

[REDACTED]

[REDACTED]

N/Exp.: AJ 0495/21/ON-107 C 19

Madrid, 28 de julio de 2021.

Con fecha 23 de junio de 2021 tuvo entrada en el Portal de la Transparencia solicitud de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, la “**Ley**”), solicitud que quedó registrada con el número 001-058275. En la misma, se solicitaba el acceso a la siguiente información:

*“Al amparo de lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como en virtud del artículo 14 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, en el que se especifica que “El Gobierno elaborará un informe anual de publicidad y de comunicación en el que se incluirán todas las campañas institucionales previstas en esta Ley, su importe, los adjudicatarios de los contratos celebrados y, en el caso de las campañas publicitarias, los planes de medios correspondientes”.*

*Solicito la siguiente información a la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE) sobre inversión publicitaria en medios de comunicación:*

*1.- Las campañas publicitarias realizadas por la ONLAE desde el 1 de enero del año 2019 y hasta junio de 2021.*

*2.- La relación de patrocinios con el importe adjudicado, por beneficiarios de los mismos y por actividades patrocinadas, desde el 1 de enero del año 2019 y hasta junio de 2021.*

*Entendiendo que el contrato de patrocinio publicitario, definido en el artículo 22 de la Ley General de Publicidad, como aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.*

*3.- El presupuesto ejecutado en difusión publicitaria anual, así como el de cada una de las campañas desde el 1 de enero del año 2019 y hasta junio de 2021.*

*4.- Los planes de medios de cada una de las campañas llevadas a cabo desde el 1 de enero del año 2019 y hasta junio de 2021, en los que se incluya:*

- el número de inserciones*
- cada uno de los medios de comunicación en los que se realizaron dichas inserciones*
- número de impresiones y modelo de compra en los soportes online*
- la tarifa de cada inserción y los descuentos aplicados a las mismas*
- los GRPs conseguidos con las inserciones*
- el importe neto y el importe con IVA de las inserciones.*

*Solicito que la información requerida me sea entregada en un formato reutilizable tipo base de datos, preferiblemente Excel”.*

Esta solicitud se recibió en la Dirección General del Patrimonio del Estado (en adelante, la “**DGPE**”) el día 25 de junio de 2021 y con esa misma fecha en la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.M.E., S.A. (en adelante, “**SELAE**” o la “**Sociedad**”),

Mediante escrito fechado el 7 de julio de 2021, SELAE comunicó a [REDACTED] [REDACTED] que, al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo

20.1 de la Ley, se había acordado ampliar el plazo de un mes para resolver sobre el acceso solicitado, disponiendo por tanto SELAE para ello hasta el 25 de agosto de 2021.

Una vez analizada la solicitud, esta Sociedad resuelve, al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.1.a) de la Ley, inadmitir la solicitud de cualquier información referida al ejercicio 2021, por tratarse de información que está en curso de elaboración.

Respecto del resto de la solicitud, es preciso hacer las siguientes consideraciones previas:

La Ley, en su art. 38.2.a) atribuye a la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, el “**CTBG**”) la facultad de “*adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en esta Ley*”.

En uso de dicha facultad, el CTBG emitió el Criterio Interpretativo 1/2019 relativo al límite al derecho de acceso a la información pública que establece el artículo 14.1, apartado h) de la Ley, en relación con los **intereses económicos y comerciales**.

Concluye el Criterio Interpretativo 1/2019 en lo que a esta resolución interesa:

*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 materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado”.*

*III. [...]*

*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. [...]*

*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.*

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 ese 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 Ley), **como a la información pública objeto del derecho de acceso** (art. 14.1, h) de la Ley).

De acuerdo con el texto de la Ley, el bien jurídico protegido son los “**intereses económicos y comerciales**”. No obstante, aclara el citado Criterio Interpretativo 1/2019 que “intereses económicos” e “intereses comerciales” no son conceptos diferentes, es decir, debe entenderse que la Ley no ha pretendido referirse a los intereses económicos y comerciales como realidades separadas, sino que se refiere a los intereses comerciales como una parte de los intereses económicos que, por su relevancia en este ámbito, son destacados al mismo nivel.

Indica el Criterio Interpretativo en su apartado II.3.2. Concepto de intereses económicos y comerciales. C) Bienes jurídicos protegidos (página 11):

“En el documento<sup>1</sup> 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: **aquellas 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.**”

Y continúa el apartado II.3.2. Concepto de intereses económicos y comerciales. E. Recapitulación (página 18)

“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.

---

<sup>1</sup> Memoria Explicativa (“Explanatory Report”) publicada por el CoE juntamente con el texto del Convenio <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3836>

*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...).*”

En consecuencia, según el propio Criterio Interpretativo 1/2019, el elemento identificativo fundamental de los intereses económicos y comerciales radica en que su divulgación (ya sean datos o contenidos informativos que los reflejen) puede perjudicar la posición del sujeto en los ámbitos de la **competencia** y la integridad en los procesos **negociación**, esto es, puede causar perjuicios a la capacidad del sujeto que intenta proteger, precisamente, la limitación del acceso a esos intereses económicos y comerciales. Dicho de otra manera, la divulgación de la información, por razón de su contenido o del ámbito material a que afecta, puede perjudicar 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 a sus posiciones negociadoras en el ámbito económico, frente a la obtención, el uso y la divulgación ilícita de la misma.

Este razonamiento es claramente aplicable a la solicitud de acceso a la información instada por [REDACTED]: el modelo de negocio de SELAE en materia de publicidad se basa en la subcontratación de la gestión y en contratación de espacios en medios de comunicación compuestos por compañías que pugnan entre sí por ofrecer los precios más competitivos por espacios similares, ofrecer las audiencias más amplias y cualificadas, y las herramientas de segmentación más precisas para beneficio del anunciante. Si se accediera a la pretensión de la [REDACTED] se estaría revelando información que atentaría contra los legítimos intereses económicos y comerciales de las compañías que componen el sector de la publicidad, puesto que éstas, con el fin de ofrecer a SELAE los precios y/o descuentos más ventajosos, realiza una oferta económica que no puede ser conocida por terceros, competidores de SELAE o actores relacionados con el sector propiamente dicho.

SELAE, al no disponer de medios propios, externaliza los servicios de diseño, negociación y seguimiento de un plan de medios, sometiendo la contratación a

licitación respetando las obligaciones impuestas por la normativa de Contratación Pública. Los licitadores son agencias de medios que intermedian en la compra de espacios publicitarios de manera masiva, abaratando el coste y comisionando por su servicio. Estas agencias están en contacto y negociación permanente con los medios de comunicación que ofrecen sus espacios para los anunciantes, reservando y comprando los mismos con unos patrones establecidos por el anunciante.

Los soportes que los medios de comunicación ofrecen a los anunciantes y a sus agencias son mayoritariamente equivalentes en todos ellos, y están lo suficientemente estandarizados como para que el anunciante pueda comparar entre ellos y establecer medidas e indicadores de éxito de una campaña fácilmente.

Estos soportes son diferentes en función del “canal” del que se trate y sus productos a la venta se distinguen por medidas diferentes, todas ellas estandarizadas. Así, podemos distinguir:

<b>Canal</b>	<b>Soporte publicitario ofrecido</b>	<b>Medidas estándar para cálculo precio</b>	<b>Ejemplos</b>
TV	Anuncios en video	Duración en segundos y posicionamiento dentro de un bloque	90”, 45”, 30”, 20”, principio bloque, prime time...
Prensa	Anuncios estáticos impresos	Dimensión cm <sup>2</sup> y localización	Faldón, taco de portada, contraportada, media página, par, impar...
Radio	Anuncios Voz	Duración en segundos	10”, 20”, 30”, menciones presentadores...

La información de la inversión realizada en cada operador (empresa), por cada soporte publicitario y en cada campaña, permitiría conocer los precios ofertados por los anunciantes para cada soporte en cada momento del tiempo y para cada formato, información confidencial y de interés económico y comercial por cuanto que



supone desvelar el posicionamiento estratégico relativo, mejorar la posición negociadora de otras empresas con la/s agencia/s intermediaria/s y con los anunciantes y, por supuesto, causar un perjuicio a la estabilidad de la industria basada en oferta y demanda de espacios.

Es posible extrapolar toda esta información también gracias a la oferta de información de soportes contratados por anunciantes en un momento del tiempo por parte de agencias auditoras de espacios, es decir, es posible conocer, para una inversión concreta en un operador, en qué soportes concretos se realizó esta inversión, desvelando de esta manera los precios de los soportes, precios de cesión a terceros (agencias) y descuentos por volúmenes contratados, entre otros aspectos.

Este razonamiento es extensible a los siguientes apartados pertenecientes a su pregunta 4, que, en combinación con el importe de cada campaña y los medios contratados, permitiría conocer los precios de cesión, descuentos, comisión de agencia y demás información confidencial:

- *el número de inserciones*
- *número de impresiones y modelo de compra en los soportes online*
- *la tarifa de cada inserción y los descuentos aplicados a las mismas*
- *los GRPs conseguidos con las inserciones*
- *el importe neto y el importe con IVA de las inserciones.*

Sin embargo, con respecto al apartado de la Pregunta 4: “*cada uno de los medios de comunicación en los que se realizaron dichas inserciones*”, si es posible, en combinación con la información solicitada en las preguntas 1 y 3, obtener la misma, puesto que no supone como en los casos anteriores, un menoscabo en los intereses de SELAE y de terceros.

Concluida la concurrencia para este caso concreto de intereses económicos y comerciales como bien jurídico protegido, tal y como expresa la exposición de motivos de la Ley y el Criterio Interpretativo 1/2019, procede a continuación realizar el test de daño y el test de interés.

Indica el tantas veces citado Criterio Interpretativo 1/2019 que:

*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.*

La limitación del derecho de acceso a la información solicitada puede, por tanto, justificarse si se realizan los llamados “**Test del daño**” y “**Test del interés**”, que comprueban la probabilidad de un hipotético perjuicio o lesión y la existencia de un nexo causal entre el acceso a la información que se solicita y el perjuicio alegado, comprobando si existe en este caso concreto algún interés superior al protegido por la limitación que justifica el acceso solicitado.

En cuanto al “Test del daño”, SELAE, como sujeto responsable de atender una solicitud de información, está obligada a valorar todas las cuestiones que resulten de aplicación, con identificación de los intereses económicos y comerciales que se ven afectados, destacar la incidencia comercial o económica de la información que se solicita y valorar en qué medida proporcionar la información dañaría los intereses económicos y comerciales de una organización.

De esta manera, entiende SELAE que, de concederse el acceso a la información solicitada por la ██████████, y como consecuencia directa de dicho acceso, se produciría:

- 1) Una revelación de precios de formatos de los operadores.
- 2) Una revelación de precios y/o comisiones de agencia, solo accesibles a licitadores.
- 3) Posibles represalias de agencia en precios o descuentos para con SELAE.
- 4) Posibles represalias de terceros operadores para con SELAE.
- 5) Pérdida de poder negociador de SELAE con operadores o agencias.
- 6) Un posible perjuicio en presentes y futuras licitaciones de agencias de medios, con precios distorsionados o eliminación de descuentos.

Por lo que se refiere al “Test del interés”, y aunque se pudiera entender en una primera aproximación que la petición de la [REDACTED] se ampara en una fiscalización de la gestión pública por un particular, el grado de detalle con el que se pretende obtener aconseja fijar una limitación, pues la posible utilidad o interés público de la información no requiere el detalle solicitado por la interesada. Más bien, al contrario, si se tiene en cuenta que (i) no está acreditado que la utilidad pública de la información requiera de un detalle que permita al peticionario solventar sus inquietudes informativas, y sí conseguir datos que podrían beneficiarle en una gestión privada en el mercado en el que podría competir, sin que dicha información haya sido obtenida en el mercado; y, por el contrario, (ii) existe un riesgo cierto de restricción de la competencia si se tiene en cuenta que, 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 tiene lugar en el ámbito ordinario de la actividad económica del país, como en el marco de la contratación pública.

En la misma línea, el Criterio Interpretativo 1/2019, en su apartado II.4.2. Derecho de acceso. C) Test del interés (página 21) refrenda lo anterior cuando indica:

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

[..]

- Existe un riesgo de restricción de la competencia.

A la vista de lo anteriormente expuesto, se concede acceso a la información correspondiente a los ejercicios 2019 y 2020, que se adjunta como Anexo a la presente, si bien de forma parcial al compartirse, excepto en lo relativo a los patrocinios suscritos por SELAE y la información relativa a campañas y presupuestos y campañas ejecutados, con un nivel de desglose inferior al pretendido, nivel que entiende SELAE que es de carácter público y no afecta a los intereses económicos o comerciales ni de SELAE ni de terceros, pues de la misma no se puedan inferir datos relevantes que condicionen la práctica de la libre competencia.

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 Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos el plazo se contará desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución.

EL PRESIDENTE,

HUERTA  
ALMENDRO JESUS - [REDACTED]  
- [REDACTED]

Firmado digitalmente  
por HUERTA ALMENDRO  
JESUS - [REDACTED]  
Fecha: 2021.07.28  
14:53:39 +02'00'

Jesús Huerta Almendro

**ANEXO 1: Contestación a preguntas 1, 3 y 4 juntas**

**ANEXO 2: Contestación a pregunta 2**