

Resolución RT 0680/2020

N/REF: RT 0680/2020

Fecha: La de la firma

Reclamante: [REDACTED]

Dirección: [REDACTED]

Administración/Organismo: Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Leganés (Comunidad de Madrid)

Información solicitada: Informe sobre criterios de valoración

Sentido de la resolución: ESTIMATORIA

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación que obra en el expediente, el reclamante solicitó al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹ (en adelante, LTAIBG), con fecha 16 de noviembre de 2020 y a la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Leganés (EMSULE), la siguiente información:

“Que amparándome en el derecho constitucional al acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, consagrado en el artículo 105 b) de la Constitución española, mediante el procedimiento que establece el artículo 17.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en relación con el artículo 53.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, se me dé acceso a una copia literal del informe técnico elaborado por el Arquitecto Técnico Funcionario público [REDACTED] sobre el expediente de Valoración criterios basados en juicios de valor 03PA/2020 - Servicio de Atención de Incidencias, Obras de Reparación y Reformas Necesarias para la Conservación de los Edificios de Viviendas de Emsule y Sede de Emsule.”

¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887>

2. Disconforme con la respuesta dada a su solicitud, el reclamante presentó, mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2020, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 24² de la LTAIBG, una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.
3. Con esa misma fecha el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno remitió el expediente a la Gerencia de EMSULE, al objeto de que se pudieran presentar las alegaciones que se considerasen oportunas.

Con fecha 21 de diciembre de 2020 se reciben las alegaciones, que indican lo siguiente:

“La pretensión del [REDACTED] es la obtención de una copia literal del informe técnico interno, realizado por [REDACTED], a petición de la Mesa de Contratación del procedimiento 03PA/2020 relativo al “Servicio de Atención de Incidencias, Obras de Reparación y Reformas Necesarias para la Conservación de los Edificios de Viviendas de Emsule y Sede de Emsule”; procedimiento el anterior en el que el [REDACTED] no ha tenido participación alguna, ni se ha presentado como licitador al mismo.

Dicho informe, cuya copia se pretende, contiene un análisis técnico pormenorizado y motivado de las ofertas presentadas en el expediente de contratación 03PA/2020. Para ello, el autor del mismo, ha incorporado referencias textuales, así como indicaciones, contenidas en los documentos aportados por las empresas licitadoras.

El resultado de dicho informe interno fue recogido en el acta de la mesa de contratación de 26 de agosto de 2020, y publicado por EMSULE, ese mismo día, en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público indicando: las ofertas presentadas, las puntuaciones otorgadas a cada licitadora y la justificación de dichos resultados.

(...)

En consecuencia, EMSULE ha respetado, en todo momento las exigencias de publicidad y transparencia de los procedimientos de contratación en los que es parte.

Cumplimiento de la normativa de transparencia que se ha mantenido al no acceder a la petición del [REDACTED], por cuanto pretendía obtener copia literal de un informe interno de carácter técnico, emitido a petición de la Mesa de Contratación en el expediente 03PA/2020, en el que el solicitante no ostentaba la condición de interesado, como más adelante se acreditará.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el art. 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno:

² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a24>

“1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”.

A la vista de lo anterior, y puesto que concurre, en el presente caso, la causa prevista en el art. 18.1.b) de la Ley 19/2013, la reclamación formulada por [REDACTED] debería ser inadmitida.

(...)

En caso de que este Consejo considere, a pesar de lo argumentado en la alegación previa, que ha de admitirse a trámite la reclamación del [REDACTED], la pretensión contenida en la misma debería ser desestimada, en base a los argumentos que a continuación se desarrollan.

I. ESPECIALIDADES DEL DERECHO DE ACCESO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.

Puesto que la solicitud de [REDACTED] ha sido planteada en relación con un procedimiento de contratación (03PA/2020), para valorar la procedencia de la misma, ha de tenerse en cuenta no sólo lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, sino también lo establecido en la normativa de contratación pública, que en este ámbito resulta de aplicación preferente.

Así, bajo el título “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”, señala la Disposición adicional primera de la Ley 19/2013:

“1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”.

En este ámbito, el artículo 1.1. de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) declara:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”.

Principios que se articulan, sobre todo, a través de las publicaciones contenidas en el perfil del contratante, a las que tienen acceso todos los ciudadanos. Así dispone el art. 63 LCSP:

“1. Los órganos de contratación difundirán exclusivamente a través de Internet su perfil de contratante, como elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. La forma de acceso al perfil de contratante deberá hacerse constar en los pliegos y documentos equivalentes, así como en los anuncios de licitación en todos los casos. La difusión del perfil de contratante no obstará la utilización de otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca”.

Por tanto, en el ámbito de la contratación pública están plenamente garantizados los principios de publicidad y transparencia. Ahora bien, cosa distinta es la obtención de documentos que forman parte de un expediente de contratación; en este caso, la LCSP limita dicho acceso a los que ostente la condición de interesado en el mismo. Así, dispone el art. 52 de dicho cuerpo legal:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición de recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecido en la Ley”.

En el mismo sentido, el art. 53.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), manifiesta:

“1. Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:

a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos”.

De igual forma, el art. 16 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, bajo el título “Acceso al expediente de contratación” determina:

“1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 140 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La solicitud de acceso al expediente podrán hacerla los interesados dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud”.

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que la normativa de contratos limita el acceso al expediente y la obtención de copias de los documentos integrantes del mismo a aquellos que ostenten la condición de interesados en dichos procedimientos. Por tanto, se hace preciso analizar si [REDACTED] ostentaba tal condición, a fin de determinar si tenía derecho a obtener la copia del informe interno por él solicitada.

II. EL [REDACTED] NO TIENE CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN 03PA/2020.

Como ya se ha señalado en el apartado previo, la normativa sobre contratación pública, de aplicación preferente en este supuesto, prevé única y exclusivamente el acceso al expediente de contratación y la posibilidad de obtener copias de los documentos del mismo, respecto de aquellos que tienen la condición de interesados.

Y, de acuerdo con el art. 4 LPACAP se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.*

Asimismo, diversos órganos administrativos, como la Junta Consultiva Estatal de Contratación Pública, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o, en esta misma Comunidad Autónoma, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid han reconocido, también, que el acceso al expediente y a la obtención de copias de documentos, en un procedimiento de licitación, es un derecho de los interesados; concepto que, en sentido genérico, comprende a los participantes licitadores en ese expediente.

Por tanto, de acuerdo con el tenor literal de la normativa transcrita y con la interpretación que de la misma han hecho los órganos que la aplican, no se puede considerar al [REDACTED] como interesado en el procedimiento de contratación 03PA/2020, por cuanto ni ha participado en el mismo, ni se encuentra en ninguno de los supuestos previstos por el art. 4 LPACAP.

En base a lo anterior, la Presidencia del Consejo de Administración de EMSULE entendió que [REDACTED] no era interesado en el procedimiento y, por lo tanto, no podía obtener una copia del informe que solicitaba, máxime cuando se trataba de un documento interno, elaborado a petición de la Mesa de contratación y en el que se hacía referencia a datos confidenciales, contenidos en las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, como más adelante se desarrollará.

A la vista de lo expuesto, la decisión de no acceder a la petición del [REDACTED] resultaba plenamente ajustada a derecho y, en consecuencia, procede desestimar la reclamación del mismo, presentada ante este Consejo.

III. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO: PROTECCIÓN DE DATOS, CONFIDENCIALIDAD Y SECRETO PROFESIONAL DE LAS EMPRESAS LICITADORAS.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en el ámbito de los contratos del sector público, los interesados pueden tener acceso al expediente y obtener copia de los documentos que lo integran. Ahora bien, la propia LCSP establece límites al ejercicio de tal derecho.

Así, en su artículo 133 dispone:

1. 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.

El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles”.

En el mismo sentido, el art. 14 de la Ley 19/2013, de 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, reconoce como límite al derecho de acceso a la información pública -entre otros- los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, así como la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

Es evidente que, en el presente caso, algunos aspectos del informe interno solicitado por [REDACTED] podrían estar amparados por el principio de confidencialidad, por cuanto el contenido del mismo es una valoración técnica de la Memoria y de la Gestión de avisos y quejas contenidos en las ofertas; documentos los anteriores en los que los licitadores describen su estrategia y las estructuras en las que proponen basar la prestación del servicio, aportando datos, cuya publicación podría perjudicar sus intereses comerciales legítimos o afectar a la libre competencia entre empresas.

Por tanto, al amparo de lo dispuesto en el art. 133 LCSP, ni siquiera los licitadores, tendrían acceso a los elementos confidenciales del informe y de las ofertas y, mucho menos, quien ni siquiera ostenta la condición de interesado en el procedimiento, como sucede con [REDACTED] (.....)”

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³, la Presidencia de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. En virtud del apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la LTAIBG⁴, las Comunidades Autónomas pueden atribuir la competencia para la resolución de las reclamaciones al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno mediante la celebración del correspondiente convenio con la Administración General del Estado. En desarrollo de esta previsión, han suscrito convenio⁵ con este Organismo las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Extremadura, Comunidad de Madrid y Castilla-La Mancha, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.
3. Precisadas las reglas generales sobre competencia orgánica para dictar esta resolución, se debe partir de la base que la LTAIBG tiene por objeto “*ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella*”

³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-11410&tn=1&p=20141105#a8>

⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#dacuaa>

⁵ [https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/transparencia/portal transparencia/informacion econ pres esta/convenios/conveniosCCAA.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/transparencia/portal%20transparencia/informacion%20econ%20pres%20esta/convenios/conveniosCCAA.html)

actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento". A estos efectos, su artículo 12⁶ reconoce el derecho de todas las personas a acceder a la "información pública", en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución⁷ y desarrollados por dicha norma legal. Por su parte, en el artículo 13 de la LTAIBG⁸ se define la "información pública" como

"los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

En función de los preceptos mencionados la LTAIBG reconoce y regula el derecho a acceder a información pública que esté en posesión del organismo al que se dirige bien porque él mismo la ha elaborado, bien porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas con el requisito de que se trate de un sujeto incluido en el ámbito de aplicación de la propia Ley.

La información solicitada por el reclamante se refiere a un informe técnico en poder de EMSULE, que es una sociedad mercantil cuyo capital es de titularidad pública. Esta información tiene la consideración, a juicio de este Consejo, de información pública, puesto que obra en poder de un sujeto obligado por la LTAIBG, quien la ha elaborado en el ejercicio de las funciones que tiene reconocidas.

4. En sus alegaciones, EMSULE presenta tres argumentos para la desestimación de la solicitud que da origen a la reclamación. Primero, que el informe solicitado constituye información auxiliar o de apoyo; segundo, que el reclamante no tiene la condición de interesado en el procedimiento; tercero, la existencia en el informe solicitado de datos confidenciales para las empresas participantes que podrían afectar a sus intereses comerciales.

Por lo que se refiere a la invocación de la causa de inadmisión regulada en el artículo 18.1 b)⁹ de la LTAIBG, referida a información auxiliar o de apoyo, debe señalarse que este Consejo ya se ha pronunciado sobre esta causa de inadmisión en su criterio interpretativo CI/006/2015¹⁰, de 12 de noviembre. Se reproducen, por su interés para esta resolución, algunos de sus párrafos:

"En primer lugar, es preciso señalar que la redacción del artículo 18 de la Ley 19/2013, establece una serie de causas que permiten declarar la inadmisión de una solicitud de

⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887#a12>

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229&tn=1&p=20110927#a105>

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887#a13>

⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887#a18>

¹⁰ <https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html>

información que, al tener como consecuencia inmediata la finalización del procedimiento, habrán de operar, en todo caso, mediante resolución motivada.

Por tanto, será requisito que la resolución por la que se inadmita la solicitud especifique las causas que la motivan y la justificación, legal o material aplicable al caso concreto.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la redacción del artículo 18.1.b), cabe concluir que es la condición de información auxiliar o de apoyo la que permitirá, de forma motivada y concreta invocar un aplicación de la causa de exclusión, siendo la enumeración referida a “notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos administrativos” una mera ejemplificación que, en ningún caso, afecta a todos los conceptos enumerados sino a aquellos que tenga la condición principal de auxiliar o de apoyo.

Así pues, concluimos que es el carácter auxiliar o de apoyo de este tipo de información y no el hecho de que se denomine como una nota, borrador, resumen o informe interno lo que conlleva la posibilidad de aplicar la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.b), de la Ley 19/2013.

En tercer lugar, este Consejo de Transparencia entiende que una solicitud de información auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, podrá ser declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad.*
- 2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.*
- 3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud.*
- 4. Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.*
- 5. Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.*

Por último, debe tenerse en cuenta que la motivación que exige la Ley 19/2013, para que operen las causas de inadmisión tiene la finalidad de evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento

de la toma de decisiones públicas, y su aplicación. Éstas en ningún caso tendrán la condición de informaciones de carácter auxiliar o de apoyo”.

En sus alegaciones EMSULE ha incluido frases como *“dicho informe, cuya copia se pretende, contiene un análisis técnico pormenorizado y motivado de las ofertas presentadas en el expediente de contratación”* o que el *“resultado de dicho informe interno fue recogido en el acta de la mesa de contratación de 26 de agosto de 2020”*, que a juicio de este Consejo, demuestran que el informe solicitado no puede incluirse en ninguno de los cinco puntos anteriormente expuestos en el criterio. A la vista de ello, debe concluirse que no resulta posible apreciar la causa de inadmisión invocada por la entidad frente a la cual se ha presentado la reclamación.

En segundo lugar, EMSULE invoca que el reclamante no tiene la condición de interesado y, por lo tanto, no puede acceder a la documentación solicitada. Este argumento tampoco puede prosperar, puesto que la LTAIBG no exige tal condición para tener acceso a un documento que tiene la consideración de información pública, como es el caso del informe requerido por el ahora reclamante.

Y el tercer argumento se refiere a que el acceso al informe técnico podría afectar a los *“intereses comerciales legítimos o afectar a la libre competencia entre empresas”*.

Sobre los intereses económicos y comerciales, límite del artículo 14.1 h)¹¹ de la LTAIBG este Consejo ha elaborado el Criterio interpretativo 1/2019¹², de 16 de octubre. Por su aplicación a esta reclamación se reproducen a continuación diversas partes de ese Criterio:

“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. (...)

.....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. (...)

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

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a14>

¹² <https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios/1-2019.html>

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.

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 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 ilícita y, a nivel de derecho interno, por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (en adelante LSE), 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 economía.

Para considerar que una determinada información constituye propiamente un secreto comercial o empresarial tanto la Directiva como la LSE 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.

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... . 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” o los supuestos de cláusulas de confidencialidad de la legislación reguladora de la contratación pública. 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.

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 diferentes, es evidente también, como se ha dicho más arriba, que inciden 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.

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 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

denegarlos, 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.

(....)

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.

Asimismo, cabe hacer mención a la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales¹³, de la transposición de la Directiva 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 ilícitas.

La Directiva 2016/943 en su artículo 2 define secreto comercial como

(...) la información que reúna todos los requisitos siguientes:

¹³ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2364

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;

Finalmente, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, define como 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”.

En sus alegaciones EMSULE afirma lo siguiente: “algunos aspectos del informe interno solicitado (...) podrían estar amparados por el principio de confidencialidad, por cuanto el contenido del mismo es una valoración técnica de la Memoria y de la Gestión de avisos y quejas contenidos en las ofertas; documentos los anteriores en los que los licitadores describen su estrategia y las estructuras en las que proponen basar la prestación del servicio, aportando datos, cuya publicación podría perjudicar sus intereses comerciales legítimos o afectar a la libre competencia entre empresas”.

A juicio de este Consejo, esta argumentación resulta excesivamente genérica e hipotética y no incluye elementos suficientes que acrediten la producción del daño con el acceso a la información, ni la medida en que se produciría el perjuicio de los intereses económicos y comerciales ni la determinación del nexo causal entre el acceso a la información solicitada y el daño a los intereses económicos. No se aportan, como se dice en el Criterio interpretativo 1/2019 “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 consecuencia, con la documentación de que se dispone no cabe apreciar la concurrencia del límite establecido en el apartado h) del artículo 14.1 de la LTAIBG.

Por todo lo anteriormente expresado, dado que la documentación solicitada tiene la condición de información pública y que no se consideran suficientemente acreditadas las razones que EMSULE alega para no aportar aquélla, este Consejo considera que procede estimar la reclamación presentada.

III. RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede.

PRIMERO: ESTIMAR la reclamación presentada por versar sobre información pública en poder de un sujeto obligado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

SEGUNDO: INSTAR a la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Leganés, a facilitar al reclamante, en el plazo máximo de diez días hábiles, la siguiente documentación:

- Copia del informe técnico elaborado por el Arquitecto Técnico Funcionario público sobre el expediente de Valoración criterios basados en juicios de valor 03PA/2020 - Servicio de Atención de Incidencias, Obras de Reparación y Reformas Necesarias para la Conservación de los Edificios de Viviendas de EMSULE y Sede de EMSULE.

TERCERO: INSTAR a la Empresa Municipal del Suelo y la Vivienda de Leganés, a que, en el mismo plazo máximo de diez días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno copia de la información enviada al reclamante.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno¹⁴, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁵.

Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer Recurso Contencioso-Administrativo, en el plazo de dos meses, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁶.

¹⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a23>

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&tn=1&p=20181206#a112>

¹⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&tn=1&p=20181206#a9>

EL PRESIDENTE DEL CTBG

Fdo: José Luis Rodríguez Álvarez