

1º.- Con fecha 15 de marzo de 2023 tuvo entrada en RENFE-Operadora, E.P.E., al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, Ley de Transparencia), una solicitud de

, que quedó registrada con el número 001-077982. A partir de la referida fecha comenzó a contar el plazo de un mes previsto en el artículo 20.1 de la citada ley para su resolución, habiéndose acordado su ampliación un mes adicional, dada la elevada carga de trabajo que pesa sobre los servicios de esta entidad en estos momentos. Ampliado el plazo para resolver, en cumplimiento del artículo 19.3 de la Ley de Transparencia, se dio trámite de audiencia a la mercantil Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S.A. (en adelante, CAF) con suspensión de la tramitación hasta el recibo de su respuesta -el 23 de mayo pasado- en el sentido que se reseña más adelante.

2º.- La solicitud de acceso planteada es del tenor literal siguiente:

Asunto

A la Ministra de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana

Información que solicita

1. Copia del contrato firmado con CAF para la construcción de 31 nuevas unidades para el servicio de Cercanías en Cantabria y Asturias y cuyas dimensiones los hacen inviables, así como también copia de la ampliación del contrato efectuada conforme a la cláusula contractual existente según se menciona en el documento de fecha de 20 de febrero de 2023, firmado por la ministra y los presidentes de Cantabria y Asturias, de manera que se amplía el número de trenes en 7 más, hasta alcanzar las unidades a fabricar a 38.

2. Copia de los documentos de que tenga conocimiento la ministra, referidos a los informes jurídicos emitidos por los servicios jurídicos del Ministerio o de la AGE, así como también de los informes técnicos u otros que en su caso se hubieran emitido, donde conste la valoración técnica y jurídica, así como económica, que avala tal ampliación una vez se ha conocido el error que ha hecho inviable el uso de los trenes

contratados; se pide también copia de los informes y/o dictámenes propuestos a la Ministra para, en su caso, y por una mala práctica o error del Contratista, resolver el citado contrato por causas imputables al mismo.

3. Copia de la documentación relativa a los controles efectuados por el contratista, ya sea el propio Ministerio o sociedades dependientes, a los efectos de verificar el cumplimiento del contrato adjudicado para la construcción de los trenes fallidos y

en su caso, advertencias formuladas a este respecto sobre posibles incumplimientos, tal y como finalmente ha ocurrido, con identificación del autor de tales avisos y destinatario de los mismos.

3º.- Aunque la solicitud referida se dirige «[a] la Ministra de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana» (sic), desde la Unidad de Información de Transparencia (UIT) del Ministerio se dio traslado de la misma a esta entidad, a los efectos de la resolución de las peticiones contenidas en sus apartados primero y tercero, relativos a un contrato licitado por Renfe Viajeros, S.M.E., S.A. (en adelante, Renfe Viajeros), del que resultó adjudicataria la mercantil CAF.

4º.- Una vez asumida la competencia para resolver y tomado conocimiento de las circunstancias de la petición, se constató que la información requerida era susceptible de afectar a derechos o interés de terceros debidamente identificados, en concreto, de la mercantil adjudicataria del contrato, motivo por el que se le concedió el plazo legal de quince (15) días previsto en el artículo 19.3 de la Ley de Transparencia para que pudiese formular alegaciones y presentar los documentos que estimase oportunos.

Una vez recibidas las alegaciones de CAF, a las que seguidamente se hará referencia, y haciendo una interpretación lo más favorable posible al derecho de acceso a la información pública, se acuerda estimar parcialmente la solicitud planteada.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.3 de la Ley de Transparencia, se pone en conocimiento de la peticionaria, por un lado, que toda la información que goza de carácter público relativa al contrato del que resultó adjudicataria CAF, se encuentra disponible en la Plataforma de Contratación del Sector Público, siendo accesible a través del siguiente enlace:

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/71d43191-9809-4bee-a179-847a1435bf01/DOC_CN2019-165175.html?MOD=AJPERES

Por otro lado, respecto de los controles efectuados en relación con la ejecución de dicho contrato, es preciso poner de manifiesto que se trata de trenes que van a circular por una infraestructura de notable antigüedad que era explotada de forma integrada por Ferrocarriles Españoles de Vía Estrecha (FEVE). En su momento el legislador dispuso el abandono de esa explotación integrada, pasando la explotación de los servicios a Renfe Viajeros S.M.E., S.A. y las competencias sobre la infraestructura al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias E.P.E. En este marco de explotación ciertamente novedoso, con la extinción de FEVE, tras la adjudicación del contrato de fabricación y suministro de trenes, se advirtió la diferencia entre los gálibos reales de la infraestructura ferroviaria

(distintos de los publicados) y los del material rodante proyectado, circunstancia que afectaba especialmente al gálibo dinámico, y que ha obligado a analizar la interrelación tren – vía en todas las líneas de ancho métrico para poder adoptar todas las medidas necesarias para disponer del material rodante con la mayor brevedad posible. El referido error, inducido por la información contenida en la Declaración sobre la Red vigente en su momento, se detectó en las fases preliminares del proceso de diseño del material rodante proyectado, cuando todavía no habían empezado los trabajos de fabricación, por lo que la solución adoptada consiste en un rediseño a medida, atendiendo a la reciente modificación de la Orden FOM/1630/2015, realizada mediante la Orden TMA/135/2023, de 15 de febrero, publicada en el B.O.E. el pasado 18 de febrero.

Adicionalmente, es preciso poner de manifiesto que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (en adelante, MITMA) está llevando a cabo una auditoría sobre la ejecución del contrato, con análisis de la problemática puesta de manifiesto en la fase de diseño del material rodante, que incluye al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, E.P.E. El MITMA ha publicado información sobre esta auditoría en su página web.

5º.- Sin perjuicio de la información facilitada en el apartado precedente, atendiendo a las características y al régimen jurídico aplicable a la información requerida, conviene aclarar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza privada de una sociedad mercantil, que no es Administración pública y que no es poder adjudicador. En relación con ese contrato y su ejecución, cabe señalar la única información que cabría considerar que goza de carácter público, a los efectos de lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Transparencia, es la que preceptivamente se debe publicar en cumplimiento de la normativa específica de publicidad y transparencia aplicable en materia de contratación. Una interpretación contraria dejaría a Renfe Viajeros y a las empresas con las que contrata en una situación de injustificada desventaja, ya que permitiría que sus principales competidores, (en el caso de Renfe Viajeros, sociedades de naturaleza jurídico-privada en España, pero pertenecientes a grupos empresariales públicos en otros Estados miembros), pudiesen acceder con gran facilidad a detalles de su negocio que ellos mismos protegen y mantienen reservados.

Sin perjuicio de lo anterior, aun considerando que la información solicitada pudiera gozar de carácter público, lo que no se admite, no puede considerarse que la normativa de transparencia administrativa ampare solicitudes que pretendan el acceso a documentación contractual que goza de un valor empresarial real, a la que ni siquiera pueden tener acceso el resto de los licitadores que participaron en el procedimiento de contratación.

Respecto del carácter reservado del contrato requerido, debe tenerse en cuenta que contiene información empresarial crítica tanto para Renfe Viajeros como para CAF, que en el trámite de audiencia ha transmitido su negativa a que la información solicitada sea entregada o mostrada a la solicitante. Textualmente, la otra parte del contrato ha manifestado que:

El contrato formalizado entre Renfe y CAF para el suministro de 31 trenes de Ancho Métrico con número 4500035049, así como la totalidad de la documentación generada fruto del normal desarrollo del proyecto entre CAF y Renfe, así como con otros organismos de la Administración intervinientes en el mismo como MITMA, ADIF, AESF y potenciales suministradores; contiene material industrial, tecnológico y técnico con derechos de propiedad industrial e intelectual de CAF, que podrían verse vulnerados por el acceso de un tercero que no concurrió a la oferta ni es tercero interesado en virtud de la norma administrativa reguladora del concurso ni del normal desarrollo de ellos contratos dimanantes de la licitación original del contrato.

El contratista manifiesta además su desacuerdo con los juicios de valor y opiniones negativas vertidas en la solicitud, que reputa como falsos y contrarios a su honor. Además considera que facilitar la documentación supondría vulnerar la obligación de confidencialidad, que alcanza también a la identificación y datos personales de los autores de documentos del proyecto.

Asimismo, en lo que respecta a la documentación relativa a los controles efectuados en fase de ejecución del referido contrato, teniendo en cuenta que lo solicitado es documentación que soporta decisiones de carácter interno de una sociedad mercantil, que no suponen el ejercicio de potestades públicas ni vienen soportadas por ningún procedimiento administrativo, el acceso requerido no resultaría procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.1 b) de la Ley de Transparencia, que establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. En relación con esta cuestión, como más adelante se expondrá, atendiendo a la auditoría en curso hay que tener en cuenta también lo que prevé el artículo 14.1 k) de la Ley de Transparencia.

Habida cuenta de las alegaciones de CAF y de las circunstancias expuestas, es incontrovertido que tanto para los fabricantes como para toda empresa ferroviaria el material rodante es un activo decisivo, siendo los planes relativos a su renovación de indudable interés para sus competidores, actuales o potenciales. En consecuencia, facilitar la información solicitada supondría poner de manifiesto aspectos confidenciales

de la estrategia empresarial y de la organización productiva tanto de Renfe Viajeros como de CAF, que el resto de las empresas con las que compiten mantienen reservada.

En este sentido, se debe partir de la premisa de que la normativa de contratación, que tiene carácter prevalente en razón del principio de especialidad y de los bienes jurídicos que protege, restringe el acceso a la documentación que soporta la adjudicación de un contrato, incluido éste, las ofertas presentadas por los licitadores y la documentación relativa a su ejecución. En consecuencia, la normativa de transparencia administrativa no puede amparar la obtención de información de carácter reservado, elaborada con ocasión de la adjudicación y ejecución de un contrato de naturaleza privada, ya que, de lo contrario, se harían prevalecer los intereses subjetivos de un particular frente a los de las entidades contratante y adjudicataria, que verían injustificadamente afectada su posición competitiva en el mercado.

Consciente de la posible utilización espuria de la legislación de transparencia en el ámbito de la contratación, el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) ha reconocido que si se concediese acceso sin limitación a toda la documentación relativa a un procedimiento de licitación se estaría revelando información que situaría en desventaja a la entidad o entidades propietarias de la misma (véase a este respecto, por ejemplo, la resolución R/0030/2019, de 8 de abril de 2019).

Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera), en la sentencia de 14 de febrero de 2008, dictada en el asunto Varec SA vs. État belge (C-450/06), se hizo eco de los riesgos que puede entrañar una ponderación excesiva de otros principios frente a la confidencialidad que rige en el ámbito de la contratación, y advirtió que la mera interposición de un recurso (aun con la especial protección de que goza el sistema de revisión mediante recurso) no puede utilizarse para acceder a toda la documentación que forma parte de un procedimiento de contratación.

En este sentido, cabe igualmente destacar la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 17 de noviembre de 2022 (asunto C 54/21), que se pronuncia sobre la protección de los conocimientos técnicos en el marco de los procedimientos de contratación, sin perjuicio de su consideración o no como secretos empresariales.

En relación con la referida doctrina, no se puede obviar que en el ámbito de la contratación el interés público se satisface mediante los datos y documentos que preceptivamente deben publicar las entidades contratantes en su perfil y en la plataforma de contratación, siendo esta información la única que goza de carácter público.

Sin perjuicio de que las circunstancias hasta ahora expuestas justifican la aplicación de la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 b) de la Ley de Transparencia, y de los límites el derecho de acceso previstos en el artículo 14.1, apartados h) y k), de la citada ley, toda vez que el CTBG ha establecido en relación con el primero de los límites invocados que su aplicación no debe ser automática, sino que precisa la realización de **un “test del daño”, mediante el que se valore el perjuicio** que produciría la difusión de información como la requerida, y que su resultado se pondere con el del denominado **“test del interés público”, seguidamente se procede a su realización.**

En lo que respecta al test del daño, cabe señalar que el límite previsto en el artículo 14.1 h) de la Ley de Transparencia resulta de aplicación cuando el acceso a la información suponga un perjuicio real para los intereses económicos y comerciales de los interesados, habiendo señalado el propio CTBG en su Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre, citando la Memoria Explicativa publicada por el Consejo de Europa (**“Explanatory Report”**), que uno de sus elementos identificativos es el hecho de que la divulgación de determinada información pueda perjudicar la posición de los sujetos implicados en los ámbitos de la competencia o la negociación.

En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que los servicios que presta Renfe Viajeros compiten actualmente en el mercado con otros modos de transporte y está prevista su futura licitación, y que la actividad de CAF se encuentra igualmente sometida fuerte competencia. Consecuentemente, no existe justificación para desvelar información de carácter reservado que debe ser considerada y tratada como un secreto empresarial, ya que, de lo contrario, ambas empresas verían perjudicada su posición en el mercado, toda vez que vendrían obligadas a divulgar aspectos confidenciales de un contrato de naturaleza privada y de activos que son considerados críticos, siendo susceptible de causarles un daño sustancial, real y manifiesto que no se compadece con los objetivos y fines que persigue la normativa de transparencia administrativa.

En consecuencia, cabe concluir que el test del daño ofrece en este caso un resultado negativo.

Por otro lado, en relación con el denominado “test del interés público”, es preciso tener en cuenta que los intereses económicos y comerciales son conceptos jurídicos indeterminados que deben ponderarse con el resto de los intereses en conflicto, (véase en este sentido, por todas, la sentencia 98/2017, de 22 de junio, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 11).

En relación con esta ponderación, la solicitud de acceso planteada únicamente pone de manifiesto la intención de un tercero de conocer determinada documentación privilegiada, relativa a un contrato de naturaleza privada y a su ejecución. Sin embargo, la obtención de la información referida no se compadece ni con la normativa aplicable en materia de contratación pública ni tampoco con la de transparencia administrativa, especialmente teniendo en cuenta que la fiscalización de la actividad contractual puede llevarse a cabo mediante la información que es publicada preceptivamente en el perfil del contratante y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, que satisface suficientemente el interés público.

En todo caso, cabe reseñar que la información solicitada no guarda relación con el procedimiento de toma de decisiones públicas, ni tampoco sobre el manejo de fondos públicos, toda vez que lo contratado no lo adquiere una Administración ni se abona con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, por lo que hay una cierta lejanía de los objetivos y fines que persigue la normativa de transparencia administrativa.

En definitiva, facilitar información como la solicitada afectaría a los legítimos intereses económicos y comerciales de dos sociedades mercantiles, Renfe Viajeros y CAF, y a la garantía de la confidencialidad y el secreto requerido en los procesos de toma de decisiones empresariales, la cual es susceptible de afectar negativamente a su posición en los mercados.

Los anteriores motivos, en línea con la doctrina sentada por el propio CTBG y los Tribunales, ponen de manifiesto el carácter reservado del que gozan los pliegos administrativos y técnicos solicitados, estando plenamente justificada la aplicación del límite al derecho de acceso establecidos en el artículo 14.1 h) de la Ley de Transparencia.

Asimismo, en relación con el límite al derecho de acceso previsto en el artículo 14.1 k) de la citada ley, como se ha avanzado al inicio de este apartado, el MITMA está llevando a cabo una auditoría sobre la problemática puesta de manifiesto en la fase de diseño del nuevo material rodante. Esta circunstancia sobrevenida exige extremar el rigor en la aplicación del límite al derecho de acceso mencionado, toda vez que la información solicitada se encuentra amparada por el deber de sigilo profesional regulado en el artículo 14 del Real Decreto 799/2005, de 1 de julio, por el que se regulan las inspecciones generales de servicios de los departamentos ministeriales, el cual, si bien es exigible al personal que realiza las correspondientes funciones de auditoría, se extiende a todos los datos, antecedentes, informes y, en definitiva, a toda la información que está siendo objeto de inspección.

En consecuencia, cabe concluir que la documentación requerida se encuentra afectada por ese deber de sigilo profesional, siendo su entrega y difusión susceptible de afectar al correcto desarrollo de la auditoría que se está realizando, circunstancia que refuerza la aplicación del límite al derecho de acceso previsto en el artículo 14.1 k) de la Ley de Transparencia.

En relación con la aplicación de los referidos límites al derecho de acceso, cabe por último señalar que no es posible realizar lo que sería una costosa labor de expurgo para facilitar partes de la documentación solicitada que no resultan confidenciales. Esta labor de censura para la preservación de los datos que tienen valor empresarial y son dignos de protección, dado el volumen de la documentación afectada, supondría llevar a cabo una injustificada labor previa de reelaboración, no amparada por el artículo 18.1 c) de la Ley de Transparencia, ya que requeriría apartar a personal de Renfe Viajeros de sus funciones empresariales habituales para realizar un trabajo difícilmente abordable, con riesgo de que no se garantice la preservación de todos los datos que tienen valor empresarial y son dignos de protección.

6º.- Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en el plazo de dos meses o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos, el plazo se contará desde el día siguiente al de notificación de la presente Resolución. Ello sin perjuicio de cualquier otro recurso o reclamación que se estime procedente.

Madrid, en la fecha de la firma electrónica.

El Gerente de Área de Relaciones Institucionales de RENFE-Operadora E.P.E.

D. Sergio Bueno Illescas

En virtud de Resolución de 12 de enero de 2023, de la Entidad Pública Empresarial RENFE-Operadora, E.P.E., sobre delegación de competencias, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 21 de 25 de enero