

Resolució 568/2022, de 8 de juliol

Número d'expedient de la Reclamació: 450/2022

Administració reclamada: Ports de la Generalitat

Informació reclamada: Expedient de pròrroga de concessió d'un port.

Sentit de la resolució: Estimació

Resum: El PEF reclamat no pot ser qualificat com d'informació de caire privat, que pertany a l'esfera privada de la societat, perquè el PEF controvertit no és la informació de viabilitat econòmica, de previsions d'ingressos i despeses, d'una empresa privada, sinó el PEF de la concessió de l'explotació del Port d'Aiguadolç de Sitges, que, com qualsevol altra concessió, és un títol jurídic de naturalesa administrativa i, per tant, de caràcter públic. La concessió d'un port posa a l'abast d'una empresa privada l'aprofitament i explotació d'un bé de domini públic, com és el litoral; partint d'aquesta base, està clar que el negoci de la concessió, al marge del negoci general de l'empresa concessionària, és tributari del domini públic sense el qual no s'hauria pogut establir, domini públic que, a més a més, es posa a la disposició de la concessionària amb caràcter d'exclusivitat (ús privatiu), amb exclusió dels altres usos, privatis o comuns, que es poguessin plantejar en la mateixa porció del litoral. També és discutible que la difusió de la informació sol·licitada perjudiqui la llibertat d'empresa i la competència, perquè s'ha de tenir en compte que el PEF reclamat és el d'una pròrroga de la concessió, pròrroga que no està subjecta a un procediment de concurrència pública, en el que la difusió d'aquesta informació podria perjudicar l'empresa afectada davant les competidores, sinó que únicament és a l'accés de la concessionària, que amb la pròrroga exerceix una iniciativa privilegiada, de la que n'estan excloses les eventuais competidores i, per tant, en relació amb la qual els principis afectats de llibertat d'empresa i competència lleial entre les empreses més aviat propugnarien la difusió del PEF de la concessió (prorrogada), que la seva confidencialitat. Efectivament, únicament la concessionària pot demanar la pròrroga de la concessió, sense competència amb cap altra empresa, que pot ser autoritzada si es donen determinades circumstàncies, després que l'Administració n'hagi valorat la conveniència (article 53 de la Llei 10/2019, de Ports). En definitiva, la pròrroga de la qual es demana el PEF és una activitat econòmica reservada amb exclusiva a l'empresa titular de la concessió i que s'atorga en base a una àmplia discrecionalitat administrativa. Poc a veure amb els principis invocats de la llibertat d'empresa i el dret de la competència.

Paraules clau: Organismes de la Generalitat. Ports. Concessió de domini públic. Pròrroga de la concessió. Pla econòmic i financer. Reclamació contra estimació parcial. Drets privats legítims. Interessos econòmics i comercials. Secret empresarial. Propietat intel·lectual i industrial. Informació reservada per llei. Confidencialitat dels contractes. Ponderació. Oposició d'afectats. Demora en l'execució.

Ponent: Josep Mir Bagó



Antecedents

1. El 12 de maig de 2022 entra a la GAIP la Reclamació 450/2022, presentada contra l'organisme públic Ports de la Generalitat, en relació amb la sol·licitud indicada a l'antecedent següent. La persona reclamant no sol·licita el procediment de mediació previst a l'article 42 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG) i regulat pels articles 36 a 41 del Reglament de la GAIP, aprovat pel Decret 111/2017, de 18 de juliol (RGAIP).
2. El 22 d'abril de 2022 la persona reclamant demana a Ports de la Generalitat l'expedient complet de pròrroga de la concessió del Port d'Aiguadolç, de Sitges, inclosa la sol·licitud del concessionari i els documents annexos.
3. La Resolució de Ports de la Generalitat de 27 d'abril de 2022 estima parcialment la sol·licitud i facilita a la persona reclamant la informació sol·licitada, excepte el Pla econòmic financer (PEF), l'accés al qual és desestimat sobre la base de les consideracions següents: "L'article 21 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, estableix que el dret d'accés a la informació pública pot ser denegat si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a: – El secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial. (tenir en compte l'article 69.7 del Decret 8/2021, de 9 de febrer) En compliment d'allò que disposa l'article 20.3 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, l'aplicació del límit esmentat es fonamenta en les causes següents: El document "Pla econòmic financer" de data febrer 2022 conté informació confidencial, privada i de caràcter especialment sensible atès el contingut de dades i informació de caire econòmic-financer que pertany a l'esfera privada de la Societat i que per tant perjudica en la defensa i preservació dels seus drets, i així consta a l'expedient com a informació confidencial".
4. La Reclamació presentada el 12 de maig 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 maig de 2022 la GAIP comunica la Reclamació a Ports de la Generalitat i li requereix que, dins del termini de quinze dies establert per l'article 33.4 RGAIP, li trameti un informe sobre ella, així com també còpia de l'expedient de la sol·licitud d'informació de la que deriva i, en general, dels antecedents que puguin ser rellevants per resoldre la Reclamació.
6. El 17 de maig de 2022 la GAIP admet provisionalment la Reclamació, informa a la persona reclamant sobre els aspectes més rellevants de la seva tramitació i de la posició jurídica que ostenta com a persona interessada, de conformitat amb la legislació de procediment administratiu i la de transparència i accés a la informació pública. Li demana especialment que informi a la GAIP



immediatament de les comunicacions que rebí de l'Administració reclamada relatives a la informació pública sol·licitada.

7. L'1 de juny de 2022 la GAIP rep l'informe de Ports de la Generalitat: "Conformement al que disposa l'article 21.1 f) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre: «El dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a la intimitat i els altres drets privats legítims». Per a desplegar aquest límit i matisar-ne l'accepció, es considera que «la informació pública pot perjudicar els drets privats legítims quan, entre altres casos, comporti un dany per als interessos econòmics o comercials legítims, de tal manera que afecti la llibertat d'empresa o la competència lleial entre les empreses amb motiu del valor estratègic especial de la informació de forma prevalent a l'accés a la informació pública» (article 69.6 del Decret 8/2021, de 9 de febrer) (...) Els antecedents i fonaments jurídics anteriors acrediten l'existència d'interessos confrontats que requereixen atendre al principi de proporcionalitat en l'aplicació dels límits, perquè aquests disposen de caràcter relatiu i responen a la singularitat de cada cas individualment analitzat. Com ha declarat expressament xxxx, i tal i com consta en el "Pla econòmic financer" presentat, la informació sol·licitada és de caire confidencial, privada i de caràcter especialment sensible atès el contingut de dades i informació de caire economicofinancera que pertanyen a l'esfera privada de la societat i que, per tant, perjudica a la societat en la defensa i preservació dels seus drets. De l'afirmació anterior per part de la societat no se n'extreu una mera possibilitat de causar un dany, sinó que la seva simple difusió causaria un perjudici empresarial real. L'alliberament de la informació, això es, la seva difusió, es idoni per causar un perjudici per als interessos econòmics o comercials legítims (en un sentit de fans similar es poden consultar les Resolucions de la GAIP 778/2019 i 330/2018). (...) Segons l'article 22.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre: «Els límits aplicats al dret d'accés a la informació pública han d'ésser proporcionals a l'objecte i la finalitat de protecció. L'aplicació d'aquests límits ha d'atendre les circumstàncies de cada cas concret, especialment la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés a la informació». Del precepte anterior se'n desprèn, d'una banda, l'objecte i la finalitat de protecció del límit, doncs com recull la el Dictamen de la GAIP 1/2016, d'11 de maig de 2016: «[...] el principal objectiu d'aquest límit es impedir atemptats contra la competència o les posicions en les negociacions, i podria operar en relació amb informació que contingui dades sobre procediments de producció, estratègies comercials, llistes de clients, etc. Pel que s'acaba de dir, es tracta d'un límit estretament vinculat al dret de la competència i a la llibertat d'empresa emparada per l'article 38 de la Constitució, que també ve sent tradicionalment aplicat a l'exercici del dret d'accés als expedients pels propis interessats, a part de recollit expressament a l'article 41.2.b de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió



Europea. No pot ser, per tant, ignorat per les administracions catalanes (...) De l'altra, no podem parlar de la concurrència d'un interès públic o privat superior que acrediti l'accés a la informació en esgrimir la societat que l'informe respon a un interès privat econòmic i comercial legítim; assumint, a aquest efecte, que els drets privats mereixen una ponderació més favorable en detriment de l'accés en cas de la seva conformitat a dret, doncs «es qüestionable que mereixin protecció interessos econòmics i comercials que es fonamenten en l'incompliment de prescripcions determinades per l'ordenament jurídic» (Resolució de la GAIP de 28 de setembre de 2016). (...) D'acord amb l'article 21.1 g) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre: «El dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per al secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial». A més, d'una banda, «s'entén que l'accés a la informació pública pot suposar un perjudici al secret professional quan l'accés perjudica, entre d'altres, informacions secretes de valor empresarial, d'acord amb la regulació del secret empresarial» (article 69.7 del Decret 8/2021, de 9 de febrer). Així mateix, d'altra banda, «s'entén que l'accés a la informació pública pot perjudicar els drets de propietat intel·lectual i industrial quan, entre d'altres, l'accés causa un perjudici als drets d'explotació i rendiment econòmic» (article 69.7 del Decret 8/2021, de 9 de febrer). (...) La difusió del "Pla econòmic financer de data febrer 2022 elaborat per xxxx, en manifestacions de la societat xxxx, comportaria un perjudici a la societat, ja que la informació sol·licitada és de caire confidencial, privada i de caràcter especialment sensible. En el mateix sentit que el límit en defensa de la intimitat i els altres drets privats legítims, la societat no al·lega un dany hipotètic per la difusió del pla economicofinancer, ans al contrari, l'afirma (...) Per un costat, la revelació del pla comporta un perjudici al secret professional en tractar-se d'una informació o d'un coneixement, inclòs el tecnològic, científic, industrial, comercial, organitzatiu o financer, que, a més, disposa d'un valor empresarial, ja sigui real o potencial, no es coneguda i que es dota de mesures de salvaguarda (Llei 1/2019, del 20 de febrer, de Secrets empresarials, que transposa a l'ordenament jurídic espanyol la Directiva (UE) 2016/943 del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2016, relativa a la protecció dels coneixements tècnics i la informació empresarial no divulgats (secrets comercials) contra la seva obtenció, utilització i revelació il·lícites). La fonamentació per a impedir l'accés al pla sol·licitat rau en la informació tècnica i comercial secreta que la societat defensa que conté el document. Addicionalment, la informació continguda es podria utilitzar per falsejar la competència, com seria apropiat-se del know-how de la competència (Resolucions de la GAIP 253/2017, 157/2018 i 68/2019). Per un altre costat, la difusió del pla economicofinancer comporta, d'acord amb l'adjudicat per la societat, un dany dels drets de propietat intel·lectual i industrial quan l'accés causa un perjudici als drets d'explotació i rendiment econòmic. La denegació a l'accés sol·licitat respon a la finalitat de protecció dels drets d'autor d'obres, ja sigui artística, literària o científica; perquè l'informe elaborat



per xxxx, en síntesi amb l'afirmat per la societat, acull drets d'explotació, susceptibles de rendiment econòmic, de conformitat amb l'establert al Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el text refès de la Llei de Propietat Intel·lectual. D'aquesta manera, «[...] es pot afirmar que seria clarament incompatible amb els drets d'explotació de la propietat intel·lectual un accés a la informació que comportés la seva reproducció amb finalitats d'aprofitament econòmic» (Dictamen de la GAIP 312019, de 22 de març; de 2019). L'aplicació d'ambdós límits respon a la concurrència dels drets de la societat xxxx per sobre de l'interès del sol·licitant que justifiqui l'accés a la informació (...) En virtut del principi de tipicitat legal dels límits, «[e]l dret d'accés a la informació pública també pot ésser denegat o restringit si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei» (article 22.2 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre). (...) Concretament, la finalitat de restringir l'accés recau en el deure de confidencialitat dels òrgans de contractació, en aquest cas, la Presidència de Ports de la Generalitat, a no divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en el moment de presentar la seva oferta (article 133 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014). (...) En el moment de presentar la seva sol·licitud de pròrroga, va designar com a confidencial el "Pla econòmic financer" de data febrer 2022 elaborat per xxxx, impeding-ne la difusió sense la autorització expressa per part de la mateixa, perquè aquesta comportaria, a parer de la concessionària, un perjudici a la societat, ja que la informació sol·licitada és de caire confidencial, privada i de caràcter especialment sensible. (...) Ports de la Generalitat ha considerat que la informació sol·licitada, conforme a la confidencialitat adduïda al pla per la societat concessionària del port, es pot utilitzar per falsejar la competència. Seguint l'estipulat per la confidencialitat que es va al·legar a la sol·licitud de pròrroga, com també el previst a la normativa de contractació, la reserva no es podrà estendre a tot el contingut dels informes i documentació, sinó que únicament es podrà estendre a documents que tinguin una difusió restringida -pla economicofinancer- i en cap cas a documents que siguin públicament accessibles. Rebuda la sol·licitud d'accés a la informació pública i tramitada d'acord amb la normativa de transparència, es va lliurar al peticionari la totalitat de documentació presentada a aquesta Administració portuària i que figura en l'expedient de la concessió de pròrroga, a excepció únicament del "Pla econòmic financer" pels motius ja exposats en el present informe".

8. El 6 de juny de 2022 la GAIP demana a Ports de la Generalitat, per a dins del termini de 5 dies, còpia del Pla econòmic financer (PEF) reclamat, fent constar el compromís de mantenir-ne la confidencialitat. Ports de la Generalitat facilita el PEF reclamat a la GAIP.



9. El 14 de juny de 2022 la GAIP trasllada la Reclamació a la concessionària del Port, en tant que tercera persona afectada, i li atorga 10 dies per formular al·legacions, de conformitat a allò previst per l'article 31 LTAIPBG, i informa les parts de la suspensió del termini per resoldre que comporta aquest fet.
10. El 17 de juny de 2022 la GAIP trasllada la Reclamació a la segona tercera persona afectada (la consultora autora de Pla Econòmic Financer reclamat).
11. El 30 de juny de 2022 la GAIP rep les al·legacions de la concessionària del port, que s'oposen a l'accés sol·licitat en base als mateixos motius i límits assenyalats per l'informe de Ports de la Generalitat, sense afegir cap dada concreta que posi de manifest la concurrència dels límits indicats en la documentació reclamada. Reprodueix les consideracions següents de l'autora del Pla Econòmic Financer i que en seria la titular dels seus drets de propietat intel·lectual: "El nostre informe serà facilitat exclusivament per a la informació dels destinataris d'aquesta proposta, i per tant no hauran de ser utilitzats per a cap altre fi, ni esmentats en cap altre document, ni llocs a la disposició de cap tercer sense el nostre previ consentiment per escrit." "xxxx ostentarà la titularitat del "copyright" i de qualssevol drets de propietat intel·lectual i industrial sobre la Tecnologia de xxxx i els Productes a lliurar." "Per part seva, el Client i els altres beneficiaris indemnitzaran a xxx per les pèrdues, despeses, costos i danys de qualsevol Reclamació que pogués plantejar-se a conseqüència de l'incompliment per part del Client o Altres beneficiaris de les seves obligacions d'acord amb el Contracte. Si, en compliment i aplicació d'aquesta clàusula, el Client o els beneficiaris efectuessin algun desemborsament a favor del reclamant, s'obliguen a no intentar recuperar-lo a costa de xxx." "Per política de la nostra firma, no podem compartir els informes a tercers, ja que contenen el nostre know-how. Entenem que la nostra metodologia i enfocament podrien utilitzar-se en altres sol·licituds similars i suposar un menyscapte econòmic pel desenvolupament comercial de la nostra firma, especialment considerant que es tracta d'una pròrroga extraordinària que no s'ha tramitat anteriorment amb aquest abast."
12. El 30 de juny de 2022 la GAIP rep les al·legacions de la consultora autora del Pla econòmic financer reclamat, que coincideixen amb les de la concessionària.

Fonaments jurídics

1. Competència de la GAIP i contingut i abast generals del dret d'accés a la informació pública

L'article 39.1 LTAIPBG estableix que "Les resolucions expresses o presumptes en matèria d'accés a la informació pública i, si escau, les que resolguin el recurs de reposició poden ésser objecte de reclamació gratuïta i voluntària davant la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, encarregada de vetllar pel compliment i les garanties del dret d'accés a la informació pública



que regula aquest títol". L'article 29 RGAIP desenvolupa aquest precepte i concreta que també poden ser objecte de reclamació davant la GAIP les comunicacions que substitueixin les resolucions i l'incompliment material del dret d'accés, quan aquest ha estat reconegut expressament o presumpta. D'acord amb aquests preceptes, la GAIP és competent per tramitar i resoldre aquesta Reclamació.

L'article 2.c LTAIPBG defineix el dret d'accés a la informació pública com "el dret subjectiu que es reconeix a les persones per a sol·licitar i obtenir la informació pública, en els termes i les condicions regulats per aquesta llei". Per la seva banda, l'apartat b del mateix precepte defineix la informació pública com "la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei".

Segons l'article 18.1 LTAIPBG, "Les persones tenen el dret d'accedir a la informació pública, a què fa referència l'article 2.b, a títol individual o en nom i representació de qualsevol persona jurídica legalment constituïda". I l'article 20.1 de la mateixa llei afegeix que "El dret d'accés a la informació pública es garanteix a totes les persones, d'acord amb el que estableix aquesta llei. El dret d'accés a la informació pública només pot ésser denegat o restringit per les causes expressament establertes per les lleis".

Així mateix, els apartats 2 i 3 de l'article 20 LTAIPBG estableixen els següents requisits i criteris per a l'aplicació dels límits legals al dret d'accés a la informació pública: "2. Les limitacions legals al dret d'accés a la informació pública han d'ésser aplicades d'acord amb llur finalitat, tenint en compte les circumstàncies de cada cas concret, s'han d'interpretar sempre restrictivament en benefici d'aquest dret i no es poden ampliar per analogia. 3. Per a aplicar límits al dret d'accés a la informació pública, l'Administració no disposa de potestat discrecional i ha d'indicar en cada cas els motius que ho justifiquen. En la motivació cal explicitar el límit que s'aplica i raonar degudament les causes que en fonamenten l'aplicació".

A més, els límits legals al dret d'accés a la informació pública no són d'aplicació automàtica i absoluta (l'encapçalament de l'article 21 LTAIPBG es refereix expressament a què els límits enumerats per aquest precepte "poden" dur a la denegació de l'accés sol·licitat), de manera que l'article 22 de la mateixa llei requereix que siguin aplicats d'acord amb criteris de proporcionalitat i temporalitat: "Els límits aplicats al dret d'accés a la informació pública han d'ésser proporcionals a l'objecte i la finalitat de protecció. L'aplicació d'aquests límits ha d'atendre les circumstàncies de cada cas concret, especialment la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés a la informació. 2. Els límits del dret d'accés a la informació pública són temporals si així ho estableix la llei que els regula, i es mantenen mentre perduren les raons que en justifiquen l'aplicació".



2. Sobre el dret de la persona reclamant a la informació reclamada

La informació demanada per la sol·licitud d'informació pública de la que deriva la Reclamació és la següent: "l'expedient complet de pròrroga de la concessió del Port d'Aiguadolç, de Sitges, inclosa la sol·licitud del concessionari i els documents annexos". Els antecedents 3 i 4 posen de manifest que Ports de la Generalitat facilita a la persona reclamant tota la informació sol·licitada, llevat del Pla Econòmic Financer (PEF) de la concessió. Per tant, l'objecte de la Reclamació és únicament el PEF de la pròrroga de la concessió del Port d'Aiguadolç, de Sitges.

El PEF reclamat és informació pública perquè és un element essencial d'una actuació típicament administrativa, com és el cas d'una concessió de domini públic, i perquè està en poder de l'Administració, en aquest cas de Ports de la Generalitat. Com ja s'ha indicat al fonament jurídic anterior, és informació pública, segons l'article 2.b LTAIPBG, "la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei". El PEF reclamat es troba en poder de Ports de la Generalitat com a conseqüència de l'exercici de les seves funcions de fer concessions de domini públic.

Al tenir la condició d'informació pública, segons els articles 18.1 i 20.1 LTAIPBG qualsevol persona té dret a accedir-hi, llevat que concorrin causes legals que en determinin la denegació. En aquest procediment s'ha invocat la concurrència de tres límits legals al dret d'accés a la informació pública, concretament els establerts per l'article 21.1.f i g i 21.2 LTAIPBG. Segons aquests preceptes, "1. El dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a: (...) f) La intimitat i els altres drets privats legítims. g) El secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial. 2. El dret d'accés a la informació pública també pot ésser denegat o restringit si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei" (aquesta norma seria l'article 133 de la Llei de Contractes del Sector Públic, LCSP).

3. Els altres drets privats legítims

El límit de l'article 21.1.f LTAIPBG (la intimitat i els altres drets privats legítims), que en aquest cas vindria a jugar el paper del límit de l'article 14.1.h de la Llei estatal 19/2013, de transparència i accés a la informació pública (els interessos econòmics i comercials), és desenvolupat en els següents termes per l'article 69.6 del Decret 8/2021, sobre transparència i dret d'accés a la informació pública, i tal com invoca l'informe de Ports de la Generalitat: «la informació pública pot perjudicar els drets privats legítims quan, entre altres casos, comporti un dany per als interessos econòmics o comercials legítims, de tal manera que afecti la llibertat d'empresa o la competència lleial entre les empreses



amb motiu del valor estratègic especial de la informació de forma prevalent a l'accés a la informació pública».

Ni l'informe de Ports de la Generalitat, que es fa ressò de les al·legacions formulades per les empreses afectades en el procediment de sol·licitud d'informació pública, ni les al·legacions formulades en aquest procediment per la concessionària i la consultora autora del PEF, concreten suficientment els motius pels quals la difusió del PEF comporta un dany per als interessos comercials legítims de les empreses al·legants i afecta la llibertat d'empresa i la competència lleial entre les empreses, ja que es limiten a afirmar aquests i altres danys i perjudicis, sense acreditar raonadament i amb referències concretes la seva concurrència. Cal valorar, per tant, aquesta concurrència, com fan l'informe i les al·legacions que les invoquen, en el pla de les generalitats.

L'afectació dels drets privats legítims de la concessionària s'argumenta bàsicament en les consideracions següents: la informació sol·licitada "és de caire confidencial, privada i de caràcter especialment sensible atès el contingut de dades i informació de caire economicofinancera que pertanyen a l'esfera privada de la societat i que, per tant, perjudica a la societat en la defensa i preservació dels seus drets (...) L'alliberament de la informació, això es, la seva difusió, es idoni per causar un perjudici per als interessos econòmics o comercials legítims" (antecedent 7). És més que discutible que les condicions apuntades concorrin a la informació sol·licitada.

El PEF reclamat no pot ser qualificat com d'informació de caire privat, que pertany a l'esfera privada de la societat, perquè el PEF controvertit no és la informació de viabilitat econòmica, de previsions d'ingressos i despeses, d'una empresa privada, sinó el PEF de la (pròrroga de la) concessió de l'explotació del Port d'Aiguadolç de Sitges, que, com qualsevol altra concessió, és un títol jurídic de naturalesa administrativa i, per tant, de caràcter públic. La concessió d'un port posa a l'abast d'una empresa privada l'aprofitament i explotació d'un bé de domini públic, com és el litoral; partint d'aquesta base, està clar que el negoci de la concessió, al marge del negoci general de l'empresa concessionària, és tributari del domini públic sense el qual no s'hauria pogut establir, domini públic que, a més a més, es posa a la disposició de la concessionària amb caràcter d'exclusivitat (ús privatiu), amb exclusió dels altres usos, privatis o comuns, que es podessin plantejar en la mateixa porció del litoral.

També és discutible que la difusió de la informació sol·licitada perjudiqui la llibertat d'empresa i la competència, perquè s'ha de tenir en compte que el PEF reclamat és el d'una pròrroga de la concessió, pròrroga que no està subjecta a un procediment de concurrència pública, en el que la difusió d'aquesta informació podria perjudicar l'empresa afectada davant les competidores, sinó que únicament és a l'accés de la concessionària, que amb la pròrroga exerceix una iniciativa privilegiada, de la que n'estan excloses les eventuais competidores i, per tant, en relació amb la qual els principis afectats de llibertat d'empresa i competència lleial



entre les empreses més aviat propugnarien la difusió del PEF de la concessió (prorrogada), que la seva confidencialitat. Efectivament, únicament la concessionària pot demanar la pròrroga de la concessió, sense competència amb cap altra empresa, que pot ser autoritzada si es donen determinades circumstàncies, després de què l'Administració n'hagi valorat la conveniència (article 53 de la Llei 10/2019, de Ports). En definitiva, la pròrroga de la qual es demana el PEF és una activitat econòmica reservada amb exclusiva a l'empresa titular de la concessió i que s'atorga en base a una àmplia discrecionalitat administrativa. Poc a veure amb els principis invocats de la llibertat d'empresa i el dret de la competència.

Es pot concloure, per tant, que no s'acaba d'acreditar la concurrència del límit de l'article 21.1.f LTAIPBG (perjudici per als drets privats legítims), en els termes en què ha estat desenvolupat per l'article 69.6 del Decret 8/2021. A més a més, si hom accepta la concurrència del límit invocat (que no és el cas), la seva ponderació amb el dret d'accés a la informació pública s'ha de resoldre clarament a favor de la divulgació del PEF sol·licitat. A aquests efectes, a més a més de servir l'interès públic inherent al dret d'accés a la informació pública, en aquest cas la divulgació de la informació sol·licitada serveix els interessos, igualment públics, de controlar l'ús privatiu d'un bé del domini públic, que té un gran impacte en el medi ambient, així com també l'aprofitament privat del títol concessional i la discrecionalitat administrativa, inherents a l'autorització de la pròrroga de la concessió.

L'interès públic en la divulgació d'informació sobre l'explotació d'un bé de domini públic queda posat de manifest per la mateixa LTAIPBG, l'article 10.1 de la qual estableix que "la informació relativa a les decisions i actuacions amb rellevància jurídica que l'Administració ha de fer pública en aplicació del principi de transparència ha d'incloure: (...) f) Els actes administratius, les declaracions responsables i les comunicacions prèvies que puguin tenir incidència sobre el domini públic o la gestió dels serveis públics, i aquells altres en què ho aconsellin raons d'interès públic especial". Si per imperatiu de l'LTAIPBG s'ha de donar publicitat als actes administratius amb incidència en el domini públic, en aplicació d'un criteri bàsic de proporcionalitat, per les mateixes raons han de poder ser objecte del dret d'accés a la informació pública els documents essencials que fonamenten els actes administratius en qüestió, i un dels documents més rellevants a aquests efectes és el PEF de la concessió prorrogada.

4. El secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial

El límit de l'article 21.1.g LTAIPBG (el secret professional i els drets de propietat intel·lectual i industrial) és desenvolupat en els següents termes per l'article 69.7 del Decret 8/2021, sobre transparència i dret d'accés a la informació pública: "als efectes del que preveu la lletra g) de l'article 21.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, s'entén que l'accés a la informació pública pot suposar un perjudici al secret professional quan l'accés perjudica, entre d'altres, informacions secretes de valor empresarial, d'acord amb la regulació del secret empresarial. Així mateix, s'entén que l'accés a la informació pública



pot perjudicar els drets de propietat intel·lectual i industrial quan, entre d'altres, l'accés causa un perjudici als drets d'explotació i rendiment econòmic”.

Es poden reproduir les consideracions fetes al fonament jurídic anterior, sobre la manca de referències o dades concretes que acreditin el perjudici invocat al secret professional o als drets de propietat intel·lectual per la divulgació de la informació sol·licitada. La divulgació del PEF d'una pròrroga de concessió d'explotació d'un port no és previsible que causi cap perjudici al rendiment econòmic, ni als drets d'explotació de la societat concessionària, que segurament haurà d'afrontar les mateixes despeses d'explotació i els mateixos ingressos que si no s'hagués divulgat el PEF. Tampoc s'ha acreditat l'existència de secret industrial, més enllà de la invocació del concepte.

Des del punt de vista dels drets i interessos de la societat autora del PEF, els drets de propietat intel·lectual protegeixen la seva explotació, evitant situacions d'aprofitament il·legítim. No és versemblant un eventual aprofitament il·legítim dels drets de propietat intel·lectual del PEF reclamat, perquè és un pla fet a mida de la pròrroga de concessió del Port d'Aiguadolç, que només té utilitat per al seu concessionari actual, que ja disposa del PEF en qüestió. El document del PEF fa una previsió d'ingressos i despeses de l'explotació per als anys de la pròrroga sol·licitada, tenint en compte els elements obvis per a aquest tipus de valoracions, i si la consultora que l'ha redactat hi ha esmerçat coneixements exclusius i secrets, deu ser en el treball de fons, no a les dades que donen cos al document reclamat.

I fins i tot si s'accepta la concurrència del límit de l'apartat g de l'article 21.1, la seva ponderació amb el dret d'accés a la informació pública, reforçat amb el caràcter públic de la concessió i del domini públic afectat i atesa la naturalesa discrecional de la pròrroga, que només pot ser sol·licitada pel titular de la concessió, porta a la prevalença del dret d'accés a aquesta informació, per les mateixes raons apuntades a l'anterior fonament jurídic. A més, també cal tenir en compte que el PEF és el document que acredita la viabilitat econòmica de la pròrroga, fins al punt que els interessos econòmics públics es podrien veure seriosament afectats per una previsió incorrecta d'aquesta viabilitat. En aquesta perspectiva, l'escrutini social del PEF pot jugar un paper essencial per posar de manifest eventuais mancances o riscos de les previsions econòmiques de la pròrroga, i protegir d'aquesta manera els interessos econòmics públics.

5. El límit de la informació protegida per altres lleis

Segons l'article 21.2 LTAIPBG, el dret d'accés a la informació pública també pot ésser denegat o restringit si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei; segons l'informe de l'Administració i les al·legacions aportades a aquest procediment, la concurrència d'aquest límit al cas vindria donada per les previsions de l'article 133 de la Llei de Contractes del Sector Públic, LCSP, segons el qual “1. Sense perjudici del que disposa la legislació



vigent en matèria d'accés a la informació pública i de les disposicions que conté aquesta Llei relatives a la publicitat de l'adjudicació i a la informació que s'ha de donar als candidats i als licitadors, els òrgans de contractació no poden divulgar la informació facilitada pels empresaris que aquests hagin designat com a confidencial en el moment de presentar la seva oferta. El caràcter de confidencial afecta, entre d'altres, els secrets tècnics o comercials, els aspectes confidencials de les ofertes i qualsevol altra informació amb un contingut que es pugui utilitzar per falsejar la competència, ja sigui en aquest procediment de licitació o en altres de posteriors (...). 2. El contractista ha de respectar el caràcter confidencial de la informació a què tingui accés en ocasió de l'execució del contracte a la qual se li hagi donat el caràcter referit en els plecs o en el contracte, o que per la seva pròpia naturalesa s'hagi de tractar com a tal. Aquest deure es manté durant un termini de cinc anys des del coneixement d'aquesta informació, llevat que els plecs o el contracte estableixin un termini superior que, en tot cas, ha de ser definit i limitat en el temps”.

Aquest límit difícilment pot concórrer al cas perquè l'article 9.1 LCSP estableix clarament que “estan exclosos d'aquesta Llei les autoritzacions i concessions sobre béns de domini públic i els contractes d'explotació de béns patrimonials diferents dels que defineix l'article 14, que es regulen per la seva legislació específica, excepte en els casos en què es declarin expressament aplicables les prescripcions d'aquesta Llei”. Aquest precepte comporta que l'article 133 LCSP reproduït parcialment al paràgraf anterior no és aplicable al cas que ens ocupa, que és el d'una concessió de domini públic, amb una regulació que no és la dels contractes del sector públic.

6. Oposició de les terceres persones afectades

Segons els antecedents, la Reclamació ha estat sotmesa a audiència de les dues terceres persones afectades (la concessionària del port i la consultora que ha redactat el PEF), que s'han oposat a la divulgació de la informació reclamada, sobre la base de diversos arguments que ja han estat refusats als fonaments jurídics anteriors.

Tanmateix, l'oposició de les terceres persones afectades per la Reclamació a què s'estimi aquesta i es divulgui la informació reclamada obliga a l'aplicació de l'article 34.3 LTAIPBG, segons el qual “si la resolució és estimatòria de la sol·licitud i hi ha hagut oposició de tercers, l'accés a la informació només es pot fer efectiu una vegada ha transcorregut el termini per a interposar recurs contenciós administratiu sense que s'hagi formalitzat o, en cas que s'hagi presentat aquest recurs, si no s'ha acompanyat de petició de mesures cautelars de suspensió o s'ha resolt aquest incident mantenint l'executivitat de l'acte administratiu”. A la vista d'aquest precepte, és procedent demorar el lliurament del PEF reclamant al venciment del termini per impugnar la Resolució en via contenciosa administrativa, sense que s'hagi presentat aquest recurs amb petició de mesures cautelars de suspensió inclosa.



7. Seguiment de l'execució

L'article 43.5 LTAIPBG estableix que "l'Administració ha de comunicar a la Comissió les actuacions fetes per a executar els acords de mediació i per a donar compliment a les resolucions dictades per la Comissió". Sobre la base d'aquestes comunicacions i de les efectuades per les persones interessades, la GAIP ha de fer seguiment del compliment de les seves resolucions, d'acord amb el que preveuen els articles 48 i 49 RGAIP i l'apartat 30 del seu Manual de reclamació, i pot adoptar les mesures que s'hi preveuen en cas d'incompliment.

L'article 43 LTAIPBG estableix que si l'Administració incompleix el termini establert pels acords de mediació o per les resolucions de la GAIP per lliurar la informació reclamada, les persones interessades ho poden comunicar a la Comissió perquè aquesta en requereixi el compliment; la desatenció d'aquest requeriment, vista la remissió expressa feta a aquest precepte per l'article 77.2.b LTAIPBG, ha de ser qualificada d'infracció molt greu amb relació al dret d'accés a la informació pública (que pot ser sancionada de conformitat amb els articles 81 i 82 LTAIPBG). L'article 49.2 RGAIP preveu que, als efectes anteriors, la Comissió pot posar aquests fets en coneixement dels òrgans competents per ordenar la incoació del procediment sancionador corresponent a què fa referència l'article 86 LTAIPBG.

Així mateix, l'article 25.2.k RGAIP preveu la publicació en el web de la Comissió dels casos que els seus requeriments han estat desatesos pels subjectes obligats.

8. Publicitat de les resolucions de la GAIP

L'article 44 LTAIPBG preveu que les resolucions de la GAIP s'han de publicar en el portal de la Comissió previst a l'article 25 RGAIP, amb la dissociació prèvia de les dades personals.

Resolució

Sobre la base dels antecedents i fonaments jurídics exposats, el Ple de la GAIP, en la sessió de 8 de juliol de 2022, resol per unanimitat:

1. Estimar la Reclamació 450/2022 i declarar el dret de la persona reclamant al Pla Econòmic Financer de la pròrroga de la concessió del Port d'Aiguadolç, de Sitges.
2. Requerir a Ports de la Generalitat que lliuri a la persona reclamant la informació indicada a l'apartat 1 dins dels 5 dies següents al venciment del termini per a interposar recurs contenciós administratiu contra aquesta Resolució, sense que s'hagi formalitzat amb petició de la mesura cautelar de suspensió.



3. Requerir a Ports de la Generalitat a informar la GAIP, dins del termini de quinze dies, de l'òrgan o la persona responsable del compliment d'aquesta Resolució, així com de les actuacions dutes a terme per complir-la.
4. Convidar a la persona reclamant que informi a la GAIP de qualsevol incidència que es produeixi amb motiu del compliment d'aquesta Resolució.
5. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 450/2022 i disposar la publicació d'aquesta resolució al web de la GAIP.

Elisabet Samarra Gallego

Presidenta

Els terminis establerts en aquesta Resolució per lliurar la informació s'han de comptar en dies hàbils (descomptant festius i dissabtes) i si no s'especifica una altra cosa comencen a partir de l'endemà de la recepció de la seva notificació per l'Administració reclamada.

L'Administració obligada pot sol·licitar a la GAIP l'ampliació del termini atorgat per fer efectiu el lliurament de la informació. Aquesta sol·licitud només pot ser admesa a consideració si és notificada a la GAIP abans que fineixi el termini fixat a la Resolució, i s'ha de fonamentar en circumstàncies que no hagin pogut ser tingudes en compte per la Comissió abans de dictar la seva Resolució. La GAIP únicament atorgarà l'ampliació sol·licitada, després d'informar-ne a la persona reclamant, si l'Administració obligada ha justificat de forma precisa i consistent la seva necessitat.

Si l'Administració obligada no lliura la informació dins del termini establert per aquesta Resolució, la persona reclamant pot posar-ho en coneixement de la GAIP, preferentment per correu electrònic adreçat a gaip@gencat.cat, per tal que la Comissió en requereixi el compliment. Mentre no s'acompleixi plenament la Resolució, la Comissió difondrà al seu web www.gaip.cat l'incompliment de l'Administració obligada, d'acord amb l'article 25.2.k RGAIP.

Si l'Administració desatén el requeriment d'execució que li adreça la GAIP, la Comissió posarà els fets en coneixement de l'òrgan competent, d'acord amb allò previst per l'article 86 LTAIPBG, i li sol·licitarà la incoació d'un procediment sancionador per infracció molt greu amb relació al dret d'accés a la informació pública, a l'empara de l'article 77.2.b LTAIPBG.

Tot això sens perjudici que la persona reclamant pugui, considerant que aquesta Resolució és un acte administratiu declaratiu de drets que vincula l'Administració, requerir-ne la seva execució davant dels Tribunals, a l'empara de l'article 29.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquesta acció es pot interposar després que hagin transcorregut tres mesos des que la persona afectada ha reclamat formalment i directament a l'Administració el compliment d'aquesta Resolució.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa, es pot interposar recurs contenciós administratiu davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en un termini de dos mesos, a comptar de l'endemà de la notificació de la resolució, d'acord amb la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.