

Nº 20
Cuarto trimestre 2019

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 20. Diciembre 2019

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	11
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

ACCESO A INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SECRETOS
COMERCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA.

D ^a Concepción Campos Acuña	19
--	----

LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES
PATRIMONIALES ONEROSAS POR LA ADQUISICIÓN DE
ORO U OTROS OBJETOS PRECIOSOS POR PARTE DE LAS
EMPRESAS O PROFESIONALES DE "COMPRO ORO" A LOS
PARTICULARES: EXIGIBILIDAD O INEXIGIBILIDAD.

D. Víctor Ernesto Alonso Prada y D. Leopoldo Javier Gómez Zamora.....	51
--	----

EL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO ESPECIAL Y SUS
CONSECUENCIAS.

D. José Enrique Candela Talavero	101
--	-----

LOS CONTRATOS "PÚBLICOS" ARTÍSTICOS EN LAS
ARTES ESCÉNICAS.

D ^a Nuria Mombiola	181
-------------------------------------	-----

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD
D^a Sonia Sena Prieto 237

PREMIOS REVISTA GABILEX 285

BASES DE PUBLICACIÓN 295

EDITORIAL

Con este número de la Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Gabilex) se concluye un año y se da comienzo a un nuevo periodo de trabajo y esfuerzo para promover el estudio y la difusión del Derecho. La Dirección, el Consejo de Redacción y todos los que hacen posible que se publique un nuevo número deseamos que esta aportación resulte útil y provechosa por lo que nos complace presentar el número vigésimo de la revista Gabilex.

En la sección nacional de este número se incluyen cuatro artículos doctrinales que se suman a un trabajo de la sección internacional, consideramos que todos ellos revisten el máximo interés:

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de Dña. Concepción Campos Acuña que bajo el sugerente título de "*Acceso a información confidencial y secretos comerciales. Especial referencia a la contratación pública*" se adentra en los vericuetos del acceso a la información tratando con acierto antecedentes, regulación actual y sus límites en la contratación pública, considerando la relevancia de los principios de publicidad y transparencia.

Como segundo trabajo publicado se incluye en este número una interesante y curiosa reflexión sobre un aspecto muy concreto de la tributación: *“La tributación en el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas por la adquisición de oro u otros objetos preciosos por parte de las empresas o profesionales de “compro oro” a los particulares: exigibilidad o inexigibilidad”*. Nuestros compañeros D. Victor E. Alonso Prada y D. Leopoldo J. Gómez Zamora analizan aquí si debe exigirse o no el impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas a las empresas o profesionales popularmente conocidos como de “compro oro” por las adquisiciones de determinados materiales de joyería o metales preciosos de particulares. Aunque la lógica señala que los poderes públicos no desean que dicha transmisión escape a la tributación, existían diversas resoluciones judiciales que se orientaban en sentido contrario. El trabajo expone la cuestión y antecedentes de manera amplia para finalizar la exposición explicando la solución jurisprudencial dada por la reciente sentencia nº 1749/2019 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2019 que zanja la cuestión de una forma coincidente con la opinión de los autores.

En tercer lugar, regresamos a la contratación pública, de la mano de un trabajo presentado por D. José Enrique Candela Talavero que trata diversos aspectos del recurso especial en materia de contratación pública y más concretamente analiza las fases procedimentales del recurso especial en materia de contratación pública, que como el propio autor afirma en sus conclusiones persiguen la rapidez y eficacia de este mecanismo que hace efectivo el principio de la seguridad jurídica, la

confianza de los licitadores y la reducción de la litigiosidad en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este sector contractual. El artículo se titula "El procedimiento del recurso especial y sus consecuencias".

En cuarto lugar, sin abandonar los aspectos de la contratación pública, D^a Nuria Mombiola Lobato, analiza el impacto de la Ley de Contratos del Sector Público en aquellos sectores donde no se gestionan habitualmente procedimientos administrativos, concretamente cómo se puede aplicar esta nueva legislación en el sector artístico, especialmente en las artes escénicas.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publica el trabajo de D^a. Sonia Sena Prieto. La autora realiza un interesante estudio analizando, comparando y determinando la existencia de diferencias o similitudes en la consagración de los principios de transparencia e integridad en la contratación pública, tanto en el ordenamiento español como en el uruguayo, teniendo en cuenta las realidades diferentes que presenta cada uno.

Todos los trabajos integran interesantes reflexiones que esperamos que el lector disfrute.

Desde este editorial también queremos mencionar la novedosa iniciativa que está desarrollando la revista Gabilex en colaboración con el Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas y el Banco Santander, convocando los primeros Premios Gabilex en dos categorías: "Categoría General" y "Categoría Másteres, TFG y similares". Las bases de

estos premios se publican en este número, así como en la página web. Desde la Revista Gabilex deseamos la máxima difusión, participación y calidad de los trabajos que finalmente resulten premiados. Desde Gabilex queremos invitaros a darle a la convocatoria de estos premios la máxima publicidad y difusión posible y a participar en las distintas categorías.

No podemos dejar de mencionar en este editorial el evento jurídico del que la propia revista ha sido partícipe en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. La revista Gabilex quiere hacerse eco de la jornada de formación celebrada el pasado día 12 de diciembre de 2019 en Albacete y organizada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Se concibió como jornada de encuentro y reflexión entre Magistrados/as del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha y Letrados/as del Gabinete Jurídico. En dicha jornada intervinieron como ponentes: la Presidenta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la Ilma Sra. D^a Raquel Iranzo Prades, que trató con brillantez diversos aspectos de la actualidad tributaria, la prejudicialidad penal, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la suspensión cautelar; también intervino la Presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Ilma, Sra. D^a Luisa María Gómez Garrido, con una magnífica ponencia que con el título "*Modelo de división de poderes y diseños institucionales*" expuso muchos aspectos y propuestas sobre el modelo jurídico-

político, pasando por principios fundamentales del Derecho y elementos de la Filosofía del Derecho, demostrando una magnífica oratoria y extensos conocimientos académicos y prácticos.

La jornada fue inaugurada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el Excmo Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez, y por la Directora de los servicios jurídicos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, D^a María Belén López Donaire.

Por último, desde el Consejo de Redacción les deseamos un próspero año 2020 y, como siempre, les invitamos a disfrutar de la lectura de este número.

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Gabilex
Nº 20

ACCESO A INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y SECRETOS COMERCIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Concepción Campos Acuña

Doctora en Derecho y Secretaria de Administración
Local

SUMARIO:

- 1.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SUS MÚLTIPLES ROPAJES
- 2.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTRACTUAL
 - 2.1.- Antecedentes y gestación de la configuración actual del derecho de acceso a la información contractual
 - 2.2.- La conformación del derecho de acceso en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público
- 3.- LÍMITES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EL CRITERIO 1/2019 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, PERJUICIO PARA LOS INTERESES ECONÓMICOS Y COMERCIALES
 - 3.1.- La interrelación de los límites en transparencia y contratos: su reflejo normativo
 - 3.2.- El Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno
- 4.- LA RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN
 - 4.1.- La proyección de la transparencia en la contratación

4.2.-Un breve apunte sobre las vías de reclamación contra la denegación del acceso

5.-CONCLUSIONES: INTERACCIÓN NORMATIVA
TRANSPARENCIA/CONTRATACIÓN

6.- BIBLIOGRAFÍA

1.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: SUS MÚLTIPLES ROPAJES

El derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho clave para la transparencia en la gestión pública y la rendición de cuentas (accountability), que en el espacio europeo se materializa en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce el derecho de toda persona a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, incluyendo el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

Ese derecho se introduce en nuestro ordenamiento jurídico a través de la normativa en materia de procedimiento administrativo, la Ley 30/1992, de 28 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJPAC). Pero seguía faltando un reconocimiento específico de este derecho en el plano de la transparencia y el buen gobierno que llegó con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG), que distinguía entre dos planos de transparencia, la publicidad activa y la publicidad pasiva.

Es en este ámbito, el de la publicidad pasiva, donde los artículos 12 y siguientes LTBG regulan, con carácter

básico el régimen del derecho de acceso a la información pública, arraigando este derecho en el artículo 105.b) de la Constitución (CE), en el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, provocando numerosas críticas doctrinales por no reconocer a este derecho su carácter fundamental en el artículo 20 CE. Conforme al mismo se entenderá por información pública los contenidos o documentos, que obren en poder de los citados entes, organismos y entidades, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, salvo que, de modo justificado y proporcionado, el acceso a la misma se encuentre limitado, generalmente en materia de contratación pública, por alguna causa material que habilita la implantación del procedimiento negociado sin publicidad por suponer un perjuicio a la seguridad nacional, a la defensa, o a la seguridad pública, o por exigir del órgano de contratación el mantenimiento del deber de confidencialidad a instancia del licitador cuando se encontraran implicados el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial de éste.

Señala la LTBG en su Exposición de Motivos que “Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”, acción pública que se materializa en múltiples ámbitos de gestión. Por ello, tanto el régimen jurídico de la publicidad activa como de la publicidad pasiva previsto en la LTBG interactúa con otras normas sectoriales, entre las que destaca la relativa a la contratación, por el gran impacto en términos de gestión económica (entre un 15

y un 20% del PIB), como por la calidad de los servicios públicos.

A efectos de dimensionar el alcance del derecho de acceso a la información pública en materia contractual y su ejercicio en el marco de los límites legalmente aplicables, examinaremos la configuración de este derecho en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los límites que pueden afectar a su eficacia práctica, tanto en la normativa sobre transparencia como sobre contratos, analizando el reciente Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, relativo al perjuicio para los intereses económicos y comerciales. En particular, examinaremos la dimensión del límite de la confidencialidad en su posible utilización como obstáculo estratégico en la contratación y cómo resolver la contraposición con el derecho a la transparencia.

2.- EL ACCESO A LA INFORMACIÓN CONTRACTUAL

2.1.- Antecedentes y gestación de la configuración actual del derecho de acceso a la información contractual

En las primeras Directivas comunitarias en materia de contratación pública no se recogían referencias al término confidencialidad; aunque sí se preocupaba de garantizar la transparencia, al establecer que *"están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías y es necesario completar dicha prohibición con la garantía de transparencia que permita controlar la*

observancia de la prohibición de restringir la libre circulación".¹

Por su parte, en el modelo de 2004, la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales incorporaba ya la precisión de que: *"las entidades adjudicadoras podrán imponer requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que comuniquen"*².

Pero será ya en los textos de cuarta generación, en la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, cuando se aborda concepto de confidencialidad en el artículo 2: *"1. Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva o en el Derecho nacional a que esté sujeto el poder adjudicador, en particular la legislación relativa al acceso a la información, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los artículos 50 y 55, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los*

¹ Considerando segundo de la Directiva 77/62/CEE, de 21 de Diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros.

² Prevención que debía completarse con la de que a la vez la norma determina: *"sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, la entidad adjudicadora no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye los aspectos confidenciales de las ofertas. Todo esto sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva en particular las relativas a la obligación en materia de publicidad de los contratos"*.

operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas. 2. Los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores".

En nuestro ordenamiento, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), incorporaba dichas prescripciones en su articulado, señaladamente en el artículo 140 TRLCSPP relativo a la confidencialidad, cuando disponía, por una parte, que, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

Y, por otra parte, imponía al contratista el respeto al carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor. A su vez, los artículos 153 y 154 del TRLCSPP vienen a establecer la posibilidad de que el órgano de contratación pueda decidir motivadamente no difundir determinados datos de un contrato.

2.2.- La conformación del derecho de acceso en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

La LCSP formula en su Exposición de Motivos toda una declaración de intenciones al declarar que uno de sus objetivos principales es conseguir una “mayor transparencia” de la contratación, consagrando en su artículo 1 entre los principios rectores de la contratación pública a los de publicidad y transparencia. Principios que se manifiestan a lo largo de su articulado en diversos aspectos, destacando en una similitud con la LTBG la publicidad activa a través del perfil de contratante, artículo 63 y la regulación que examinaremos en relación con el ejercicio del derecho de acceso a la información.

No abordaremos en este trabajo, por no formar parte del mismo, el alcance de la publicidad en el perfil del contratante, limitándonos a señalar el incremento de publicidad que se ha producido no sólo en relación con la regulación anterior, el TRLCSP, sino incluso con el régimen de transparencia contractual de la LTBG³. De hecho, la interacción entre ambos cuerpos normativos se advierte ya en el artículo 346.5 de la LCSP, que remite a la aplicación de la LTBG para la resolución del acceso a los datos que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de internet y que obren en el Registro de Contratos del Sector Público, con las

³ En cuyo artículo 8.1, apartado a) recoge la obligación de publicidad activa de *“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.”*

limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal y la confidencialidad o la precisión del artículo 157.4 LCSP que permite que no se publiquen determinados datos relativos a la celebración del contrato, previo informe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴.

De este modo, el ordenamiento jurídico distingue entre obligaciones de publicidad activa y de publicidad pasiva. En el primer caso, se trata de aquella información que está obligada a publicar la propia entidad en las

⁴ Según dicho precepto: "*Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19. En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días. No obstante lo anterior, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente en los términos establecidos en este apartado.*"

condiciones y con el contenido que normativamente se determine, habitualmente, mediante la utilización del Portal de Transparencia y que no requiere identificación, ni solicitud alguna, por ser de consulta libre y anónima. Y la publicidad pasiva, como el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 105, y desarrollado en los términos establecidos en los artículos 12 y siguientes LTBG.

Resulta preciso diferenciar ambas herramientas, perfil del contratante y portal de transparencia, en atención a su distinta finalidad y fuente obligacional, tal y como recuerda el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, emitido al Anteproyecto de Ley de contratos del sector público, cuando señala precisamente esta diferencia, al afirmar que el perfil de contratante y el portal de transparencia son herramientas distintas:

«Por ello, no debería este artículo 63 inducir a confusión entre los distintos instrumentos de publicidad y transparencia, Perfil de contratante y Portal de transparencia, pues el primero tiene que estar dirigido a los licitadores y dotado de funcionalidades adaptadas a ellos (sistemas de alarmas sobre anuncios de licitación que pueden ser de su interés, sistema de alarmas sobre aquellos procedimientos en los que está participando, etc.). Mientras que el Portal de transparencia se refiere a información de contratos ya adjudicados, y es un repositorio histórico de dicha información. Por supuesto, todo ello sin perjuicio de los oportunos enlaces entre Perfil y Portal, de forma que resulten complementarios».

Por su parte, la LCSP dedica su artículo 133 a la regulación de la confidencialidad, al indicar que, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la LCSP relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Destaca la declaración de que el carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

No obstante, este deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no se configura como un deber absoluto que pueda extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación, sino tan sólo a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. Del mismo modo que el deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato,

respetando en todo caso lo dispuesto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal⁵.

Deber que se impone también al contratista de respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

Este deber de confidencialidad y su ponderación deberá ser objeto de especial consideración a los efectos del derecho de defensa para la interposición del recurso especial en materia de contratación previsto en los artículos 44 y ss, disponiendo el artículo 52 LCPS que si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley. Para ello, los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

Si bien el incumplimiento de estas previsiones no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso

⁵ En el momento de su aprobación, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la actualidad, resulta de aplicación el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

especial dentro del plazo legalmente establecido, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso⁶.

La garantía de confidencialidad en relación con la vía de impugnación se refuerza en el apartado 5, del artículo 56. Tramitación del procedimiento, exigiendo al órgano competente para la resolución del recurso que garantice la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que, por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento. Es decir, que el conflicto entre el derecho a la confidencialidad y el derecho de acceso a la información debe contextualizarse en este caso con la garantía de otro derecho, el de la protección jurídica efectiva y el derecho de defensa en el procedimiento.

Al margen de lo expuesto no se encuentra en la LCSP ninguna otra referencia general al acceso a la

⁶ En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

información contractual por parte de los interesados, salvo la contemplada en el artículo 138, que se refiere al acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos, que se efectuará a través del perfil de contratante.

3.- LÍMITES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA: EL CRITERIO 1/2019 DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, PERJUICIO PARA LOS INTERESES ECONÓMICOS Y COMERCIALES

El derecho de acceso a la información pública recogido en la LTBG no se configura como un derecho absoluto sino que en su ejercicio está sometido a determinados límites que exigirán una ponderación entre los derechos en conflicto, siguiendo las indicaciones ofrecidas por el propio CTBG en criterio conjunto con la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), CI/002/2015, de 24 de junio de 2015, sobre la aplicación de los límites del derecho de acceso a la información, en cuanto a su interpretación restrictiva, aplicación discrecional y necesaria ponderación.

3.1.- La interrelación de los límites en transparencia y contratos: su reflejo normativo

La confidencialidad constituye un principio general del Derecho, tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 14 de febrero de 2008, VAREC), que tiene como objeto la protección de bienes y derechos que no deben ser de conocimiento general o público. Confidencialidad que no se recoge como uno de los límites al derecho de acceso en la LTBG, previstos en el artículo 14, que sí recoge otros límites que se proyectarán en el marco del acceso a la información

contractual, señaladamente cuando en su apartado 1.h) recoge como límite al derecho de acceso el perjuicio a los "intereses económicos y comerciales", plasmado en idéntico sentido por los instrumentos internacionales⁷.

⁷ Convenio 205 sobre Acceso a los Documentos, hecho en Tromsø, Finlandia, el 18 de junio de 2009. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084826>. Article 3, "Possible limitations to access to official documents": "1. Each Party may limit the right of access to official documents. Limitations shall be set down precisely in law, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim of protecting: ... g) Commercial and other economic interests". Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-81331>. Artículo 4, "Excepciones": "2. Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: - los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual". Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a los Documentos Públicos, aprobada por Resolución AG/RES (XL-0/10) de la Asamblea de 8 de junio de 2010 http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf. Apartado 40: "Excepciones a la divulgación": "Las autoridades públicas pueden rechazar el acceso a la información únicamente bajo las siguientes circunstancias, cuando sean legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática, basándose en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano: a) Cuando el acceso dañare los siguientes intereses privados: ... 2. los intereses comerciales y económicos legítimos". Freedom of Information Act de 30 de noviembre de 2000 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/43> Chapter 36, Section 43, "Commercial interests": (1) Information is exempt information if it constitutes a trade secret. (2) Information is exempt information if its disclosure under this Act would, or would be likely to, prejudice the commercial interests of any person (including the public

Este criterio se proyecta en el ámbito contractual, que aunque fuertemente marcado por los principios del libre competencia y competencia, reconoce la confidencialidad de las ofertas, 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 en la propia LCSP.

Ya en el año 2016 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en su Resolución 1/2016, de 12 de enero, señalaba las claves para la resolución del conflicto:

- Buscar el equilibrio necesario entre los dos derechos buscando el equilibrio necesario de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.
- La información confidencial será tan sólo aquella proporcionada por el licitador, expresamente calificada por éste como confidencial, al formular su oferta
- La declaración de confidencialidad no vincula al órgano de contratación, que dispone de libertad de criterio para examinar las ofertas presentadas y decidir cuáles tendrán dicho carácter
- La materia estrictamente confidencial serán los secretos comerciales o técnicos, es decir, propuestas de ejecución de las políticas

authority holding it). (3)The duty to confirm or deny does not arise if, or to the extent that, compliance with section 1(1)(a) would, or would be likely to, prejudice the interests mentioned in subsection (2)".

empresariales cuyo conocimiento pueda suponer un perjuicio real porque constituye una afectación a sus estudios propios, formulación original de carácter técnico, o introducción de patentes propias.

- No son admisibles declaraciones de confidencialidad de carácter global, que alcancen la totalidad de la oferta.

Directamente relacionado con el objetivo de evitar el falseamiento de la competencia, tal y como reconoce, por ejemplo, el Tribunal General de La Unión Europea en Sentencia de 29 de enero de 2013, asuntos acumulados T-339/10 y T-532/10, Cosepuri Soc.Coop.p.A. contra la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) "(...) tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores".

De conformidad con el artículo 2.1 de la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, ha de entenderse por secreto comercial "la información que reúna todos los requisitos siguientes:

- a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, generalmente conocida por las

- personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;
- b) tener un valor comercial por su carácter secreto;
 - c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”.

Por su parte, se entenderá por: «Conocimientos técnicos», un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor y que es secreta, sustancial y determinada; «secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; «sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales; «determinada» significa que los conocimientos técnicos son descritos de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y substancialidad»⁸.

En todo caso, la administración deberá dar audiencia al contratista y ponderar si la confidencialidad es legítima y si debe prevalecer o no sobre el derecho de acceso. Si se considera que la confidencialidad es injustificada, esto

⁸ Sobre esta cuestión resulta de interés la aproximación a la labor del Information Commissioner’s Office (ICO), autoridad independiente del Reino Unido, con la finalidad de la defensa de los derechos de información, destacando, entre otros, la “Guide to freedom of information”, que analiza en su sección 41 las cuestiones relativas a la confidencialidad, en la sección 43, las relativas a los secretos y perjuicios en intereses comerciales y la sección 44, sobre las limitaciones a la divulgación de la información.

puede ser causa de nulidad de la cláusula que la establece. En estos casos la administración podría optar entre no aplicar directamente la cláusula tachada ilegítimamente de confidencial y dar acceso inmediato a la información solicitada, o dejar que la decisión sobre el acceso sea resuelta en sede judicial.

Asimismo debemos señalar el límite recogido en el artículo 14.1 j) LTBG, relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial, cuya prevalencia debe estar debidamente motivada, sin que haya habido una divulgación previa o una posibilidad legal de acceder al contenido⁹. Otra cosa diferente, es el uso ilegítimo que pueda hacerse de la obra a la que se ha accedido por esta vía, para lo que el Derecho reconoce también una serie de consecuencias. Así, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña considera que los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo pueden impedir el acceso a información pública si la modalidad con la que se practica el acceso perjudica los derechos de explotación o el rendimiento económico; difícilmente pueden impedir el acceso simple, especialmente si es limitado a la vista, a los bienes que protegen¹⁰.

⁹ Resolución 3/2016, de 28 de abril, del Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad valenciana.

¹⁰ La propiedad intelectual no puede operar como límite al acceso, sino como límite a su utilización o explotación por parte de la persona solicitante. Si tenemos en cuenta que entre los derechos de explotación está la reproducción y el aprovechamiento económico, lo que sería incompatible con este derecho sería un acceso que comportara reproducción del bien o perjuicio por los derechos económicos de explotación. De acuerdo con estas consideraciones, se puede afirmar que sería claramente incompatible con los derechos de explotación de la propiedad intelectual un acceso a la información que

Todo ello sin olvidar la relevancia de la protección de datos que opera como un límite cualificado en interacción con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD). La protección de los datos personales obrantes en la información contractual debe resolverse, cuando de acceso a la información pública hablamos, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 15 de la LTBG, donde aparecen las distintas intensidades de protección atendiendo a la naturaleza o tipo de dato: especialmente protegido, meramente identificativo relacionado con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano o los restantes datos personales.

3.2.- El Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Ahora bien, el legislador primero y los órganos de control, después, tienen claro que ese deber de confidencialidad no puede constituirse en un obstáculo caprichoso al acceso de información pública, de tal modo que:

- El órgano de contratación así como sus servicios dependientes no podrá extender la confidencialidad a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación

conllevara su reproducción con fines de aprovechamiento económico. Más dudas puede comportar una simple reproducción por una sola vez, sin fines de aprovechamiento económico; en estos casos la ponderación puede ser más fácilmente favorable al acceso, especialmente si este se fundamenta en derechos o intereses adicionales al derecho de acceso. Y es claramente compatible con el derecho de propiedad intelectual un acceso limitado a consulta o vista sin reproducción (velando, en este último caso, para evitar el uso de aparatos móviles habituales para hacer copia)".

que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

- El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la normativa sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

En su interpretación el CTBG concluye que a la hora de calificar una determinada información como secreta o confidencial han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- Ha de ser relativa a circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa.
- La información no ha de tener carácter público, es decir, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información.
- Debe haber una voluntad subjetiva del titular de la información de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión.

- La voluntad de mantener secreta la información ha de obedecer a un legítimo interés objetivo que debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar. Por ejemplo, cuando la revelación de la información produzca el detrimento de la competitividad de la empresa titular del secreto frente a sus competidores, debilite la posición de esta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial.

Y para garantizar el equilibrio entre los diferentes derechos en presunta colisión, derecho de acceso y derecho a la confidencialidad, en el ámbito del ejercicio del derecho de acceso, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas para la aplicación del límite:

<ul style="list-style-type: none">- El límite referido al perjuicio para los intereses económicos y comerciales de una organización, empresa o persona como el resto de los límites del art. 14, no opera de manera automática ni supone per se una exclusión directa del derecho de acceso a la información o de las obligaciones en materia de publicidad activa.
<ul style="list-style-type: none">- Al contrario, tal como establece el propio art. 14, la aplicación de los límites será potestativa, justificada y proporcionada con el objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2).
<ul style="list-style-type: none">- Cada caso debe ser objeto de un estudio individualizado, de la aplicación del test del daño, y de la ponderación de sus circunstancias.
<ul style="list-style-type: none">- No es suficiente argumentar que la existencia de una posibilidad incierta pueda producir un daño sobre los intereses económicos y comerciales

para aplicar el límite con carácter general. El perjuicio debe ser definido indubitado y concreto.
- Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.
- Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar.

A dichos efectos, el CTBG apuesta por restringir la interpretación del concepto a aquellas ventajas o situaciones beneficiosas para el sujeto o sujeto de los mismos que, de conocerse, comprometerían su posición en el mercado o en cualesquiera procesos negociadores de naturaleza económica (licitaciones, negociación colectiva, etc.), aunque en el ámbito de la contratación pública habrá que estar a las especialidades sectoriales que, vía doctrina de órganos consultivos y órganos de recursos, así como vía jurisprudencial se vaya fijando.

4.- LA RELEVANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN

4.1.- La proyección de la transparencia en la contratación

La importancia de este criterio radica en que, aunque las tres figuras jurídicas (limitación del acceso a la información pública en garantía de los intereses económicos y comerciales, protección frente a la

obtención, utilización o divulgación ilícita de secretos empresariales o comerciales e información comercial) son instituciones diferentes, lo cierto es que inciden en los mismos ámbitos materiales y persiguen objetivos estrechamente conectados, lo que exige su consideración conjunta. Todo ello sin olvidar que a la normativa en materia de transparencia y a la vigente en materia de contratación, aún debe añadirse un tercer marco normativo, la relativa al procedimiento administrativo común, cuando el solicitante ostenta la condición de interesado, y resulta de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La búsqueda del equilibrio entre los dos derechos va a requerir un juicio de valor de la Administración donde se establezca el motivo que finalmente ha llevado al órgano de contratación a catalogar como confidencial una documentación. En el sentido de que es el órgano de contratación al que corresponde motivar y dilucidar hasta encontrar el equilibrio entre los intereses de todos los licitadores. El propio TJCE, Sala Tercera, en Sentencia de 14 febrero 2008 apunta ya este criterio sobre la competencia y forma para la resolución de este conflicto entre derechos contrapuestos, disponiendo que *"la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que el organismo responsable debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes y, en particular, la entidad adjudicadora"* *Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva"* .

4.2.-Un breve apunte sobre las vías de reclamación contra la denegación del acceso

El CTBG ha negado reiteradamente la aplicación supletoria de la reclamación potestativa de los artículos 23 y 24 de la LTBG a los regímenes jurídicos específicos de acceso y también a los procedimientos en curso en los que el interesado ha solicitado el acceso (Resoluciones núms. 6/2015, de 19 de febrero, 505/2015, de 8 de febrero de 2016, 367/2016, de 3 de noviembre y RT/192/2016, de 5 de diciembre), por todas, la Resolución del CTBG 282/2018 desestima la reclamación de una empresa licitadora que acude a dicho Consejo por la vía de la LTBG, remitiéndole a los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC). Dicha posición orbita sobre lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la LTBG establece que se regirán por su normativa específica y por la LTBG con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, entendiéndose que éste es el caso de la LTBG.

Pero este criterio no es el mantenido por todos los órganos autonómicos con competencias en materia de derecho de acceso a información, como sucede con el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad valenciana en su resolución núm. 3/2017, cuando dice que los interesados no están privados de su derecho de acceso al amparo de la LTBG ya que este derecho corresponde a toda persona, o la Resolución núm. 40/2017, de 4 de mayo (CT-0072/2016), de la Comisión de Transparencia de Castilla y León. Igualmente en relación con la competencia del órgano de control en materia de transparencia para conocer de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública interpuesta por un licitador, entendiéndose la Comisión de Garantía del

Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña que puede conocer de la reclamación frente a la denegación de acceso a información contractual acordada por la mesa de contratación del correspondiente procedimiento, aún en curso, Resolución 21/2017, de 1 de febrero, con el consiguiente riesgo de manifestar un criterio contradictorio con el mantenido por los tribunales administrativos de recursos contractuales.

La GAIP también se considera competente para pronunciarse sobre este ámbito, en resolución sobre una reclamación en materia de acceso a la información pública interpuesta por un licitador frente a la denegación de acceso a información contractual acordada por la mesa de contratación del correspondiente procedimiento, aún en curso.

La Resolución 38/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón afirma que: *“La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores”*, pues la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada.

En su Resolución 58/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resume su doctrina sobre la confidencialidad de las ofertas, y señala que para que pueda considerarse que una documentación tiene carácter confidencial, el licitador debe justificar suficientemente que se trata de una documentación que

- a) que comporte una ventaja competitiva para la empresa,
- b) que se trate de una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros,

- c) que represente un valor estratégico para la empresa y pueda afectar a su competencia en el mercado, considerando secretos comerciales o técnicos conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación y sin que pueda otorgarse tal carácter al conjunto de la documentación que constituye la oferta del licitador.

5.- CONCLUSIONES: INTERACCIÓN NORMATIVA TRANSPARENCIA/CONTRATACIÓN

Como hemos visto, no resulta posible deslindar con precisión quirúrgica el derecho de acceso a la información pública establecido, con carácter general, en la LTBG, del particular derecho reconocido por la LCSP a licitadores a acceder a la información contractual, de ahí que debemos afirmar que la normativa sobre transparencia complementa y refuerza los principios de publicidad y transparencia consagrados por la legislación sobre contratos del sector público¹¹, sin que una norma

¹¹ El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en Resolución 11/2018, de 17 de enero, F.J.3: "en materia de contratación pública, las exigencias de transparencia de la información cobran una particular relevancia, pues, además de suponer un evidente gasto de fondos públicos, se trata de un sector de la gestión pública que ha de ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos."

desplace a la otra, por lo que resulta necesaria una interpretación sistemática e integradora de ambos cuerpos normativos^[2], tal y como se apunta en el Criterio CTBG analizado.

En dicha línea, la doctrina ofrecida por los Consejos autonómicos han sistematizado el distinto alcance de una y otra normativa, señalando que mientras que la legislación de contratación pública persigue dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, y se dirige fundamentalmente a los operadores económicos interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público; la finalidad de las leyes de transparencia y acceso a la información pública es la de "permitir al ciudadano controlar la buena administración de los asuntos públicos"¹², lo que incluye el buen gobierno de la contratación pública. Esto último es especialmente relevante ahí donde los "deberes de publicidad impuestos por la legislación de contratos son menos intensos", por ejemplo, la contratación menor o los procedimientos negociados sin publicidad¹³.

La regulación de la LCSP sobre esta materia traslada el mandato de las Directivas 2014 de anudar el principio de transparencia al derecho de acceso a la información pública. De esta forma, el legislador comunitario afirma que la transparencia en la contratación del sector público es indisociable de la trazabilidad del procedimiento de toma de decisiones de las entidades contratantes mediante la debida documentación de todas las fases del

¹² Consejo de Transparencia de Aragón, en Resolución 2/2016, de 12 de septiembre, F.J.4.

¹³ Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña, Resolución 1/2016, de 1 de marzo de 2016, F.J.2.

procedimiento de conformidad con las normas de acceso a documentos¹⁴.

La aplicación del Criterio 1/2019 del Consejo de Transparencia, la doctrina consolidada de los órganos de recursos contractuales y la jurisprudencia parecen definir una línea de actuación clara por parte de los órganos de contratación en su resolución de las solicitudes de acceso a la información contractual. En primer lugar, la necesidad de que sean los licitadores los que determinen el alcance del principio de confidencialidad sobre su respectiva oferta, mediante declaración expresa sobre la misma, declaración que, en ningún caso, puede afectar a la totalidad. En segundo lugar, autonomía e independencia del órgano de contratación para determinar la conformidad con dicha declaración y evaluar su extensión y debida protección en concurrencia con el derecho de acceso a la información y su proyección en el derecho de defensa, dada la conexión ya expuesta con la protección que ofrece el derecho de acceso a la información pública.

La transparencia y el acceso a la información pública se configuran así como un elemento medial en el procedimiento de contratación, en un instrumento de garantía de los principios rectores positivizados en el artículo 1 LCSP, y completamente consagrados en las Directivas comunitarias. De este modo sólo mediante su efectivo ejercicio podrán garantizarse os principios de libertad de acceso a las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

¹⁴ Considerandos 126 y 132 de las Directivas 2014/24/UE, sobre contratación pública y 2014/25/UE, sobre contratación en sectores del agua, energía y transportes.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOS ACUÑA, M^a. C.
 - 2018. «Obligaciones de publicidad y acceso a la información, Interacción normativa del RGPD con la normativa sobre Transparencia», *Administraciones Públicas y Protección de Datos: adaptación al RGPD*. Editorial LA LEY.
 - 2016. «El derecho de acceso a la información: dificultades en su ejercicio y propuestas de mejora».El Consultor de los Ayuntamientos.— Campos Acuña, María Concepción. 2016. «Las claves de la transparencia en el 2016: propósitos para el primer año de la transparencia local».
- GALLO SALIENT, J.A. (2018). "El recurso especial en materia de contratación", en CAMPOS ACUÑA, M^a C. (Dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer
- GARCÍA MELIÁN, J.C. (2016), Confidencialidad en la contratación pública, <https://mymabogados.com/confidencialidad-contratacion-publica>
- MESEGUER YEBRA, J. (2018). "El derecho de acceso a la información pública en materia de contratación pública", en CAMPOS ACUÑA, M^a C. (Dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local. Claves para una contratación electrónica y transparente*, Wolters Kluwer
- OBCP. (2018). "Confidencialidad de las ofertas: es necesario que el licitador señale que documentación tiene carácter confidencial y lo justifique suficientemente", disponible en

<http://www.obcp.es/monitor/confidencialidad-de-las-ofertas-es-necesario-que-el-licitador-senale-que-documentacion>

- OLIVARES HORTAL, A. (2016). "Confidencialidad y transparencia en la contratación pública", Gabilex, núm. 7
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M.,
 - 2019. "Acceso y confidencialidad en la contratación pública". Actualidad Administrativa
 - 2013. "La protección de los datos empresariales en materia de contratos del sector público", en: La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas. Editorial Iustel.
- PINTOS SANTIAGO, J., (2013) "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa. Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia Acceso a la Información y Buen Gobierno " *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 126.Jul-ago 2013.
- FEMP. (2017). Red de Entidades Locales por la transparencia y la participación ciudadana. *Comentarios sobre Aspectos clave en materia de acceso a la información pública*.
- FEMP (2019). Red de Entidades Locales por la transparencia y la participación ciudadana. *Guía de Integridad en la contratación pública local*

