ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 12
Procedimiento ordinario 116/2019

En el recurso contencioso-administrativo núm. 116/2019, promovido por la Administración general del Estado, representada y defendida por el abogado del Estado, contra la resolución del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 7 de noviembre de 2019 que instó al Ministerio de Economía y Empresa a remitir a [redacted] el Convenio entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB, relativo a la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales de [redacted] y otros y GBM Global, Sociedad Anónima de capital variable, fondo de inversión de renta variable y otros contra el Reino de España, en el que ha sido parte demandada el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, representado por la procuradora [redacted] y defendido por la abogada [redacted], yo, Fernando Pastor López, Juez Central de lo Contencioso-administrativo núm. 12, dicto la siguiente

S E N T E N C I A N Ú M. 4 7 / 2 0 2 2

En Madrid a veintisiete de abril de 2022.

Antecedentes

Primero. El 22 de noviembre de 2019 el abogado del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo en nombre de la Administración general del Estado contra la resolución del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) de 7 de noviembre de 2019 que instó al Ministerio de Economía y Empresa a remitir a [redacted] el Convenio entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB, relativo a la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales de [redacted] y

[redacted]

otros y GBM Global, Sociedad Anónima de capital variable, fondo de inversión de renta variable y otros contra el Reino de España.

Reclamado el expediente, el abogado del Estado presentó la demanda (acontecimiento 26 del expediente judicial electrónico), en la que, tras exponer los hechos e invocar los fundamentos de Derecho que consideró pertinentes, solicitó que se dictara sentencia por la que se anulara y dejar sin efecto la resolución impugnada con imposición de las costas a la parte demandada.

Segundo. El CTBG contestó a la demanda (acontecimiento 34) y solicitó su íntegra desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Tercero. Las partes formularon sus conclusiones y en providencia de 21 de abril de 2022 se declaró el pleito concluso para sentencia.

Cuarto. En decreto de 23 de julio de 2020 se estableció como indeterminada la cuantía del proceso.

Fundamentos jurídicos

Primero. 1. En el Boletín Oficial del Estado de 20 de junio de 2019, mediante resolución de la Subsecretaria de Economía y Empresa de 6 de junio de 2019, se dio noticia de la suscripción de un Convenio entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB relativo a la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales promovidos por [redacted] y otros y GBM Global, Sociedad Anónima de capital variable, fondo de

inversión de renta variable y otros contra el Reino de España a raíz del proceso de resolución del Banco Popular (el Convenio, en lo sucesivo). En la citada resolución se hizo constar que solo se reseñaba la suscripción del Convenio, sin publicarlo íntegramente como procedería con arreglo al art. 48.8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, habida cuenta de que concurrían las circunstancias previstas en los arts. 5, 14 y 20 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LAITBG), que impiden el acceso a la información cuando suponga un perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.

2. El 17 de julio de 2019 [redacted] se dirigió al Ministerio de Economía y Empresa. “Les solicito”, dijo, “el convenio firmado por su organismo así como todas las implicaciones económicas y legales que supone la aprobación del mismo. ¿Me pueden informar del coste que supone al contribuyente este convenio desglosando los recursos humanos y de otra índole? Me baso en la ley de transparencia. También les solicito la información aportada a este proceso.”

El 1 de agosto de 2019 desde la Subdirección General de Estudios, Información y Publicaciones del Ministerio de Economía y Empresa se contestó al [redacted] que tal como se indicaba en la reseña del Convenio publicada en el Boletín Oficial del Estado, no procedía, de acuerdo con el art. 14.1 f) de la LAITBG, la aportación de información porque ello supondría un perjuicio para «la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva».

3. El 13 de agosto de 2019 [redacted] presentó una reclamación ante el CTBG alegando que el

Ministerio de Economía y Empresa no había argumentado los motivos por los que no le facilitaban la información pública solicitada. El CTBG remitió la reclamación al Ministerio de Economía y Empresa para alegaciones. El 11 de septiembre de 2019 el Secretario General Técnico del citado Ministerio, remitiéndose a su vez a lo informado por la Abogacía del Estado en ese departamento, informó que la publicidad del convenio que perjudicaría la igualdad de las partes en los arbitrajes a que se refería el mismo. El acceso a la determinación de las "obligaciones de financiación, de gestión administrativa o documental y de aportación de medios que son necesarias para atender la representación y defensa en dichos arbitrajes", así como a los compromisos de cada una de las partes, incluidos los de naturaleza económica, perjudicaría la posición de defensa del Reino de España al permitir a los demandantes conocer estrategias de defensa reflejadas, de manera directa e indirecta, en los pactos para la colaboración y coordinación de las partes en el desarrollo de los arbitrajes. Baste recordar que, según el título del acuerdo, el objeto del mismo es "la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales [redacted] y otros y GBM GLOBAL, sociedad anónima de capital variable, fondo de inversión de renta variable y otros contra el Reino de España". No cabe duda, seguía diciendo el Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Empresa, que el contenido del acuerdo implica información relevante para la sustentación de los argumentos del Reino de España, en los procedimientos arbitrales, que resultaría perjudicado frente a los demandantes. El perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva como límite para el acceso a la información pública busca asegurar que la Administración tenga las mismas garantías procesales

que los ciudadanos, sin que se pueda ver perjudicada por el derecho de acceso, que no debe permitir que la contraparte obtenga por esta vía los documentos e informaciones elaborados específicamente para el proceso judicial, documentos e informaciones que la contraparte no tiene la obligación de facilitar a la Administración. El acceso a estos documentos podría permitir a la contraparte conocer la estrategia de defensa, la argumentación jurídica y elementos probatorios de la Administración (y sus puntos débiles) antes del momento procesal oportuno, y la situaría en una posición de ventaja contraria a la igualdad que debe regir todo proceso, también aquellos en que sea parte la Administración.

4. Previa audiencia de [redacted], el 7 de noviembre de 2019 el Presidente del CTBG estimó la reclamación presentada por aquél contra la resolución del Ministerio de Economía y Empresa de 1 de agosto de 2019 e instó a dicho Ministerio a que en el plazo de 10 días hábiles remitiera al reclamante la siguiente documentación:

"-el convenio firmado por su organismo (Convenio entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB, relativo a la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales [redacted] *y otros y GBM Global, Sociedad Anónima de capital variable, fondo de inversión de renta variable y otros contra el Reino de España) así como todas las implicaciones económicas y legales que supone la aprobación del mismo. ¿Me pueden informar del coste que supone al contribuyente este convenio desglosando los recursos humanos y de otra índole?."*

Contra esa resolución se dirige el recurso contencioso-administrativo de la Administración general del Estado.

[redacted] [redacted]

Segundo. La representación de la Administración del Estado demandante critica que la resolución del Presidente del CTBG de 7 de noviembre de 2019 haya partido de la negación de que el acceso a la información solicitada suponga perjuicio alguno para la posición de la Administración en los procesos arbitrales o para su derecho a la tutela judicial efectiva con arreglo al art. 14.1 f) de la LTAIBG, y que, en consecuencia, no haya analizado si existía el interés público o privado superior que justificara el acceso, a que se refiere el art. 14.2 de dicha Ley ni, por tanto, efectuado la ponderación o test del daño a que la propia resolución se refiere. Razona seguidamente el representante de la Administración del Estado que como resulta de la propia reseña publicada en el Boletín Oficial del Estado el Convenio tiene por objeto establecer un mecanismo de coordinación entre la multiplicidad de organismos públicos, autoridades administrativas independientes y Administraciones involucradas en el proceso de resolución del Banco Popular que, en el plano externo y en el procedimiento de arbitraje internacional deben, sin embargo, actuar unitariamente, como Reino de España, bajo una sola representación, lo que exige un mecanismo de coordinación entre ellas, que es el Convenio. La publicidad del Convenio supone inexorablemente una situación de desigualdad de las partes, ya que permitiría a quienes han promovido los procesos arbitrales conocer de antemano la estrategia de defensa, la argumentación jurídica y los elementos probatorios de la Administración y sus puntos débiles. Frente a esta circunstancia no consta la concurrencia de un interés público o privado superior que, según lo previsto en el art. 14.2 de la LTAIBG, justifique el acceso a la concreta información. El único interés privado afectado por la denegación del acceso sería el de las partes promotoras de los procedimientos. Alega también la representación de la Administración del Estado que

el CTBG no oyó al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores ni al FROB, personas jurídicas plenamente identificadas y cuyos derechos e intereses estaban afectados, antes de dictar su resolución, vulnerando la previsión contenida en el segundo párrafo del art. 24.3 de la LTAIBG.

La representación del CTBG alega que los límites a que se refiere el art. 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directa y automáticamente (según resulta de su tenor literal, “podrán” ser aplicados), debiendo analizarse previamente si la estimación de la petición de información supone un perjuicio concreto, definido y evaluable y verificarse si en el caso concreto existe un interés que justifique la publicidad o el acceso. La aplicación del límite previsto en el art. 14.1 f) debe reservarse exclusivamente a la información que pueda perjudicar “constatablemente” la igualdad de las partes, lo que requiere que se trate de documentos en los que se exponga la estrategia procesal y de defensa de las partes y, en consecuencia, su aplicación será admitida para documentos expresamente elaborados para un procedimiento judicial. Niega, por otra parte, la representación del CTBG que el Convenio detalle las estrategias procesales y los medios de defensa y de prueba que se van a utilizar en los arbitrajes, por lo que el acceso a la información impugnado no menoscabaría el derecho de defensa del Reino de España. En cuanto a la alegación de que no se había oído a los interesados se argumenta que el demandante no ha identificado a los supuestos terceros interesados.

Tercero. Conviene aclarar como cuestión preliminar que, en contra de lo que parece entenderse en la contestación a la demanda, el tenor del art. 14.1 de la LTAIBG, cuando dice que

en los supuestos en él enunciados se “podrá” limitar el derecho de acceso a la información, no está dejando al arbitrio de los órganos administrativos (o del CTBG cuando conoce de reclamaciones frente a las decisiones de estos) el conceder o no dicho acceso. Está diciendo que en la hipótesis de que el acceso perjudique a cualquiera de los bienes jurídicos allí enunciados, deberá ponderarse si los mismos deben sacrificarse en atención a intereses superiores. Si no consta la existencia de circunstancias especiales o de intereses públicos o privados superiores y sí el perjuicio de esos bienes jurídicos el acceso deberá ser denegado.

Cuarto. Como es obvio, quien dicta esta sentencia no ha tenido acceso al texto del Convenio. Ello no impide apreciar que, habida cuenta de su rúbrica y de lo que las partes han dicho sobre el mismo, se trata de un documento en el que se establece el marco para que diversas personas jurídicas de Derecho público nacionales (la Administración del Estado, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB) confluyan en la elaboración de la defensa unitaria del Reino de España como sujeto de Derecho internacional en unos procedimientos de arbitraje promovidos ante organismos arbitrales internacionales como la Corte Permanente de Arbitraje o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), del Banco Mundial. Se trata (o se trataba, al menos, cuando el CTBG dictó la resolución impugnada) de unos procedimientos en curso. No es dudoso que a los efectos de la aplicación del límite al derecho de acceso a la información pública del art. 14.1 f) de la LTAIBG la circunstancia de que las controversias a las que se refiere el Convenio se vayan a decidir en unos procedimientos arbitrales y no en unos procedimientos judiciales propiamente dichos es irrelevante.

Pues bien, parece evidente que dar acceso al texto del Convenio cuando los procedimientos arbitrales a que se refiere están en curso supone un perjuicio real para el Reino de España en cuanto que es parte en esos procedimientos, en beneficio de sus contrapartes, que podrán conocer de antemano la estrategia con la que se plantea la defensa, los argumentos y contraargumentos a emplear en función de diferentes hipótesis y las pruebas que se prevén presentar o proponer. Tal situación supone una ruptura del principio de igualdad de armas, en la medida en que solo el Reino de España y no las otras partes tendría que dar acceso a los documentos preparatorios de su defensa. El acceso al Convenio en cuanto permite a los promotores de los procedimientos arbitrales el conocimiento previo de la estrategia de defensa del Reino de España supone por sí mismo un perjuicio real (y no meramente hipotético) de la igualdad de las partes, perjuicio tan evidente que no merece la pena detenerse en razonarlo más.

Quinto. El Convenio versa sobre una concreta actuación de los entes públicos que lo han suscrito. Pero tales entes no actúan aquí como poderes públicos que van a valerse de sus potestades frente los particulares, sino como partes en unos procesos de arbitraje, en los que están sujetos a las decisiones de los órganos arbitrales, que son quienes ejercerán sus potestades sobre el Reino de España. Es ante los órganos arbitrales ante quien el Reino de España deberá exponer su posición, sin que tenga ningún sentido someterla a conocimiento público antes de que se decidan las controversias. Con el acceso al Convenio se perjudica no solo la igualdad de armas, sino también la tutela judicial efectiva. No discute el CTBG que la Administración del Estado y las demás partes en el Convenio gozan en este caso de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con

todas las garantías en el que el se inserta de la igualdad de las partes.

El art. 4.2 del Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, contiene una norma muy parecida a la del art. 14.1 f) de la LTAIBG. Establece que las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico salvo que su divulgación revista un interés público superior. Interpretando el Reglamento, en el que, como dice el abogado del Estado en la demanda, se ha inspirado la LTAIBG, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de septiembre de 2010, recaída en el asunto C-532/07 (ECLI:EU:C:2009), ha declarado que la misma no es ajena a la exclusión de la actividad jurisdiccional del ámbito de aplicación de la normativa sobre el acceso a la información pública, exclusión que “se justifica por la necesidad de garantizar, durante todo el procedimiento jurisdiccional, que los debates entre las partes y la deliberación del órgano jurisdiccional que conoce del asunto pendiente, se desarrollen serenamente.” Ha declarado también que la divulgación de escritos procesales de un asunto en curso en “llevaría a permitir que se ejercieran, aunque sólo fuera en la percepción del público, presiones externas sobre la actividad jurisdiccional y que se perjudicara la serenidad de los debates.” Y asimismo que “ha de reconocerse la existencia de una presunción general de que la divulgación de los escritos procesales presentados por una institución en un procedimiento jurisdiccional perjudica la protección de dicho procedimiento, en el sentido del artículo 4, apartado 2, segundo guion, del

Reglamento nº 1049/2001 mientras dicho procedimiento esté pendiente.”

Esas razones son plenamente aplicables en este caso con fundamento en la LTAIBG. Aquí no se trata del acceso a escritos procesales propiamente dichos, sino de algo que perjudica aún más gravemente el derecho a la tutela judicial efectiva, como es el conocimiento público de la actividad preparatoria de la propia defensa. De modo que con el acceso al Convenio las presiones externas a que se alude en la sentencia citada podrían producirse incluso sobre los órganos y las personas responsables del asesoramiento y la defensa del Reino de España como parte en los procedimientos arbitrales.

Sexto. Ni en la resolución impugnada ni en la contestación a la demanda se identifica ninguna circunstancia relevante del caso concreto que justifique el evidente perjuicio que para la posición procesal del Reino de España en los procedimientos arbitrales aludidos y para la efectividad de la tutela judicial supondrá el acceso al Convenio. Tampoco se indica qué interés público puede haber en el acceso al texto del Convenio. Por lo demás, en el procedimiento seguido ante el CTBG, el reclamante, que tuvo conocimiento de las razones del Ministerio de Economía y Empresa sobre la cuestión, no identificó ningún interés privado para acceder al Convenio, sino que se refirió al hecho de que, según declaraciones de un ministro, la intervención del Banco Popular no debería suponer coste alguno, cuestión que no guarda relación alguna con el acceso al citado Convenio. No debería, pues, haberse estimado la reclamación de [redacted].

Séptimo. La resolución impugnada del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no es, pues, ajustada a Derecho. Debo, en consecuencia, estimar el recurso de la

Administración del Estado contra la misma y anularla con arreglo a los arts. 70.2 y 71.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), sin necesidad de examinar el argumento subsidiario de la Administración demandante.

Octavo. Con arreglo al art. 139.1 de la LJCA debo imponer las costas de este proceso al CTBG, cuyas pretensiones serán desestimadas, si bien, haciendo uso de la autorización contenida en el apartado 4 de dicho precepto, con el límite de 600 euros.

Por lo dicho,

F A L L O

Que estimo el recurso contencioso-administrativo promovido por la Administración general del Estado contra la resolución del Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 7 de noviembre de 2019 que instó al Ministerio de Economía y Empresa a remitir a [redacted] el Convenio entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Economía y Empresa, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el FROB, relativo a la representación y defensa de los intereses del Reino de España en los procedimientos arbitrales internacionales de [redacted] y otros y GBM Global, Sociedad Anónima de capital variable, fondo de inversión de renta variable y otros contra el Reino de España, acto administrativo que anulo por no ser ajustado a Derecho, con imposición al citado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de las costas de este proceso en los términos del fundamento octavo.

Notifíquese a las partes esta sentencia haciéndoles saber que es susceptible de recurso de apelación, que se podrá

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

interponer ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito a que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y del que conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.