limitations shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: ... g) Commercial and other economic interests*”.

² Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81331>. Artículo 4, “*Excepciones*”: “2. *Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: - los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual*”.

³ Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a los Documentos Públicos, aprobada por Resolución AG/RES (XL-0/10) de la Asamblea de 8 de junio de 2010 http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf. Apartado 40: “*Excepciones a la divulgación*”: “*Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo*



Más en concreto, la letra h) del artículo 14.1 de la LTAIBG reproduce el mismo concepto que el utilizado por el art. 3, parágrafo 1, sub-parágrafo g) del Convenio 205 del CoE (ya citado)⁷.

II.1.3. Ámbito autonómico

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final 8ª, “Título competencial”, de la LTAIBG⁸, el art. 14 de la LTAIBG tiene carácter de “norma básica” y es, consecuentemente, aplicable no solo al Estado sino también a todas las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA). En este sentido, las diferentes leyes de transparencia autonómicas han incorporado, bien de manera expresa (Navarra, Canarias) o bien a través de una remisión genérica a los límites contenidos en los artículos 14 y 15 de la LTAIBG, los intereses económicos y comerciales como límite para la publicidad activa y el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

La única excepción la constituye Cataluña⁹, cuya Ley de Transparencia, Acceso a la Información pública y Buen Gobierno, no recoge expresamente el límite de los intereses económicos y

las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: ... 2. los intereses comerciales y económicos legítimos”.

⁴ Freedom of Information Act de 30 de noviembre de 2000 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/43> Chapter 36, Section 43, “Commercial interests”: (1)Information is exempt information if it constitutes a trade secret. (2)Information is exempt information if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice the commercial interests of any person (including the public authority holding it). (3)The duty to confirm or deny does not arise if, or to the extent that, compliance with section 1(1)(a) would, or would be likely to, prejudice the interests mentioned in subsection (2)”.

⁵ Ley 20.285 de 11 de agosto de 2008 sobre acceso a la información pública <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>. Artículo 21; “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: ... 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

⁶ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 21 de abril de 2016 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf Artículo 113, “Información confidencial”: “Se considera información confidencial: ... II Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el uso de recursos públicos”

⁷ Ver nota 1.

⁸ Disposición final octava, “Título competencial.: “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1.ª, 149.1.13.ª y 149.1.18.ª de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y 2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el título III y la disposición adicional segunda”.

⁹ Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno - <https://www.boe.es/boe/dias/2015/01/21/pdfs/BOE-A-2015-470.pdf>-. Artículo 7. “Límites a las obligaciones de



comerciales. No obstante, teniendo en cuenta el carácter básico del art. 14.1, letra h), de la LTAIBG, es evidente que éste es también de aplicación en el ámbito de la mencionada Comunidad.

II.2 CONDICIONES GENERALES DE APLICACIÓN

La primera consideración que ha de tenerse en cuenta a la hora de la aplicación práctica del límite al acceso a la información pública a que se refiere este criterio interpretativo es que **el mismo es de aplicación tanto a los datos, informaciones o contenidos sometidos a publicidad activa** (art. 5.3 en relación con el 14.1, h) de la LTAIBG) **como a la información pública objeto del derecho de acceso** (art. 14.1, h) de la Ley).

En el caso de la **publicidad activa**, la aplicación del límite obliga a los responsables de la información objeto de publicación a analizar con carácter previo a su remisión o envío a los gestores del correspondiente Portal de Transparencia o página web el contenido de la información para comprobar si del mismo pudiera seguirse algún perjuicio para los intereses económicos y comerciales de cualquier sujeto o grupo de sujetos, siempre, obviamente, dentro de los términos y parámetros establecidos en el cuerpo de este documento. En caso de que, de forma razonada y proporcionada, pudiera apreciarse la posibilidad de dicho perjuicio, **se omitirá la publicación de los datos o contenidos estrictamente afectados por esta circunstancia, debiendo advertirse expresamente en la publicación** de la información no afectada cuáles son los datos que no se publican por imperativo del art. 5.3 en relación con el 14.1, h) de la LTAIBG.

Es de advertir que en aquellos casos en que el organismo o entidad obligada a la publicación dispusiera de un **sistema de gestión documental** y se diera, en consecuencia, un tratamiento automático de la publicidad activa, **deben incorporarse al sistema informático los filtros o**

transparencia": "1. Los límites aplicables a las obligaciones de transparencia son los mismos que el título III establece para el derecho de acceso a la información pública, especialmente los relativos a la protección de datos de carácter personal (...)". Artículo 21, "Límites al derecho de acceso a la información pública": "1. El derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o divulgación de la información conlleva un perjuicio para: a) La seguridad pública; b) La investigación o la sanción de las infracciones penales, administrativas o disciplinarias; c) El secreto o la confidencialidad en los procedimientos tramitados por la Administración pública, si el secreto o la confidencialidad están establecidos por una norma con rango de ley; d) El principio de igualdad de las partes en los procesos judiciales o la tutela judicial efectiva; e) Los derechos de los menores de edad; f) La intimidad y los demás derechos privados legítimos; g) El secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial. 2. El derecho de acceso a la información pública también puede ser denegado o restringido si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley (...)".



mecanismos necesarios para evitar la publicación de datos potencialmente lesivos para los intereses económicos y comerciales de cualquier persona.

En materia de **derecho de acceso**, las condiciones generales de aplicación del art. 14.1, h) de la LTAIBG son las mismas que rigen la aplicación de cualquier otra de las limitaciones al ejercicio de dicho derecho que derivan de los distintos apartados del precepto.

Aunque estas condiciones generales son suficientemente conocidas por los aplicadores de la Ley, han sido reiteradamente expuestas por este CTBG en sus resoluciones y otros documentos y han sido incluso objeto de un criterio interpretativo específico adoptado en conjunto por este Consejo y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) -concretamente el núm. CI/002/2015, de 24 de junio de 2015 sobre la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información¹⁰-, parece conveniente, a juicio de este CTBG, recordar, siquiera sucintamente, la naturaleza y contenido de las mismas:

- Las limitaciones al derecho de acceso a la información pública que introduce el art. 14 de la LTAIBG son excepciones al principio general favorable al acceso que introduce la LTAIBG¹¹ y, como tales, deben ser objeto de interpretación restrictiva.
- De acuerdo con la literalidad del art. 14.1 de la Ley -“*El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder ...*”-, los límites al acceso a la información que contempla son de aplicación discrecional por el aplicador de la norma. Se trata de un acto potestativo y facultativo, lejos de un acto obligatorio, que se definiría con el término “deberá” --“*El derecho de acceso deberá ser limitado cuando acceder ...*”-.
- De acuerdo también con la literalidad del mencionado precepto -que continúa “... *cuando acceder a la información suponga un perjuicio para...*”-, la aplicación de las limitaciones del art. 14.1 solo procede en presencia de una lesión o perjuicio efectivo al bien o interés jurídico protegido en cada uno de sus apartados que sea consecuencia del acceso a la información. En consecuencia, es necesario que concurra de forma indubitada la posibilidad real -no hipotética- y concreta de producirse un perjuicio y no es suficiente con que la información solicitada sea

¹⁰ [https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/Actividad/criterios.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html)

¹¹ El Preámbulo de la LTAIBG define el derecho de acceso a la información pública como un derecho amplio, subjetivo y con escasos límites. Así, al referirse el apartado III, establece que: “*este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información derivado de lo dispuesto en la Constitución Española o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos*”.



relativa o afecte a alguno de los intereses y bienes jurídicos protegidos por los límites del art. 14.

- El artículo 14.2 de la LTAIBG establece que *“la aplicación de los límites atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”*. De este modo, a la hora de aplicar una cualquiera de las limitaciones previstas, no basta con la probabilidad cierta de que, en caso de otorgamiento del acceso, se vaya a producir una lesión en el bien o interés protegido sino que es necesario, además, que no concurra en el caso ningún **interés superior** que pueda justificar la concesión.
- Las condiciones expresadas en los dos apartados anteriores deben darse conjuntamente, de modo tal que cualquier invocación del art. 14.1 tiene un doble condicionante y requiere la realización por el aplicador de dos exámenes sucesivos, los denominados por la doctrina especializada y el preámbulo de la Ley **test del daño y test del interés**. A través del primero se comprueba la probabilidad del hipotético perjuicio o lesión y la existencia de un nexo causal entre el acceso a la información que se solicita y el perjuicio alegado. Mediante el segundo se comprueba si existe en el caso algún interés superior al protegido con la limitación que justifique el acceso solicitado.
- El número 2 del art. 14 de la LTAIBG añade aún una nueva condición para la aplicación de los límites: *“La aplicación de los límites será **justificada y proporcionada** a su objeto y finalidad de protección ...”*. Esta condición opera en doble sentido: exige por un lado que la apreciación de la certeza de la lesión o perjuicio en el interés protegido y la de la superioridad de los otros intereses en presencia sean razonadas y, por otro, que una vez decidida la limitación del acceso ésta sea de una intensidad proporcional a la entidad del daño que se trata de evitar: esto es, que se limite a lo estrictamente necesario para salvaguardar el bien protegido

Para concluir y completar lo dicho hasta ahora pueden transcribírselas conclusiones reflejadas en el citado criterio interpretativo núm CI-0002-2015 de este CTBG y la AEPD:

- a) Los artículos 14 y 15 de la LTAIBG regulan los límites del derecho de acceso a la información, que **no operan de forma automática**, sino que habrán de ser aplicados de acuerdo con las reglas y los elementos de ponderación que establecen la citada Ley y la LOPD.
- b) El artículo 14 no supondrá **en ningún caso una exclusión automática** del derecho a la información. Antes, al contrario, se deberán justificar el test del daño y el del interés público para ser aplicado.





- c) Del mismo modo, y en congruencia con lo señalado en el apartado anterior, su aplicación deberá **justificar y motivar la denegación**.
- d) En cualquier caso, si no cupiera el otorgamiento del acceso a la totalidad de la información una vez que, hecha la ponderación mencionada, se concluyera con la aplicación de algún límite, se concederá **acceso parcial** previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante cual es la parte de la información que ha sido omitida.

II.3 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

De acuerdo con el texto de la LTAIBG, el bien jurídico protegido en el apartado h) del art. 14.1 son los *“intereses económicos y comerciales”*.

La LTAIBG no contiene una definición de lo que se entiende por intereses comerciales e intereses económicos ni acota, por lo tanto, la extensión objetiva que puede proporcionarse al eventual perjuicio a dichos intereses. Tampoco especifica el sujeto o los sujetos de dichos intereses por lo que surge la duda de si el precepto se dirige a la protección de los intereses de un determinado sujeto o grupo de sujetos o si por el contrario está destinado a salvaguardar aquéllos con independencia de la identidad o naturaleza de sus titulares.

A continuación se analizan por separado ambas cuestiones.

II.3.2. Concepto de intereses económicos y comerciales

A) Sentido gramatical y sentido jurídico.

Para encontrar un concepto técnico y preciso de estos términos, puede acudir al *Diccionario del Español Jurídico* de la RAE¹² en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), según el cual *“interés”* sería *“aquello que conviene o tiene importancia para una persona, grupo o entidad”*; *“económico”* será *“aquello que tiene que ver con la economía”* -esto es, con la *“ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”*, o la *“actividad*

¹² <https://dej.rae.es/>



económica” -esto es, “toda aquella realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos”- y, finalmente “comercial”, “aquello que tiene que ver con el comercio”, esto es, con “cualquier negociación que se hace permutando géneros o mercancías”.

Así, combinando el sentido gramatical y jurídico de los términos, los “intereses económicos” podrían definirse como las **conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia de un sujeto individual o colectivo en el terreno de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios** y los “intereses comerciales” como las **conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia en el materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado.**

Al margen de la conformidad que puedan merecer estas definiciones -que no persiguen otro objetivo que el de proyectar alguna luz sobre el significado de dos conceptos legales que no han sido objeto de definición expresa por parte del legislador-, lo importante de esta indagación es que, ya desde una consideración puramente gramatical, se hace evidente que lo comercial constituye una parte de lo económico puesto que no hay duda, a juicio de este CTBG, que el intercambio de bienes y servicios es una parte de la actividad de distribución de recursos que, a su vez, forma parte, de suyo, de la actividad económica.

B) Uso en la LTAIBG

Pese a lo dicho en el apartado anterior, el art. 14.1, apartado h), de la LTAIBG utiliza la conjunción copulativa “y” para la vinculación de los conceptos de “intereses económicos” y de “intereses comerciales”, lo que induce a pensar que en el ánimo de los redactores de la Ley había un entendimiento separado de ambos, según el cual los dos términos serían independientes y designarían realidades diferentes.

A criterio de este CTBG esta contradicción entre el sentido propio de las palabras y el uso que ha hecho de las mismas el art. 14.1, h), de la Ley puede salvarse considerando el inmediato precedente del precepto que, como se ha visto¹³, es el art. 3, número 1, letra g) del Convenio 205 del CoE, cuyo texto, en versión inglesa, es “*commercial and other economic interests*” -esto es, literalmente, “*intereses comerciales y otros intereses económicos*” y, en versión francesa, *plenamente coincidente con la inglesa, “les intérêts commerciaux et d’autres intérêts économiques”* -esto es, nuevamente, “*los intereses comerciales y otros intereses económicos*”¹⁴.

¹³ Ver precedente epígrafe II.1.2.

¹⁴ Ver anterior nota 1.



Teniendo en cuenta este antecedente, es claro, a criterio de este CTBG, que en la transcripción que hace el art. 14.1., h), de la LTAIBG del texto del art. 3.1, g), del Convenio 205 se ha deslizado un error involuntario, consistente en la omisión del término “*otros*”, por lo que, pese a la literalidad del texto, hay que entender que no se intenta referir a los intereses económicos y comerciales como realidades separadas sino a los intereses comerciales como un sector de los intereses económicos que, por su relevancia en este ámbito¹⁵, son destacados al mismo nivel. Esta interpretación no solo es acorde con el sentido gramatical y jurídico de los conceptos empleados sino también con el texto del Convenio del CoE, que, una vez que se ratifique por el número requerido de Estados miembros, entrará en vigor y formará parte del derecho interno español.

Junto a la terminología empleada en el art. 14.1, h), hay aún otra cuestión que debe tenerse en cuenta al examinar el uso del concepto de intereses económicos y comerciales en la LTAIBG. Esta cuestión sería la inclusión en otros apartados del número 1 del citado artículo de otras normas limitativas del acceso y la divulgación de la información en base a diferentes conceptos. Concretamente, el concepto de “*política económica y monetaria*” del apartado i), los de “*secreto profesional*” y “*propiedad intelectual e industrial*” del apartado j); la “*garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión*” del apartado k) y el concepto de “*protección del medio ambiente*” del apartado l).

A juicio de este CTBG, es evidente que la incorporación de estos preceptos legales junto al correspondiente a los “intereses económicos y comerciales” significa de suyo que se trata de cuestiones diferentes, aunque puedan estar relacionadas en la práctica. Así, ni los principios o decisiones de las Autoridades e instituciones públicas en materia de política económica o monetaria ni los programas adoptados en este ámbito por las mismas representan intereses económicos o comerciales en el sentido del art. 14.1, letra h), de la LTAIBG aunque, evidentemente, representan el interés público o general en la organización o el desarrollo de las actividades económicas o mercantiles de los agentes sociales. Así tampoco, el interés del cliente en el mantenimiento del sigilo de los profesionales respecto de los datos conocidos en el curso de su actividad o el interés del titular de una patente en evitar la divulgación del proceso o procedimiento objeto de la misma deben considerarse en sí mismos intereses económicos y comerciales aunque puede darse el caso de que tales datos, procesos o procedimientos tengan una incidencia en el ámbito del mercado o la actividad económica: aquí se trata de proteger la relación profesional-cliente o la seguridad de la investigación y la innovación tecnológica, no de asegurar posiciones de mercado o de relevancia económica. Igualmente tampoco en el caso de la integridad de los

¹⁵ Ver epígrafe siguiente



procesos de toma de decisión se trata principalmente de proteger intereses económicos y comerciales sino la propia seguridad del proceso y la identidad de los participantes. Finalmente, en el caso de la “protección del medio ambiente”, aunque es evidente que la práctica totalidad de las actividades económicas es susceptible de producir efectos en el medio natural y que también una determinada orientación de los intercambios comerciales puede generar efectos favorables o desfavorables en la sostenibilidad y el medio ambiente, tampoco son los beneficios económicos o reputacionales los protegidos con la limitación del acceso informativo sino justamente el medio ambiente adecuado, la biodiversidad y la preservación de los bienes naturales: de hecho, es perfectamente concebible que la no aplicación del límite -esto es, la divulgación de información medioambiental- pueda perjudicar los intereses económicos o comerciales de determinados sujetos.

C) Bienes jurídicos protegidos

De acuerdo con lo dicho hasta ahora, hay que considerar, primeramente, que los intereses comerciales son una clase o especie de intereses económicos y que tanto unos como otros representan las posiciones ventajosas o relevantes adquiridas por uno o varios sujetos en el ámbito de la creación, producción y circulación o distribución de bienes y de servicios.

Ahora bien: es evidente que, a la hora de la aplicación de la LTAIBG a los casos concretos de intereses económicos y comerciales que puedan suscitarse a los órganos gestores o garantes de la transparencia y el acceso a la información, el concepto que acaba de ofrecerse es excesivamente abstracto -especialmente en lo que se refiere a la actividad económica que puede ser de índole industrial, de transporte, financiera, etc...-. Es necesario, pues, acotar más su contenido y delimitar en la mayor medida de lo posible los ámbitos objetivos de la actividad económica y la actividad comercial en que puede considerarse que se dan estas posiciones ventajosas o beneficiosas que pueden verse lesionadas por una divulgación o un acceso indebido a la información disponible por las Autoridades, Administraciones o instituciones públicas así como el tipo de documentos o contenidos informativos que pueden llegar a afectarlos y que, en consecuencia, justifican la aplicación del art. 14.1, h) de la Ley.

Para ello, un elemento interpretativo especialmente valioso es la Memoria Explicativa (“*Explanatory Report*”) publicada por el CoE juntamente con el texto del Convenio¹⁶.

¹⁶ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3836>



En el documento¹⁷ se indica que el límite está previsto para proteger intereses comerciales y otros intereses económicos, privados o públicos, con el objetivo fundamental de *“evitar daños indebidos a la capacidad competitiva o las posiciones negociadoras de los titulares”*. Así mismo, se ofrecen algunos ejemplos de datos o informaciones que pueden representar potencialmente intereses económicos y comerciales, en su caso, dignos de protección, como son: la información relativa a los *“secretos comerciales”* -que pertenecen *“al ámbito de la competencia, los procedimientos de producción, estrategias comerciales, listas de clientes, etc...”*-; la información que las Administraciones Públicas pueden obtener en la preparación de procesos de negociación colectiva o los datos de personas físicas o jurídicas que aquéllas pueden haber obtenido en sus actuaciones en materia fiscal.

Pese a lo exiguo de la explicación, parece evidente que para los redactores del Convenio **el elemento identificativo fundamental de los intereses económicos y comerciales es el hecho de que su divulgación pueda perjudicar la posición del sujeto en los ámbitos de la competencia o la negociación**. De este modo, la interpretación del concepto de intereses económicos y comerciales se desplaza del terreno del significado propio de las palabras o los términos legales para focalizarse en los **perjuicios** que puede ocasionar la divulgación de los datos o contenidos informativos que los reflejen, esto es, en los bienes jurídicos protegidos por la limitación de la publicación o el acceso: la competencia y la integridad de los procesos de negociación.

Desde esta perspectiva, el concepto de intereses económicos y comerciales debe redefinirse en los siguientes términos: ***aquéllas posiciones ventajosas o relevantes del sujeto o sujetos en el ámbito del mercado o de la creación y producción de bienes y servicios cuya divulgación pudiera comprometer la competencia entre ellos y otros sujetos o la integridad de los procesos de negociación en que intervengan***.

D) Secretos comerciales e información confidencial

Es preciso tener en cuenta que el concepto de intereses económicos y comerciales que se acaba de formular sitúa a éste en un terreno compartido con otras figuras jurídicas, específicamente

¹⁷ Sección I, artículo 3, párrafo 1, apartado g), núm. 29, p. 6: *“Sub-paragraph g provides that Parties to the Convention may establish limitations to protect commercial and other economic interests, private or public. The main purpose of this exception is to prevent undue harm to competitive or bargaining positions. An example of information that may be covered is information that amounts to “trade secrets”, which pertain to competition or production procedures, trade strategies, lists of clients, etc. It may also be information that public authorities use to prepare collective bargaining in which they take part or data for tax purposes collected from individuals and legal persons”*.



reguladas en normas internacionales y de ámbito nacional y que, tal y como la norma del art. 14.1, letra h), de la LTAIBG, persiguen proteger a sus detentadores o propietarios de la divulgación o publicación de sus contenidos.

Estas figuras son el **secreto comercial o empresarial** y la **información confidencial**.

Comenzando por la primera, el **secreto comercial** está regulado a nivel europeo por la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícita¹⁸ y, a nivel de derecho interno, por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (en adelante LSE)¹⁹, que traspone la mencionada Directiva al ordenamiento español.

El objetivo perseguido por la Directiva de Secretos Comerciales y, consecuentemente, por la LSE es establecer una serie de medidas de protección de los propietarios o detentadores de la información secreta frente a la obtención, el uso y la divulgación ilícita de la misma²⁰. El motivo que fundamenta estas medidas es proteger la innovación -especialmente en materia de tecnologías-, la competitividad de las empresas y el dinamismo de la economía²¹.

¹⁸ <https://www.boe.es/doue/2016/157/L00001-00018.pdf>

¹⁹ <https://www.boe.es/buscar/pdf/2019/BOE-A-2019-2364-consolidado.pdf>

²⁰ Ver el núm. 1 del art. 4, "Obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales", de la Directiva (UE) 2016/943: "Los Estados miembros garantizarán que los poseedores de secretos comerciales tengan derecho a solicitar las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva con el fin de impedir la obtención, utilización o revelación ilícitas de su secreto comercial o con el fin de obtener resarcimiento por ello". Ver también núm. 2 del art. 1, "Objeto", de la LSE: "La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquél que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley".

²¹ Ver la parte positiva de la Directiva (UE) 2016/943: "Las empresas, así como los organismos de investigación de carácter no comercial, invierten en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (know-how) e información, que son la moneda de cambio de la economía del conocimiento y proporcionan una ventaja competitiva. Esta inversión en la generación y aplicación de capital intelectual es un factor determinante para su competitividad y su rendimiento asociado a la innovación en el mercado y, por tanto, para la rentabilidad de sus inversiones, que constituye la motivación subyacente a la investigación y el desarrollo en las empresas (...)". (Considerando 1). "(...) Al proteger esa gran diversidad de conocimientos técnicos e información empresarial, ya sea como complemento o como alternativa a los derechos de propiedad intelectual, los secretos comerciales permiten a los creadores e innovadores sacar provecho de sus creaciones e innovaciones, por lo que son especialmente importantes para la competitividad de las empresas, así como para la investigación y el desarrollo, y el rendimiento asociado a la innovación" (Considerando 2). "(...) "La obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial comprometen la capacidad de su poseedor legítimo para aprovechar las ventajas que le corresponden como precursor por su labor de innovación (...)". (Considerando 4). "(...) La obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial por un tercero podría tener consecuencias desastrosas para el poseedor legítimo del secreto comercial, ya que, una vez divulgado, sería imposible para el poseedor



Para considerar que una determinada información constituye propiamente un secreto comercial o empresarial tanto la Directiva²² como la LSE²³ establecen un triple requisito: a) Que la información no sea “generalmente conocida” en los términos definidos en la norma; b) Tener un valor en el mercado precisamente por no ser conocida, y c) Haber sido objeto por parte de su propietario de medidas “razonables” para evitar su divulgación. Cuando la información de que se trate se ajuste a estas tres condiciones será considerada secreto comercial y empresarial y se beneficiará de la protección establecida frente a los infractores.

legítimo volver a la situación anterior a la pérdida del secreto comercial. Es esencial, pues, prever medidas provisionales rápidas, efectivas y accesibles para poner fin inmediatamente a la obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto comercial, incluso cuando se utilice para la prestación de servicios (...). (Considerando 26).

Ver también el preámbulo de la LSE: “La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado” (párrafo 1º). “Sin embargo, las entidades innovadoras están cada vez más expuestas a prácticas desleales que persiguen la apropiación indebida de secretos empresariales, como el robo, la copia no autorizada, el espionaje económico o el incumplimiento de los requisitos de confidencialidad. La globalización, una creciente externalización, cadenas de suministro más largas y un mayor uso de las tecnologías de la información y la comunicación, contribuyen a aumentar el riesgo de tales prácticas” (párrafo 2º). “La obtención, utilización o revelación ilícitas de un secreto empresarial comprometen la capacidad de su titular legítimo para aprovechar las ventajas que le corresponden como precursor por su labor de innovación. La falta de instrumentos jurídicos eficaces y comparables para la protección de los secretos empresariales menoscaba los incentivos para emprender actividades asociadas a la innovación e impiden que los secretos empresariales puedan liberar su potencial como estímulos del crecimiento económico y del empleo. En consecuencia, la innovación y la creatividad se ven desincentivadas y disminuye la inversión, con las consiguientes repercusiones en el buen funcionamiento del mercado y la consiguiente merma de su potencial como factor de crecimiento” (párrafo 3º). “Es necesario garantizar que la competitividad, que se sustenta en el saber hacer y en información empresarial no divulgada, esté protegida de manera adecuada, y mejorar las condiciones y el marco para el desarrollo y la explotación de la innovación y la transferencia de conocimientos en el mercado” (párrafo 4º).

²² Art. 2, “Definiciones”: “A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) «Secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes: a) Ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; b) Tener un valor comercial por su carácter secreto; c) Haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.

²³ Art. 1, “Objeto”, núm. 1: “... A efectos de esta Ley, se 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”.



La segunda figura jurídica que incide en el mismo ámbito material que el límite al derecho de acceso a la información pública por razón de los intereses económicos y comerciales del art. 3.1, g) del Convenio 205 del CoE y del art. 14.1, h) de la LTAIBG es la información confidencial de naturaleza económica y mercantil.

Como los secretos comerciales, la información confidencial está también regulada por el derecho positivo aunque esta regulación es mucho más dispersa que la referida al secreto comercial pues las cláusulas de confidencialidad aparecen incorporadas a una diversidad de sectores del ordenamiento: fiscal, bancario, bursátil, servicios profesionales, etc...²⁴. Se trata de un tipo de información que, por razón de su contenido o del ámbito material a que afecta, puede perjudicar, en caso de ser divulgada, la posición en el mercado o en el proceso de creación y distribución de bienes y servicios del sujeto o sujetos a que se refiere o sus posiciones negociadoras en el ámbito económico.

Por poner algún ejemplo sacado de nuestro sistema jurídico, podemos señalar la regulación del denominado "secreto fiscal"²⁵ o los supuestos de cláusulas de confidencialidad de la legislación reguladora de la contratación pública²⁶. Las normas detallan no solo la información afectada por la confidencialidad sino también los sujetos, públicos o privados, obligados por el deber de reserva y sigilo y las consecuencias del incumplimiento de éste.

²⁴ El artículo 113, "Información confidencial", de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de los Estados Unidos mexicanos de 21 de abril de 2016 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf enumera diversos tipos de información confidencial: "Se considera información confidencial: ... II Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el uso de recursos públicos".

²⁵ Ver. p. ej. el núm. 3 del art. 95, "Carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria", de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria -<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>-. "La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave".

²⁶ Ver p. ej. el núm. 1 del art. 133, "Confidencialidad", de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902&tn=1&p=20190209#a1-45>-, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: "Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores".



Aunque es evidente que las tres figuras jurídicas -limitación del acceso a la información pública en garantía de los intereses económicos y comerciales en presencia, protección frente a la obtención, utilización o divulgación ilícita de secretos empresariales o comerciales e información confidencial- son instituciones diferentes²⁷, es evidente también, como se ha dicho más arriba, que inciden en

²⁷ Primeramente, las tres instituciones tienen un diferente campo de aplicación. La protección contra la divulgación de una información lesiva para los intereses económicos y comerciales de un determinado sujeto o sujetos entra exclusivamente en juego cuando se plantea por parte de una Administración o entidad pública la publicación proactiva de una determinada información pública a efectos de la transparencia de su actividad o la concesión de un acceso a aquella como respuesta a una solicitud o una reclamación formulada por parte uno o varios titulares del derecho de acceso a los archivos y registros públicos. Es decir, se aplica exclusivamente frente a actuaciones lícitas de las Autoridades, las Administraciones y las organizaciones públicas -tanto la publicación proactiva de información pública como la concesión del acceso a la misma, así como sus requisitos y condiciones, están contempladas y reguladas por la Ley- y tiene eficacia únicamente en el ámbito de la política de transparencia de la actividad de las Administraciones e instituciones públicas o del ejercicio del derecho de acceso. Por el contrario, en el caso de los secretos comerciales, la protección se despliega frente a actuaciones ilícitas²⁷ -espionaje, sustracción de información, revelación o divulgación indebida, etc...-, que pueden cometer tanto sujetos privados como públicos, y produce efectos tanto en el ámbito administrativo como en el orden penal, civil, laboral o mercantil. Y, en el caso de la información confidencial, las consecuencias jurídicas se siguen de la violación de un deber de confidencialidad previamente establecido en una norma o de una declaración de confidencialidad efectuada de acuerdo con el ordenamiento jurídico -un acto ilícito en ambos casos- por parte de los agentes o Autoridades públicas sujetas al deber de sigilo o de los particulares, administradores, representantes, licitadores, etc.. que participaran en el negocio, transacción o relación jurídica a que se refirieran los datos confidenciales y estuvieran vinculados por un análogo deber de reserva.

En segundo lugar, existen otros factores diferenciales. Así, en cuanto a los bienes protegidos por cada una de ellas, la protección frente a la divulgación de los intereses económicos y comerciales persigue preservar las posiciones ventajosas adquiridas por un sujeto o sujetos en el ámbito del mercado o de la economía mientras que en los otros dos supuestos se persiguen principalmente otros fines: proteger el orden público, la capacidad de innovación, el dinamismo de la economía, la competitividad, etc... -incluso, en determinados supuestos, la defensa o la seguridad nacionales-. Del mismo modo, respecto del carácter de la protección, en el caso del límite de los intereses económicos y comerciales se trata de una protección preventiva, que actúa ante la posibilidad real y razonada de que se pueda producir un perjuicio para los mismos, mientras que en el caso de la información confidencial o de los secretos comerciales o empresariales la protección es reactiva y actúa cuando se ha producido efectivamente una vulneración de los mismos. Finalmente, en cuanto al alcance de la protección dispensada, en el caso de la aplicación del límite de los intereses civiles o militares, aquella alcanza únicamente a las cesiones de información pública que puedan efectuar los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LTAIBG, mientras que en el caso de la información confidencial y los secretos empresariales o comerciales, la protección se dispensa frente a cualquier actuación lesiva -incluso en el caso de los secretos comerciales ante la simple sustracción aunque no se haya producido ninguna cesión, divulgación o publicación- cometida por cualquier sujeto privado o público, independientemente de que se halle o no comprendido en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIBG.

Por último, tanto en el caso de los secretos comerciales y empresariales como en el de la información confidencial, la concurrencia del supuesto de hecho está sujeta a varios requisitos y condicionantes para su aplicación que no se dan en el caso del límite del art. 14.1, h) de la LTAIBG que únicamente requiere para ser aplicado estar ante un supuesto de publicidad activa o una solicitud de información pública ajustados a las previsiones de la Ley. Respecto de los secretos comerciales o empresariales ya se ha visto como la legislación exige como presupuesto de la protección dispensada que la información indebidamente revelada, sustraída o utilizada cumpla determinados condicionantes. Y en el caso de la información confidencial, el deber de sigilo o la obligación de confidencialidad deben venir previamente establecido en



los mismos ámbitos materiales y persiguen objetivos, si no coincidentes, sí estrechamente emparentados. Por ello, y a efectos interpretativos, es conveniente, a juicio de este CTBG, establecer o arbitrar algún criterio o pauta de actuación para el caso no improbable de que una determinada información pública sometida a publicidad activa o solicitada o reclamada por un ciudadano ante cualquier órgano gestor o garante de la transparencia y el derecho de acceso contuviera o incorporara en todo o en parte un secreto empresarial o comercial o vulnerara o comprometiera el cumplimiento de una cláusula de confidencialidad.

Aunque con eficacia restringida al acceso al expediente de las personas, empresas y asociaciones de empresas a las que la Comisión europea ha enviado un pliego de cargos en calidad de destinatarias, las Autoridades de la UE han abordado la cuestión en la **Comunicación núm. C 325/07 de 2005 de aquélla, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo**²⁸.

La Comunicación se refiere en el punto 3, “*Documentos no accesibles*”, a los documentos excluidos del acceso y, entre ellos, a los que contienen “secretos comerciales” e “información confidencial”.

“3.2. Información confidencial

17. El expediente de la Comisión también puede incluir documentos que contengan dos categorías de información, a saber, secretos comerciales y otra información confidencial, cuyo acceso se puede restringir parcial o totalmente). Cuando sea posible, se concederá acceso a versiones no confidenciales de la información original. Cuando la confidencialidad sólo pueda garantizarse resumiendo la información pertinente, se concederá acceso a un resumen. Todos los demás documentos serán accesibles en su forma original.

3.2.1 Secretos comerciales

18. Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de

una norma o ser previamente declarado de acuerdo con las previsiones de las disposiciones aplicables al supuesto concreto de que se trate.

²⁸ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222\(03\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC1222(03)&from=FR)





suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

3.2.2 Otra información confidencial

19. La categoría «otra información confidencial» incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia han reconocido que es legítimo negarse a revelar a tales empresas ciertas cartas procedentes de sus clientes, puesto que su revelación podría exponer fácilmente a los autores al riesgo de medidas de represalia. Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato.

20. La categoría de «otra información confidencial» también incluye los secretos militares”.

De este modo, la solución adoptada por la Comisión europea respecto del acceso tanto a información afectada por un secreto comercial o una cláusula de confidencialidad, es denegarlo, considerando expresamente ambos supuestos como documentos o información excluida del acceso por naturaleza. A criterio de este Consejo, esta solución resulta perfectamente trasladable al ámbito de la aplicación del límite del art. 14.1, h) de la LTAIBG, debiendo considerarse que cuando una información sujeta a publicidad activa o solicitada o reclamada por un ciudadano constituye en todo o en parte un secreto empresarial o comercial en los términos de la LSE o está afectada en todo o en parte por una declaración de confidencialidad contenida en una Ley o establecida en los términos previstos en ésta, deben negarse la publicidad o el acceso por aplicación del límite de protección de los intereses económicos y comerciales.

E) Recapitulación

Recapitulando lo dicho hasta ahora, hay que entender, a juicio de este CTBG, que tanto el concepto gramatical como el jurídico de intereses económicos y comerciales que pueden obtenerse de las



fuentes usuales resultan excesivamente abstractos para una aplicación eficiente del art. 14.1, h) de la LTAIBG a supuestos concretos.

Por ello, y siempre a juicio de este Consejo, se entiende más adecuado restringir el concepto a aquellas **ventajas o situaciones beneficiosas para el sujeto o sujetos** de los mismos que, **de conocerse, comprometerían su posición en el mercado o en cualesquiera procesos negociadores de naturaleza económica** (licitaciones, negociación colectiva, etc...).

II.3.2. Sujetos

En el caso del límite previsto en el art. 14.1 h) debe tenerse en cuenta que el perjuicio a los intereses económicos y comerciales **puede venir referido tanto al sujeto al que se dirige la solicitud de información** o que debe publicarla por tratarse de publicidad activa (por ejemplo, el caso de una sociedad mercantil participada en más del 50% por una Administración Pública) como a **un tercero** del que una Administración Pública posea información que sea objeto de solicitud o publicación como información propia de publicidad activa y cuyo acceso pueda producirle un perjuicio a sus intereses económicos y comerciales (por ejemplo, información empresarial participantes en una licitación pública).

II.4. APLICACIÓN PARTICULARIZADA DEL ARTÍCULO 14.1.H)

Vistas las condiciones generales de aplicación de las normas limitativas del acceso y la publicación de información pública contenidas en el art. 14 de la LTAIBG y avanzado el concepto de intereses económicos y comerciales, queda ahora considerar la aplicación particularizada de la regla del art. 14.1, h) de aquélla a los casos planteados en la práctica a gestores y garantes de la Ley.

A ese efecto, y ante la imposibilidad de analizar toda la casuística que puede darse en relación con los intereses económicos y comerciales, se establecen pautas y criterios generales de actuación, debiendo cada supuesto concreto ser objeto de una valoración y **ponderación** individual por parte del órgano u organismo responsable de la información o la resolución de las reclamaciones planteadas.

Estas pautas o criterios serían las siguientes:





II.4.1 Publicidad activa

En principio, la posibilidad de que una determinada información sujeta a publicidad activa pudiera lesionar o poner en peligro los intereses económicos y comerciales de un determinado sujeto o grupo de sujetos es remota y se concentra en una categoría determinada de datos o informaciones: la denominada **información económica, presupuestaria y estadística** del art. 8 de la LTAIBG. Por naturaleza, la información de carácter organizativo e institucional o la de relevancia jurídica, están enfocadas a los aspectos institucionales y organizativos del sujeto obligado o a la definición de marcos generales de actuación por lo que no se refieren a terceros: incluso en el caso de que el sujeto obligado fuera una entidad privada subvencionada, un Organismo Autónomo de carácter comercial, industrial o financiero, una Entidad Pública Empresarial o una Sociedad Mercantil pública, es dudoso que la información de este tipo pudiera revelar secretos comerciales o información confidencial o poner en peligro sus posiciones negociadoras o de mercado.

Es más: aún dentro de la categoría informativa de información económica, presupuestaria y estadística, existen datos o contenidos -p. ej. los referidos a retribuciones, declaraciones de actividad o autorizaciones de compatibilidad de los Altos Cargos y máximos responsables del sujeto obligado- que, difícilmente, pueden comprometer los intereses económicos y comerciales de ningún sujeto. En realidad, la información sujeta a publicidad activa que podría producir ese resultado es la **información de carácter contractual, la relativa a las encomiendas de gestión o subvenciones, la información presupuestaria y las cuentas de resultados e informes de auditoría y fiscalización**. Es en estos sectores o áreas informativas donde, a juicio de este CTBG, podría suscitarse el conflicto y sería adecuado establecer controles, automatizados en su caso, para evitar la divulgación indebida de informaciones que pudieran revelar secretos comerciales, quebrantar cláusulas de confidencialidad o secreto o revelar posiciones ventajosas.

II.4.2. Derecho de acceso

A) Proceso de aplicación

Recibida una solicitud en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el órgano u organismo responsable debe decidir ante un caso concreto si resulta de aplicación el límite contenido en el artículo 14.1, letra h), de la LTAIBG.



Si se considera que el límite puede resultar aplicable, debe entrar en juego la correspondiente concreción a través del **test del daño** para determinar cuál es el perjuicio que se produce para la organización, empresa o entidad afectada por la difusión de la información, que puede ser tanto el organismo que ha recibido la solicitud, como una entidad tercera que pueda verse implicada.

Ha de tenerse en cuenta a este respecto que el art. 19.3 de la LTAIBG prevé expresamente que *“Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación”*.

Por último, admitida la existencia del daño y valorado el mismo, se debe ponderar el peso de éste con respecto al **interés legítimo** de la ciudadanía en conocer la información que poseen los organismos y entidades sujetos a la Ley y que la misma califica como un derecho subjetivo amplio y prevalente.

B) Test del daño

A la hora de realizar el test del daño, el sujeto responsable de atender una solicitud de información o una reclamación debe analizar las siguientes cuestiones:

- 1º. Valorar todas las cuestiones que resulten de aplicación con **identificación** de los intereses económicos y comerciales que se ven afectados.
- 2º. Destacar la **incidencia comercial o económica** de la información que se solicita.
- 3º. Valorar en qué medida concreta proporcionar la información **dañaría** los intereses económicos y comerciales de una organización. Para ello, se pueden aportar datos concretos, objetivos, evaluables y efectivos que avalen la posible aplicación del límite y su incidencia en la posición competitiva de la entidad afectada. En la determinación del daño es importante analizar si la información a proporcionar es de común conocimiento o si la misma es fácil de averiguar o reproducir por parte de los competidores, en el caso de que la actividad se desarrolle en concurrencia competitiva.
- 4º. Determinar el nexo causal entre el acceso a la información solicitada y el daño a los intereses económicos y comerciales de la entidad presuntamente perjudicada.





C) Test del interés

Mediante el test del interés público, el órgano u organismo responsable de la información debe ponderar el peso de la aplicación del límite frente al interés público existente en la divulgación de la información.

Al llevar a la práctica este test, el órgano u organismo responsable debe tener en cuenta las circunstancias concretas del momento en que tienen lugar la solicitud, ya que éstas pueden variar con el transcurso del tiempo.

Con carácter general se puede considerar que **se cumple con el interés público** cuando el acceso a la información:

- Impulsa y promueve el conocimiento de la información y la participación en el debate sobre temas importantes que conciernen a la sociedad.
- Facilita la rendición de cuentas y la transparencia acerca de las decisiones tomadas por las administraciones públicas.
- Facilita la rendición de cuentas y la transparencia en la utilización del dinero público.
- Permite que los ciudadanos tengan un mejor conocimiento de decisiones que toman las administraciones públicas y que afectan a sus vidas, hasta el punto de que tal conocimiento les sirva para cuestionar dichas decisiones.
- Permite que la sociedad conozca información relevante desde el punto de vista de la seguridad pública.

Por el contrario, se entiende que existe una **inclinación favorable a la no divulgación de la información** cuando:

- Los argumentos a favor del interés público tienen un carácter general y no específico respecto del límite cuya aplicación se va a ponderar.
- Cuando hayan variado las circunstancias que justificaron inicialmente la primacía del interés público.
- Existe un riesgo de restricción de la competencia.

Referida en concreto a los **intereses económicos y comerciales**, la aplicación del test del interés público debe centrarse en:



- La rendición de cuentas del gasto de dinero público. Existe claramente un interés público en conocer cómo se toman las decisiones en las políticas públicas y en cómo se gasta el dinero público en cada caso concreto.
- La protección del público. La sociedad tiene interés en conocer cuándo existen prácticas empresariales o comerciales dudosas por parte de organizaciones o empresas, o cuando existen productos puestos en el mercado que resultan peligrosos o dañinos.
- Las circunstancias en las que la información fue obtenida por la administración pública. Si la obtención de la información procede de una obligación legal, si la misma fue aportada voluntariamente por la organización, si es fruto de una actividad de inspección y control por parte de la Administración, todas estas circunstancias influyen a la hora de proceder o no a la divulgación de la información.
- Los aspectos relativos a la competencia. En economías de mercado como la española, existe un interés público en que las empresas puedan operar en un marco seguro de competencia, tanto si tal competencia tienen lugar en el ámbito ordinario de la actividad económica del país, como en el marco de la contratación pública.

II. 5. DOCTRINA JUDICIAL

En la realización de este análisis, conviene destacar algunos pronunciamientos judiciales que aportan criterios generales sobre las circunstancias que podrían amparar el acceso a la información solicitada a pesar de que del mismo pudiera derivarse un perjuicio

- **Sentencia 85/2016 del Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 5 de Madrid PO 43/2015 (Coste de la acuñación de monedas).**

“Pues bien, a la hora de interpretar tal precepto -14.1 h-, hemos de tener presente que, la citada Ley -la LTAIBG-, en su Preámbulo, expresamente afirma que la misma configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública y que dicho derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos.

Así, la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación.





... no estamos ante datos sensibles; ni ante la vulneración del principio de libertad de empresa al aludir tal concepto a la constitución e instalación de aquella; ni de ante el secreto profesional o comercial al abarcar otras cuestiones referentes a la propia actividad”.

- **Sentencia 98/2017 dictada por el Juzgado Central de lo contencioso-administrativo nº 11 de Madrid en el PO 49/2016 (Asunto: Acceso a pliegos de condiciones contractuales).**

“El Pliego de Condiciones del contrato solo podía ser facilitado a las empresas que, habiendo solicitado participar en la licitación, cumplieran los requisitos mínimos, y hubieran sido invitadas por la entidad contratante, como se hizo constar en el anuncio de licitación, siendo el contenido del Pliego de Condiciones confidencial al contener información de este carácter y secretos comerciales cuya sola elaboración habría costado miles de euros, y, que de confirmarse la información, podrían ser aprovechados en perjuicio de Renfe por el particular. (...) el derecho a la información es esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones” . Aunque ciertamente el contrato objeto de solicitud supone el uso de fondos públicos, resulta que en este caso, la existencia de posible secretos profesionales o garantía de confidencialidad, podrían resultar afectados de accederse a lo solicitado”.

También ha de destacarse por su interés en la aplicación del límite analizado la **Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Cuarta) de 13 de enero de 2017 en el asunto T-189/14, Deza, a.s. contra Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA)**²⁹:

*“54 . Procede señalar que, para justificar la denegación de acceso a un documento, **no basta, en principio, que ese documento se refiera a una actividad o un interés comercial mencionados en el artículo 4 del Reglamento n.º 1049/2001, y la institución de que se trata deberá también explicar en qué modo el acceso a ese documento podría perjudicar de manera concreta y efectiva a un interés previsto en ese artículo** (sentencias de 28 de junio de 2012, Comisión/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, EU:C:2012:393, apartado 116; de 28 de junio de 2012, Comisión/Agrofert Holding, C-477/10 P, EU:C:2012:394, apartado 57, y de 27 de febrero de 2014, Comisión/EnBW, C-365/12 P, EU:C:2014:112, apartado 64).*

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014TJ0189&from=ES>



55. Por lo que respecta al concepto de intereses comerciales, según la jurisprudencia **toda la información relativa a una sociedad y a sus relaciones de negocios no puede considerarse digna de la protección que debe garantizarse a los intereses comerciales** con arreglo al artículo 4, apartado 2, primer guion, del Reglamento n.º 1049/2001, si no se quiere frustrar la aplicación del principio general consistente en conceder al público el acceso más amplio posible a los documentos en poder de las instituciones (sentencias de 15 de diciembre de 2011, CDC Hydrogene Peroxide/Comisión, T-437/08, EU:T:2011:752, apartado 44, y de 9 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, T-516/11, no publicada, EU:T:2014:759, apartado 81).

56. De ese modo, para aplicar la excepción prevista por el artículo 4, apartado 2, primer guion, del Reglamento n.º 1049/2001, resulta necesario **demostrar que los documentos controvertidos contienen elementos que pueden, con su divulgación, perjudicar a los intereses comerciales de una persona jurídica. Es lo que sucede, en particular, cuando los documentos solicitados contienen información comercial sensible relativa a las estrategias comerciales de las empresas de que se trata o a sus relaciones comerciales o cuando contienen datos propios de la empresa que indican sus conocimientos técnicos** (sentencia de 9 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión, T-516/11, no publicada, EU:T:2014:759, apartados 82 a 84)".

En todo caso, y por recomendación expresa de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno de este CTBG, la importancia potencial de los daños subsiguientes a la divulgación o publicación de los datos o informaciones solicitados o reclamados, aconseja a los órganos gestores y garantes de la transparencia y el derecho a la información proceder con prudencia a la hora de ponderar la concurrencia o no en el caso de un interés legítimo superior.

III. CONCLUSIONES

- I. El art. 14.1, apartado h), de la LTAIBG utiliza la conjunción copulativa “y” para la vinculación de los conceptos de “intereses económicos” y de “intereses comerciales”, lo que induce a pensar que en el ánimo de los redactores de la Ley había un entendimiento separado de ambos, según el cual los dos términos serían independientes y designarían realidades diferentes. No obstante, gramática y conceptualmente, los intereses comerciales son un sector de los intereses económicos que, por su relevancia son destacados al mismo nivel.





- II. En cualquier caso, por **“intereses económicos”** se entienden las *“conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia de un sujeto individual o colectivo en el terreno de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”* y por **“intereses comerciales”** las *“conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia en el materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado”*.
- III. Se trata de un supuesto de hecho totalmente diferente de los de *“política económica y monetaria”, “secreto profesional” y “propiedad intelectual e industrial”, la “confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión” y “protección del medio ambiente”,* que son objeto de distintos apartados del art. 14.1 de la LTAIBG.
- IV. La categorización de las posiciones de un sujeto o sujetos como intereses económicos y comerciales debe hacerse caso por caso y en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto. Pero cuando se está **en presencia de secretos comerciales o de cláusulas de confidencialidad debe entenderse en todo caso que dichos intereses concurren en el caso.**

En todo caso, a la hora de calificar una determinada información como secreta o confidencial, han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- a) Ha de ser relativa a circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa.
 - b) La información no ha de tener carácter público, es decir, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.
 - c) Debe haber una voluntad subjetiva del titular de la información de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión.
 - d) La voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo interés objetivo que debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar – por ejemplo, cuando la revelación de la información produzca el detrimento de la competitividad de la empresa titular del secreto frente a sus competidores, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial
- V. La protección de los intereses económicos y comerciales de un sujeto determinado opera **tanto en el ámbito de la publicidad activa como en el del ejercicio del derecho de acceso a la información pública.**



- VI. En el ámbito de la **publicidad activa**, la presencia de intereses económicos y comerciales susceptibles de protección puede darse preferentemente en la **información de carácter contractual, la relativa a las encomiendas de gestión o subvenciones, la información presupuestaria y las cuentas de resultados e informes de auditoría y fiscalización**. Es en estos sectores o áreas informativas donde, a juicio de este CTBG, podría suscitarse el conflicto y sería adecuado establecer controles, automatizados en su caso, para evitar la divulgación indebida de informaciones que pudieran revelar secretos comerciales, quebrantar cláusulas de confidencialidad o secreto o revelar posiciones ventajosas
- VII. En el ámbito del **ejercicio del derecho de acceso**, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas para la aplicación del límite:
- a) El límite referido al perjuicio para los intereses económicos y comerciales de una organización, empresa o persona como el resto de los límites del artículo 14, **no opera de manera automática** ni supone *per se* una exclusión directa del derecho de acceso a la información o de las obligaciones en materia de publicidad activa.
 - b) Antes al contrario tal como establece el propio art. 14, la aplicación de los límites será potestativa, justificada y proporcionada con el objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2).
 - c) **Cada caso** debe ser objeto de un estudio individualizado, de la aplicación del test del daño, y de la ponderación de sus circunstancias tal como rige en el Preámbulo de la Ley.
 - d) No es suficiente argumentar que la existencia de una **posibilidad incierta pueda** producir un daño sobre los intereses económicos y comerciales para aplicar el límite con carácter general. El perjuicio debe ser definido indubitado y concreto.
 - e) Dicho daño **debe ser** sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.
 - f) Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la **ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará**, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar.

Madrid, a la fecha de firma

