



Expedient Núm. 72/2018
Informe Núm. 7/2019

**CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA
I BON GOVERN DE LA COMUNITAT VALENCIANA**

COMISSIÓ EXECUTIVA

Srs.:

President: Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sra. Emilia Bolinches Ribera

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

A València, 25 d'abril de 2019

ASSUMPTE: Informe sobre consulta de CIUTAT DE LES ARTS I LES CIÈNCIES – ██████████.

En resposta a la consulta formulada per l'entitat Ciutat de les Arts i les Ciències – ██████████, mitjançant escrit presentat el 4 de maig de 2018 per registre d'entrada amb número 3932 davant el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, la Comissió Executiva d'aquest Consell emet el següent **INFORME**:

ANTECEDENTS

El 4 de maig de 2018 es va presentar per part de l'entitat Ciutat de les Arts i les Ciències (en endavant CACSA) sol·licitud d'informe al Consell de Transparència, Accés a la Informació i Bon Govern de la Comunitat Valenciana (en endavant CTCV) en relació amb una qüestió sobre l'aplicació de la legislació sobre transparència als operadors empresarials que participen en el procediment de contractació amb la citada entitat.

En concret, se cita l'empresa ██████████ que ha resultat adjudicatària de la licitació: “*Gestió i explotació dels edificis i instal·lacions de l'Oceanogràfic i de l'Àgora, i l'ajuda a CACSA per a la dinamització de la Ciutat de les Arts i les Ciències*”.

La consulta planteja que CACSA com a entitat del sector públic instrumental té obligacions en matèria de transparència, segons el que es disposa en l'art. 2 de la *Llei 2/2015 de 2 d'Abril, de la Generalitat, de Transparència, Bon Govern i Participació ciutadana de la Comunitat valenciana* (en endavant Llei 2/2015), però el que li planteja més dubtes és si el citat concessionari ██████████ està inclòs dins de les disposicions de l'art. 3.4 de la citada Llei: “*Les entitats privades o persones jurídiques que presten serveis públics. Aquestes obligacions s'inclouran en les normes reguladores dels concerts i altres formes de participació o gestió en els seus plecs o documents contractuals anàlegs que corresponguen*”. La consulta plantejada incideix en el fet que arriben a CACSA mitjançant el portal de transparència sol·licituds en relació amb els negocis gestionats per ██████████, qüestió sobre la qual es planteja el dubte de l'abast del dret d'accés a la informació que vincula a CACSA respecte d'informació de ██████████ que obra en el seu poder. L'empresa ██████████ referent a aquesta qüestió va aportar un informe del seu assessor legal, el despatx d'advocats ██████████, en el qual s'argumentaven les obligacions que al seu judici compelen al seu client (Informe que obra entre la documentació presentada). Com a conclusió, es planteja al Consell de Transparència que emeta informe sobre les concretes obligacions que té l'empresa ██████████ en matèria de Transparència.

A la vista d'aquests antecedents i basant-nos en la competència atribuïda en l'art. 42.d) de la Llei 2/2015 i en l'art. 82.e) del Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desenvolupament de la Llei 2/2015, aquest Consell dóna resposta a la consulta plantejada segons la següent argumentació:

FONAMENTACIÓ JURÍDICA

PRIMER.- La primera de les qüestions sobre les quals escau incidir és que una vegada analitzada la documentació que aporta CACSA a aquesta consulta, el tipus de contracte subscrit amb la mercantil [REDACTED], no sembla que se circumscriba a l'establiment d'un servei públic. Aquesta qüestió determinaria que efectivament la mercantil estiguera vinculada per l'art. 3.4 de la Llei 2/2015, com es planteja en els antecedents de la consulta.

L'objecte del contracte subscrit entre les parts és el següent (Clàusula tercera):

“L'objecte del contracte actual és la gestió i explotació mitjançant la cessió d'ús dels béns patrimonials de CACSA a la Societat Operadora, corresponents als edificis i instal·lacions de l'Oceanogràfic, el seu aparcament, i l'Àgora, així com la promoció, organització i realització de tota classe d'activitats compatibles amb aquests, classificant-se les activitats de la següent forma:

a) Activitats principals:

- i Venda d'entrades i altres ingressos derivats de l'explotació dels edificis i instal·lacions, el seu equipament i continguts.*
- ii. Aparcament de l'Oceanogràfic*
- iii Actes i esdeveniments*
- iv. Cessió de drets d'imatge i 'naming rights'*

b) Activitats secundàries:

- i. Restauració*
- ii. Marxandatge*
- iii. Servei d'àpats*

Així mateix, la Societat Operadora realitzarà les següents activitats sota la direcció i supervisió de CACSA:

a) Activitats secundàries en els edificis del Museu de les Ciències Príncep Felip de València i l'Hemisfèric:

- i. Restauració*
- ii. Marxandatge*
- iii. Servei d'àpats.*

b) Suport a CACSA per a la dinamització del conjunt de la Ciutat de les Arts i les Ciències, mitjançant la realització per la Societat Operadora de les següents activitats:

- i. Execució d'una campanya de publicitat relativa als edificis, instal·lacions i activitats de Ciutat de les Arts i les Ciències sota la supervisió de CACSA, per un import mínim anual de 750.000 € (set-cents cinquanta mil euros) més l'Impost sobre el Valor Afegit vigent a cada moment (import actualitzable anualment segons l'Índex de Preus al Consum), segons s'especifica en el PPT.*
- ii. Aportació a CACSA de la proposta d'execució anual de continguts expositius i audiovisuals per al Museu de les Ciències i de l'Hemisfèric en els termes establits en el PPT, inclosos en la seua oferta, que en el cas de ser acceptats per CACSA seran gestionats i explotats per aquesta.*
- iii. Col·laboració en la comercialització de la venda d'entrades de Museu i Hemisfèric i venda d'entrades combinades (Oceanogràfic, Àgora, Museu i Hemisfèric), segons condicions del PPT.*

Queden incloses en l'objecte del contracte l'execució de les següents inversions establides en els Plecs i Oferta de la Societat Operadora, això és:

- a) Les inversions exigibles per CACSA necessàries per al manteniment i conservació de les infraestructures físiques i operatives que es detallen en l'Annex ii del PPT per als primers cinc anys.*
- b) Les inversions considerades com a recomanables per CACSA que es detallen en l'Annex ii PPT i que la Societat Operadora es compromet a executar segons les propostes que ha presentat en els diferents plans del seu Pla Director.*
- c) Les inversions que la Societat Operadora pressuposte anualment a partir del cinqué any en funció dels requisits tècnics de les instal·lacions i de l'activitat.*

d) *Les inversions proposades per la Societat Operadora, com a enriquiment dels continguts i de l'activitat, i que es detallen en els corresponents apartats del seu Pla Director.*”

L'informe del despatx d'advocats ██████ aportat per la concessionària relatiu a les obligacions de ██████ assenjala que la concessionària i CACSA han subscrit un contracte mixt d'arrendament de negoci (gestió i explotació de béns patrimonials de CACSA) i de serveis, recalcant que en cap moment es porta a terme un servei públic.

A la vista del que es disposa en l'objecte del contracte el ben cert, és que no sembla que es pugui enquadrar dins del tipus normatiu de l'apartat 3.4 de la Llei 2/2015. En aquests supòsits de serveis públics, els nivells d'exigència respecte de les obligacions de transparència són clarament més elevats, donat que es tracta de serveis essencials per a l'interès general que són prestats per entitats privades i que en molts casos són finançats pels poders públics, bé de manera directa a càrrec dels pressupostos públics o bé de manera indirecta per mitjà de dret especials.

Aquesta circumstància no sembla que pugui deduir-se de l'objecte del contracte determinat entre ██████ i CACSA que se sotmet a la consideració d'aquest Consell, **no obstant això, per a delimitar els termes d'aquesta consulta, les apreciacions sempre es realitzaren en genèric, devent en cada cas concret que es planteja una petició d'accés a la informació que afecte totes dues parts perfilar de manera precisa l'abast i els termes de la concreta petició.**

SEGON.- Una vegada delimitat l'àmbit d'aplicació de la normativa de transparència és més propi considerar que donat l'objecte del contracte, tal com es detalla seguidament, la vinculació que té CACSA amb ██████ posiciona a aquesta última, en l'esfera de l'art.4 de la Llei estatal-bàsica en aquest punt-, Llei 19/2013, de 9 de desembre, de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern (en endavant Llei 19/2013). El citat art. 4 de la Llei 19/2013 assenjala les obligacions de subministrar informació de: *“Les persones físiques i jurídiques diferents de les referides en els articles anteriors que presten serveis públics o exercisquen potestats administratives estaran obligades a subministrar a l'administració, organisme o entitat de les previstes en l'art. 2.1 a la qual es troben vinculades, previ requeriment, tota la informació necessària per al compliment per aquells de les obligacions previstes en aquest títol. Aquesta obligació s'estendrà als adjudicataris de contractes del sector públic en els termes previstos en el respectiu contracte”.*

Així doncs, les obligacions que competirien en matèria de transparència a ██████ estaran determinades, com ja s'ha exposat, segons el tipus d'informació que se sol·licite en l'exercici del dret d'accés, no podent-se determinar de manera apriorística una relació amb totes les obligacions que vinculen a ██████ en matèria de transparència.

Qüestió diferent, és que la mateixa CACSA pugui requerir informació a la concessionària, en aquest cas no en exercici d'un dret d'accés, sinó en l'exercici propi de les potestats que li assisteixen en el marc d'una relació contractual. Aquest extrem és posat en relació per la mateixa concessionària; en l'Informe remès es recull que ██████ reconeix que està vinculada per la Clàusula 22 del Plec de condicions Jurídiques, en el qual s'estableix de forma genèrica que ██████ està obligada a respondre davant CACSA de *“qualssevol altres drets que puguin derivar-se de la documentació contractual o de la normativa que resulte d'aplicació”.* D'aquesta manera, la capacitat de requerir informació per part de CACSA estaria emmarcada dins de les estipulacions que es proveeixen en el contracte subscrit.

Així doncs, és cert CACSA pot tindre en el seu poder informació relativa al seu concessionari ██████ de molt diversa consideració, ara bé, aqueixa informació que té CACSA no ha de ser considerada automàticament informació pública que hagi de facilitar-se, a l'efecte de l'art. 13 de la Llei 19/2013 *“S'entén per informació pública els continguts o documents, qualsevol que siga el seu format o suport, que obren en poder d'algun dels subjectes inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest títol i que*

hagen sigut elaborats o adquirits en l'exercici de les seues funcions". Ja que si bé és cert que CACSA pot requerir d' [REDACTED] nombrosa informació, no ha de considerar-se que aquesta és susceptible, sense més, de ser facilitada en el marc de peticions de dret d'accés a la informació.

TERCER.- Aquesta limitació al dret d'accés sobre la informació sobre [REDACTED], que CACSA puga tindre perquè l'haja recaptada en el marc de determinades potestats contractuals, ha de fonamentar-se en l'aplicació dels límits al dret d'accés que determina l'art. 14 de la Llei 19/2013. El punt 2 d'aquest art. 14, assenyalava que l'aplicació dels límits, serà justificada i proporcionada al seu objecte i finalitat de protecció i atindrà les circumstàncies del cas concret, especialment a la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifique el seu accés.

Així doncs, i valorant que alguns dels límits que assenyalava l'art. 14 poden ser aplicable a la informació que CACSA té en relació amb informació directament vinculada amb la concessionària, es pot limitar l'accés a aquesta, en els casos que puga suposar un perjudici, la qual cosa pot resumir-se en aquests dos supòsits:

1. Que es valore un perjudici per als interessos econòmics i comercials -en aquest cas d' [REDACTED]- que haja de determinar-se com a "clar i palpable".
2. D'altra banda, si es posen en risc determinats secrets professionals i de propietat intel·lectual i industrial, sent aplicable en aquest cas la Llei 1/2019, de 20 de febrer, de Secrets Empresarials.

Analitzant el primer dels límits relatiu als interessos econòmics i comercials, és interessant una remissió a la Resolució d'aquest Consell de Transparència, 94/2017 de 21 de desembre de 2017 (Exp. 17/2016), en la qual es té ocasió d'analitzar el principi de confidencialitat que regeix en matèria de contractació i que està clarament vinculat amb els límits del dret d'accés determinats en l'art. 14 Llei 19/2013, en el Fonament Jurídic 7º de la Resolució s'especificava: "*Així doncs, i tenint en compte que si bé, la part peticionària a l'accés no ha de justificar la seua motivació- tal com reconeix l'art. 11 de la Llei 2/2015- no és menys cert que, atès que no consta que XXX interposara cap recurs contra l'adjudicació, és presumible que facilitar l'accés a determinada informació poguera conculcar les regles de la competència empresarial.*

La jurisprudència del Tribunal Suprem (Sala tercera) reconeix expressament aquesta qüestió, Acte de 15 de febrer de 2007: "D'altra banda, aquesta Sala ha entès en molts altres casos precedents que les dades comercials de les parts que no siguen públiques tenen, en general, caràcter reservat, en la mesura que el seu coneixement per part de possibles competidors puga ocasionar perjudicis de difícil previsió anticipada. Per això i llevat que quede clar que el coneixement de documents d'aqueixa naturalesa siga imprescindible per a l'adequat exercici de drets de defensa d'una part processal, les informacions comercials no públiques o no posades en coneixement voluntari per la part a la qual pertanyen han de conservar en el procés judicial, en principi, el caràcter de reservat que els haja atorgat en el procediment administratiu l'òrgan administratiu competent". Aquest argument ha sigut posat en consideració per l'empresa XXX en les seues al·legacions de data 28 de març de 2017, entès que és pertinent que com a tal siga valorat, ja que com ja s'ha reiterat la part peticionària de l'accés no ha vist en cap manera conculcats els seus drets de defensa, per la qual cosa en la ponderació d'interessos ha de prevaldre's el de confidencialitat."

En el fonament jurídic 8º de la citada resolució d'aquest Consell de Transparència, s'incidia en aquesta interpretació, sobre el respecte als principis de confidencialitat d'interessos econòmics i comercials com a límit per al dret d'accés a la informació, en indicar: "*Finalment, haver d'analitzar-se la interpretació del Consell de transparència i Bon Govern estatal en la seua Resolució de 30 de maig del 2017 (R/0102/2017) en el seu Fonament Jurídic 4 s'al·ludeix al Criteri interpretatiu CI/002/2015 de data 24 de juny, elaborat entre el Consell i l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, que es resumeixen en la*

idea que l'Administració ha de realitzar una anàlisi que s'assembla a un “test de l'interès públic”, en concret s'exposa amb claredat el següent: “L'Administració, després d'efectuar aquest test, conclou que s'ha de denegar la informació posat que l'interès econòmic i comercial del contractista pot veure's afectat seriosament en revelar-se procediments, rutines, marges comercials i formes o figures d'execució de les prestacions, el coneixement dels quals pot suposar una disminució de l'avantatge que, de forma comercial o industrial i legítimament, haja adquirit en fer aquelles tasques”.

D'aquesta manera, queda evidenciat que la protecció dels operadors privats que actuen en el mercat de la contractació pública, ha de garantir-se. La normativa de transparència ha d'interpretar-se per tant, en el sentit del clar respecte als interessos públics, però en equilibri també amb altres drets dignes de protecció. Així doncs, d'un costat es deu facilitar que es pugui portar a terme una labor d'intervenció i control de les actuacions públiques, per part dels particulars que ho consideren oportú, és per això, que ni tan sols s'exigeix unes motivacions de les sol·licituds de dret d'accés a la informació; però no és menys cert, que no poden conculcar-se amb això els interessos particulars dels operadors privats, que també mantenen drets com a operadors privat, ja que entendre la normativa de transparència d'una altra manera desincentivaria la participació de les empreses privades en els procediments de contractació pública. Pel fet de participar en processos de concurrència pública i complir amb tots els controls de legalitat que estableix la normativa específica del procediment, no pot col·locar-se *per se* a aquestes empreses en la seua posició comercial a llarg termini, ja que la seua vinculació amb l'Administració pública és eventual, però el seu posicionament en un sector competitiu és una qüestió a llarg termini i que pot afectar la seua trajectòria comercial, si totes les seues actuacions – sense subjecció a límits – són objecte d'escrutini basant-se en la normativa de transparència.

La normativa de transparència valenciana, en concret, l'Exposició de Motius de la Llei 2/2015 assenyala en el seu apartat IV aqueix joc d'equilibris entre els interessos públics i privats, en els següents termes: *“El dret de lliure accés a la informació pública té una configuració diferent perquè es tracta d'accedir, no a la informació que l'administració ha fet pública per ella mateixa o té el deure de fer-ho, sinó a qualsevol altra, sempre que tal accés no estiga limitat; per la qual cosa es regulen amb detall tals supòsits. A vegades serà necessari realitzar un exercici de ponderació dels interessos en joc i justificar l'interès superior en la publicitat de la informació. A vegades només serà possible l'accés parcial a la informació i, en unes altres, la protecció de les dades personals impedirà l'accés; per la qual cosa es regulen amb detall totes aquestes qüestions, tenint en compte la ponderació dels altres drets que puguen concórrer”.*

Respecto del segon dels punts que mereixen una consideració està el fet que al supòsit concret, és aplicable la recent Llei de Secrets Empresarials, Llei 12/2019 de 20 de febrer de 2019. En l'Exposició de motius es recull la motivació de la norma, que no és una altra, que regularitzar en l'ordenament jurídic espanyol, una qüestió que ja porta anys en el context comunitari sent digna de consideració. En concret, l'Exposició recalca: *“La innovació és un important estímul per al desenvolupament de nous coneixements i propícia l'emergència de models empresarials basats en la utilització de coneixements adquirits col·lectivament. Les organitzacions valoren els seus secrets empresarials tant com els drets de propietat industrial i intel·lectual i utilitzen la confidencialitat com una eina de gestió de la competitivitat empresarial, de transferència de coneixement públic-privada i de la innovació en investigació, amb l'objectiu de protegir informació que abasta no solament coneixements tècnics o científics, sinó també dades empresarials relatives a clients i proveïdors, plans comercials i estudis o estratègies de mercat”.*

Aquesta clara exposició ha de ser tinguda en consideració a l'hora de ponderar els interessos públics dignes de protecció i pels quals vela la normativa de transparència, com a punt delimitador del dret d'accés a la informació pública. La normativa de transparència té com a objectiu, la cerca d'un nou control de fiscalització dels poders públics, però aquest lloable objectiu, no pot ser tergiversat per a conculcar regles de la competència, en tant que possibles competidors puguen accedir a informació

d'operadors privats que en un moment concret decideixen participar en processos de concurrència pública en el marc de la contractació administrativa.

L'art. 1.2 de la Llei 12/2019 de secrets empresarials, delimita el seu objecte al fet que *“La protecció es dispensa al titular d'un secret empresarial, que és qualsevol persona física o jurídica que legítimament exercisca el control sobre aquest, i s'estén enfront de qualsevol modalitat d'obtenció, utilització o revelació de la informació constitutiva d'aquell que resulte il·lícita o tinga un origen il·lícit conformement al que es preveu en aquesta llei”*.

Per tant, en el cas concret CACSA està facultada per a exigir [REDACTED] determinada informació pública, en l'exercici de les competències que té atribuïdes i que es recullen en el contracte subscrit entre les parts, prova d'això, és l'express reconeixement que fa la Llei 12/2019 en l'art. 2.1.d). *“Amb la finalitat de protegir un interès legítim reconegut pel Dret europeu o espanyol. En particular, no podrà invocar-se la protecció dispensada per aquesta llei per a obstaculitzar l'aplicació de la normativa que exigisca als titulars de secrets empresarials divulgar informació o comunicar-la a les autoritats administratives o judicials en l'exercici de les funcions d'aquestes, ni per a impedir l'aplicació de la normativa que preveja la revelació per les autoritats públiques europees o espanyoles, en virtut de les obligacions o prerrogatives que els hagen sigut conferides pel Dret europeu o espanyol de la informació presentada per les empreses que obre en poder d'aquestes autoritats”*.

Però el fet que CACSA poguera estar facultada per a exigir determinada informació, no dona lloc automàticament al fet que CACSA haja de divulgar aquesta informació en el marc d'un teòric dret d'accés a la informació que al·legue un tercer, sinó que haurà de realitzar-ne la preceptiva ponderació, dels denominats “test del mal” i “test de l'interès públic” i, en tot moment, respectar que no es conculquen els drets que assisteixen els operadors privats respecte dels seus secrets empresarials.

QUART.- Finalment, CACSA sol·licita en la seua consulta una llista de les obligacions que té la concessionària [REDACTED] en matèria de transparència. Sobre aquest tema, ja ha quedat exposat en aquest informe que no pot fer-se una enumeració apriorística i tancada de les citades obligacions, sinó que a la vista de les futures peticions de dret d'accés s'haurà de fer una valoració, recomanant aquest Consell que es tinguin en consideració el respecte als citats límits recollits en la normativa estatal, art. 14 i 15 de la Llei 19/2013, i en consideració també amb la normativa que protegeix els interessos comercials dels operadors que, de manera puntual, decideixen optar per participar en licitacions públiques que presenten els poders públics.

És tot el que s'ha d'informar, als efectes oportuns, pels membres de la Comissió Executiva del Consell de Transparència.

**EL PRESIDENT DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS
A la INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN**

Ricardo García Macho