
TODA & NEL-LO

Transparencia en el expediente de contratación y secreto empresarial

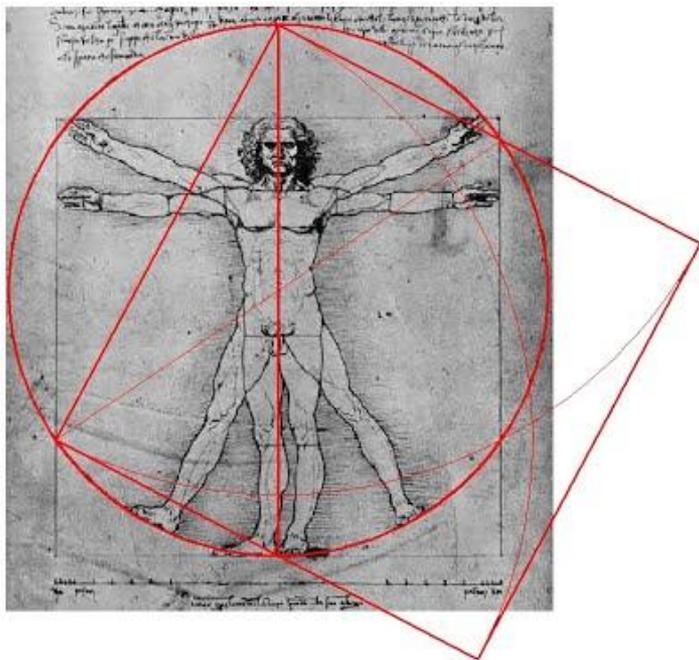


Madrid | 22 marzo 2019

Jorge Pipaón | M^a Antonieta Fernández

C/ Almagro 44, 3^o 28010 **Madrid** | T +34 917 002 100
Av. Diagonal 520, 5^o 08006 **Barcelona** | T +34 933 634 000
www.todanelo.com

TRANSPARENCIA Y SECRETO EMPRESARIAL: ¿ LA CUADRATURA DE UN CÍRCULO?



“en la contratación del sector público confluyen: diferentes legislaciones y una pluralidad de órganos y autoridades”.

LEGISLACIONES CON INCIDENCIA SOBRE LA CONTRATACIÓN CON SECTOR PÚBLICO EN LAS MATERIAS QUE NOS OCUPA



“Legislación sobre protección de datos personales (persona física, no jurídica)

Ej: identidad de los miembros de un equipo trabajo responsable de la ejecución de un contrato, recogidos en la Memoria Técnica descriptiva del sobre B.



“Legislación sobre transparencia y acceso a la información pública y buen gobierno”.



“Nueva ley de secretos empresariales

(de 20 de febrero de 2019, entró en vigor el 13 de marzo de 2019)

PLURALIDAD DE ÓRGANOS Y AUTORIDADES CUYA ACTUACIÓN INCIDE SOBRE LA CONTRACCIÓN DEL SECTOR PÚBLICO, TAMBIÉN EN EL ALCANCE DE LA CONFIDENCIALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Órganos o Juntas consultivas
en materia de contratación.

Órganos competentes para la
resolución del recurso especial en
materia de Contratación.

Órganos y/o Autoridades
competentes en materia de
protección de datos personales.

Órganos competentes para la resolución de
denegaciones de acceso a la información que
obra en expedientes de contratación.

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA?

**¿POR QUÉ PROTEGER LA CONFIDENCIALIDAD
EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN?**

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA?

¿POR QUÉ PROTEGER LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN?

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA?

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA **TRANSPARENCIA**
en sus dos modalidades,
PUBLICIDAD ACTIVA, (PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN), Y DERECHO DE ACCESO)?

1. para garantizar el derecho de defensa de los interesados

(visión tradicional, carácter instrumental de la información del expediente).

Ej: en un recurso especial en materia de contratación **donde se impugna un acuerdo de adjudicación**, si la empresa que interpone el recurso no puede acceder de forma íntegra a la oferta de la empresa en beneficio de la cual se adjudicó el contrato, la primera tendrá dificultades o limitaciones para articular su defensa.

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA?

2. para **garantizar la rendición de cuentas o el control o fiscalización difuso de la actuación administrativa.** (la información se hace accesible no sólo a quienes participan en el expediente administrativo de contratación, si no a **cualquier ciudadano**, organización, medios de comunicación)
Ese control tiene especial relevancia en el caso de la contratación ya que implica gasto.

Perspectiva más moderna: **transparencia como un mecanismo de lucha contra la corrupción.**

***“ el mejor desinfectante es la luz del sol ”** famosa cita de un juez de la corte suprema de Justicia de los Estados Unidos a principio del siglo XX para expresar la importancia de poner la información a disposición del público. Este juez vía en los medios de comunicación “el garante más importante de **un buen gobierno**”.*

¿POR QUÉ GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA?

3. Para acceder a **una información que es en sí misma un bien económico, la materia prima de la nueva economía**. (perspectiva más moderna que no siempre se tiene en consideración)

Reutilización de la información que genera nuestro sector público (=el uso por parte de personas físicas o jurídicas, de información generada y custodiada por los organismos del sector público, con fines comerciales o no) permite desarrollar nuevos productos, servicios y mercados.

Ejemplos de información del sector pública que tiene más demanda para su reutilización:

- información geográfica (topográfica, catastral, marina, etc.),
- datos medioambientales (meteorológica, calidad de agua, ...),
- información de transporte (horarios de transporte, información sobre el estado del tráfico, ...),
- estadísticas (información demográfica y económica del país) y
- registros empresariales (información económica y de propiedad en relación con las empresas).

¿POR QUÉ PROTEGER LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN?

Proteger el secreto empresarial es un medio clave para conseguir objetivos prioritarios para la ley de contratos del sector público:

- impulsar la **innovación y la competencia**.
- **y garantizar el acceso de las PYMES** al mercado de la contratación pública que, según CNMC, representa entre un 10 y un 20% PIB en España.

PRINCIPAL RAZÓN

Promover y defender **la Innovación y la leal competencia**

(STGUE 20.01.2013, COSEPURI. Res. Tribunal Central de Recursos Contractuales 460/2016, Ac. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 10/2015)

- Si no se pretege el secreto comercial al innovador **le impide aprovechar las ventajas que le corresponden como precursor por su labor de innovación**. (incentivo para invertir en innovación).
- En su DF 2ª, la nueva Ley de secretos empresariales califica expresamente **la violación de secretos empresariales como comportamiento desleal**, dentro del cual se contempla la modalidad de revelación al público o sólo a terceros.

Esta calificación sólo se hace a efectos de determinar la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil en caso de violación de secretos empresariales y aplicación de especialidades procesales relativas a los procesos de competencia en aspectos que no merecen un tratamiento particular, ya que la nueva ley viene a desplazar la regulación del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal.

TRES OBSERVACIONES DE JAMES POOLEY
(DIRECTOR GENERAL ADJUNTO, SECTOR DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN DE LA OMPI (2013))

- **Primera Observación:**

“La **forma más común** como las empresas **protegen sus ventajas competitivas** es a través del Secreto empresarial, la información no divulgada no es ni a través de las patentes, ni el derecho autor, marcas o diseños”



En un sentido amplio, el **secreto empresarial es la modalidad más extendida y común de propiedad intelectual en sentido amplio**, ya que atribuye a su titular el **derecho a impedir la obtención, utilización y revelación de información protegida** cuando concurren las circunstancias que la legislación sobre secretos empresariales prescribe (vertiente patrimonial del secreto, como objeto de propiedad es abordada en la nueva ley en los art. 4-7, transmisibilidad, cotitularidad, licencias)

CUATRO OBSERVACIONES DE JAMES POOLEY
(DIRECTOR GENERAL ADJUNTO, SECTOR DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN DE LA OMPI (2013))

- **Segunda Observación:**

“La confidencialidad, guardar los secretos, es la **forma principal en que las PYMES protegen sus ventajas comerciales** (información sobre sus clientes, sus necesidades y preferencias, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado)”

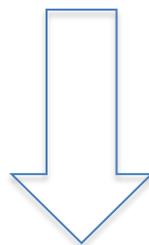
En principio es más barata *que otras modalidades de protección* que requiere un registro en un organismo público, a menudo con el gasto que conlleva la necesidad de contratar abogados u otros profesionales.

Sólo requiere gastar lo necesario para evitar que se conozca públicamente la información (seguridad de las instalaciones, de los equipos o sistemas informáticos..ect.)

TRES OBSERVACIONES DE JAMES POOLEY
(DIRECTOR GENERAL ADJUNTO, SECTOR DE TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN DE LA OMPI (2013))

• **Tercera Observación:**

“Mediante el secreto **puede protegerse mucha más información** que la que puede protegerse con patentes (=innovaciones técnicas verdaderamente nuevas). El secreto engloba **cualquier información que aporte una ventaja**, incluso si alguien ya la está utilizando, la **única limitación es que no sea de conocimiento general**”.(secreto comercial no implica exclusividad)



El secreto empresarial comprende información que puede proceder de cualquier ámbito de la empresa, industrial, científico, tecnológico organizativo, comercial y financiero

CUARTA OBSERVACIÓN

*“Aunque parezca paradójico, la legislación sobre secretos comerciales puede permitir y fomentar **la transferencia de tecnología o conocimiento** (y con ella la innovación) **en el mercado**, dado que **ofrece una forma comercialmente razonable de difundir información**” al ofrecer un marco que permite la colaboración en actividades de innovación, a menudo con participantes ubicados en diferentes países”*

“Nuevos modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente” (EM de la LSE)

Innovación Colectiva: la confidencialidad permite utilizar conocimientos adquiridos colectivamente.

*"La confidencialidad es un régimen jurídico que crea y protege las relaciones de confianza, **"redes de confianza"**, en base a las cuales, cabe establecer una **colaboración entre PYMES**, que pueden aprovechar mejor su conocimiento local o creatividad especial **con empresas multinacionales grandes y bien asentadas que buscan nuevas ideas o asentarse en nuevos mercados**".*

TODAS ESTAS OBSERVACIONES LLEVAN A JAMES POOLEY

“El tema de los secretos comerciales, tras surgir de un largo período de relativa oscuridad, está recibiendo cada vez más atención”

**LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE
TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.**

- Incide y ofrece protección a aquellas ventajas competitivas de una empresa que dependen de la no difusión de información relativa a aspectos técnicos, comerciales, en definitiva, sobre el secreto empresarial”.
- No obstante, con límites.

LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

Art. 13 Ley 19/2013 se define información pública

*“ se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, **que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones**”*

LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

En consecuencia casos reales donde puede entrar en juego la ley de transparencia:

- “ el caso de una **la oferta presentada por una empresa que se presenta a una licitación pública**” puede ser objeto del derecho de acceso a información por otra empresa que se presentó o no a esa licitación sometida a la LCSP, en cuyo caso habrá que atender también a las previsiones del art. 133.
- los pliegos **de condiciones de una venta directa y arrendamiento simultáneo de la DG de Patrimonio de la Junta de Andalucía de diversos inmuebles de la Junta de Andalucía, sometidos a la ley de Patrimonio, por ser un contrato excluido de la LCSP.** La venta fue objeto de publicidad en el BOJA, pero no los pliegos, a los que sólo se dio acceso a los interesados en participar previa firma de acuerdo de confidencialidad. Respecto a los pliegos se pidió acceso, que fue denegado en base al art. 14.1 LTBG.

Resolución del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía 120/2016, de 14 de diciembre.

LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

En concreto en art. 14 Ley 19/2013 prevé que:

*“el **DERECHO DE ACCESO** podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:*

(..)

*h) Los **intereses económicos y comerciales.***

(..)

*j) El **secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial**”*

LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

Y, en relación a **LA PUBLICACIÓN ACTIVA**, también le son en principio aplicable como límite el secreto empresarial. Así lo prevé el art. 5.3 de la Ley 19/2013:

3. Serán de aplicación, en su caso, **los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14** y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos."

Ley estatal de transparencia 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información Pública y buen gobierno.

En concreto en art. 14 Ley 19/2013 en su apartado segundo: **condiciona la posibilidad de utilizar este límite a una tarea de ponderación y justificación**

*"la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, **especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso**"*

Esta tarea de ponderación se lleva a cabo en tres pasos :

- 1. Constatación que existe efectivamente un interés económico y comercial. (secreto comercial)**
- 2. Se efectúa un "test de riesgo" que pueda derivarse de la divulgación para el interés público.**
- 3. Incluso una vez superado este test, se pondera si la confidencialidad debe prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información.**

LEY ESTATAL DE TRANSPARENCIA 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO.

El secreto empresarial incide de pleno el derecho de acceso a la información pública y los mecanismos de garantía que la Ley 19/2013 prevé, la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 24) y sus homólogos autonómicos allí donde exista legislación autonómica en esta materia que haya previsto su creación.

Ventajas de recurrir a vía de la legislación sobre derecho de acceso:

- amplísima legitimación “cualquier persona”.
- no necesidad de justificación o motivación del derecho de acceso (peticiones egoístas”).
- y, el más importante, plazo.

EL ART. 24 LEY 19/2013: PLAZO DE RECLAMACIÓN ANTE EL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

1 mes desde el día siguiente a la notificación del acto impugnado (denegación del derecho de acceso) o desde el día siguiente al que se produzca el silencio administrativo (1 mes o 2 dos desde la presentación de la solicitud de derecho de acceso)

**EJEMPLO REAL: CONTRATO DE UN AYUNTAMIENTO DEL SERVICIO ENERGÉTICO Y MANTENIMIENTO INTEGRAL ALUMBRADO PÚBLICO.
RESOLUCIÓN 68/2019, DE 31 DE ENERO DE LA COMISIÓN DE GRANTÍA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE CATALUNYA**

Las ofertas son presentadas 25 de junio de 2014, donde una de las empresas declara **la confidencialidad de toda la documentación administrativa** (que figura en el sobre A) y de toda la **documentación técnica** (que figura en el sobre B) sin ningún tipo de fundamentación ni justificación material ni jurídica.

La solicitud de información al Ayuntamiento una entidad ciudadana que agrupa diversas entidades de representación vecinal se realiza el **11 de junio de 2018**: copia de la oferta de la empresa que obtuvo la adjudicación.

El 31 de octubre de 2018, la empresa presentaba una reclamación por denegación del derecho de acceso al GAIP.

El 24 de enero de 2019 el GAIP recibe la oferta contractual para su evaluación y aplicación del test.

EJEMPLO REAL: CONTRATO DE UN AYUNTAMIENTO DEL SERVICIO ENERGÉTICO Y MANTENIMIENTO INTEGRAL ALUMBRADO PÚBLICO.

RESUMEN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y ÓRGANOS PÚBLICOS ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE LIMITE DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS OFERTAS CONTRACTUALES Y SU PONDERACIÓN CON EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA:

- 1. Declaración de confidencialidad hecha por las empresas interesadas al amparo del artículo 140.1 trlcsp (2011) no es vinculante para el órgano de contratación (ni para las instituciones de control) que debe valorar si está justificada y decidir motivadamente si procede mantenerla. Esto quiere decir, que los poderes adjudicadores y, en general, las aapp no debe dar acríticamente por confidencial todo lo que los licitadores califican como tal.**
- 2. La confidencialidad del art. 140.1 debe ser invocada expresamente por los licitadores interesados. Y no puede alcanzar la totalidad de la documentación presentada. No cabe una justificación genérica, se deben indicar los documentos concretos afectados y las razones objetivas específicas que lo justifican.**

EJEMPLO REAL: CONTRATO DE UN AYUNTAMIENTO DEL SERVICIO ENERGÉTICO Y MANTENIMIENTO INTEGRAL ALUMBRADO PÚBLICO.

- 3. La confidencialidad constituye una excepción al principio de transparencia y derecho de acceso a la información pública**, y, como tal excepción debe ser debidamente argumentada y su aplicación convenientemente justificada y fundamentada con las circunstancias del caso.
- 4. La concurrencia de secretos industriales o comerciales debe ser tenida especialmente en cuenta ya que su desarrollo puede haber requerido importantes inversiones y su protección en tanto que interés privado también es beneficio del indudable interés público** en la promoción de la investigación e innovación, esenciales en el actual entorno de competitividad. Para determinar el concepto de secreto comercial se remite a la directiva 2016/943, (que ahora ha traspuesto la ley sobre secretos empresariales)

NOVEDADES MÁS RECIENTES EN LA REGULACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

1. Nueva regulación de la confidencialidad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.
2. Ley de Secretos Empresariales (aprobada en el Senado 6 de febrero, y de inminente publicación en el BOE, en la versión remitida por el Congreso al Senado de 18 de enero de 2019).

CONFIDENCIALIDAD EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

TRLCS 2011

ART. 140

LCSP 2017

ART. 133

CONFIDENCIALIDAD EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El nuevo artículo 133 LCS viene en realidad a recoger la doctrina de los órganos consultivos de contratación y los órganos administrativos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación (Resoluciones 62/2012, 343/2015 del TACRC), tal y como expresamente recoge R. 58/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales

1. el carácter **confidencial no puede ser declarado de forma genérica de toda la documentación.**
2. no puede ser aceptada la declaración del empresario de forma acrítica por parte del **órgano de contratación**, sino que éste **tiene la competencia para analizar la documentación específicamente señalada por el licitador como confidencial**, y a la vista de sus justificaciones y argumentos determinar, si efectivamente, concurren los requisitos y criterios para otorgarle ese carácter.
3. se concibe la confidencialidad como “un sacrificio del **principio de transparencia que ha de inspirar con carácter general la actuación de los poderes públicos particularmente en los procedimientos de contratación**”.

ART. 133 LCSP 2017

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente 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 estos hayan designado* como confidencial en el momento de presentar su oferta.

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.**

ART. 133 LCSP 2017

2. El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá 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. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

ART. 133 LCSP 2017

3. El contratista deberá 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.

ASPECTOS A DESTACAR DE LA NUEVA LEY DE SECRETOS COMERCIALES (LSC)

1. Es la primera norma española que se dedica **íntegra y específicamente a regular los secretos empresariales**, ya encontraban una protección en nuestro ordenamiento jurídico, en la legislación de defensa de la competencia y la propia legislación de contratos del sector público.
2. **Ventajas: precisa aspectos importantes sobre el alcance concreto o mecanismos de la protección de los secretos comerciales.**
3. **Sin embargo, al mismo tiempo plantea importantes dudas respecto a sus implicaciones en la contratación pública.**

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SECRETO EMPRESARIAL

“Cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

- a) **Ser secreto**, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus competentes, no es generalmente conocido las personas pertenecientes a círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas.
- b) **Tener valor empresarial**, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto.
- c) **Haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.**

ART. 3 “VIOLACIÓN DE LOS SECRETOS EMPRESARIALES”, CONCEPTO CLAVE DE LA LEY

- El elemento nuclear gira entorno a la **falta de consentimiento del titular del secreto**.
- No al distinguir el ámbito en el que se produce la violación, **deja sin determinar el sujeto activo de la misma “cualquier persona física o jurídica que realice cualquier acto de violación enunciado en el artículo 3”** (art. 8).
- Plantea incógnitas respecto a la violaciones que se produzcan en el seno de contratos sometidos a la Ley de contratos del sector público, por parte de Administraciones Públicas, PANAP, y no poderes adjudicadores.
- ¿Cuál sería la legislación aplicable, y la jurisdicción competente? Art. 9 LSE, sólo hace referencia a las “acciones civiles”. Por tanto, se plantean dudas sobre si las medidas concretas de protección previstas en la LSE alcanzarían a las violaciones de secretos en las que pudieran incurrir las Administraciones Públicas.

PLAZO DE PRESCRIPCIÓN (ART. 11 LSE)

“Las acciones de defensa de los secretos empresariales prescriben por el transcurso de 3 años desde el momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó la violación del secreto empresarial”.

- *La Directiva*, que la ley transpone, simplemente establecía en su artículo 8.1: “la duración del plazo de prescripción no podía ser superior a seis años”.
- Este plazo se sitúa también a medio camino entre el plazo de prescripción de 1 año para emprender acciones contra competencia desleal y el plazo de 5 años establecido para la violaciones de patentes.

TODA & NEL-LO

