



Resolución 111/2019

S/REF: 001-009535

N/REF: R/0111/2019 (anterior R/0515/2016); 100-002179

Fecha: 16 de mayo de 2019

Reclamante: [REDACTED]

Dirección: [REDACTED]

Administración/Organismo: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social

Información solicitada: Publicidad Institucional (2012-2015)

Sentido de la resolución: Estimatoria

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, el reclamante solicitó al MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, con fecha 19 de octubre de 2016, al amparo de la [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno \(LTAIBG¹\)](#), la siguiente información:

- *En virtud del artículo 2.1 de la ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, que incluye a la Administración General del Estado entre los sujetos de ámbito de aplicación, y el artículo 13 de la misma, que entiende por información pública 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, solicito:*
- *Listado de campañas realizadas y presupuesto ejecutado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y sus organismos dependientes para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, desglosado por medios de comunicación donde se anunció la campaña. Solicito los*

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

datos desglosados por año, presupuesto ejecutado, organismo, campaña, número de inserciones, tarifa y medio de comunicación.

- *Argumento esta petición en la resolución 148/2015 del Consejo de Transparencia, que concedió el acceso al Plan de Medios del ICO porque conocer el destino final de los fondos públicos destinados a la publicidad institucional prevalecía sobre cualquier otro argumento. Además, en los pliegos de los contratos relativos a la publicidad institucional queda especificado que cada agencia de medios debe remitir un informe con todos estos datos a cada organismo.*
 - *Les agradecería que me hicieran llegar la información en un formato reutilizable, preferiblemente XLS o CSV. Si no fuera posible, solicito los datos tal y como consta en los registros públicos para evitar cualquier acción de reelaboración.*
2. El 24 de noviembre de 2016, el MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL dictó resolución en la que indicaba al solicitante lo siguiente:

- *Una vez analizada la solicitud, y en base a la información facilitada por la Subdirección General de Atención al ciudadano, se resuelve conceder el acceso parcial a la información a la que se refiere la solicitud presentada.*

La información solicitada relativa al listado de campañas realizadas y presupuesto ejecutado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y sus organismos dependientes para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, desglosado por medios de comunicación donde se anunció la campaña, con los datos desglosados por año, presupuesto ejecutado, organismo y campaña se encuentra disponible en los siguientes enlaces web:

<http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/cpci/paginas/PlanesEInformes.aspx>

<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/licitaciones>

<http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/buscar.htm?categoria=estadistica&categoriasPadre=presfisinf&ente=E00004101&lang=es&historico=false&pag=1>

- *En cuanto a la información solicitada relativa al “número de inserciones, tarifa y medio de comunicación” se incluyen, con diferente nivel de desglose, en los distintos planes de medios de las campañas de publicidad institucional difundidas en el citado periodo. El acceso a dicha información requeriría de una acción previa de reelaboración por lo que se inadmite de acuerdo a lo previsto en el artículo 18.1.c] de la citada Ley 19/2013.*

3. Contra esta resolución, el solicitante interpuso reclamación, con entrada el 9 de diciembre de 2016, que recibió el número de referencia R/0515/2016 y finalizó mediante resolución de 6 de marzo de 2017, en la que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno acordó lo siguiente:

PRIMERO: ESTIMAR la Reclamación presentada por [REDACTED] contra la Resolución, de 24 de noviembre de 2016, del MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL a que, en el plazo máximo de quince días hábiles, remita a [REDACTED] la información solicitada y referenciada en el Fundamento Jurídico 11 de la presente resolución.

TERCERO: INSTAR al MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL a que, en el mismo plazo máximo de quince días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, copia de la información remitida al reclamante

El Fundamento Jurídico 11 de la resolución señalaba lo siguiente: *En conclusión, por todos los argumentos expuestos anteriormente, este Consejo de Transparencia considera que la presente reclamación debe ser estimada y que el MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL debe proporcionar al solicitante información sobre las campañas realizadas y presupuesto ejecutado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y sus organismos dependientes para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, desglosado por medios de comunicación donde se anunció la campaña. Solicito los datos desglosados por año, presupuesto ejecutado, organismo, campaña, número de inserciones, tarifa y medio de comunicación.*

4. El MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL recurrió la precitada resolución ante los tribunales centrales de lo Contencioso Administrativo de Madrid, recayendo Sentencia, de fecha 26 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Madrid, en la que se falló lo siguiente:

“Desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, representado y defendido por el Abogado del Estado contra la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno identificada en el antecedente de hecho primero de esta resolución, que se confirma por ser ajustada a derecho y con imposición de costas a la parte demandante en los términos que se recogen en el último fundamento de derecho.”

Este fallo se basó en los razonamientos que se exponen a continuación:

“En nuestro caso, la Administración demandante ignora el Plan de Medios del Ministerio de Sanidad para los años 2012 a 2015, las razones ofrecidas por la demandada para soslayar los posibles perjuicios a los intereses económicos de terceros, en concreto a la aplicación del artículo 14.2 de la Ley, relativo de la aplicación del test del daño y a la posible existencia de un interés superior que justificase el acceso aun produciéndose el límite. Acotada la información solicitada a la contenida en la documentación derivada del Plan de Medios, del Ministerio de Sanidad, y no “ las condiciones económicas y comerciales derivadas de la negociación del contratista con terceros”, no queda justificada la supuesta infracción del artículo 14.1.h) de la Ley 10/2013.

Este motivo no puede ser acogido.

Noveno.- Sobre la infracción del artículo 18.1.c) de la Ley 19/2013.

Dice la parte demandante que la información solicitada no puede ser suministrada, porque es una información que no obra en poder de la Administración y que para suministrarla, necesita proceder a una reelaboración de la información suministrada por la agencia de publicidad. Sigue diciendo que la Ley 19/2013 no contempla una obligación de hacer, de elaborar la información.

Se refirió el Ministerio a la causa de inadmisión por primera vez en el escrito de alegaciones presentado en el expediente de reclamación seguido ante el Consejo de la Transparencia.

Este motivo tampoco puede ser acogido.

En el escrito de alegaciones, el Ministerio de Sanidad se refiere “imposibilidad de la Administración de extraer datos que no afecten a los intereses económicos y comerciales de las empresas de toda la documentación aportada por las mismas en cada contrato ejecutado desde 2012.

No cabe hablar en definitiva de reelaboración cuando, como señalaba la demandada en su resolución impugnada, la información solicitada sobre los planes de medios obraba en poder del Ministerio de Sanidad, pues debía proporcionarla la empresa encargada de la campaña al organismo responsable, en ejecución del Plan de Medios del Ministerio de Sanidad.”

5. Esta Sentencia fue recurrida nuevamente, en Apelación, por el MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, ante la Audiencia Nacional, la cual dictó Sentencia de fecha 18 de octubre de 2018, por la de fallaba:

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación deducido por la Abogacía del Estado contra la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 4, de fecha 26 de febrero de 2.018, que se deja sin efecto.

SEGUNDO.- Acordar la retroacción del procedimiento en que se dicta la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 6 de marzo de 2017 a fin de que se acuerde trámite de audiencia en los términos indicados en el Fundamento de Derecho Cuarto in fine de esta sentencia.

TERCERO.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

Por su parte, el Fundamento de Derecho Tercero *in fine* de esta Sentencia señala lo siguiente:

“(...) queda claro que pueden quedar afectados con la información solicitada los intereses de terceros, de modo que es procedente el traslado de la información solicitada a los terceros afectados, conforme al art. 24.3 de la Ley 19/2013, como son las empresas de medios, por poder afectar a sus intereses comerciales, sin necesidad de realizar un pronunciamiento definitivo sobre la concurrencia de la causa de inadmisión contemplada en el art. 18.1.c, aunque deba tenerse en cuenta lo expuesto por la Abogacía del Estado en el sentido de que no era necesario proporcionar el traslado exigido en el art. 19.3 cuando se entendió procedente la existencia de una causa de inadmisión.”

6. En cumplimiento de esta última Sentencia, el Consejo Transparencia y Buen Gobierno incoó nuevo procedimiento de reclamación, con el numero R/0111/2019, dando audiencia del expediente a las terceras empresas afectadas, previa identificación de las mismas por parte del MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL. En concreto, se abrió trámite de audiencia a TACTICS EUROPA, MOON MEDIA ADVERTISING, S.L., GESMEDIA CONSULTING, S.A., HAVAS PR (antes MPG GROUP, S.A.), CICM, S.L. (actual MAXUS), BLUE 449 AGENCIA DE MEDIOS, S.L. (antes OPTIMEDIA, S.L.U.) y CARAT ESPAÑA, S.A.U., con los siguientes resultados:

BLUE 449 AGENCIA DE MEDIOS, S.L. (antes OPTIMEDIA, S.L.U.) ha manifestado lo siguiente:

Primera.- En opinión de BLUE 449 Agencia de Medios SL, la información solicitada se encuentra afectada de manera directa por el artículo 14.1 letras h y j de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno por cuanto que en el ámbito de la contratación de una campaña de publicidad, existen además de la compra de los espacios publicitarios en los medios, otros elementos que conforman el Know How de las empresas encargadas de la elaboración de las campañas de publicidad, tales como a modo de ejemplo pueden ser la estrategia de posicionamiento y comunicación, el diseño y perfilado de las audiencias, la segmentación de los medios más eficaces para la comunicación en función de las necesidades de los objetivos de comunicación marcados, las acciones especiales que potencian la ampliación o viralidad de las campañas, etc. Todas ellas necesarias para la eficaz comunicación de las diferentes campañas y el asesoramiento continuo a los clientes/anunciantes.

Segunda.- Además de lo anteriormente dicho, BLUE 449 Agencia de Medios SL en el proceso de compra de los medios, requiere de un proceso de negociación con cada uno de los medios para obtener los precios más adecuados en función de las estrategias de comunicación marcadas, negociaciones que en la mayoría de los casos vienen marcadas por la confidencialidad de las negociaciones entre BLUE 449 Agencia de Medios S.L y cada uno de los medios de comunicación, toda vez que estos mismos medios compiten entre sí para conseguir el máximo de inversión publicitaria para cada una de las campañas.

Hay que considerar que cuando hablamos de medios que compiten en obtener el máximo nivel de inversión, estamos hablando de una competencia abierta, en la que no solo compiten entre sí los medios (radio, prensa, televisión, internet, medio exterior, etc.), sino dentro de cada uno de estos medios, compiten entre sí las empresas que representan cada uno de los soportes disponibles en cada uno de los medios, por lo que la confidencialidad en las negociaciones se hace imprescindible para minimizar en la medida de lo posible el conocimiento por parte de los competidores de las estrategias empresariales que permiten mantener negociaciones eficaces.

A mayor abundamiento de lo anteriormente expuesto, de la lectura de la solicitud de información, parece desprenderse que se considera información pública, entre otras las tarifas de compra de los espacios en los que se plasma el plan de medios, lo que supone sin ninguna duda una información sensible y muy delicada del desarrollo de nuestra actividad profesional, puesto que dichas tarifas, no solamente constituyen un secreto comercial de la propia BLUE 449 Agencia de Medios SL, sino que a su vez constituyen un secreto comercial para los distintos medios que las negocian con nosotros, por lo que su divulgación tendría un efecto pernicioso en la competencia efectiva en el mercado de la publicidad, facilitando no solo a nuestros competidores una información sensible, sino permitiendo la comparativa de los distintos soportes, en relación a las tarifas de sus propios productos.

Tercera.- Es cierto que la limitación al derecho de acceso debe ponderarse en función del objetivo de reforzar la transparencia de la actividad pública, máxime cuando dicha información se refiere al uso de fondos públicos, y es cierto también que el solicitante de dicha información no está obligado a motivar su solicitud en virtud del art 17.3 de la referida ley 19/2013, no obstante, no puede permitirse que se utilicen las facilidades que otorga la ley para el acceso a la información pública como una puerta que garantice el conocimiento a los secretos y estrategias empresariales, y desde esta óptica, llama la atención, que la solicitud de información realizada por el reclamante, no contenga ninguno de los motivos

por lo que realiza la solicitud, que de haberlos expuesto con claridad, entendemos habrían sido tenidos en cuenta en el momento de dictarse la resolución.

Cuarta.- Coincidimos en que la información solicitada no puede ser considerada para la administración como la acción previa de reelaboración incluida en el artículo 18.1.c) de la mencionada Ley 19/2013, por encontrarse la misma en poder de la Administración, sin embargo sí que debemos someter a su consideración, el hecho de que si como consecuencia de la revisión del expediente de solicitud presentado por el reclamante, la Administración requiriera a BLUE 449 Agencia de Medios SL la elaboración de un trabajo complementario al ya realizado para el cumplimiento del contrato de servicio, y por el que se entregó la documentación justificativa de la campaña, este trabajo complementario al desarrollado en su día, si supondría de hecho un proceso de reelaboración de los justificantes de la campaña y un perjuicio en tiempo y recursos para la empresa que represento, máxime considerando el tiempo transcurrido desde la finalización de los contratos por la dilación sobrevenida a la solicitud presentada, que pretende la revisión de campañas las cuales se remontan a campañas elaboradas y finalizadas en el período 2012 a 2015.

Quinta.- Por último, es necesario hacer mención al Criterio Interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de 14 de julio de 2016, relativo a las causas de inadmisión de solicitudes de información mencionadas en el artículo 18.1.e) de la 19/2013, (REF: CI/003/2016) por cuanto delimita el alcance del concepto de solicitud de información repetitiva o abusiva. El citado criterio interpretativo, expone argumentos coincidentes con las alegaciones contenidas en el presente escrito, y que deberían de considerarse a la hora de analizar la posible inadmisibilidad la solicitud de la información, al menos en lo relativo a la información confidencial referida a esta sociedad.

Con respecto a la posible causa de inadmisibilidad de la solicitud por ser repetitiva, de la lectura de la documentación obrante en el expediente se desprende que hay al menos 2 solicitudes realizadas por el mismo sujeto y con similar o idéntica "causa de pedir" y de la información obrante en la página WEB del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, se desprende que existen varias más todas las cuales, fueron rechazadas por aplicación de los límites de los artículos 18.1 e) y 14 h) .1 de la Ley 19/2013.

Por otro lado, con respecto a la posible causa de inadmisibilidad por el carácter abusivo de la petición de información, señalar que, como ya hemos expuesto en nuestra alegación primera, la información solicitada se encuentra afectada de manera directa por el artículo 14.1 letras h y j de la Ley 19/2013, por cuanto la solicitud supone un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial de mi representada.

A nuestro parecer, como hemos señalado en las alegaciones anteriores, no debe minusvalorarse la importancia que el Know How de las empresas, y la confidencialidad de las negociaciones entre partes, tienen en el ecosistema del mercado de la negociación de espacios publicitarios, por lo que considerando todo ello, debe analizarse en detalle el carácter posiblemente abusivo de la solicitud, más aun, cuando el Criterio Interpretativo se expresa en la misma línea: "...una solicitud puede entenderse abusiva ...: cuando suponga un riesgo para los derechos de terceros".

Además de lo anterior, ya hemos puesto de manifiesto que, no puede caerse en el error de considerar que cierta información de la solicitada (sensible y muy delicada del desarrollo de la actividad profesional de mi representada) tiene la consideración de información pública, máxime si consideramos la definición del artículo 13 de la Ley 19/2013.

Por todo lo expuesto, suplico que se tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito y por cumplimentado el trámite de audiencia que se me otorga como Empresa afectada, y se consideren las alegaciones presentadas en la resolución del expediente de reclamación 001-009535.

CARAT ESPAÑA, S.A.U. ha manifestado, por su parte, lo siguiente:

"PRIMERA.- (...)

Durante los procedimientos de licitación, CARAT pone a disposición de los órganos de contratación información que constituye, sin duda alguna, secreto de empresa de carácter absolutamente confidencial y trascendental en el ámbito de la actividad que desarrolla, siendo la base de su negocio. Como resulta evidente, su conocimiento o revelación gratuita por parte de otros competidores o terceros interesados, la situaría en una situación de desventaja ilegítima que le ocasionaría graves daños y perjuicios económicos e incluso potencialmente reputacionales. Una prueba de ello es que en los contratos de servicios y compra de medios con sus clientes CARAT se ve obligada a establecer estrictas cláusulas de confidencialidad.

Asimismo, en prueba del carácter secreto y confidencial de dicha información, en los casos en que la Dirección de Competencia solicita a CARAT información respecto a cualquier expediente de investigación de anunciantes, se solicita a dicha Dirección de Competencia, al amparo de lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Defensa de la Competencia, y del artículo 20 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que se ordene mantener en secreto el contenido de dicha información, formando con el mismo pieza separada y apercibiendo a quienes tomen parte en la tramitación de los correspondientes expedientes y en lo que al contenido del presente escrito respecta, de la obligación de guardar secreto sobre dicho contenido.

SEGUNDA.- El derecho de acceso no es un derecho absoluto, ilimitado, sino que, por el contrario, debe respetar una serie de lógicas limitaciones que vienen impuestas por la propia razón de ser y debido funcionamiento de los operadores en el mercado bajo la máxima igualdad posible de condiciones competitivas. Hacer valer el derecho al secreto comercial no es sinónimo, ni tiene nada que ver, con la ausencia de transparencia pública. Y es por ello que la propia Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece importantes límites al derecho de acceso.

En las economías modernas la confidencialidad y salvaguarda del secreto comercial debe ser protegida frente a la divulgación indiscriminada, so pena de dañar gravemente el giro económico y las más elementales reglas de competencia. La legislación en materia de contratación pública no en vano impone a los órganos de contratación la obligación de no divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta, afectando el carácter de confidencial, 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. De este modo, el artículo 2.1 de la Directiva 2016/943/UE ofrece una definición de secreto comercial, que también es explicada en el Considerando 14 de su exposición de motivos, expresando que por secreto comercial se entiende la información que reúna los requisitos siguientes: (i) 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; (ii) tener un valor comercial por su carácter secreto; y (iii) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control. (...)

Pues bien, todas las anteriores circunstancias se dan en relación al caso que nos ocupa para poder considerar la información solicitada que afecta a CARAT como "secreto comercial", tal y como lógicamente se desprende de lo arriba expuesto. Las circunstancias descritas permiten entender que la resolución impugnada, dictada en fecha 6 de marzo de 2017, por el Consejo de Transparencia, desde el punto de vista sustantivo vulnera claramente el apartado primero del artículo 14 de la Ley 9/2013, en cuanto a la limitación del derecho de acceso a la información, por suponer un perjuicio para sus intereses económicos y comerciales(...)

En suma, consideramos que el secreto de empresa es un derecho que debe prevalecer en este caso al derecho de información pública, ya que su vulneración implicaría un daño irreparable a un activo empresarial, sin el cual la actividad de CARAT como agencia de medios no tendría viabilidad económica ni sentido empresarial, siendo un pilar fundamental de su negocio.

Por todo lo expuesto, solicito que se tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, previo cuanto haya lugar en derecho, se tenga por evacuado en tiempo y forma el trámite de alegaciones conferido a esta parte.”

Las empresas TACTICS EUROPA, MOON MEDIA ADVERTISING, S.L., GESMEDIA CONSULTING, S.A., HAVAS PR (antes MPG GROUP, S.A.) y CICM, S.L. (actual MAXUS) no han presentado alegaciones en el plazo concedido al efecto.

7. Con fecha 20 de marzo de 2019, se procedió a dar audiencia del expediente al MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, en aplicación del [art. 82 de la Ley 39/2015](#), de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para que, a la vista del mismo, presentase las alegaciones que estimara pertinentes en defensa de su pretensión, las cuales tuvieron entrada el 9 de mayo de 2018, indicando que *“No hay observaciones”*.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 24 de la LTAIBG](#)², 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 Gobierno](#)³, 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. La LTAIBG, en su [artículo 12](#)⁴, regula el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, 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”*.

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

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

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&tn=1&p=20181206#a12>

3. A continuación, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno considera necesario aclarar el objeto de la solicitud de información y el marco jurídico aplicable al mismo.

Así, en cuanto al objeto, y derivado de los términos exactos de la solicitud, debe señalarse que lo que el solicitante pide es conocer el *Listado de campañas realizadas y presupuesto ejecutado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y sus organismos dependientes para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, desglosado por medios de comunicación donde se anunció la campaña. Solicito los datos desglosados por año, presupuesto ejecutado, organismo, campaña, número de inserciones, tarifa y medio de comunicación.*

Es decir, puede concluirse que no se está pidiendo información sobre el gasto total en publicidad institucional del Ministerio, información que es pública, sino que lo que, en definitiva se está solicitando es el denominado Plan de Medios del mencionado Departamento Ministerial ya que, como desarrollaremos a continuación, es en dicho Plan de medios en el que se contiene información detallada sobre la campaña desarrollada, su presupuesto, las inserciones en medios de comunicación y el importe finalmente abonado por dichas inserciones.

Como marco general de aplicación, debe tenerse en cuenta la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional cuyo objeto es establecer *el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal, enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.*

Su apartado 2 indica expresamente que

2. Esta Ley no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el apartado anterior en el cumplimiento de los fines que les son propios.

Por otro lado, el artículo 3 -Requisitos de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación- dispone en sus apartados 2 y 4 lo siguiente:

*2. Las campañas institucionales de publicidad y de comunicación se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de **interés público** y en el ejercicio de competencias propias.*

*4. Las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, **transparencia**, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto.*

Finalmente, el artículo 8, relativo a los contratos, dispone lo siguiente:

Los contratos vinculados a las campañas reguladas por esta Ley se adjudicarán con arreglo a su normativa aplicable, respetando estrictamente los principios de publicidad y concurrencia, y atendiendo siempre a criterios objetivos tales como el coste económico y la eficacia prevista del plan de medios. Estos mismos criterios objetivos deberán ser observados por los contratistas en los supuestos de subcontratación.

En aplicación de lo anterior, la Administración General del Estado ha aprobado un Acuerdo Marco denominado *Servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios destinados a la materialización de las campañas de publicidad institucional cuyo objeto es (...) la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, necesarios para la difusión de las campañas de publicidad institucional, lo que incluye los siguientes servicios:*

- *La estrategia y la planificación de la compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios.*
- *La adaptación de la creatividad.*
- *La contratación de los espacios publicitarios.*
- *El asesoramiento y apoyo técnico necesario.*
- *El seguimiento y control de las campañas.*
- *La elaboración de una memoria a la finalización de la campaña.*

Este es un acuerdo marco que no tiene todos sus términos definidos por lo que para la adjudicación de los contratos basados los organismos peticionarios deben convocar siempre una segunda licitación.

A través de información igualmente publicada en la plataforma de contratación centralizada y, concretamente en el pliego de prescripciones técnicas se pueden conocer las siguientes condiciones del contrato.

El objeto del acuerdo marco, cuyas características técnicas se establecen en este pliego de prescripciones técnicas, es la selección de un máximo de cinco empresas para la contratación de los servicios de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, necesarios para la difusión de las campañas de publicidad institucional que se realicen por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales

incluidas en el artículo 206.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El presente acuerdo marco será de aplicación obligatoria a las campañas de publicidad institucional recogidas en los correspondientes planes anuales de publicidad y comunicación institucional que se aprueben durante su periodo de vigencia, así como a todas aquellas campañas de publicidad institucional que, sin estar previstas en dichos planes anuales, deban realizarse de manera excepcional por motivos sobrevenidos, conforme a lo dispuesto en la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional y en el Real Decreto 947/2006, de 28 de agosto, por el que se regula la Comisión de publicidad y comunicación institucional y la elaboración del Plan anual de publicidad y comunicación de la Administración General del Estado.

Las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen la Administración General del Estado y las demás entidades del sector público estatal no están sujetas al presente acuerdo marco, si bien las entidades responsables de su contratación pueden manifestar expresamente su intención de adherirse, pudiendo la misma ser aprobada siempre que no suponga merma alguna para las campañas que de forma obligatoria deben difundirse dentro del acuerdo marco.

Dentro del acuerdo marco se contratarán los siguientes aspectos, que se consideran incluidos en el servicio de compra de espacios en medios de comunicación y demás soportes publicitarios, y que servirán de base para la materialización de las campañas de publicidad institucional en el ámbito de la administración pública(...)

La contratación de los espacios publicitarios por parte de las empresas que resulten adjudicatarias, quienes realizarán la intermediación y la contratación de los espacios publicitarios según las planificaciones y directrices específicas de cada campaña; ordenarán a los medios las inserciones previstas y facilitarán al órgano responsable de la campaña toda la información que se les solicite y en la forma en que éste les indique.

Esta contratación también incluirá la tramitación de inserciones publicitarias puntuales en diferentes soportes, que no requieran de planificación previa pero que resulten necesarias o convenientes para una óptima difusión de los mensajes.

El seguimiento y control de las campañas de publicidad institucional y de las acciones publicitarias antes mencionadas. Las empresas adjudicatarias realizarán un seguimiento continuo de la publicidad ordenada, comprobando su aparición en los medios de comunicación y otros soportes contratados y aportando los resultados de este seguimiento mediante los estudios de audiencia, procedimientos y plazos establecidos en este acuerdo

marco y en los correspondientes contratos basados. En estos últimos, se concretarán los términos en los que se exigirá este seguimiento continuo, pudiendo exigirse informes diarios.

La realización de una memoria detallada a la finalización de la campaña, en la que se incluyan todos los resultados cuantitativos y cualitativos de la misma así como las incidencias que se hayan producido durante la realización de la campaña.

Las empresas incluirán en su oferta el correspondiente plan estratégico de comunicación que recogerá, como mínimo, las siguientes cuestiones:

La estrategia de medios para la consecución de los objetivos determinando, de manera justificada, los medios a utilizar, sus formatos y el plan de medios con la inversión para cada uno de ellos, así como la evaluación teórica de los resultados que se obtendrán.

Calendario previsto de la campaña.

Equipo de trabajo asignado al proyecto.

En el apartado dedicado al desarrollo y ejecución del contrato se indica lo siguiente

La difusión de las campañas de publicidad sujetas a este acuerdo marco contará, en la Administración General del Estado con un órgano responsable de la campaña, que será la unidad que asuma las funciones de interlocución con las empresas seleccionadas por ser competente por razón de la materia objeto de la campaña de publicidad.

*Para cada campaña de publicidad institucional, las empresas adjudicatarias deberán proponer una estrategia de comunicación. Cada estrategia de comunicación quedará plasmada en una **propuesta teórica de plan de medios**, en el que se describan, de forma justificada, los medios y soportes convencionales y no convencionales a utilizar, así como sus formatos y los porcentajes de inversión en los mismos.*

*El **plan estratégico de medios definitivo** será el que apruebe el órgano responsable de la **campaña**. Con carácter previo a esta aprobación definitiva y a la adjudicación del contrato, se solicitará la **conformidad de la Secretaría de Estado de Comunicación**.*

***Del plan de medios definitivo, de sus eventuales ajustes y de la conformidad de la Secretaría de Estado de Comunicación deberá dejarse constancia en el expediente de contratación.** Los ajustes deberán estar autorizados y debidamente motivados por el órgano responsable de la campaña.*

La empresa adjudicataria facilitará, con la periodicidad que se determine en cada contrato basado, un informe de seguimiento de cada campaña, que permita conocer el grado de

cumplimiento de los objetivos de la campaña, posibles incidencias así como realizar los ajustes que se estimen oportunos en el plan de medios.

Después de la realización de cada campaña, o una vez finalizada una oleada de difusión si así lo establece el contrato basado, la empresa contratada entregará al órgano responsable de la campaña, como mínimo, un ejemplar de la siguiente documentación:

Plan de Medios valorado en términos económicos y de eficacia publicitaria (GRP'S, cobertura, OTS, etc.).

Un informe de la inversión que deberá detallar como mínimo lo siguientes datos por soporte publicitario:

- *Tarifa*
- *Coste GRP sin IVA o descuento*
- *Coste GRP con IVA o descuento*
- *Total neto*
- *Total IVA*
- *Total con IVA*
- *%Inversión*

Total inserciones, pases, cuñas, incluyendo una columna de formatos, duraciones, franja de emisión, radio...

Justificantes *de que la campaña ha sido efectivamente realizada en los medios y en los soportes contratados.*

Para ello, las empresas adjudicatarias presentarán certificados, o cualquier otro documento acreditativo de la ejecución de la campaña en los medios y soportes contratados, tales como: certificaciones de emisión en televisión y cine con los datos de audiencia, certificaciones de emisión en radios, certificaciones de las inserciones en los medios gráficos, certificaciones de las capturas de pantalla de las campañas en Internet, fotográficos de exterior y todos los que fuesen necesarios para justificar la difusión publicitaria contratada.

Los comprobantes deberán ser originales, expedidos por terceros ajenos a la relación contractual o por los propios medios, indicar los tiempos de duración de los pases, su posicionamiento, número de inserciones, periodo de exposición, así como indicar las fechas de

realización y todos aquellos aspectos que se consideren acreditativos de la ejecución de la campaña en los términos contratados.

En los contratos basados se podrán establecer requerimientos adicionales, con el fin de comprobar que la campaña ha sido efectivamente realizada en los medios y soportes contratados.

Informe sobre las posibles incidencias que se hayan producido durante la ejecución del contrato.

4. De lo mencionado anteriormente pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Las campañas de comunicación y publicidad institucional se articulan a través de la contratación de una empresa especializada- denominada normalmente central o agencia de medios-.
- Este contrato se realiza en la actualidad a través de la contratación centralizada si bien, según ha podido constatar este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por otro expediente de reclamación tramitado anteriormente (en concreto, el identificado con nº de expediente R/0148/2015), con anterioridad al establecimiento de este procedimiento de contratación centralizada, la contratación se hacía directamente por el organismo público responsable.
- El Plan de Medios supone el elemento clave en las campañas de publicidad y comunicación institucional al contener toda la información, inclusive la económica, relativa a la campaña a desarrollar.
- Este Plan de Medios es conocido no sólo por el organismo responsable de la campaña sino también por la Secretaría de Estado de Comunicación, que debe dar su conformidad.
- Finalizada la campaña, el organismo responsable de la misma recibe un informe detallado con los datos sobre el desarrollo de la misma. Interesa destacar que, entre la información que se le debe suministrar y que, por lo tanto, está en poder del responsable, se encuentra la siguiente:

Plan de Medios valorado en términos económicos y de eficacia publicitaria (GRP'S, cobertura, OTS, etc.).

Un informe de la inversión que deberá detallar como mínimo lo siguientes datos por soporte publicitario:

- *Tarifa*
- *Coste GRP sin IVA o descuento*
- *Coste GRP con IVA o descuento*
- *Total neto*
- *Total IVA*
- *Total con IVA*
- *%Inversión*

Total inserciones, pases, cuñas, incluyendo una columna de formatos, duraciones, franja de emisión, radio...

Justificantes de que la campaña ha sido efectivamente realizada en los medios y en los soportes contratados.

En definitiva, queda acreditado que el Ministerio tiene en su poder la información/documentación que se le demanda.

5. A continuación, deben analizarse los otros motivos en los que el Ministerio argumentó la denegación del acceso.

A este respecto, destaca que en la respuesta proporcionada inicialmente por el Ministerio, indica que no puede dar la información porque lo contrario implicaría una acción de reelaboración que está recogida como causa de inadmisión en el artículo 18.1 c) de la LTAIBG.

Asimismo, la respuesta también indica el posible perjuicio que se derivaría del acceso a los intereses económicos y comerciales de las empresas afectadas por los contratos y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 h) según el cual *el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales*.

Respecto del concepto de reelaboración, este Consejo de Transparencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones y la interpretación que realiza de dicha causa de inadmisión ha quedado recogido en el Criterio Interpretativo aprobado en aplicación de las facultades conferidas por el artículo 38.2 a) en noviembre de 2015 al respecto, en el que se indica lo siguiente: (...)

En cuanto al concepto de reelaboración, debe entenderse desde el punto de vista literal que reelaborar es, según define la Real Academia de la Lengua: “volver a elaborar algo”. Es esta

circunstancia la que es exigible para entender que estamos ante un supuesto de reelaboración.

Si por reelaboración se aceptara la mera agregación, o suma de datos, o el mínimo tratamiento de los mismos, el derecho de acceso a la información se convertirá en derecho al dato o a la documentación, que no es lo que sanciona el artículo 12 al definir el derecho como “derecho a la información”.

Dicho lo anterior, el concepto de reelaboración como causa de inadmisión ha sido interpretado por este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en diversas resoluciones de tal manera que puede entenderse aplicable cuando la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional de actuación del organismo o entidad que recibe la solicitud, deba: a) Elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o b) Cuando dicho organismo o entidad carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita, resultando imposible proporcionar la información solicitada.

Una vez fijado el concepto de reelaboración, conviene diferenciarlo de otros supuestos regulados Ley 19/2013, que no suponen causa de inadmisión.

El primero sería la solicitud de “información voluminosa”, que aparece recogida en el artículo 20.1. En este caso, se trata de información cuyo “volumen o complejidad” hace necesario un proceso específico de trabajo o de manipulación para suministrarla al solicitante. En este caso no se estaría ante un supuesto de reelaboración, por lo que tampoco sería un caso de inadmisión de la solicitud sino de ampliación del plazo para resolver.

En este sentido se pronuncia el artículo 20.1, párrafo 2 que dice textualmente “Este plazo (1 mes) podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante”.

No obstante, sí puede tenerse en cuenta el elevado volumen de la información objeto de solicitud cuando ello suponga que, atendiendo también al alcance y objeto concreto de lo solicitado así como los medios disponibles, se incurra en algunas de las circunstancias o supuestos que, a juicio de este Consejo de Transparencia, impliquen que estemos ante un supuesto de reelaboración.

El segundo supuesto sería el que se refiere a la información que, por contener datos de carácter personal, debe ser “anonimizada” o disociada antes de ser suministrada al interesado o bien que, por afectar a alguno de los límites previstos en la norma, el acceso sólo deba proporcionarse respecto de parte de la información solicitada. Son los supuestos contemplados en los artículos 15.4 -que prevé la anonimización de la información, de modo

que se impida la identificación de las personas afectadas- y 16 de la Ley 19/2013, que prevé el suministro de la información con omisión de aquella que esté afectada por algunos de los límites del artículo 14.

En estos casos, y pese a suponer, implícitamente, un proceso específico de trabajo para proporcionar la información, ninguno de estos dos supuestos puede entenderse como reelaboración.

Puede ocurrir también que la información se encuentre en poder de varias unidades informantes que resultan responsables de su custodia pero su autor esté claramente definido. En este caso tampoco se trataría de un caso de reelaboración, operando el artículo 19.4 de la Ley 19/2013 que establece que: “Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso”.

En sentido contrario, sí sería aplicable el concepto de reelaboración en aquellos supuestos en los que la Administración, teniendo solamente la información en un determinado formato, ésta no sea reutilizable en los términos que señale la Ley, debiendo en este caso ofrecerse la información en los formatos existentes.(...)

Aplicado este criterio al caso que nos ocupa, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La aplicación de toda causa de inadmisión y, concretamente por ser el objeto de la presente reclamación, la regulada en el artículo 18.1 c), debe quedar debidamente motivada en la resolución por la que se responda a la solicitud de información presentada.
- En el presente caso, la resolución dictada por el Ministerio carece de toda motivación relativa a la aplicación de la indicada causa de inadmisión más allá de la mención a que la considera de aplicación.
- No se puede entender que sea necesario *volver a elaborar algo* cuando ha quedado demostrado por lo indicado en los apartados anteriores de esta resolución que la información que pide el solicitante sobre los planes de medios es información que la empresa encargada de la campaña debe proporcionar al organismo responsable que, además, también debe informar detalladamente de la ejecución de la campaña.

Este criterio se confirma por los tribunales de justicia, en sentencias como la nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo de Madrid y la Sentencia en Apelación nº 47/2016, de 7 de noviembre de 2016, de la Audiencia Nacional: *“La interpretación del art. 18.1. c) de la Ley 19/2013 ha de hacerse atendiendo a que en ella se configura el derecho de acceso a la información pública como un auténtico derecho público*

subjetivo, al establecer que "Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105. b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley" (Artículo 12), y a la Exposición de Motivos, conforme a la cual "el capítulo III (donde se insertan ambos preceptos, arts. 12 y 18 de la ley) configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud.

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. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad".

(...) Al margen de disquisiciones sobre el concepto de la reelaboración de información que no influyen en el presente caso, donde no se impugnan los criterios interpretativos fijados por el CTBG, la recurrente no ha justificado que el suministro de la información solicitada exija una labor previa de reelaboración, pues aparte de sus alegaciones ninguna otra prueba se allega que soporte su posición."

En estas condiciones, se entiende que no resulta de aplicación la causa de inadmisión del artículo 18.1 c) de la LTAIBG.

6. Corresponde ahora valorar la aplicación al caso que nos ocupa del límite al acceso previsto en el artículo 14.1 h) de la LTAIBG, sobre el perjuicio a los intereses económicos y comerciales.

A este respecto, destaca como argumento, motivado precisamente por el hecho de que este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya se ha pronunciado sobre la aplicación de este límite, que el mismo sería de aplicación- y por tanto, el perjuicio afectaría- no al organismo público concernido sino a las empresas afectadas por los contratos (no se especifica claramente si a la que contrata con la Administración o a los medios de comunicación con los que se contratan los diferentes anuncios e inserciones).

Debe recordarse que, en interpretación realizada por este Consejo, la aplicación de los límites *no será en ningún caso automática, sino que, antes al contrario, deberá analizarse si la concesión del acceso a la información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable. Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional del límite, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, especialmente, a la posible existencia de un interés superior que, aún produciéndose un daño, justifique la publicidad o el acceso (test del interés).*

Conviene citar, en este punto, los criterios mantenidos por los Tribunales de Justicia en cuanto a los límites contenidos en la LTAIBG:

- Sentencia nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Madrid, dictada en el PO 57/2015

“(…) 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. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad”.

“La ley consagra la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurren causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14. Tales causas constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia deben ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto, como la norma indica, de tal modo que frente a los actos típicamente discrecionales, (...). En el supuesto litigioso se exige que se acredite que el acceso a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

En la Sentencia de 7 de noviembre de 2016, dictada en el Recurso de Apelación presentado frente a la Sentencia de instancia indicada previamente, la Audiencia Nacional expresamente señaló que *“Y si concurre alguno de los límites del art. 14 reseñado deberá de acreditarlo”*

- Sentencia nº 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid, dictada en el PO 43/2015

“Pues bien, a la hora de interpretar tal precepto - 14.1 h-, hemos de tener presente que, la citada Ley, 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”.

- Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid, dictada en el PO 38/2016:

"El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía.

Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria". "Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia."

- Sentencia nº 98/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, dictada en el PO 49/2016:

"La ley consagra pues la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurran causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14, causas que constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia han de ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto (...)"

Finalmente, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, dictada en procedimiento de casación, que razona lo siguiente:

"Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1."(...)

“En cuanto a la limitación del acceso a la información prevista en el artículo 14.1. h/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (cuando el acceso a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales), ya hemos señalado que las limitaciones contempladas en el artículo 14 de la Ley 19/2013, lo mismo que sucede con las causas de inadmisión de solicitudes de información que enumera el artículo 18, deben ser interpretadas de forma estricta y partiendo de la premisa de que el derecho de acceso a la información aparece configurado en nuestro ordenamiento con una formulación amplia, de manera que sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas. Claramente lo deja así señalado el artículo 14.2 de la Ley 19/2013 cuando dispone: << (...) 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso >>. Por tanto, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración -o, en este caso, de la Corporación RTVE-, pues hemos visto que aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley.

Partiendo de esas premisas, y centrándonos en la concreta limitación prevista en el artículo 14.1. h/ de la Ley 19/2013, lo cierto es que en el caso que nos ocupa no ha quedado justificado que el acceso a la información solicitada pudiese suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.”

En el caso que nos ocupa, la Administración simplemente el límite sin justificar mínimamente porqué considera que resulta de aplicación. Por otro lado, entiende este Consejo de Transparencia que la mención a que el perjuicio se produce no respecto del organismo público sino de las empresas terceras, no tiene incidencia en el caso que nos ocupa tal y como se va a analizar a continuación.

7. Así, debe tenerse muy en cuenta que la mayoría de las empresas contratantes no se opone a que se facilite la información. Por el contrario, únicamente las entidades BLUE 449 AGENCIA DE MEDIOS, S.L. (antes OPTIMEDIA, S.L.U.) y CARAT ESPAÑA, S.A.U. manifiestan su disconformidad a que se facilite ésta, alegando posibles daños a sus intereses económicos y comerciales.

En cuanto a los secretos comerciales, íntimamente ligados a esos intereses económicos, debe citarse la reciente Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuyo *Preámbulo* comienza indicando que *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.

Esta norma define los secretos empresariales conforme a los dictados de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, como *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.*

Este deber de secreto comercial puede afectar a los intereses económicos y comerciales de las empresas, lo que constituye un límite contenido en la LTAIBG. Sin embargo, esta propia norma establece, en su artículo 8.1. a), la obligatoriedad de publicar de oficio *Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

Sobre la confidencialidad o el secreto en la contratación pública ya se ha pronunciado con anterioridad este Consejo de Transparencia. Así, por ejemplo, en el procedimiento R/0102/2017 se razonaba lo siguiente:

“Tal y como sostiene el Informe de su Asesoría Jurídica, A la hora de determinar el acceso a la documentación del expediente de contratación debemos diferenciar las distintas fases de éste: la preparación, adjudicación y formalización, por un lado, y la ejecución, por otro. Cualquier licitador o persona interesada ostenta un interés legítimo dentro de las fases de preparación, adjudicación y formalización del contrato para conocer todas vicisitudes del contrato y poder ejercitar las acciones pertinentes para recurrir los pliegos, la adjudicación, la valoración de su

oferta o cualquier incidencia que consideren que perjudica su derecho, siendo publicada toda la información relativa al expediente en la plataforma de contratación y pudiendo acceder a examinar el expediente si lo considera oportuno. Por ello, todos los documentos que integren las fases de preparación, adjudicación y formalización de los contratos deben ser facilitadas a quien lo solicite.

Respecto a la fase de ejecución, este mismo Informe mantiene que solamente compete su control al órgano de control y al adjudicatario y, posteriormente, a la Intervención General del Estado (IGAE) a través de su Intervención Delegada y al Tribunal de Cuentas. Sin embargo, como se ha razonado en el Fundamento Jurídico anterior, desde la entrada en vigor de la LTAIBG, la ciudadanía puede efectuar ese control sobre la contratación del sector público, en cualquiera de sus fases, quedando suficientemente legitimada en virtud del derecho constitucional de control de la actividad pública y de petición de rendición de cuentas a aquellos que toman decisiones que les afectan. La Transparencia de la actividad pública no se basa únicamente en el principio de publicidad activa, que obliga a publicar de oficio determinada información o documentación de interés económico, jurídico, contractual, organizativo, etc. El derecho de acceso, configurado en sentido amplio, es otro de los complementos necesarios para hacerla efectiva, pudiéndose solicitar información tanto si ya se ha publicado como si no, especialmente en un asunto tan sensible y espinoso como la contratación del Estado. No debe olvidarse que el principio de transparencia debe regir en toda contratación realizada con fondos públicos, en todas sus fases, según determina el propio texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 139, según el cual Los órganos de contratación ajustarán su actuación al principio de transparencia.

En el presente caso, si existiera un daño real sobre los intereses económicos y comerciales de los adjudicatarios, debería restringirse del conocimiento de los solicitantes aquella parte afectada por el límite, no la totalidad del expediente.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el citado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 140, establece un deber general de confidencialidad, durante 5 años, respecto de determinados documentos que se consigan dentro del procedimiento de contratación. En concreto, la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

Por todos los argumentos y consideraciones anteriores, la presente Reclamación debe ser estimada parcialmente, por lo que la Administración debe facilitar a la Reclamante aquella documentación o información solicitada y contenida en el Expediente de Contratación (...) consistente en el Servicio de mantenimiento de las grúas móviles autopropulsadas del ejército

de tierra, correspondiente al ejercicio cerrado de 2016, en cualquiera de sus fases, eliminando de la misma los datos de carácter personal y aquellos documentos o partes de documentos que los empresarios hayan designado como confidenciales, en particular los secretos técnicos o comerciales, los aspectos confidenciales de las ofertas y los albaranes.”

Igualmente, en los procedimientos R/0317/2018 y R/0455/2018, se argumentaba lo siguiente: *“(…) este Consejo de Transparencia considera que, por imperativo legal, se debe acceder a la liquidación y, en todo caso, a las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato. Asimismo, se debe hacer pública toda información relativa al objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.*

El carácter confidencial puede afectar, entre otros, a los aspectos siguientes:

- Secretos técnicos y comerciales.*
- Aspectos confidenciales de las ofertas.*
- Cualquier otra información el contenido de la cual pueda ser utilizado para falsear la competencia, en este procedimiento de licitación o en procedimientos posteriores.*
- Datos protegidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en el caso de las personas físicas.*

Los datos empresariales que se tienen que proteger serán los derechos de autor y las patentes, los secretos empresariales y otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para perjudicar los intereses legítimos o la competencia leal entre empresas. Esta protección ha de estar encaminada a salvaguardar la innovación y el know how de las empresas y preservar la competencia leal y evitar la competencia falseada.

De acuerdo con la definición de secretos comerciales antes expuesta, este Consejo de Transparencia entiende que acceder a contenidos sobre notas internas y memorandos relativas al proceso llevado a cabo por la Comisión Negociadora incide directamente en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos (know how) e información, siendo un factor determinante para la competitividad (no para la competencia) y su rendimiento asociado a la innovación en el mercado y, por tanto, para la rentabilidad de las inversiones, que constituye la motivación subyacente a la investigación y el desarrollo en las empresas. Por tanto, dar la información podría acarrear perjuicios claros en los intereses económicos y comerciales de la empresa Elsevier.

Sin embargo, deben hacerse públicos:

- El contenido de las actas que hayan sido levantadas durante este proceso negociador, puesto que su conocimiento permite aplicar de facto el concepto de transparencia de la actuación pública consagrado en el preámbulo de la LTAIBG, que persigue controlar la acción pública y saber cómo se toman las decisiones, y

- La oferta comercial, que es pública por expreso mandato legal.

En consecuencia, la presente Reclamación debe ser estimada en parte...”

No puede considerarse, por tanto, como secreto comercial, a la vista de lo reseñado, la cantidad de dinero que han recibido las agencia de medios ni los medios de comunicación, puesto que es un dato que por imperativo legal ha de hacerse público.

Asimismo, no se están solicitando los expedientes completos de publicidad institucional en los que podría incluirse documentación declarada expresamente confidencial por los licitadores, sino el importe de las campañas en un determinado periodo de tiempo. Hay que tener en cuenta que estamos hablando del uso y destino de dinero público, es decir, de controlar el gasto público, que es una de las finalidades de la LTAIBG y que justifica su difusión, con independencia de que pudiera existir un improbable perjuicio a los intereses económicos y comerciales de una determinada entidad privada, lo que tampoco ha sido debidamente acreditado.

En conclusión, por todos los argumentos expuestos anteriormente, este Consejo de Transparencia considera que la presente reclamación debe ser estimada, al no apreciarse la existencia del límite del artículo 14.1 h) de la LTAIBG.

III. RESOLUCIÓN

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

PRIMERO: ESTIMAR la reclamación presentada por [REDACTED], con entrada el 9 de diciembre de 2016, contra la resolución del MINISTERIO DEL SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, de fecha 24 de noviembre de 2016.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DEL SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a [REDACTED] la siguiente información:

- *Listado de campañas realizadas y presupuesto ejecutado del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y sus organismos dependientes para los años 2012, 2013, 2014 y 2015, desglosado por medios de comunicación donde se anunció la campaña.*
- *Solicito los datos desglosados por año, presupuesto ejecutado, organismo, campaña, número de inserciones, tarifa y medio de comunicación.*

TERCERO: INSTAR al MINISTERIO DEL SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL a que, en el mismo plazo, remita a este Consejo de Transparencia copia de la información enviada al reclamante.

De acuerdo con el [artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre](#)⁵, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, 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](#)⁶, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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-Administrativa](#)⁷.

EL PRESIDENTE DEL CTBG. P.V.
(Art. 10 del R.D. 919/2014)
EL SUBDIRECTOR GENERAL DE TRANSPARENCIA
Y BUEN GOBIERNO.

Fdo: Francisco Javier Amorós Dorda

⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#a23>

⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&tn=1&p=20181206#a112>

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&tn=1&p=20181206#a9>