

Expediente N° 72/2018
Informe N.º 7/2019

**CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

COMISIÓN EJECUTIVA

Sres.:

Presidente: D. Ricardo García Macho

Vocales:

D^a. Emilia Bolinches Ribera

D. Lorenzo Cotino Hueso

En Valencia, a 25 de abril de 2019

ASUNTO: Informe sobre consulta de CIUDAD DE LAS ARTES Y LAS CIENCIAS– [REDACTED]

En respuesta a la consulta formulada por la entidad Ciudad de las Artes y las Ciencias– [REDACTED] mediante escrito presentado el 4 de mayo de 2018 por registro de entrada con número 3932 ante el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Comisión Ejecutiva de este Consejo emite el siguiente **INFORME**:

ANTECEDENTES

El 4 de mayo de 2018 se presentó por parte de la entidad Ciudad de las Artes y las Ciencias (en lo sucesivo CACSA) solicitud de informe al Consejo de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo CTCV) en relación con una cuestión sobre la aplicación de la legislación sobre transparencia a los operadores empresariales que participan en el procedimiento de contratación con la citada entidad.

En concreto, se cita a la empresa [REDACTED] que ha resultado adjudicataria de la licitación: “*Gestión y explotación de los edificios e instalaciones del Oceanográfico y del Ágora, y la ayuda a CACSA para la dinamización de la Ciudad de las Artes y las Ciencias*”.

La consulta plantea que CACSA como entidad del sector público instrumental tiene obligaciones en materia de transparencia, según lo dispuesto en el Art. 2 de la *Ley 2/2015 de 2 de Abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación ciudadana de la Comunitat valenciana* (en lo sucesivo Ley 2/2015), pero lo que le plantea más dudas es si el citado concesionario [REDACTED] está incluido dentro de las disposiciones del Art. 3.4 de la citada Ley: “*Las entidades privadas o personas jurídicas que presten servicios públicos. Estas obligaciones se incluirán en las normas reguladoras de los conciertos y otras formas de participación o gestión en sus pliegos o documentos contractuales análogos que correspondan*”. La consulta planteada incide en el hecho de que llegan a CACSA mediante el portal de transparencia solicitudes en relación con los negocios gestionados por [REDACTED], cuestión sobre la que se plantea la duda del alcance del derecho de acceso a la información que vincula a CACSA respecto de información de [REDACTED] que obra en su poder. La empresa [REDACTED] al respecto de esta cuestión aportó un informe de su asesor legal el despacho de abogados [REDACTED] en el que se argumentaban las obligaciones que a su juicio compelen a su cliente. (Informe que obra entre la documentación presentada). Como conclusión, se plantea al Consejo de Transparencia que emita informe sobre las concretas obligaciones que tiene la empresa [REDACTED] en materia de Transparencia.

A la vista de estos antecedentes y basándonos en la competencia atribuida en el Art. 42 d) de la Ley 2/2015 y en el Art. 82 e) del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, este Consejo da respuesta a la consulta planteada según la siguiente argumentación:

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- La primera de las cuestiones sobre las que procede incidir es que una vez analizada la documentación que aporta CACSA a esta consulta, el tipo de contrato suscrito con la mercantil [REDACTED], no parece que se circunscriba al establecimiento de un servicio público. Esta cuestión determinaría que efectivamente la mercantil estuviera vinculada por el Art. 3.4 de la Ley 2/2015, como se plantea en los antecedentes de la consulta.

El objeto del contrato suscrito entre las partes es el siguiente (Cláusula tercera):

“El objeto del presente contrato es la gestión y explotación mediante la cesión de uso de los bienes patrimoniales de CACSA a la Sociedad Operadora, correspondientes a los edificios e instalaciones del Oceanogràfic, su aparcamiento, y el Àgora, así como la promoción, organización y realización de toda clase de actividades compatibles con los mismos, clasificándose las actividades de la siguiente forma:

a) Actividades principales:

- i Venta de entradas y demás ingresos derivados de la explotación de los edificios e instalaciones, su equipamiento y contenidos.*
- ii. Aparcamiento del Oceanogràfic*
- iii Actos y eventos*
- iv. Cesión de derechos de imagen y “naming rights”*

b) Actividades secundarias:

- i. Restauración*
- ii. Merchandising*
- iii. Catering*

Asimismo, la Sociedad Operadora realizará las siguientes actividades bajo la dirección y supervisión de CACSA:

a) Actividades secundarias en los edificios del Museo de las Ciencias Príncipe Felipe de Valencia y el Hemisfèric:

- i. Restauración*
- ii. Merchandising*
- iii. Catering.*

b) Apoyo a CACSA para la dinamización del conjunto de la Ciudad de las Artes y las Ciencias mediante la realización por la Sociedad Operadora de las siguientes actividades:

- i. Ejecución de una campaña de publicidad relativa a los edificios, instalaciones y actividades de Ciudad de las Artes y las Ciencias bajo la supervisión de CACSA, por un importe mínimo anual de 750.000 € (setecientos cincuenta mil euros) más el Impuesto sobre el Valor Añadido vigente en cada momento (importe actualizable anualmente según el Índice de Precios al Consumo) según se especifica en el PPT.*
- ii. Aportación a CACSA de la propuesta de ejecución anual de contenidos expositivos y audiovisuales para el Museo de las Ciencias y del Hemisfèric en los términos establecidos en el PPT, incluidos en su oferta, que en el caso de ser aceptados por CACSA serán gestionados y explotados por esta.*
- iii. Colaboración en la comercialización de la venta de entradas de Museo y Hemisfèric y venta de entradas combinadas (Oceanogràfic, Àgora, Museo y Hemisfèric), según condiciones del PPT.*

Quedan incluidas en el objeto del contrato la ejecución de las siguientes inversiones establecidas en los Pliegos y Oferta de la Sociedad Operadora, esto es:

a) Las inversiones exigibles por CACSA necesarias para el mantenimiento y conservación de las infraestructuras físicas y operativas que se detallan en el Anexo ii del PPT para los primeros cinco años.

b) Las inversiones consideradas como recomendables por CACSA que se detallan en el Anexo ii PPT y que la Sociedad Operadora se compromete a ejecutar según las propuestas que ha presentado en los diferentes planes de su Plan Director.

c) Las inversiones que la Sociedad Operadora presupueste anualmente a partir del quinto año en función de los requerimientos técnicos de las Instalaciones y de la actividad.

d) Las inversiones propuestas por la Sociedad Operadora, como enriquecimiento de los contenidos y de la actividad, y que se detallan en los correspondientes apartados de su Plan Director.”

El informe del despacho de abogados [REDACTED] aportado por la concesionaria relativo a las obligaciones de [REDACTED] señala que la concesionaria y CACSA han suscrito un contrato mixto de arrendamiento de negocio (gestión y explotación de bienes patrimoniales de CACSA) y de servicios, recalcando que en ningún momento se lleva a término un servicio público.

A la vista de lo dispuesto en el objeto del contrato lo bien cierto, es que no parece que se pueda encuadrar dentro del tipo normativo del apartado 3.4 de la Ley 2/2015. En estos supuestos de servicios públicos, los niveles de exigencia respecto de las obligaciones de transparencia son claramente más elevados puesto que se trata de servicios esenciales para el interés general que son prestados por entidades privadas y que en muchos casos son financiados por los poderes públicos, bien de manera directa a cargo de los presupuestos públicos o bien de manera indirecta por medio de derecho especiales.

Esta circunstancia no parece que pueda deducirse del objeto del contrato determinado entre [REDACTED] y CACSA que se somete a la consideración de este Consejo, **no obstante, para delimitar los términos de esta consulta, las apreciaciones siempre se realizarán en genérico, debiendo en cada caso concreto que se plantee una petición de acceso a la información que afecte a ambas partes perfilar de manera precisa el alcance y los términos de la concreta petición.**

SEGUNDO.- Una vez delimitado el ámbito de aplicación de la normativa de transparencia es más propio considerar que dado el objeto del contrato, tal y como se detalla seguidamente, la vinculación que tiene CACSA con [REDACTED] posiciona a esta última, en la esfera del Art.4 de la Ley estatal -básica en este punto-, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en lo sucesivo Ley 19/2013). El citado Art. 4 de la Ley 19/2013 señala las obligaciones de suministrar información de: *“Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la administración, organismo o entidad de las previstas en el Art. 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.*

Así pues, las obligaciones que competirían en materia de transparencia a [REDACTED] estarán determinadas, como ya se ha expuesto, según el tipo de información que se solicite en el ejercicio del derecho de acceso, no pudiéndose determinar de manera apriorística una relación con todas las obligaciones que vinculan a [REDACTED] en materia de transparencia.

Cuestión distinta, es que la propia CACSA pueda requerir información a la concesionaria, en este caso no en ejercicio de un derecho de acceso, sino en el ejercicio propio de las potestades que le asisten en el marco de una relación contractual. Este extremo es puesto en relación por la propia concesionaria; en el Informe remitido se recoge que [REDACTED] reconoce que está vinculada por la Cláusula 22 del Pliego de Condiciones Jurídicas, en el que se establece de forma genérica que [REDACTED] está obligada a responder ante CACSA de *“cualquiera otros derechos que puedan derivarse de la documentación contractual o de la normativa que resulte de aplicación”.* De este modo, la capacidad de requerir información por parte de CACSA estaría enmarcada dentro de las estipulaciones que se proveen en el contrato suscrito.

Así pues, es cierto CACSA puede tener en su poder información relativa a su concesionario [REDACTED] de muy diversa consideración, ahora bien, esa información que tiene CACSA no debe ser considerada

automáticamente información pública que deba facilitarse, a los efectos del Art. 13 de la Ley 19/2013 “*Se 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*”. Puesto que si bien es cierto que CACSA puede requerir de [REDACTED] numerosa información, no debe considerarse que la misma es susceptible, sin más, de ser facilitada en el marco de peticiones de derecho de acceso a la información.

TERCERO.- Esta limitación al derecho de acceso sobre la información sobre [REDACTED], que CACSA pueda tener porque la haya recabado en el marco de determinadas potestades contractuales, debe fundamentarse en la aplicación de los límites al derecho de acceso que determina el Art. 14 de la Ley 19/2013. El punto 2 de este Art. 14, señala que 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 su acceso.

Así pues, y valorando que algunos de los límites que señala el Art. 14 pueden ser de aplicación a la información que CACSA tiene en relación con información directamente vinculada con la concesionaria, se puede limitar el acceso a la misma, en los casos que pueda suponer un perjuicio, lo que puede resumirse en estos dos supuestos:

1. Que se valore un perjuicio para los intereses económicos y comerciales -en este caso de [REDACTED] que deba determinarse como “*claro y palpable*”
2. De otro lado, si se ponen en riesgo determinados secretos profesionales y de propiedad intelectual e industrial, siendo de aplicación en este caso la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

Analizando el primero de los límites relativo a los intereses económicos y comerciales, es interesante una remisión a la Resolución de este Consejo de Transparencia, 94/2017 de 21 de diciembre de 2017 (Expd. 17/2016), en la que se tiene ocasión de analizar el principio de confidencialidad que rige en materia de contratación y que está claramente vinculado con los límites del derecho de acceso determinados en el Art. 14 Ley 19/2013, en el Fundamento Jurídico 7º de la Resolución se especificaba: “*Así pues y teniendo en cuenta que si bien, la parte peticionaria al acceso no debe justificar su motivación- tal y como reconoce el Art. 11 de la Ley 2/2015- no es menos cierto que dado que no consta que XXX interpusiera ningún recurso contra la adjudicación, es presumible que facilitar el acceso a determinada información pudiera conculcar las reglas de la competencia empresarial.*”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala tercera) reconoce expresamente esta cuestión, Auto de 15 de febrero de 2007: “Por otra parte, esta Sala ha entendido en muchos otros casos precedentes que los datos comerciales de las partes que no sean públicos tienen, en general, carácter reservado, en la medida en que su conocimiento por parte de posibles competidores puedan ocasionar perjuicios de difícil previsión anticipada. Por ello y salvo que quede claro que el conocimiento de documentos de esa naturaleza sea imprescindible para el adecuado ejercicio de derechos de defensa de una parte procesal, las informaciones comerciales no públicas o no puestas en conocimiento voluntario por la parte a la que pertenecen deben conservar en el proceso judicial, en principio, el carácter de reservado que les haya otorgado en el procedimiento administrativo el órgano administrativo competente”. Este argumento ha sido puesto en consideración por la empresa XXX en sus alegaciones de fecha 28 de marzo de 2017, entendido que es pertinente que como tal sea valorado, puesto que como ya se ha reiterado la parte peticionaria del acceso no ha visto en ningún modo conculcados sus derechos de defensa, por lo que en la ponderación de intereses debe primarse el de confidencialidad.”

En el fundamento jurídico 8º de la citada resolución de este Consejo de Transparencia, se incidía en esta interpretación, sobre el respeto a los principios de confidencialidad de interés económicos y comerciales como límite para el derecho de acceso a la información, al indicar: “*Por último, deber analizarse la*

interpretación del Consejo de transparencia y Buen Gobierno estatal en su Resolución de 30 de mayo del 2017 (R/0102/2017) en su Fundamento Jurídico 4 se alude al Criterio interpretativo CI/002/2015 de fecha 24 de junio, elaborado entre el Consejo y la Agencia Española de Protección de Datos, que se resumen en la idea de que la Administración debe realizar un análisis que se asemeja a un “test del interés público”, en concreto se expone con claridad lo siguiente: “La Administración, después de efectuar dicho test, concluye que se debe denegar la información puesto que el interés económico y comercial del contratista puede verse afectado seriamente al desvelarse procedimientos, rutinas, márgenes comerciales y formas o figuras de ejecución de las prestaciones, cuyo conocimiento puede suponer una disminución de la ventaja que, de forma comercial o industrial y legítimamente, haya adquirido al realizar aquellas tareas”.

De este modo, queda evidenciado que la protección de los operadores privados que actúan en el mercado de la contratación pública, debe garantizarse. La normativa de transparencia debe interpretarse por tanto, en el sentido del claro respeto a los intereses públicos, pero en equilibrio también con otros derechos dignos de protección. Así pues, de un lado se debe facilitar que se pueda llevar a término una labor de intervención y control de las actuaciones públicas, por parte de los particulares que lo consideren oportuno, es por ello, que ni siquiera se exige unas motivaciones de las solicitudes de derecho de acceso a la información; pero no es menos cierto, que no pueden conculcarse con ello los intereses particulares de los operadores privados, que también mantienen derechos como operadores privado, puesto que entender la normativa de transparencia de otro modo desincentivaría la participación de las empresas privadas en los procedimientos de contratación pública. Por el hecho de participar en procesos de concurrencia pública y cumplir con todos los controles de legalidad que establece la normativa específica del procedimiento, no puede colocarse *per se* a dichas empresas en su posición comercial a largo plazo, puesto que su vinculación con la Administración pública es eventual, pero su posicionamiento en un sector competitivo es una cuestión a largo plazo y que puede afectar a su trayectoria comercial, si todas sus actuaciones – sin sujeción a límites -son objeto de escrutinio basándose en la normativa de transparencia.

La normativa de transparencia valenciana, en concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 2/2015 señala en su apartado IV ese juego de equilibrios entre los intereses públicos y privados, en los siguientes términos: *“El derecho de libre acceso a la información pública tiene una configuración diferente porque se trata de acceder no a la información que la administración ha hecho pública por ella misma o tiene el deber de hacerlo, sino a cualquier otra, siempre que tal acceso no este limitado; por lo que se regulan con detalle tales supuestos. En ocasiones será necesario realizar un ejercicio de ponderación de los intereses en juego y justificas el interés superior en la publicidad de la información. En ocasiones solo será posible el acceso parcial a la información y, en otras, la protección de los datos personales impedirá el acceso; por lo que se regulan con detalle todas estas cuestiones, teniendo en cuenta la ponderación de los otros derechos que puedan concurrir”.*

Respecto del segundo de los puntos que merecen una consideración está el hecho de que al supuesto concreto, es de aplicación la reciente Ley de Secretos Empresariales, Ley 12/2019 de 20 de febrero de 2019. En la Exposición de motivos se recoge la motivación de la norma, que no es otra, que regularizar en el ordenamiento jurídico español, una cuestión que ya lleva años en el contexto comunitario siendo digna de consideración. En concreto, la Exposición recalca: *“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 clara exposición debe ser tenida en consideración a la hora de ponderar los intereses públicos dignos de protección y por los que vela la normativa de transparencia, como punto delimitador del derecho de acceso a la información pública. La normativa de transparencia tiene como objetivo, la búsqueda de un nuevo control de fiscalización de los poderes públicos, pero este loable objetivo, no puede ser tergiversado para conculcar reglas de la competencia, en tanto que posibles competidores puedan acceder a información de operadores privados que en un momento concreto deciden participar en procesos de concurrencia pública en el marco de la contratación administrativa.

El Art. 1.2 de la Ley 12/2019 de secretos empresariales, delimita su objeto a que *“La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley”*.

Por lo tanto, en el caso concreto CACSA está facultada para exigir [REDACTED] determinada información pública, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas y que se recogen en el contrato suscrito entre las partes, prueba de ello, es el expreso reconocimiento que hace la ley 12/2019 en el Art. 2.1d). *“Con el fin de proteger un interés legítimo reconocido por el Derecho europeo o español. En particular, no podrá invocarse la protección dispensada por esta ley para obstaculizar la aplicación de la normativa que exija a los titulares de secretos empresariales divulgar información o comunicarla a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de las funciones de estas, ni para impedir la aplicación de la normativa que prevea la revelación por las autoridades públicas europeas o españolas, en virtud de las obligaciones o prerrogativas que les hayan sido conferidas por el Derecho europeo o español de la información presentada por las empresas que obre en poder de dichas autoridades”*.

Pero el hecho de que CACSA pudiera estar facultada para exigir determinada información, no da lugar automáticamente a que CACSA deba divulgar dicha información en el marco de un teórico derecho de acceso a la información que alegue un tercero, sino que deberá realizar la preceptiva ponderación, de los denominados “test del daño” y “test del interés público” y en todo momento respetar que no se conculquen los derechos que asisten a los operadores privados respecto de sus secretos empresariales.

CUARTO.- Por último, CACSA solicita en su consulta una listado de las obligaciones que tiene la concesionaria [REDACTED] en materia de transparencia. Al respecto ya ha quedado expuesto en este informe que no puede hacerse una enumeración apriorística y cerrada de las citadas obligaciones, sino que a la vista de las futuras peticiones de derecho de acceso se deberá hacer una valoración recomendando este Consejo que se tengan en consideración el respeto a los citados límites recogidos en la normativa estatal, Art. 14 y 15 de la Ley 19/2013, y en consideración también con la normativa que protege los intereses comerciales de los operadores que de manera puntual deciden optar por participar en licitaciones públicas que presentan los poderes públicos.

Es cuanto se ha de informar a los efectos oportunos por los miembros de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

Ricardo García Macho