

Resolución 568/2022, de 8 de julio

Número de expediente de la Reclamación: 450/2022

Administración reclamada: Ports de la Generalitat

Información reclamada: Expediente de prórroga de concesión de un puerto.

Sentido de la resolución: Estimación

Resumen: El PEF reclamado no puede ser calificado como de información de cariz privado, que pertenece a la esfera privada de la sociedad, porque el PEF controvertido no es la información de viabilidad económica, de previsiones de ingresos y gastos, de una empresa privada, sino el PEF de la concesión de la explotación del Puerto de Aiguadolç de Sitges, que, como cualquier otra concesión, es un título jurídico de naturaleza administrativa y, por lo tanto, de carácter público. La concesión de un puerto pone al alcance de una empresa privada el aprovechamiento y explotación de un bien de dominio público, como es el litoral; partiendo de esta base, está claro que el negocio de la concesión, al margen del negocio general de la empresa concesionaria, es tributario del dominio público sin el cual no se habría podido establecer, dominio público que, además, se pone a la disposición del concesionario con carácter de exclusividad (uso privativo), con exclusión de los otros usos, privativos o comunes, que se pudieran plantear en la misma porción del litoral. También es discutible que la difusión de la información solicitada perjudique la libertad de empresa y la competencia, porque se tiene que tener en cuenta que el PEF reclamado es el de una prórroga de la concesión, prórroga que no está sujeta a un procedimiento de concurrencia pública, por lo que la difusión de esta información podría perjudicar la empresa afectada ante las competidoras, sino que únicamente esté en el acceso del concesionario, que con la prórroga ejerce una iniciativa privilegiada, de la que están excluidas las eventuales competidoras y, por lo tanto, en relación con la cual los principios afectados de libertad de empresa y competencia leal entre las empresas más bien propugnarían la difusión del PEF de la concesión (prorrogada), que su confidencialidad. Efectivamente, únicamente el concesionario puede pedir la prórroga de la concesión, sin competencia con ninguna otra empresa, que puede ser autorizada si se dan determinadas circunstancias, después de que la Administración haya valorado la conveniencia (artículo 53 de la Ley 10/2019, de Puertos). En definitiva, la prórroga de la cual se pide el PEF es una actividad económica reservada con exclusiva a la empresa titular de la concesión y que se otorga en base a una amplia discrecionalidad administrativa. Poco que ver con los principios invocados de la libertad de empresa y el derecho de la competencia.

Palabras clave: Organismos de la Generalitat. Puertos. Concesión de dominio público. Prórroga de la concesión. Plan económico y financiero. Reclamación contra estimación parcial. Derechos privados legítimos. Intereses económicos y comerciales. Secreto empresarial. Propiedad intelectual e industrial. Información reservada por ley. Confidencialidad de los contratos. Ponderación. Oposición de afectados. Demora en la ejecución.

Ponente: Josep Mir Bagó



Antecedentes

1. El 12 de mayo de 2022 entra en la GAIP la Reclamación 450/2022, presentada contra el organismo público Puertos de la Generalitat, en relación con la solicitud indicada al antecedente siguiente. La persona reclamante no solicita el procedimiento de mediación previsto al artículo 42 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG) y regulado por los artículos 36 a 41 del Reglamento de la GAIP, aprobado por el Decreto 111/2017, de 18 de julio (RGAIP).
2. El 22 de abril de 2022 la persona reclamante pide en Puertos de la Generalitat el expediente completo de prórroga de la concesión del Puerto de Aiguadolç, de Sitges, incluida la solicitud del concesionario y los documentos anexos.
3. La Resolución de Puertos de la Generalitat de 27 de abril de 2022 estima parcialmente la solicitud y facilita a la persona reclamante la información solicitada, excepto el Plan económico financiero (PEF), el acceso en el cual es desestimado sobre la base de las consideraciones siguientes: “El artículo 21 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, establece que el derecho de acceso a la información pública puede ser denegado si el conocimiento o la divulgación de la información comporta un perjuicio para: – El secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial. (tener en cuenta el artículo 69.7 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero). En cumplimiento de aquello que dispone el artículo 20.3 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, la aplicación del límite mencionado se fundamenta en las causas siguientes: El documento “Plano económico financiero” de fecha febrero 2022 contiene información confidencial, privada y de carácter especialmente sensible atendido el contenido de datos e información de cariz económico-financiero que pertenece a la esfera privada de la Sociedad y que por lo tanto la perjudica en la defensa y preservación de sus derechos, y así consta al expediente como información confidencial”.
4. La Reclamación presentada el 12 de mayo de 2022 indica que “no se facilita el acceso al plan económico financiero, sin ni siquiera motivar la causa, siendo necesario para el estudio del cumplimiento de los objetivos económicos de la prórroga de la concesión”.
5. El 17 de mayo de 2022 la GAIP comunica la Reclamación en Puertos de la Generalitat y le requiere que, dentro del plazo de quince días establecido por el artículo 33.4 RGAIP, le envíe un informe sobre ella, así como también copia del expediente de la solicitud de información de la que deriva y, en general, de los antecedentes que puedan ser relevantes para resolver la Reclamación.
6. El 17 de mayo de 2022 la GAIP admite provisionalmente la Reclamación, informa a la persona reclamante sobre los aspectos más relevantes de su tramitación y de la posición jurídica



que ostenta como persona interesada, de conformidad con la legislación de procedimiento administrativo y la de transparencia y acceso a la información pública. Le pide especialmente que informe a la GAIP inmediatamente de las comunicaciones que reciba de la Administración reclamada relativas a la información pública solicitada.

7. El 1 de junio de 2022 la GAIP recibe el informe de Puertos de la Generalitat:
"Conformemente a lo que dispone el artículo 21.1 f) de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre: «El derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o la divulgación de la información comporta un perjuicio para la intimidad y los otros derechos privados legítimos». Para desplegar este límite y matizar la acepción, se considera que «la información pública puede perjudicar los derechos privados legítimos cuando, entre otros casos, comporte un daño para los intereses económicos o comerciales legítimos, de manera tal que afecte a la libertad de empresa o la competencia leal entre las empresas con motivo del valor estratégico especial de la información de forma prevalente en el acceso a la información pública» (artículo 69.6 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero) (...)
Los antecedentes y fundamentos jurídicos anteriores acreditan la existencia de intereses confrontados que requieren atender al principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites, porque estos disponen de carácter relativo y responden a la singularidad de cada caso individualmente analizado. Como ha declarado expresamente xxxx, y tal como consta en el "Plan económico financiero" presentado, la información solicitada es de cariz confidencial, privada y de carácter especialmente sensible atendido el contenido de datos e información de cariz económico-financiera que pertenecen a la esfera privada de la sociedad y que, por lo tanto, perjudica a la sociedad en la defensa y preservación de sus derechos. De la afirmación anterior por parte de la sociedad no se extrae una mera posibilidad de causar un daño, sino que su simple difusión causaría un perjuicio empresarial real. La liberación de la información, eso se, su difusión, se idóneo para causar un perjuicio para los intereses económicos o comerciales legítimos (en un sentido de fans similar se pueden consultar las Resoluciones de la GAIP 778/2019 y 330/2018). (...) Según el artículo 22.1 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre: «Los límites aplicados al derecho de acceso a la información pública tienen que ser proporcionales en el objeto y la finalidad de protección. La aplicación de estos límites tiene que atender las circunstancias de cada caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso a la información». Del precepto anterior se desprende, por un lado, el objeto y la finalidad de protección del límite, pues como recopilación la el Dictamen de la GAIP 1/2016, de 11 de mayo de 2016: «[...] el principal objetivo de este límite es impedir atentados contra la competencia o las posiciones en las



negociaciones, y podría operar en relación con información que contenga datos sobre procedimientos de producción, estrategias comerciales, listas de clientes, etc. Por lo expuesto, se trata de un límite estrechamente vinculado al derecho de la competencia y a la libertad de empresa amparada por el artículo 38 de la Constitución, que también viene siendo tradicionalmente aplicado al ejercicio del derecho de acceso a los expedientes por los propios interesados, aparte de recogido expresamente en el artículo 41.2.b de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No puede ser, por lo tanto, ignorado por las administraciones catalanas (...) De la otra, no podemos hablar de la concurrencia de un interés público o privado superior que acredite el acceso a la información al esgrimir la sociedad que el informe responde a un interés privado económico y comercial legítimo; asumiendo, a este efecto, que los derechos privados merecen una ponderación más favorable en detrimento del acceso en caso de su conformidad a derecho, pues «se cuestionable que merezcan protección intereses económicos y comerciales que se fundamentan en el incumplimiento de prescripciones determinadas por el ordenamiento jurídico» (Resolución de la GAIP de 28 de septiembre de 2016). (...) De acuerdo con el artículo 21.1 g) de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre: «El derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o la divulgación de la información comporta un perjuicio para el secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial». A mes, por una parte, «se entiende que el acceso a la información pública puede suponer un perjuicio al secreto profesional cuando el acceso perjudica, entre otros, informaciones secretas de valor empresarial, de acuerdo con la regulación del secreto empresarial» (artículo 69.7 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero). Asimismo, por otra parte, «se entiende que el acceso a la información pública puede perjudicar los derechos de propiedad intelectual e industrial cuando, entre otros, el acceso causa un perjuicio a los derechos de explotación y rendimiento económico» (artículo 69.7 del Decreto 8/2021, de 9 de febrero). (...) La difusión del "Plan económico financiero de fecha febrero 2022 elaborado por xxxx, en manifestaciones de la sociedad xxxx, comportaría un perjuicio a la sociedad, ya que la información solicitada es de cariz confidencial, privada y de carácter especialmente sensible. En el mismo sentido que el límite defiende de la intimado y los otros derechos privados legítimos, la sociedad no alega un daño hipotético por la difusión del plan económico-financiero, sino al contrario, lo afirma (...) Por un lado, la revelación del plan comporta un perjuicio al secreto profesional al tratarse de una información o de un conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que, a mes, dispone de un valor empresarial, ya sea real o potencial, no se conocida y que se dota de medidas de salvaguardia (Ley 1/2019, del 20 de febrero, de Secretos empresariales, que invierte al ordenamiento jurídico español 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). La fundamentación para impedir el acceso al plan solicitado radica en la información técnica y comercial secreta que la sociedad defiende que contiene el documento. Adicionalmente, la información contenida se podría utilizar para falsear la competencia, como sería apropiarse del know-how de la competencia (Resoluciones de la GAIP 253/2017, 157/2018 y 68/2019). Por otro lado, la difusión del plan económico-financiero comporta, de acuerdo con el aducido por la sociedad, un daño de los derechos de propiedad intelectual e industrial cuando el acceso causa un perjuicio a los derechos de explotación y rendimiento económico. La denegación en el acceso solicitado responde a la finalidad de protección de los derechos de autor de obras, ya sea artística, literaria o científica; porque el informe elaborado por xxxx, en síntesis con el afirmado por la sociedad, acoge derechos de explotación, susceptibles de rendimiento económico, de conformidad con el establecido al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual. De esta manera «[...] se puede afirmar que sería claramente incompatible con los derechos de explotación de la propiedad intelectual un acceso a la información que comportara su reproducción con finalidades de aprovechamiento económico» (Dictamen de la GAIP 312019, de 22 de marzo; de 2019). La aplicación de ambos límites responde a la concurrencia de los derechos de la sociedad xxxx por encima del interés del solicitante que justifique el acceso a la información (...) En virtud del principio de tipicidad legal de los límites, «[el] derecho de acceso a la información pública también puede ser denegado o restringido si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley» (artículo 22.2 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre). (...) Concretamente, la finalidad de restringir el acceso recae en el deber de confidencialidad de los órganos de contratación, en este caso, la Presidencia de Puertos de la Generalitat, a no divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta (artículo 133 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la cual se invierten al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014). (...) En el momento de presentar su solicitud de prórroga, designó como confidencial el "Plan económico financiero" de fecha febrero 2022 elaborado por xxxx, impidiendo la difusión sin la autorización expresa por parte de la misma, porque esta comportaría, en opinión del concesionario, un perjuicio a la sociedad, ya que la información solicitada es de cariz confidencial, privada y de carácter especialmente sensible. (...) Puertos de la Generalitat ha considerado que la información solicitada, conforme a la confidencialidad aducida en el plan por la sociedad concesionaria del puerto, se puede utilizar para falsear la

competencia. Siguiendo el estipulado por la confidencialidad que se alegó en la solicitud de prórroga, como también el previsto a la normativa de contratación, la reserva no se podrá extender a todo el contenido de los informes y documentación, sino que únicamente se podrá extender en documentos que tengan una difusión restringida -plan económico-financiero- y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles. Recibimiento la solicitud de acceso a la información pública y tramitada de acuerdo con la normativa de transparencia, se entregó al peticionario la totalidad de documentación presentada a esta Administración portuaria y que figura en el expediente de la concesión de prórroga, a excepción únicamente del "Plan económico financiero" por los motivos ya expuestos en el presente informe".

8. El 6 de junio de 2022 la GAIP pide en Puertos de la Generalitat, para dentro del plazo de 5 días, copia del Plan económico financiero (PEF) reclamado, haciendo constar el compromiso de mantener la confidencialidad. Puertos de la Generalitat facilita el PEF reclamado a la GAIP.
9. El 14 de junio de 2022 la GAIP traslada la Reclamación al concesionario del Puerto, en tanto que tercera persona afectada, y le otorga 10 días para formular alegaciones, de conformidad en aquello previsto por el artículo 31 LTAIPBG, e informa las partes de la suspensión del plazo para resolver de que comporta este hecho.
10. El 17 de junio de 2022 la GAIP traslada la Reclamación a la segunda tercera persona afectada (la consultora autora de Plan Económico Financiero reclamado).
11. El 30 de junio de 2022 la GAIP recibe las alegaciones del concesionario del puerto, que se oponen al acceso solicitado en base a los mismos motivos y límites señalados por el informe de Puertos de la Generalitat, sin añadir ningún dato concreto que ponga de manifiesto la concurrencia de los límites indicados en la documentación reclamada. Reproduce las consideraciones siguientes de la autora del Plan Económico Financiero y que sería la titular de sus derechos de propiedad intelectual: "Nuestro informe será facilitado exclusivamente para la información de los destinatarios de esta propuesta, y por lo tanto no tendrán que ser utilizados para ningún otro fin, ni mencionados en ningún otro documento, ni lugares a la disposición de ninguno tercero sin nuestro previo consentimiento por escrito." "xxxx ostentará la titularidad del "copyright" y de cualesquiera derechos de propiedad intelectual e industrial sobre la Tecnología de xxxx y los Productos a entregar." "Por su parte, el Cliente y los otros beneficiarios indemnizarán a xxxx por las pérdidas, gastos, costes y daños de cualquier Reclamación que pudiera plantearse a consecuencia del incumplimiento por parte del Cliente u Otros beneficiarios de sus obligaciones de acuerdo con el Contrato. Si, en cumplimiento y aplicación de esta cláusula, el Cliente o los beneficiarios efectuaran algún desembolso a favor del reclamante, se obligan a no intentar



recuperarlo a costa de xxx." "Por política de nuestra firma, no podemos compartir los informes en terceros, porque contienen nuestro know-how. Entendemos que nuestra metodología y enfoque podrían utilizarse en otras solicitudes similares y suponer un menoscabo económico para el desarrollo comercial de nuestra firma, especialmente considerando que se trata de una prórroga extraordinaria que no se ha tramitado anteriormente con este alcance."

12. El 30 de junio de 2022 la GAIP recibe las alegaciones de la consultora autora del Plan económico financiero reclamado, que coinciden con las del concesionario. *

Fundamentos jurídicos

1. Competencia de la GAIP y contenido y alcance generales del derecho de acceso a la información pública

El artículo 39.1 LTAIPBG establece que "Las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública y, en su caso, las que resuelvan el recurso de reposición pueden ser objeto de reclamación gratuita y voluntaria ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, encargada de velar por el cumplimiento y las garantías del derecho de acceso a la información pública que regula el presente título". El artículo 29 RGAIP desarrolla este precepto y concreta que también pueden ser objeto de reclamación ante la GAIP las comunicaciones que sustituyen las resoluciones. De conformidad con estos preceptos, la GAIP es competente para tramitar y resolver esta Reclamación, puesto que deriva de una solicitud de información pública.

El artículo 2.c LTAIPBG define el derecho de acceso a la información pública como "el derecho subjetivo que se reconoce a las personas para solicitar y obtener la información pública, en los términos y condiciones regulados por la presente ley". Por su parte, el apartado b del mismo precepto define la información pública como "la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los demás sujetos obligados de acuerdo con lo establecido por la presente ley".

Según el artículo 18.1 LTAIPBG, "Las personas tienen el derecho a acceder a la información pública, a la que se refiere el artículo 2.b, a título individual o en nombre y representación de cualquier persona jurídica legalmente constituida". Y el artículo 20.1 de la misma Ley añade que "El derecho de acceso a la información pública se garantiza a todas las personas, de acuerdo con lo establecido por la presente ley. El derecho de acceso a la información pública solamente puede ser denegado o restringido por las causas expresamente establecidas por las leyes".



Asimismo, los apartados 2 y 3 del artículo 20 LTAIPBG establecen los siguientes requisitos y criterios para la aplicación de los límites legales al derecho de acceso a la información pública: “2. Las limitaciones legales al derecho de acceso a la información pública deben ser aplicadas de acuerdo con su finalidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, deben interpretarse siempre restrictivamente en beneficio de este derecho y no pueden ampliarse por analogía. 3. Para aplicar límites al derecho de acceso a la información pública, la Administración no dispone de potestad discrecional y debe indicar en cada caso los motivos que lo justifican. En la motivación debe explicitarse el límite aplicado y razonar debidamente las causas que fundamentan su aplicación”.

Además, los límites legales al derecho de acceso a la información pública no son de aplicación automática y absoluta (el encabezamiento del artículo 21 LTAIPBG se refiere expresamente a que los límites enumerados por este precepto “pueden” llevar a la denegación del acceso solicitado), de modo que el artículo 22 de la misma Ley requiere que sean aplicados de acuerdo con criterios de proporcionalidad y temporalidad: “1. Los límites aplicados al derecho de acceso a la información pública deben ser proporcionales al objeto y la finalidad de protección. La aplicación de dichos límites debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso a la información. 2. Los límites del derecho de acceso a la información pública son temporales si así lo establece la ley que los regula, y se mantienen mientras perduran las razones que justifican su aplicación”.

2. Sobre el derecho de la persona reclamante a la información reclamada

La información pedida por la solicitud de información pública de la que deriva la Reclamación es la siguiente: “el expediente completo de prórroga de la concesión del Puerto de Aiguadolç, de Sitges, incluida la solicitud del concesionario y los documentos anexos”. Los antecedentes 3 y 4 ponen de manifiesto que Puertos de la Generalitat facilita a la persona reclamante toda la información solicitada, salvo el Plan Económico Financiero (PEF) de la concesión. Por lo cual, el objeto de la Reclamación es únicamente el PEF de la prórroga de la concesión del Puerto de Aiguadolç, de Sitges.

El PEF reclamado es información pública porque es un elemento esencial de una actuación típicamente administrativa, como es el caso de una concesión de dominio público, y porque está al poder de la Administración, en este caso de Puertos de la Generalitat. Como ya se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, es información pública, según el artículo 2.b LTAIPBG, “la información elaborada por la Administración y la que esta tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los otros sujetos obligados de acuerdo con lo que establece esta ley”. El PEF reclamado se encuentra al poder de Puertos de la Generalitat como consecuencia del ejercicio de sus funciones hacer concesiones de dominio público.



Al tener la condición de información pública, según los artículos 18.1 y 20.1 LTAIPBG cualquier persona tiene derecho a acceder, a menos que concurren causas legales que determinen la denegación. En este procedimiento se ha invocado la concurrencia de tres límites legales al derecho de acceso a la información pública, concretamente los establecidos por el artículo 21.1.f y g y 21.2 LTAIPBG. Según estos preceptos, “1. El derecho de acceso a la información pública puede ser denegado o restringido si el conocimiento o la divulgación de la información comporta un perjuicio para: (...) f) La intimidad y los otros derechos privados legítimos. g) El secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial. 2. El derecho de acceso a la información pública también puede ser denegado o restringido si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley” (esta norma sería el artículo 133 de la Ley de Contratos del Sector Público, LCSP). *

3. Los otros derechos privados legítimos

El límite del artículo 21.1.f LTAIPBG (la intimidad y los otros derechos privados legítimos), que en este caso vendría a jugar el papel del límite del artículo 14.1.h de la Ley estatal 19/2013, de transparencia y acceso a la información pública (los intereses económicos y comerciales), es desarrollado en los siguientes términos por el artículo 69.6 del Decreto 8/2021, sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública, y tal como invoca el informe de Puertos de la Generalitat: «la información pública puede perjudicar los derechos privados legítimos cuando, entre otros casos, comporte un daño para los intereses económicos o comerciales legítimos, de manera tal que afecte a la libertad de empresa o la competencia leal entre las empresas con motivo del valor estratégico especial de la información de forma prevalente en el acceso a la información pública».

Ni el informe de Puertos de la Generalitat, que se hace eco de las alegaciones formuladas por las empresas afectadas en el procedimiento de solicitud de información pública, ni las alegaciones formuladas en este procedimiento por el concesionario y la consultora autora del PEF, concretan suficientemente los motivos por los cuales la difusión del PEF comporta un daño para los intereses comerciales legítimos de las empresas alegantes y afecta la libertad de empresa y la competencia leal entre las empresas, ya que se limitan a afirmar estos y otros daños y perjuicios, sin acreditar razonadamente y con referencias concretas su concurrencia. Hay que valorar, por lo tanto, esta concurrencia, como hacen el informe y las alegaciones que las invocan, en el plan de las generalidades.

La afectación de los derechos privados legítimos del concesionario se argumenta básicamente en las consideraciones siguientes: la información solicitada “es de cariz confidencial, privada y de carácter especialmente sensible atendido el contenido de datos e información de cariz económico-financiera que pertenecen a la esfera privada de la sociedad y que, por lo tanto, perjudica a la sociedad en la



defensa y preservación de sus derechos (...) La liberación de la información, eso se, su difusión, se idóneo para causar un perjuicio para los intereses económicos o comerciales legítimos” (antecedente 7). Es más que discutible que las condiciones apuntadas contribuyan a la información solicitada.

El PEF reclamado no puede ser calificado como de información de cariz privado, que pertenece a la esfera privada de la sociedad, porque el PEF controvertido no es la información de viabilidad económica, de previsiones de ingresos y gastos, de una empresa privada, sino el PEF de la (prórroga de la) concesión de la explotación del Puerto de Aiguadolç de Sitges, que, como cualquier otra concesión, es un título jurídico de naturaleza administrativa y, por lo tanto, de carácter público. La concesión de un puerto pone al alcance de una empresa privada el aprovechamiento y explotación de un bien de dominio público, como es el litoral; partiendo de esta base, está claro que el negocio de la concesión, al margen del negocio general de la empresa concesionaria, es tributario del dominio público sin el cual no se habría podido establecer, dominio público que, además, se pone a la disposición del concesionario con carácter de exclusividad (uso privativo), con exclusión de los otros usos, privativos o comunes, que se podaran plantear en la misma porción del litoral.

También es discutible que la difusión de la información solicitada perjudique la libertad de empresa y la competencia, porque se tiene que tener en cuenta que el PEF reclamado es el de una prórroga de la concesión, prórroga que no está sujeta a un procedimiento de concurrencia pública, en lo que la difusión de esta información podría perjudicar la empresa afectada ante las competidoras, sino que únicamente esté en el acceso del concesionario, que con la prórroga ejerce una iniciativa privilegiada, de la que están excluidas las eventuales competidoras y, por lo tanto, en relación con la cual los principios afectados de libertad de empresa y competencia leal entre las empresas más bien propugnarían la difusión del PEF de la concesión (prorrogada), que su confidencialidad.

Efectivamente, únicamente el concesionario puede pedir la prórroga de la concesión, sin competencia con ninguna otra empresa, que puede ser autorizada si se dan determinadas circunstancias, después de la cual la Administración haya valorado la conveniencia (artículo 53 de la Ley 10/2019, de Puertos). En definitiva, la prórroga de la cual se pide el PEF es una actividad económica reservada con exclusiva a la empresa titular de la concesión y que se otorga en base a una amplia discrecionalidad administrativa. Poco a ver con los principios invocados de la libertad de empresa y el derecho de la competencia.

Se puede concluir, por lo tanto, que no se acaba de acreditar la concurrencia del límite del artículo 21.1.f LTAIPBG (perjuicio para los derechos privados legítimos), en los términos en que ha sido desarrollado por el artículo 69.6 del Decreto 8/2021. Además, si se acepta la concurrencia del límite invocado (que no es el caso), su ponderación con el derecho de acceso a la información pública se tiene que resolver claramente a favor de la divulgación del PEF solicitado. A estos efectos, además de servir el interés público inherente al derecho de acceso a la información pública, en este caso la



divulgación de la información solicitada sirve los intereses, igualmente públicos, de controlar el uso privativo de un bien del dominio público, que tiene un gran impacto en el medio ambiente, así como también el aprovechamiento privado del título concesional y la discrecionalidad administrativa, inherentes a la autorización de la prórroga de la concesión.

El interés público en la divulgación de información sobre la explotación de un bien de dominio público queda puesto de manifiesto por la misma LTAIPBG, cuyo artículo 10.1 establece que “la información relativa a las decisiones y actuaciones con relevancia jurídica que la Administración tiene que hacer pública en aplicación del principio de transparencia tiene que incluir: (...) f) Los actos administrativos, las declaraciones responsables y las comunicaciones previas que puedan tener incidencia sobre el dominio público o la gestión de los servicios públicos, y aquellos otros en que lo aconsejen razones de interés público especial”. Si por imperativo del LTAIPBG se tiene que dar publicidad a los actos administrativos con incidencia en el dominio público, en aplicación de un criterio básico de proporcionalidad, por las mismas razones tienen que poder ser objeto del derecho de acceso a la información pública los documentos esenciales que fundamentan los actos administrativos en cuestión, y uno de los documentos más relevantes a estos efectos es el PEF de la concesión prorrogada.

4. *El secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial*

El límite del artículo 21.1.g LTAIPBG (el secreto profesional y los derechos de propiedad intelectual e industrial) es desarrollado en los siguientes términos por el artículo 69.7 del Decreto 8/2021, sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública: “a los efectos de lo que prevé la letra g) del artículo 21.1 de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, se entiende que el acceso a la información pública puede suponer un perjuicio al secreto profesional cuando el acceso perjudica, entre otros, informaciones secretas de valor empresarial, de acuerdo con la regulación del secreto empresarial. Asimismo, se entiende que el acceso a la información pública puede perjudicar los derechos de propiedad intelectual e industrial cuando, entre otros, el acceso causa un perjuicio a los derechos de explotación y rendimiento económico”.

Se pueden reproducir las consideraciones hechas al fundamento jurídico anterior, sobre la falta de referencias o datos concretos que acrediten el perjuicio invocado al secreto profesional o a los derechos de propiedad intelectual por la divulgación de la información solicitada. La divulgación del PEF de una prórroga de concesión de explotación de un puerto no es previsible que cause ningún perjuicio al rendimiento económico, ni a los derechos de explotación de la sociedad concesionaria, que seguramente tendrá que afrontar los mismos gastos de explotación y los mismos ingresos que si no se hubiera divulgado el PEF. Tampoco se ha acreditado la existencia de secreto industrial, más allá de la invocación del concepto.



Desde el punto de vista de los derechos e intereses de la sociedad autora del PEF, los derechos de propiedad intelectual protegen su explotación, evitando situaciones de aprovechamiento ilegítimo. No es verosímil un eventual aprovechamiento ilegítimo de los derechos de propiedad intelectual del PEF reclamado, porque es un plan hecho a medida de la prórroga de concesión del Puerto de Aiguadolç, que sólo tiene utilidad para su concesionario actual, que ya dispone del PEF en cuestión. El documento del PEF hace una previsión de ingresos y gastos de la explotación para los años de la prórroga solicitada, teniendo en cuenta los elementos obvios para este tipo de valoraciones, y si la consultora que lo ha redactado ha empleado conocimientos exclusivos y secretos, debe estar en el trabajo de fondo, no a los datos que dan cuerpo al documento reclamado.

E incluso si se acepta la concurrencia del límite del apartado g del artículo 21.1, su ponderación con el derecho de acceso a la información pública, reforzado con el carácter público de la concesión y del dominio público afectado y vista la naturaleza discrecional de la prórroga, que sólo puede ser solicitada por el titular de la concesión, lleva a la prevalencia del derecho de acceso a esta información, por las mismas razones apuntadas en el anterior fundamento jurídico. Además, también hay que tener en cuenta que el PEF es el documento que acredita la viabilidad económica de la prórroga, hasta el punto que los intereses económicos públicos se podrían ver seriamente afectados por una previsión incorrecta de esta viabilidad. En esta perspectiva, el escrutinio social del PEF puede jugar un papel esencial para poner de manifiesto eventuales carencias o riesgos de las previsiones económicas de la prórroga, y proteger de esta manera los intereses económicos públicos.

5. El límite de la información protegida por otras leyes

Según el artículo 21.2 LTAIPBG, el derecho de acceso a la información pública también puede ser denegado o restringido si la información tiene la condición de protegida y así lo establece expresamente una norma con rango de ley; según el informe de la Administración y las alegaciones aportadas a este procedimiento, la concurrencia de este límite al caso vendría dada por las previsiones del artículo 133 de la Ley de Contratos del Sector Público, LCSP, según el cual “1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones que contiene esta Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que se tiene que dar a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no pueden divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, los secretos técnicos o comerciales, los aspectos confidenciales de las ofertas y cualquier otra información con un contenido que se pueda utilizar para falsear la competencia, ya sea en este procedimiento de licitación o en otros de posteriores (...) 2. El contratista tiene que respetar el carácter confidencial de la información en que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato en la cual se le haya



dado el carácter referido en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza se tenga que tratar como tal. Este deber se mantiene durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esta información, a menos que los pliegos o el contrato establezcan un plazo superior que, en todo caso, tiene que ser definido y limitado en el tiempo”.

Este límite difícilmente puede concurrir al caso porque el artículo 9.1 LCSP establece claramente que “están excluidos de esta Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales diferentes de los que define el artículo 14, que se regulan por su legislación específica, excepto en los casos en que se declaren expresamente aplicables las prescripciones de esta Ley”. Este precepto computa que el artículo 133 LCSP reproducido parcialmente al párrafo anterior no es aplicable al caso que nos ocupa, que es el de una concesión de dominio público, con una regulación que no es la de los contratos del sector público.

6. Oposición de las terceras personas afectadas

Según los antecedentes, la Reclamación ha sido sometida a audiencia de las dos terceras personas afectadas (el concesionario del puerto y la consultora que ha redactado el PEF), que se han opuesto a la divulgación de la información reclamada, sobre la base de varios argumentos que ya han sido rehusados en los fundamentos jurídicos anteriores.

Sin embargo, la oposición de las terceras personas afectadas para la Reclamación en que se ame esta y se divulgue la información reclamada obliga a la aplicación del artículo 34.3 LTAIPBG, según el cual “si la resolución es estimatoria de la solicitud y ha habido oposición de terceros, el acceso a la información sólo se puede hacer efectivo una vez ha transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o, en caso que se haya presentado este recurso, si no se ha acompañado de petición de medidas cautelares de suspensión o se ha resuelto este incidente manteniendo la ejecutividad del acto administrativo”. A la vista de este precepto, es procedente demorar la entrega del PEF reclamando al vencimiento del plazo para impugnar la Resolución en vía contenciosa administrativa, sin que se haya presentado este recurso con petición de medidas cautelares de suspensión incluida.

7. Seguimiento de la ejecución

El artículo 43.5 LTAIPBG establece que “la Administración debe comunicar a la Comisión las actuaciones realizadas para ejecutar los acuerdos de mediación y para dar cumplimiento a las resoluciones dictadas por la Comisión”. Sobre la base de estas comunicaciones y de las efectuadas por las personas interesadas, la GAIP debe hacer seguimiento del cumplimiento de sus resoluciones,



de acuerdo con lo previsto por los artículos 48 y siguientes RGAIP y por el apartado 30 de su Manual de reclamación, pudiendo adoptar las medidas que allí se prevén en caso de incumplimiento.

El artículo 43 LTAIPBG establece que si la Administración incumple el plazo fijado por los acuerdos de mediación o por las resoluciones de la GAIP para entregar la información reclamada, las personas interesadas lo pueden comunicar a la Comisión para que ésta requiera su cumplimiento; la desatención de este requerimiento, vista la remisión expresa hecha a este precepto por el artículo 77.2.b LTAIPBG, debe calificarse de infracción muy grave en relación con el derecho de acceso a la información pública (que puede ser sancionada de acuerdo con los artículos 81 y 82 LTAIPBG). El artículo 49.2 RGAIP prevé que, a los efectos anteriores, la Comisión puede poner estos hechos en conocimiento de los órganos competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador correspondiente a que hace referencia el artículo 86 LTAIPBG.

Asimismo, el artículo 25.2.k RGAIP prevé la publicación en el web de la Comisión de los casos en los que sus requerimientos han sido desatendidos por los sujetos obligados.

8. Publicidad de las resoluciones de la GAIP

El artículo 44 LTAIPBG prevé que las resoluciones de la GAIP se publicarán en el portal de la Comisión previsto por el artículo 25 RGAIP, previa disociación de los datos personales.

Resolución

Sobre la base de los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, el Pleno de la GAIP, en la sesión de 8 de julio de 2022, resuelve por unanimidad:

1. Estima la Reclamación 450/2022 y declarar el derecho de la persona reclamante al Plan Económico Financiero de la prórroga de la concesión del Puerto de Aiguadolç, de Sitges.
2. Requerir en Puertos de la Generalitat que entregue a la persona reclamante la información indicada en el apartado 1 dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del plazo para interponer recurso contencioso administrativo contra esta Resolución, sin que se haya formalizado con petición de la medida cautelar de suspensión.
3. Requerir en Puertos de la Generalitat a informar la GAIP, dentro del plazo de quince días, del órgano o la persona responsable del cumplimiento de esta Resolución, así como de las actuaciones llevadas a cabo para cumplirla.
4. Invitar a la persona reclamante que informe en la GAIP de cualquier incidencia a que se produzca con motivo del cumplimiento de esta Resolución.



5. Declarar finalizado el procedimiento relativo a la Reclamación 450/2022 y disponer la publicación de esta resolución en la web de la GAIP.

Elisabet Samarra Gallego

Presidenta

Los plazos establecidos en esta Resolución para entregar la información se tienen que contar en días hábiles (descontando festivos y sábados) y si no se especifica otra cosa empiezan a partir del día siguiente de la recepción de su notificación para la Administración reclamada.

La Administración obligada puede solicitar a la GAIP la ampliación del plazo otorgado para hacer efectivo la entrega de la información. Esta solicitud sólo puede ser admitida a consideración si es notificada a la GAIP antes de que termine el plazo fijado a la Resolución, y se tiene que fundamentar en circunstancias que no hayan podido ser tenidas en cuenta por la Comisión antes de dictar su Resolución. La GAIP únicamente otorgará la ampliación solicitada, después de informar a la persona reclamante, si la Administración obligada ha justificado de forma precisa y consistente su necesidad.

Si la Administración obligada no entrega la información dentro del plazo establecido por esta Resolución, a la persona reclamante puede ponerlo en conocimiento de la GAIP, preferentemente por correo electrónico dirigido a gaip@gencat.cat, a fin de que la Comisión requiera el cumplimiento. Mientras no se cumpla plenamente la Resolución, la Comisión difundirá a su web www.gaip.cat el incumplimiento de la Administración obligada, de acuerdo con el artículo 25.2.k RGAIP.

Si la Administración desatiende el requerimiento de ejecución que le dirija la GAIP, la Comisión pondrá los hechos en conocimiento del órgano competente, de acuerdo con aquello previsto por el artículo 86 LTAIPBG, y le solicitará la incoación de un procedimiento sancionador por infracción muy grave con relación al derecho de acceso a la información pública, al amparo del artículo 77.2.b LTAIPBG.

Todo eso sin perjuicio que la persona reclamante pueda, considerando que esta Resolución es un acto administrativo declarativo de derechos que vincula la Administración, requerir su ejecución ante los Tribunales, al amparo del artículo 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. Esta acción se puede interponer después de que hayan transcurrido tres meses desde que la persona afectada ha reclamado formal y directamente a la Administración el cumplimiento de esta Resolución.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se puede interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en un plazo de dos meses, a contar del día siguiente de la notificación de la resolución, de acuerdo con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa.