



El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia¹

Recibido: 28/05/2018

Aceptado: 30/06/2018

1. Introducción: los regímenes específicos de acceso.

Mucho y bien se ha escrito ya sobre la discutida supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) con respecto a los regímenes jurídicos específicos de acceso a que se refiere el apartado 2 de la disposición adicional primera de la ley y que ejemplifica su apartado 3 citando la información medioambiental y la reutilización. Con independencia de las posturas que se defiendan, argumentos fundados y suficientes hay para poder sostener la posibilidad de ejercitar la reclamación previa regulada en los artículos 23 y 24 de la LTBG, al menos cuando en aquellos regímenes no exista una vía de impugnación ad hoc o se dé una remisión expresa en bloque al sistema general de revisión de actos administrativos dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Y esto último, por el juego del principio de supletoriedad que expresamente enuncia la LTBG con respecto a estos regímenes y el carácter sustitutivo de la reclamación previa con respecto a los recursos administrativos de la LPAC.

El apartado 2 de la disposición adicional primera habla de la supletoriedad de la ley –en concreto, de la regulación sobre derecho de acceso a información pública si atendemos al título de la disposición adicional–, y, por tanto, no solo de la regulación del derecho (sección 2ª del capítulo III del título I), sino también del régimen de impugnaciones (sección 3ª). Esta interpretación de que se aplica este último régimen, más cercana a la literalidad de la ley, sin embargo, se aleja en parte de la que tradicionalmente ha sostenido la jurisprudencia, que ha venido calificando la vía revisora como un procedimiento diferente, con una regulación específica, y no como una prolongación del procedimiento que da lugar a la resolución impugnada.

En mi opinión, las dudas pueden generarse a lo sumo con aquellos regímenes que tácitamente se han venido considerando como específicos de acceso y que, a la vista del tenor del apartado 2 al que estamos aludiendo, no lo son *strictu sensu* por no recaer sobre materias concretas. Me refiero al acceso por parte de los concejales al amparo

¹ Este breve artículo recoge algunas reflexiones compartidas en las ponencias presentadas en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública celebrado en Cuenca en enero de 2018, organizado por la Universidad de Castilla-La Mancha, el Observatorio de la Contratación Pública y Wolters Kluwer, y en las Jornadas “Retos jurídicos para la Ciudad de Madrid”, organizadas por el Ayuntamiento de Madrid y el Consejo General del Poder Judicial en mayo de 2018.

² Ya conocemos la postura que sostienen, por un lado, aunque con matices singulares, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA), y por otro y esencialmente pero no solo, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso de Cataluña (GAIP), el Consejo de Transparencia de Aragón (CTAr) y el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad valenciana (CTCV).

El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia

del artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, ya que la especialidad de este régimen viene dada por la condición subjetiva del titular del derecho, que aquí, además, goza de la condición de fundamental y, por tanto, más allá del debate vivo sobre la verdadera naturaleza del derecho "común" de acceso, señala a un aspecto cualitativo, no un mero matiz, que sin duda alguna distancia marca entre ambos derechos.

La misma opinión debería merecer el régimen de la reutilización, si no fuera porque el apartado 3 de la disposición adicional primera lo etiqueta expresamente como régimen específico de acceso. Como acertadamente dice Guichot, la LTBG muestra aquí un entendimiento lato del término "materia" –yo creo que más bien, irreflexivo o casual-, dado que este régimen tampoco recae sobre una materia concreta –no existe un catálogo de materias reutilizables- sino que atiende a la utilidad o finalidad de la información. Para este autor, esta circunstancia permitiría colegir que la regulación (sustantiva, material, de garantías) de la LTBG se aplica al acceso por los representantes políticos a la información³, lo que en mi opinión resulta menos obvio ya que no reúne ninguna de las características que hemos barajado: ni carácter material ni referencia legal expresa. Esto no impediría, claro está, que barajando otros argumentos más de fondo sí se pudiera llegar a la misma conclusión.

El asunto, en conclusión, es si siempre que estamos ante un debate sobre acceso a información pública la LTBG debe ser norma aplicable, ya sea directa o supletoriamente, exista o no régimen específico de acceso, ejerza quien ejerza el derecho y el momento en el que decida hacerlo.

2. Una especialidad del acceso: los interesados.

Y a esta altura es donde me gustaría exponer, siquiera brevemente, las diferentes interpretaciones que existen cuando hablamos del acceso de los interesados a la información obrante en los procedimientos en los que gozan de esta condición jurídica, *mientras están en curso*. Bien es cierto que siempre he sostenido que este detalle temporal no debería ser trascendente, por cuanto la condición de interesado no se evapora o esfuma por el hecho de que el procedimiento haya concluido, razón por la cual la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid no hace distinción alguno por razón del estado de tramitación del procedimiento cuando del acceso por el interesado se trata⁴.

³ GUICHOT REINA, Emilio. "El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia". REALA. Nueva Época – nº 8, noviembre 2017.

⁴ La GAIP en su resolución a la Reclamación 17/2015, considera que a una persona interesada en un procedimiento ya cerrado se le puede "reconocer la misma intensidad de acceso establecida por la legislación de procedimiento administrativo a favor las personas interesadas en un procedimiento en curso, ya que mantiene la condición de interesado y solicita el acceso con el fin de ejercer su derecho de defensa".

Quiero hacer alusión aquí, por tanto, al régimen de acceso que la LTBG dibuja en el apartado 1 de su disposición adicional primera, al que algunos autores han querido equiparar al de los regímenes jurídicos específicos de acceso del apartado 2.

En primer lugar, la disposición adicional primera se titula "regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública" y bajo ese paraguas no solo se regulan los regímenes jurídicos específicos de acceso, sino una especialidad en concreto: el acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos obrantes en él. Del tenor literal de esta disposición no se deduce que esta situación descrita tenga que tener encaje en la categoría de regímenes específicos, aunque sí pueda ser calificada como especialidad y, por ello, no pueda sostenerse de manera indubitada la aplicación supletoria de la reclamación previa ante el comisionado de transparencia que corresponda.

Así lo viene interpretando el CTBG en numerosas resoluciones⁵, considerando que en estos supuestos no tiene competencia para pronunciarse sobre el acceso si el solicitante es interesado y mientras el procedimiento esté abierto (en similares términos, el CTPDA en su resolución 107/2017, de 2 de agosto)⁶.

La opción legal de remitir para resolver sobre el acceso de los interesados a lo que disponga la norma reguladora del procedimiento de que se trate parece del todo lógica, dado que el acceso del interesado a los expedientes en los que ostenta tal condición debe tener otra amplitud, mayor que la que la LTBG garantiza y, en mi opinión, plena⁷.

5 Resoluciones 505/2015, de 8 de febrero de 2016, 367/2016, de 3 de noviembre, RT/192/2016, de 5 de diciembre, RT/180/2017, de 31 de julio y 309/2017. Son habituales estas reclamaciones en el caso de aspirantes o concursantes en procesos selectivos o de provisión de puestos de trabajo (Resoluciones 271/2017, de 4 de septiembre y 325/2017, de 30 de agosto).

6 En cambio, sí se considera competente cuando el procedimiento estuviera finalizado a la fecha de presentación de la solicitud (Resoluciones CTBG 290/2015, de 27 de noviembre y 407/2017, de 27 de noviembre).

7 Vid. la interesantísima resolución CTBG 4/2016, de 17 de marzo. Este carácter privilegiado del interesado al expediente como justificación de un tratamiento diferente al que con carácter general prevé la LTBG para el acceso a la información pública se reconoce también en las Resoluciones CTCV 2/2016, de 28 de abril y 23/2017, de 10 de marzo.

La GAIP justifica este diferente tratamiento en la voluntad del legislador de que el acceso no altere el procedimiento en curso. Para la Comisión, esta es seguramente la principal razón de ser de fondo del apartado 1 de la disposición adicional primera: evitar que el ejercicio del derecho de acceso regulado por el LTBG pueda alterar la posición jurídica de las personas interesadas en un procedimiento abierto o aspectos de la tramitación del mismo, tales como plazos e incluso pueda afectar a la validez de la resolución final del procedimiento en cuestión. Es por ello que la legislación de procedimiento administrativo sitúa el ejercicio del derecho de acceso a momentos determinados del procedimiento (artículo 82.1 de la LPAC) e impide la impugnación autónoma de las actuaciones administrativas producidas eventualmente en respuesta a este ejercicio (artículos 112.1 de la LPAC y, en el mismo sentido, 25 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa).

Es en esta perspectiva que tiene su sentido el apartado 1 de la disposición adicional de la LTBG. En la medida en que la actuación de los interesados puede incidir en el procedimiento correspondiente (no es el caso de los no interesados, que no tienen la capacidad de participar, ni de hacer alegaciones o participar en el trámite de audiencia), y que una solicitud de documentación se debe considerar una actuación de este tipo, es coherente integrar en la regulación del procedimiento administrativo el ejercicio del derecho de acceso y de esta manera evitar que las previsiones de el LTBG puedan causar interferencias en la conducción del procedimiento principal. De todos modos, también se podría alcanzar este objetivo con la mera previsión de un principio general de no interferencia del ejercicio del derecho de acceso regulado por el LTBG en la tramitación de los procedimientos en trámite, que deberían seguir su curso con independencia de las actuaciones efectuadas al amparo de la legislación de transparencia. Y en cualquier caso, al margen de donde pueda llevar el apartado 1 de la disposición adicional primera de la LTBG, ésta es una cuestión que deben tener presente tanto los responsables de hacer efectivo el acceso amparado en la legislación de transparencia, como los de los procedimientos administrativos en curso que resulten afectados: la tramitación del procedimiento administrativo, dice la GAIP, no puede verse afectada por el ejercicio del derecho de acceso regulado por el LTBG en relación con la documentación que lo integra.

El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia

Entre otras razones, por una obvia, y es por la necesidad de garantizar la defensa del interesado dentro del propio procedimiento y de su derecho fundamental, este sí expresamente reconocido en la Constitución, a la tutela judicial efectiva, con la extensión que el Tribunal Constitucional le atribuye. Por este motivo, sorprende sobremanera la previsión del artículo 82.1 de la LPAC⁸ cuando manifiesta que en la puesta a disposición de los interesados de lo instruido en el procedimiento para la celebración del trámite de audiencia se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en la LTBG. ¿Es razonable que la LPAC haya pensado en un acceso de igual intensidad para un interesado que para un tercero?

La GAIP "salva" la extravagancia de este precepto interpretando que, aunque los límites son sustancialmente los mismos, no se debe deducir que la posición jurídica de uno y otro tipo de personas –interesados y terceros– sea la misma (dictamen 7/2016, de 30 de noviembre). Los interesados ostentan una especie de derecho de acceso reforzado a la información incluida en el procedimiento correspondiente, tal como se puede deducir del artículo 53.1 de la LPAC. Ahora bien, para la Comisión, esta mayor intensidad de acceso no consiste en que les sean aplicables menos límites legales, sino que al ponderar la aplicación de los límites que concurran al caso, la condición de interesado será un elemento que se suma al interés público favorable al acceso que deriva de la legislación de transparencia, con el resultado de contribuir a imponerse con más probabilidad a los derechos o intereses favorables a la protección o reserva de la información afectada.

Este planteamiento, según la Comisión, deriva de las leyes estatal y catalana de transparencia. La aplicación de los límites al derecho de acceso a la información establecidos por las leyes debe hacerse teniendo en cuenta la concurrencia de intereses públicos o privados que justifiquen el acceso. En este contexto, los interesados tienen un interés privado evidente en obtener la información de su expediente, que se ampara también en su derecho de defensa, que se sumará al interés público derivado de la legislación de transparencia, para desequilibrar con mayor probabilidad a favor la ponderación con los intereses protegidos por los límites que sean aplicables.

De este modo, un mismo límite aplicable al acceso a la documentación que forma parte de un procedimiento en trámite puede llevar a soluciones diferentes en su aplicación, según si quien ejerce el derecho de acceso es una persona interesada o no. Es muy probable que las personas que participan en un proceso de concurrencia competitiva, ya sea en materia de contratación pública, selección o promoción de funcionarios u otorgamiento de subvenciones, por poner algunos ejemplos, seguro que tendrán una posición reforzada para obtener la documentación del procedimiento afectada por límites legales al acceso que las personas que no tienen la condición de interesadas y que amparan su solicitud únicamente en la legislación de transparencia, y esta diferente posición jurídica obedece no tanto a que no les sean aplicables límites

⁸ Esta sería la norma de aplicación supletoria a falta de previsión expresa sobre acceso de los interesados en la "normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo". No sería la LTBG de acuerdo con la literalidad del apartado 1 de su disposición adicional primera.

a el acceso, que no es el caso, sino a que la ponderación necesaria para su aplicación les será más favorable.

Una interpretación la de la GAIP impecable, que dudo mucho coincida con la que manejaba el legislador estatal cuando aprobó el artículo 82.1 de la LPAC. Y además esta interpretación no ampararía el acceso por el interesado a datos especialmente protegidos de otros interesados en el procedimiento cuando tales datos hubieran sido decisivos en la resolución final, ya que en aplicación de la LTBG se seguiría exigiendo el consentimiento del titular del dato. Esto podría conducir a que, en un debate, por ejemplo, sobre una cuestión relativa a la salud en una convocatoria de subvenciones en la que hubiera que baremar las condiciones de discapacidad de los solicitantes, el derecho a la protección de datos prevaleciera automáticamente sobre el de tutela judicial efectiva.

3. La interpretación de los comisionados de transparencia.

La onda expansiva de esa gran *vis atractiva* competencial de algunos comisionados les lleva a entrar a conocer sobre cualquier reclamación en la que se dilucide alguna cuestión sobre acceso. Así, podemos citar numerosas resoluciones dictadas por diferentes órganos de control cuando el reclamante era interesado y el procedimiento al que afectaba su pretensión estaba en curso. Así podemos citar a título de ejemplo, las resoluciones GAIP 90/2017, de 21 de marzo; CTAr 23/2017, de 18 de septiembre; 46/2016, de 11 de noviembre y 40/2017, de 4 de mayo, de la Comisión de Transparencia de Castilla y León y, tras un cambio de criterio inicial, el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana, en su resolución 3/2017, de 19 de enero.

La GAIP, en concreto, en su resolución 152/2016, de 19 de octubre, manifiesta que la garantía de la reclamación ante la Comisión, que protege mediante un procedimiento breve y gratuito ante un órgano independiente el derecho general de acceso a la información pública de cualquier ciudadano o ciudadana, con tanta o más razón debe amparar el derecho de las personas interesadas en obtener la información incluida en los procedimientos administrativos que les afectan, y nada hay en la disposición adicional primera de la LTBG que lo impida. Todo lo contrario: lo establecido en esta disposición es que la posición jurídica que corresponde a las personas interesadas en un procedimiento administrativo, en relación con el acceso a la información pública que lo integra, se define no tanto por el régimen jurídico aplicable al derecho de acceso a la información pública, sino por los derechos de mayor intensidad de acceso al expediente que les reconoce la legislación de procedimiento administrativo, y todo con independencia de si quien resuelve las solicitudes de acceso es la Administración responsable de tramitar el procedimiento concernido o, en vía de reclamación, la GAIP o el juez o tribunal que deba resolver el eventual recurso jurisdiccional.

El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia

En consecuencia, para la GAIP cabe concluir que la condición de interesado concurrente en la persona reclamante no cuestiona su competencia para resolver la reclamación, y que incluso si el procedimiento en el que se pide el acceso ya hubiera finalizado en el momento de la reclamación, la Comisión tendrá en cuenta este plus de legitimidad que supone la condición de interesado que pide acceder a una información necesaria para ejercer su derecho de defensa en la ponderación de los límites que eventualmente puedan concurrir a su derecho de acceso.

En este caso, se reclamaban unas actas de un proceso selectivo. En ellas se contienen datos de carácter personal, pero el acceso a esta la Comisión lo considera idóneo, necesario y proporcionado dada la condición de interesado en el proceso de selección de la persona reclamante, y la necesidad que argumenta de acceder a esta información en relación con las dos personas mejor calificadas para evaluar si quiere llevar a cabo acciones en defensa de sus derechos consistentes en pedir la revisión de aquellas valoraciones. De acuerdo con ello, la GAIP estima el derecho a acceder a las valoraciones que estas actas contengan en relación con los candidatos mejor posicionados que la persona reclamante, si bien limita el acceso a información relativa a datos especialmente protegidos por la normativa de protección de datos de carácter personal, como serían datos relacionados con la salud, por ejemplo, si constaran en las actas. En cuanto a candidatos que hubieran quedado en peor posición que la persona reclamante, ordena anonimizar sus datos identificativos ya que no resultan necesarias para la finalidad del acceso.

Para Fernández Ramos, por encima de interpretaciones literales de la ley, si se admite como parece lógico que el reenvío de la legislación de procedimiento no afecta a las peticiones de acceso a la información pública por parte de terceros, no tiene sentido que el interesado sea tratado de peor condición que el tercero. El razonamiento de la GAIP, según él, es impecable: si las personas que no tienen la condición de interesados pueden solicitar acceder a la información relativa a un procedimiento en curso y, en su caso, reclamar ante el órgano independiente, con mayor motivo han de poder hacerlo los interesados, que gozan de un derecho de acceso al expediente reforzado por su derecho a la defensa⁹.

Sostener la competencia de los comisionados de transparencia en estos casos, de dudoso reconocimiento legal, exige poner a prueba este criterio en todo tipo de procedimientos, especialmente en aquellos en los que pueda existir ya una vía administrativa especial de revisión, sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios. Un caso sería el de la contratación administrativa¹⁰. Veámoslo.

⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45 (2017).

¹⁰ Vid. MESEGUER YEBRA, Joaquín. “El derecho de acceso a la información pública en materia de contratación”. Capítulo de la obra “Contratación pública local electrónica y transparente”, coordinada por Concepción Campos Acuña. Wolters-Kluwer (enero, 2018).

4. Un caso concreto: el acceso a la información contractual por los licitadores.

Merece la pena aclarar que en opinión del CTBG la normativa contractual no contempla un régimen específico de acceso en los términos del apartado 2 de la disposición adicional primera de la LTBG. El régimen de contratación que preveía el ya derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el que se determinaban los actos preparatorios y de adjudicación de contratos que en cada procedimiento habían de ser objeto de publicidad, así como los lugares en los que había de tener lugar la misma, entre otros requisitos, no participaba de la condición de régimen específico de acceso a la información pública. "La publicidad de la adjudicación de contratos, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento de contratación, no sufre a la LTBG, que debe considerarse de aplicación directa en todo lo relacionado con dicho derecho de acceso a la información". Esto es lo que afirmaba el CTBG en su resolución 507/2015, de 24 de febrero de 2016, lo que no era sino aplicación de su criterio interpretativo CI/008/2015, de 12 de noviembre, que considera que "solo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la LTBG no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. Fuera de este supuesto, la normativa en materia de acceso a la información de la LTBG es siempre de aplicación directa, incluido en el caso de un procedimiento especial, regulado en una norma estatal de carácter sectorial, distinta y diversa por razón de la materia, o en una norma autonómica o local. Si la norma en cuestión no contiene una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, habrá que considerar a la LTBG de aplicación directa en todo lo relacionado con dicho acceso". Como parece obvio, este criterio solo resultará aplicable siempre que no concurren las tres premisas del apartado 1 de la disposición adicional primera de la LTBG: que el procedimiento esté en curso, que el acceso sea solicitado por un interesado en él y que la información se refiera a ese procedimiento. No habiendo cambios sustanciales sobre esta cuestión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cabe imaginar que el CTBG sigue sosteniendo esta misma posición.

En coherencia con el criterio sostenido por la GAIP al que ya hemos hecho referencia, su Resolución 21/2017, de 1 de febrero, aborda una reclamación en materia de acceso a la información pública interpuesta por un licitador frente a la denegación de acceso a información contractual acordada por la mesa de contratación del correspondiente procedimiento, aún en curso. Como ya hemos expuesto, este órgano se considera competente en estos casos, a diferencia del criterio sostenido por el comisionado estatal, lo que le lleva a efectuar pronunciamientos de signo contrario en algunos aspectos a la doctrina de los tribunales administrativos en materia de contratación. La generación de esta dispar doctrina es más que un riesgo potencial, más aún cuando la LCSP sigue regulando el recurso especial en materia de contratación sin hacer ninguna llamada ni remisión a la reclamación regulada en la LTBG o en sus normas autonó-

El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia

micas de desarrollo, dato especialmente significativo ahora que la nueva normativa de contratos es de fecha posterior a aquella. Hasta ahora, aún podía hacerse una interpretación integradora teniendo en cuenta las fechas de aprobación de ambas normativas, pero ese argumento queda ahora fuera de juego.

Por ejemplo, la GAIP se aparta de la doctrina de los órganos revisores en esta materia cuando niega, en cuanto al momento de acceso, que este no pueda producirse en un momento previo a la adjudicación del contrato, ya que supone confundir la obligación de publicidad activa con el derecho de acceso al expediente por parte de los interesados. Si bien comparto esta conclusión con los condicionantes que pueden venir impuestos por el límite de la confidencialidad o secretos comerciales, lo idóneo sería que este pronunciamiento empezaran a hacerlo suyo los órganos especiales de revisión en materia de contratación si se sigue respetando su "jurisdicción" administrativa en esta materia. En cambio, aunque sea por motivos diferentes (naturaleza de la información, volumen y riesgo de que se facilite por error información empresarial que no proceda), la Comisión catalana comparte la postura relativa a que el acceso a la documentación sea presencial sin obtención de copias ni la posibilidad de fotografiar o grabar la documentación consultada.

Pero la Resolución GAIP 299/2017, de 8 de septiembre, da un paso más. En este caso se cuestionaba ya la competencia de la Comisión para resolver esta reclamación, en vez de la del Tribunal de recursos contractuales, de conformidad con lo previsto por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, y por la disposición adicional primera de la LTBG. El artículo 16 de este real decreto dispone que si una persona interesada quiere consultar el expediente previamente a la interposición del recurso especial, lo tiene que pedir al órgano de contratación y si este se lo deniega no por ello puede dejar de presentar el recurso especial dentro del plazo previsto legalmente, sin perjuicio de que pueda alegar en este recurso la falta de acceso al expediente, con las consecuencias que procedan.

La GAIP en cambio se considera competente en el caso presente, ya no ahora por aplicación del apartado 1 de la disposición adicional primera de la LTBG, tal como defendía en su Resolución 21/2017, de 1 de febrero¹¹, antes citada, sino del apartado 2, al consi-

11 "...esta reclamación tiene por objeto el acceso por un licitador a determinados documentos integrantes de un expediente de contratación en que participa antes de su adjudicación. Se trata, por tanto, de un interesado que quiere acceder al expediente de un procedimiento en trámite.

Esto puede suscitar alguna duda sobre la admisibilidad de la reclamación y la competencia de la GAIP por resolverla, dado que la disposición adicional primera, apartado primero [la negrita es nuestra], tanto del LTAIPBG, como de la Ley básica estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBGE), remiten en estos casos, a la "legislación sobre régimen jurídico y procedimiento administrativo" y a "la normativa reguladora del procedimiento administrativo correspondiente", sin prever expresamente la aplicación supletoria de la legislación de transparencia y el régimen de garantías que ésta conlleva, régimen de garantías del que forma parte la reclamación ante la GAIP.

Sin embargo, como esta Comisión ya ha señalado en ocasiones anteriores con más detenimiento (Resoluciones sobre las Reclamaciones 17/2015, 19/2015 y 24/2015, entre otros), la GAIP es competente para conocer de las reclamaciones que puedan presentar los interesados en procedimientos abiertos cuando la Administración los deniegue el acceso al expediente. Si las personas que no tienen la condición de interesadas pueden solicitar el acceso a la información pública relativa a un procedimiento en curso y reclamar, en caso de que se les deniegue, ante la GAIP, con más motivo lo tienen que poder hacer los interesados, que gozan de un derecho de acceso al expediente reforza-

derar en este caso, en contra del criterio del CTBG antes expuesto, que estamos ante un régimen específico de acceso, cuando en realidad ni el TRLCSP ni la LCSP regulan un régimen especial de acceso a la información contractual para terceros.

Recordemos que lo que caracteriza a un régimen específico de acceso no es precisamente el acceso especial que puedan tener los interesados a la información obrante en un procedimiento –lo que es natural y comprensible–, sino el acceso que pueda ejercer cualquier persona en la que no concorra aquella condición. Esto es, sin duda, lo que confiere al acceso regulado en una norma la peculiaridad suficiente para ser calificado como régimen específico. Solo pueden considerarse, por tanto, regímenes de este tipo aquellos previstos en normas que contemplan reglas singulares de acceso a la información pública para cualquier persona –no exclusivamente para los interesados en el procedimiento–. Para garantizar la especial intensidad del acceso por parte de interesados ya está el apartado 1 de la disposición adicional primera de la LTBG, que remite a la norma reguladora de cada procedimiento la decisión sobre el acceso de los interesados a la información obrante en ellos mientras estén en curso.

De una forma llamativa, la GAIP cambia su fundamentación e invoca en este caso el apartado 2 y no el 1, como en ocasiones anteriores, para reivindicar su competencia, consciente tal vez de la mayor fortaleza que supone anclarla en la supletoriedad de la LTBG con respecto a los regímenes específicos de acceso y no en el supuesto del apartado 1.

Y sigue: cuando el artículo 16.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, habla de la posibilidad de alegar en el recurso especial el incumplimiento del derecho de acceso, lo hace en términos plenamente potestativos y abiertos, sin excluir otras posibles reacciones. En consecuencia, continúa diciendo la Comisión, este precepto no excluye que, en aplicación del apartado 2 de la disposición adicional primera de la LTBG, se pueda interpretar que la vía de reclamación ante la GAIP forma parte precisamente de la supletoriedad de esta ley en relación con los regímenes especiales de acceso a la información. En estos casos, la GAIP debe resolver aplicando preferentemente el contenido del régimen especial de acceso (la legislación de contratos, en este caso) y supletoriamente el régimen material de la LTBG. Y añade que, naturalmente, la interposición de la reclamación ante la GAIP no tiene ningún tipo de efecto en relación con los procedimientos de contratación y su eventual revisión, que se desarrollarán según su normativa y con el ritmo que proceda, y no puede ser simultánea a la impugnación de los mismos hechos, en atención a la misma motivación y con idéntica pretensión, ante otra instancia, como podría ser el caso del recurso especial de contratación, ya

do por las exigencias de su derecho a defensa, tal como ha reconocido¹⁰ tradicionalmente la normativa de procedimiento administrativo, a la que remite la citada disposición adicional primera del LTBG.

En estos casos, la GAIP aplica preferentemente la regulación del derecho de acceso al expediente de los interesados propia de la normativa de procedimiento administrativo, que a su vez remite a la legislación de transparencia en cuanto a los límites del acceso (artículos 35 a), 37 y 84.1 LRJPAC y, en la actualidad, artículos 13 d), 27.4, 53 a) y 82.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas -LPAC-”.

El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia

que en este caso la GAIP debería inhibirse en beneficio del Tribunal de contratos del sector público, por su mayor especialidad en la materia.

Apunta la GAIP, pues, a la posibilidad de que pueda ejercitarse más de una vía especial de revisión con respecto al debate sobre el acceso, previsión esta que no podemos pensar que estuviera en la mente del legislador ni este la haya promovido deliberadamente, con independencia de que dada la circunstancia pudieran arbitrarse soluciones más o menos factibles -como la inhibición que plantea la GAIP- para resolver eventuales conflictos de atribuciones. Pero esta solución solo cabe aceptarla desde la constatación de que existe un deslinde competencial deficitario -no poco habitual, por desgracia- o de la necesidad de una interpretación apurada de la competencia.

Mejor que la inhibición podría también haberse planteado la posibilidad de que el órgano revisor en materia contractual recabase un informe preceptivo del comisionado de transparencia, o viceversa, tal como prevé el artículo 42.8 de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuando la denegación de acceso se hubiera fundamentado en la protección de datos personales. En estos casos, la GAIP debe solicitar, previamente al dictado de su resolución, informe a la Autoridad Catalana de Protección de Datos, que deberá ser emitido en el plazo de quince días. Sin plantear más objeciones que la posible mayor dilación del procedimiento revisor, esta solución en mi opinión goza de mayor coherencia aunque carece de soporte normativo más allá de poder ser un informe facultativo.

Dejo planteado aquí este debate, otro más de los muchos apasionantes que está generando la puesta en marcha de este "nuevo" derecho en nuestro país.