

**INFORME 8/2018, DE 21 DE JUNIO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

**OBJETO: PRECEPTIVIDAD DE SOLICITAR LA EMISIÓN DE INFORME POR EL ÓRGANO
COMPETENTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS
DECLARADOS SUJETOS A ESPECIALES NORMAS DE CONFIDENCIALIDAD
POR RAZONES DE SEGURIDAD, Y COMPETENCIA PARA EVACUAR DICHO
INFORME.**

Antecedentes:

Impulsado por el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, se pretende adjudicar un contrato declarado sujeto a especiales normas de confidencialidad por razones de seguridad.

El artículo 154.7 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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 lo sucesivo LCSP, permite no publicar determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o de aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 de la propia LCSP. El citado artículo 154.7 indica que *<<En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de diez días.>>*.

El Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo sucesivo LTAIBG, señala que *<<Para respetar al máximo las competencias autonómicas, expresamente se prevé que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sólo tendrá competencias en aquellas Comunidades Autónomas con las que haya firmado Convenio al efecto, quedando, en otro caso, en manos del órgano autonómico que haya sido designado las competencias que a nivel estatal asume el Consejo.>>*.

La Comunidad Autónoma de Euskadi no ha firmado convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Mediante Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, se creó la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública. En la Exposición de Motivos del citado Decreto se expresa que *<<Con este Decreto se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi el esquema operativo esencial de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en cuanto a la disponibilidad de un órgano específico para el control de la transparencia...>>*. En el artículo 3 del mencionado Decreto se recogen las funciones de la Comisión indicándose que *<<Corresponde a la Comisión resolver las reclamaciones que se presenten, en aplicación del régimen de impugnaciones previsto en materia de ejercicio del derecho de acceso a la información pública regulado en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en relación con las denegaciones expresas o presuntas de las Administraciones públicas y demás entidades del sector público vasco, que pertenezcan a las Instituciones comunes y locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.>>*. No se atribuye a la Comisión ninguna otra función ni con carácter general ni específicamente la de emitir el informe previsto en el artículo 154.7 de la LCSP.

Por Acuerdo de Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el día 11 de julio de 2017, se creó la Comisión Interdepartamental de Gobernanza, Transparencia y Participación Ciudadana, con funciones de coordinación y planificación, carente de funciones consultivas y que no ha sido creado mediante una disposición de carácter general.

Dada la falta de un órgano autonómico a quien solicitar el informe previsto en el artículo 154.7 de la LCSP y la no existencia de convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, es por ello que la Directora de Gestión Económica y Recursos Generales del Departamento de Seguridad solicita a esta Junta Asesora de Contratación Pública la emisión de informe sobre la preceptividad de solicitar la emisión de informe por el órgano competente en materia de transparencia en contratos declarados sujetos a especiales normas de confidencialidad por razones de seguridad y sobre la competencia para evacuar dicho informe.

Competencia:

I.- Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de *<<Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación...>>*.

II.- Así pues, por tratarse la cuestión de las dudas surgidas dentro de un procedimiento de contratación de un Departamento del Gobierno Vasco, y habiéndose remitido por la Directora bajo cuya responsabilidad se halla la contratación en dicho Departamento, entra dentro de dicho apartado c) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Primera.- De conformidad con el apartado 3 de la Disposición Final Primera de la LCSP, el apartado 7 del artículo 154 de la LCSP constituye legislación básica y en el

mismo se establece la obligación de solicitar, en todo caso, sin excepción alguna, la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con la no publicación de unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o de aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 de la propia LCSP.

Por tanto, no cabe sino concluir que el informe exigido en el artículo 154.7 de la LCSP es un informe de los previstos en el artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de carácter preceptivo por disposición legal, necesario para adoptar la resolución de no publicación de unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, por lo que, en todo caso, deberá solicitarse su emisión previamente a tomar dicha decisión.

Segunda.- Tal y como se ha indicado en los Antecedentes, la Comunidad Autónoma de Euskadi no ha firmado convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el Preámbulo de la LTAIBG, dicho Consejo carece de competencias en esta Comunidad Autónoma.

En este sentido cabe hacer extensivas a la cuestión planteada por la la Directora de Gestión Económica y Recursos Generales del Departamento de Seguridad las consideraciones del Informe 37/15 (R-384/2015) de la Abogacía General del Estado, que basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia nº 118/1996, de 27 de junio, y en la sentencia de 20 de marzo de 1997, indica que *<<Si bien la anterior doctrina constitucional ha sido dictada para el caso de que una Comunidad Autónoma no ejerza las competencias normativas que la Constitución le reconoce, considera este Centro Directivo que la misma doctrina ha de aplicarse al supuesto en que una Comunidad Autónoma decida no ejercer las competencias ejecutivas que le atribuye una ley, como es el caso de la LTAIBG.*

En efecto, el planteamiento debe considerarse el mismo, de modo que el Estado no puede ejercer una competencia material atribuida por ley a las Comunidades Autónomas ante la inactividad de una o varias de éstas, porque con ello estaría alterando las reglas de reparto de competencias contenidas en el Título VIII de la Constitución. Si una Comunidad Autónoma tiene libertad para decidir si legisla o no sobre una materia de su competencia, la misma libertad debe serle reconocida para decidir si ejerce o no una competencia ejecutiva o de autoorganización que le atribuye una ley, sin que el Estado pueda asumir esa competencia con carácter supletorio. Ello es así puesto que no existe en el elenco de los títulos competenciales que el artículo 149 de la Constitución reserva al Estado ninguno que permita la actuación de éste en sustitución de las Comunidades Autónomas y en defecto del ejercicio por esta últimas de sus competencias.>>.

En la Conclusión Primera del citado Informe 37/15 (R-384/2015), la Abogacía General del Estado pone de manifiesto que <<Si...alguna o algunas Comunidades Autónomas no hubieran desarrollado lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LTAIBG, la competencia para resolver las reclamaciones previstas en el artículo 24 de dicha Ley en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial no podrá ser ejercida por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, puesto que dicha competencia está atribuida por ley al órgano correspondiente que determinen las Comunidades Autónomas, con la única excepción de que se atribuya la misma por la correspondiente Comunidad al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno mediante la suscripción de un convenio con la Administración General del Estado en el que se estipulen las condiciones en las que la Comunidad sufragará los gastos derivados de dicha asunción de competencia.>>.

Tercera.- Teniendo en cuenta que, tal y como se ha recogido en los antecedentes, ni la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, ni la Comisión Interdepartamental de Gobernanza, Transparencia y Participación Ciudadana, tienen entre sus funciones la emisión del preceptivo informe previsto en el artículo 154.7 de la LCSP, resulta

necesario que la Comunidad Autónoma de Euskadi ejerza su competencia mediante la creación del Consejo de Transparencia de Euskadi. En su defecto, podría, en su caso, procederse a la modificación del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, por el que se creó la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, de modo que se atribuya expresamente a dicha Comisión la emisión del informe preceptivo exigido en el mencionado artículo 154.7 de la LCSP. Otra posibilidad sería la atribución de la competencia a otro órgano como pudiera ser, por ejemplo, la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Con base en todo lo anterior, la Junta Asesora de Contratación Pública, reunida en Comisión Permanente el día 21 de junio de 2018, adopta por unanimidad el siguiente

ACUERDO

Informar sobre la preceptividad de solicitar la emisión de informe por el órgano competente en materia de transparencia en contratos declarados sujetos a especiales normas de confidencialidad por razones de seguridad y sobre la competencia para evacuar dicho informe, del siguiente modo:

El informe exigido en el artículo 154.7 de la LCSP es un informe de los previstos en el artículo 79 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de carácter preceptivo por disposición legal, necesario para adoptar la resolución de no publicación de unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, por lo que, en todo caso, deberá solicitarse su emisión previamente a tomar dicha decisión.

Resulta necesario que la Comunidad Autónoma de Euskadi ejerza su competencia mediante la creación del Consejo de Transparencia de Euskadi. En su defecto, podría, en su caso, procederse a la modificación del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, por el que se creó la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública, de modo que se atribuya expresamente a dicha Comisión la emisión del informe preceptivo exigido en el mencionado artículo 154.7 de la LCSP. Otra posibilidad sería la atribución de la

competencia a otro órgano como pudiera ser, por ejemplo, la Agencia Vasca de Protección de Datos.

En el caso de que no se lleve a cabo lo anterior, dado que la Comunidad Autónoma de Euskadi no ha firmado convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y que, por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el Preámbulo de la LTAIBG, dicho Consejo carece de competencias en esta Comunidad Autónoma, para que se pueda solicitar al mismo la emisión del informe exigido en el artículo 154.7 de la LCSP es requisito previo que esta Comunidad Autónoma suscriba el correspondiente convenio.