



RESOLUCIÓN 714/2021, de 26 de octubre
Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Artículos: 2:a) y 24 LTPA; , 14.1.h) y k), 18.1. b) LTAIBG

Asunto: Reclamación interpuesta por XXX contra la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible por denegación de información pública.

Reclamación: 258/2020

ANTECEDENTES

Primero. La persona ahora reclamante, en nombre y representación de Ecologistas en Acción, presentó el 18 de mayo de 2020 la siguiente solicitud de información dirigida a la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía:

"Primero: Copia de los boletines de análisis de suelos donde se especifique los patógenos y su concentración en individuos, colonias, etc. que justificaron la solicitud a la DGSPA del MAPA por parte de este servicio de emisión de resoluciones de autorización excepcional de las sustancias 1,3-Dicloropropeno, Cloropicrina y sus mezclas, desglosados por solicitud y año.



"Segundo: Copia de los boletines de análisis de suelos previos a la aplicación de las sustancias que justifiquen su necesidad durante el año 2019 ya vencido, en cumplimiento del párrafo primero del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional en cuestión, desglosados por provincia, sustancia y autorización excepcional (diferenciando en el caso del 1,3- Dicloropropeno si se aplicó para la vid o para el resto de cultivos).

"Tercero: Copia de la documentación pertinente que justifique la necesidad de aplicación de dichas sustancias químicas por no poder aplicar ningún otro medio de control cultural, biológico o físico, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional.

"Cuarto: Estadísticas del número de inspecciones, controles y sanciones emitidas durante el año 2019 en cumplimiento de lo dispuesto en el punto Segundo de cada Resolución de Autorización Excepcional, para esta Comunidad Autónoma, desglosadas por provincia, y en el caso de las sanciones, desglosadas también por la falta administrativa incumplida".

Segundo. El 25 de junio de 2020 se dicta por la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, Resolución concediendo el acceso parcial a la información solicitada conforme al siguiente tenor literal:

"[...]

"En relación al punto PRIMERO del escrito de solicitud hemos de señalar que las solicitudes de autorización excepcional de las sustancias activas 1,3 dicloropropeno, cloropicrina y sus mezclas realizadas por la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera (en adelante DGPAG) de esta Consejería a la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria (en adelante DGSPA) del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación han sido motivadas por las solicitudes presentadas por las organizaciones que representan a los agricultores en las que se pone de manifiesto la necesidad de realizar dichas actuaciones y no por la aportación de los boletines de análisis de suelos donde se especifiquen los extremos reflejados en la solicitud u otra documentación análoga.

"Dicha motivación tiene una gran relevancia a los efectos que nos ocupan en cuanto que la documentación aquí solicitada no constituye un trámite esencial del procedimiento que sirva de base al órgano competente para la conformación de su voluntad y la toma de las decisiones que conduzcan a la correspondiente autorización excepcional, en otras palabras, no se trata de una documentación preceptiva exigida por la normativa reguladora del procedimiento en cuestión (artículo 53 del REGLAMENTO (CE) N.º 1107/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y



CONSEJO, de 21 de octubre de 2009 relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE, del Consejo), prueba de ello es que ni la propia DGSPA competente para emitir las resoluciones de autorización la posee, ni la DGPAG la exige a los destinatarios de las autorizaciones concedidas de cara a proceder a su solicitud, otra cuestión bien distinta de esta, es que se disponga de la misma cuando haya sido requerida en el curso de las actuaciones de control y supervisión posteriores que se deriven de dichas autorizaciones, solicitándola a título particular de los interesados con el fin de complementar como elemento auxiliar o de apoyo dichas actuaciones de control.

"Por tanto, y en línea con los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, hemos de entender que la documentación solicitada por el interesado constituye una información de carácter auxiliar o de apoyo encuadrable en el supuesto contemplado en el artículo 18.1.b) LTBG. Dichos criterios interpretativos establecen para considerar una información auxiliar o de apoyo y, por tanto, susceptible de ser inadmitida, entre otras, que se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad (en este caso dicha información ni siquiera sirve de base documental al órgano competente a los efectos resolutorios puesto que como hemos señalado no es preceptiva y no se exige por la normativa procedimental).

"En relación a los puntos SEGUNDO y TERCERO, hemos de entender reproducidas las consideraciones realizadas con anterioridad, es decir, las resoluciones de autorización excepcional emitidas por la DGSPA no establecen la obligación por parte de los agricultores o empresas que realizan la aplicación de productos fitosanitarios de aportar los boletines de análisis a las autoridades competentes, lo que no es óbice para que en el marco de las labores de vigilancia, control e inspección llevadas a cabo en el desarrollo de dichas actuaciones autorizadas, el órgano competente de esta Consejería las recabe en determinados casos.

"Por otra parte, hay que considerar que dicha documentación tiene una relevancia importante en cuanto que pueden afectar a otros intereses que son igualmente protegibles tales como los intereses económicos y comerciales (ex artículo 14.1.h) LTBG) de las empresas afectadas (los solicitantes de dichas autorizaciones se encuadran en el ámbito empresarial o comercial) en cuanto que un conocimiento por parte de los terceros de la utilización aunque fuera excepcional de tales productos podría perjudicar en cierta medida su posición en el mercado de cara a la comercialización de los mismos comprometiendo la posición competitiva que dichas empresas ocupan. Asimismo, también podría suponer un perjuicio para la garantía de confidencialidad (ex artículo 14.1.k) LTBG) en cuanto que ponderando los intereses en juego podríamos entender, que ya existe un órgano de carácter administrativo que se encarga del



control y vigilancia de este sector por lo que la intervención de terceros a título particular podría resultar perjudicial en dichas labores.

"En relación al punto CUARTO debe destacarse que la información solicitada no obra en poder de la administración, es decir, no aparece consignada o plasmada en un documento, entendido este en el sentido más amplio posible, cualquiera que sea su formato o soporte (artículo 2.a. LTPA), por lo que la actuación a realizar para confeccionar el mismo consistiría en un trabajo de composición de síntesis o de elaboración a partir de cientos de datos y documentos presentados en los órganos competentes para ello.

"Por tanto, en base a lo anterior, y en la línea manifestada por la doctrina del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (CTPDA) y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), en relación a la interpretación del concepto «reelaboración», en concreto «no es lo mismo buscar una base de datos documental en la que el resultado de la indagación proporciona documentos u otros datos previamente grabados en un campo (de un modelo de formulario) que buscar en fuentes distintas en formatos diversos, examinando una por una las solicitudes o expedientes correspondientes». Dicha labor conllevaría, además, una paralización de los Servicios implicados durante varios días ya que tendrían que emplear la práctica totalidad de su personal en la realización de la referida labor.

"Por tanto, la documentación solicitada conllevaría una actuación previa de reelaboración encuadrable en el artículo 18.1.c)

"No obstante lo anterior, en el marco de las resoluciones de autorización excepcional se informan que se han realizado un total de 2.006 controles en la comunidad autónoma de Andalucía, en base a los cuales se han incoado un total de 28 expedientes sancionadores por los siguientes motivos:

- Incidencias relacionadas con las comunicaciones de realización de tratamientos fitosanitarios y declaraciones responsables exigidas en las resoluciones de autorización excepcional (25 expedientes sancionadores).
- No cumplimiento de las condiciones de almacenamiento de productos fitosanitarios establecidas en las resoluciones de autorización excepcional (2 expedientes sancionadores).
- No utilización del tipo de plástico requerido en los condicionamientos fitoterapéuticos de las resoluciones de autorización excepcional (1 expediente sancionador).



"Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a su notificación, de conformidad con el artículo 33.1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

"Mediante este documento se notifica a la persona solicitante el presente acto, según lo exigido en el artículo 40.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

Tercero. El 8 de julio de 2020 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación ante la concesión de acceso parcial a la información solicitada, en los siguientes términos:

"[...]"

"PRIMERO: Esta parte considera respondidas las solicitudes Primera y Cuarta (esta de manera parcial) en base a que al parecer dicha Dirección no dispone de la información de la solicitud primera, y en la cuarta se nos informa que en 2019 se han realizado 2.006 controles en toda la comunidad autónoma incoando 28 expedientes desglosados por tres motivos, aunque sin el desglose por provincias como solicitábamos, de ahí la consideración de transmisión de la información de manera parcial.

"[...]"

"SEGUNDO: Esta parte se muestra disconforme con la negativa a proporcionarnos la información solicitada en los puntos segundo y tercero de nuestro escrito de la solicitud, y es la base principal de la presente reclamación ante este Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

"Se nos deniega a información en base a tres argumentos:

"1. Afirma que las resoluciones de la DGSPA del MAPA de las correspondientes autorizaciones excepcionales «no establecen la obligación por parte de los agricultores o empresas que realicen la aplicación de aportar boletines de análisis a las autoridades competentes, lo que no es óbice para que en el marco de las labores de vigilancia, control e inspecciones llevadas a cabo en el desarrollo de dichas actuaciones, el órgano competente de esta Consejería las recabe en determinados casos».



"2. Intereses Económicos y Comerciales (ex artículo 14.1.h LTBG)

"3. Garantía de Confidencialidad (ex artículo 14.1.k LTBG)

"Por tanto, procedemos a contestar dichos argumentos, acreditando que no son conformes a derecho y a las normativas actualmente vigentes de Transparencia y Buen Gobierno.

"1.- Boletines de análisis.

"En las autorizaciones excepcionales emitidas por el MAPA a petición de la Comunidades autónomas, entre ellas Andalucía, y respecto a la cloropicrina, y el 1,3-dicloropropeno y cloropicrina, se establece en su resolución de manera clara :

"SEGUNDO.- Los tratamientos deberán ser efectuados bajo el control de las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma en donde se vayan a realizar. Además, dichas autoridades, deberán establecer mecanismos de inspección, vigilancia, control y sanción con el fin de asegurar una reducción al mínimo de los posibles riesgos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de los productos fitosanitarios autorizados, así como para hacer cumplir todas las condiciones de uso indicadas en el Anexo adjunto a esta Resolución y poder detectar con prontitud los posibles efectos adversos para la salud o el medio ambiente.

"TERCERO.- A los efectos del debido control por parte de la autoridad competente de la comunidad autónoma, contemplado en el apartado anterior, todo tratamiento que se vaya a realizar con productos fitosanitarios formulados a base de 1,3 dicloropropeno +cloropicrina deberá ser notificado por la empresa encargada de su aplicación, con una antelación mínima de 72 horas previas a su realización.

"Y en el Anexo de las mismas al cual se hace referencia en el punto segundo de la resolución se establece en el punto primero de las medidas de mitigación:

"Las empresas que realicen la aplicación de los productos fitosanitarios formulados a base de cloropicrina deberán ser empresas autorizadas y especializadas en el manejo y aplicación de productos fitosanitarios formulados a base de esta sustancia activa y deberán respetar todas las indicaciones que se detallan a continuación:

"1.- Aplicación de los principios de la Gestión Integrada de Plagas

"• Medida preventiva: muestreo de suelos para análisis y detección de organismos nocivos. Solo la presencia de estos organismos nocivos indicará la necesidad de intervención.



"• La intervención química mediante fumigación del suelo debe ser debidamente justificada y solo se realizará en caso de no poder aplicar ningún otro medio de control cultural, biológico o físico como puede ser el barbecho, la solarización o la biofumigación.

"Siendo incluso más precisos en la autorización excepcional del 1,3-dicloropropeno para el cultivo de la vid, en que especifica que los organismos nocivos que deben encontrarse deben ser Xiphinema Index y Xiphinema Diversicaudatum

"Por tanto, NO ES CIERTA la afirmación de esta Dirección respecto a que no existe en las resoluciones de las autorizaciones excepcionales en cuestión, la obligación de aportar los boletines de análisis a las autoridades competentes.

"Más bien al contrario, en las resoluciones del MAPA, se establece claramente:

"> la obligación de la Junta de Andalucía, en este caso, de vigilancia control y sanción en la aplicación de estas sustancias, así como para hacer cumplir todas las condiciones de uso indicadas en el Anexo de la Resolución

"> La obligación por parte de la empresa encargada de la fumigación de notificación de la misma con una antelación mínima previa de 72 horas

"> La obligación de control y aplicación de las medidas preventivas, parte de las condiciones de uso del ANEXO, según las cuales deben realizarse «muestreo de suelos para análisis y detección de organismos nocivos», y en el caso del cultivo de la vid «muestreo de suelos para análisis y detección de nematodos Xiphinema Index y Xiphinema Diversicaudatum», y en ambas «sólo la presencia de estos organismos nocivos indicarán la necesidad de intervención».

"Por tanto, claro que está establecida la obligación tanto de aportar los boletines de análisis de suelos con la detección de los organismos nocivos por parte de las empresa agropecuarias que se acogen a estas autorizaciones excepcionales y su contenido, como asimismo la obligación de las autoridades competentes de la Junta de Andalucía de exigir dichos boletines en sus labores de control, vigilancia y posible sanción de las aplicaciones realizadas al amparo de dichas autorizaciones excepcionales, única forma legal de comercializar, usar y aplicar estas dos sustancias.

"2.- Intereses Económicos y Comerciales (ex artículo 14.1.h LTBG)

"Por la claridad en la exposición e interpretación de lo establecido en la LTBG por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno AAI de España, reproducimos parte del contenido de la resolución 705/20196, también respecto a información solicitada respecto a la aplicación y



uso de las sustancias autorizadas excepcionalmente por el MAPA (entre ellas las que no ocupan en la presente reclamación), y en la que dicho Ministerio igualmente se acogió al artículo 14.1.h

[...]

"Pero es que además, y en el caso que nos ocupa, no se entiende de ninguna forma qué perjuicios económicos y comerciales puede suponer el cumplimiento de lo establecido en las autorizaciones excepcionales, y el envío por un lado de los boletines analíticos redactados por laboratorios oficiales y entendemos acreditados, y solicitados en el punto segundo de nuestra solicitud, y por otro lado la documentación científica que acredita la no posibilidad de lo exigido en el segundo párrafo del punto primero (gestión Integrada de Plagas) dentro de las medidas de mitigación, que esta Junta de Andalucía tiene obligación de revisar, controlar y sancionar en su caso, y que establece:

«La intervención química mediante fumigación de suelo debe ser debidamente justificada y sólo se realizará caso de no poder aplicar otro medio de control cultural, biológico o físico, como puede ser el barbecho, la solarización o la biofumigación».

"Esta parte considera que el hecho de acogerse a los dispuesto en el artículo 14.1, tanto h) como k) por parte de la Dirección reclamada, no es sino el hecho de agarrarse a un "clavo ardiente" en su empeñamiento de opacidad e incumplimiento de la normativa vigente de Transparencia y Buen Gobierno, y que dichos argumentos se caen por su propio peso.

"3.- Garantía de Confidencialidad (ex Artículo 14.1.h LTBG)

"A lo ya argumentado en el punto anterior, lo cual también es aplicable en este punto, debemos reseñar que el artículo 14.2 de la LTBG dispone:

«2. 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».

"Pues bien, igualmente en la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno AAI reseñada en el punto anterior, igualmente se afirma en su resolución:

«Asimismo, a nuestro juicio y teniendo en cuenta su naturaleza, la información reclamada debe ser hecha pública, ya que afecta a los ciudadanos en general y a los agricultores en particular. A los primeros, porque estamos hablando de problemas del uso de pesticidas en la cadena alimentaria y a los segundos porque podrían estar utilizando un pesticida de poca o nula incidencia respecto a la finalidad que persigue, que es evitar plagas y otros elementos dañinos



para los productos agroalimentarios. La información solicitada es, por lo tanto a nuestro juicio, de remarcado interés público».

"Por tanto, la información solicitada que no es otra que la documentación que mitigue los riesgos a la población, flora y fauna, y que controle y garantice la salubridad pública minimizando los riesgos a la misma, es obviamente de remarcado interés público, el cual es superior a cualquier consideración alegada en el artículo 14.1 de la LTBG, por la Dirección de la Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía, y que tiene obligación legal de poseer en sus obligaciones de vigilancia control y sanción en su caso del uso de las autorizaciones excepcionales emitidas por el MAPA a petición de dicha Dirección.

"Por todo ello

"SOLICITA:

"Se estime la presente reclamación.

"Se actúe ante la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de la Junta de Andalucía, con objeto de que se nos haga llegar la información solicitada y en el formato electrónico solicitado de cara a la eficiencia de su uso tal y como se dispone en el artículo 11 de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno y lo contemplado en la Ley 37/2007, de 16 de Noviembre, sobre la reutilización de la información del sector público, la cual volvemos a especificar:

«SEGUNDO: Copia de los boletines de análisis de suelos previos a la aplicación de las sustancias que justifiquen su necesidad durante el año 2019 ya vencido, en cumplimiento del párrafo primero del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional en cuestión, desglosados por provincia, sustancia y autorización Excepcional (diferenciando en el caso del 1,3-Dicloropropeno si se aplicó para la vid o para el resto de cultivos).

«TERCERO: Copia de la documentación pertinente que justifique la necesidad de aplicación de dichas sustancias químicas por no poder aplicar ningún otro medio de control cultural, biológico o físico, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional».

"Sin otro particular se despide atentamente".



Cuarto. Con fecha 21 de octubre de 2020 el Consejo dirige a la persona reclamante comunicación de inicio del procedimiento para la resolución de la reclamación; se ha de indicar en este punto que tras la petición de subsanación de la falta de representación, el interesado manifestó expresamente que la reclamación se presentó "como persona física".

El mismo día se solicitó al órgano reclamado copia del expediente derivado de la solicitud de información, informe y alegaciones que tuviera por conveniente plantear en orden a resolver la reclamación. Dicha solicitud es comunicada asimismo por correo electrónico de fecha 21 de octubre de 2020 a la Unidad de Transparencia (u órgano equivalente) correspondiente.

Quinto. El 13 de diciembre de 2020 tuvo entrada en este Consejo escrito de la Unidad de Transparencia de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, al que se adjunta el expediente, así como informe de 12 de noviembre de 2020 del Servicio de Sanidad Vegetal, con el siguiente tenor literal:

"1.- ANTECEDENTES Y OBJETO.

"[...]

"2.- ANÁLISIS DE LAS ALEGACIONES PRESENTADAS.

"En el resuelto segundo de las resoluciones de autorización excepcional objeto de información se establece que los tratamientos deberán ser efectuados bajo el control de las autoridades competentes de la comunidad autónoma en donde se vayan a realizar. Dichas autoridades competentes deberán establecer mecanismos de inspección, vigilancia, control y sanción con el fin de asegurar una reducción al mínimo de los posibles riesgos que puedan surgir como consecuencia de la aplicación de los productos fitosanitarios autorizados, así como para hacer cumplir todas las condiciones de uso indicadas en el Anexo adjunto a las resoluciones y poder detectar con prontitud los posibles efectos adversos para la salud o el medio ambiente.

"Por otra parte, en el resuelto tercero, solo de las resoluciones de cloropicrina y cloropicrina + 1, 3 dicloropropeno, se establece que a los efectos del debido control por parte de la autoridad competente de la comunidad autónoma, contemplado en el apartado anterior, todo tratamiento que se vaya a realizar deberá ser notificado por la empresa encargada de su aplicación, con una antelación mínima de 72 horas previas a su realización.

"Asimismo, solo en las dos resoluciones indicadas, también se establece que la empresa responsable de la aplicación de los productos fitosanitarios deberá presentar una Declaración Responsable, en la que se certifique que el tratamiento realizado, se ha llevado a cabo



correctamente, verificando la ausencia de fugas del producto aplicado y respetando todas las medidas de mitigación que se indican en la etiqueta del producto y en el Anexo de la resolución.

"Por su parte, en el punto 1 las medidas de mitigación, incluidas en el Anexo, titulado: «Aplicación de los principios de la Gestión Integrada de Plagas», se establece que los productores deberán realizar los correspondientes muestreos de suelos para análisis y detección de organismos nocivos, y que solo la presencia de éstos indicará la necesidad de intervención. Además, también indica que solo se podrá realizar la intervención química en caso de no poder aplicar ningún otro medio de control cultural, biológico o físico como puede ser el barbecho, la solarización o la biofumigación. El cumplimiento de este punto 1 se justifica con la presentación de la Declaración Responsable indicada.

"Adicionalmente, cabe poner de manifiesto, que no se establece la obligación de realizar notificaciones con carácter previo a realización de las aplicaciones y posteriores a las mismas, en las resoluciones de autorización excepcional de la sustancia activa 1, 3 dicloropropeno exclusivamente.

"En consecuencia, ninguna de las resoluciones de autorización excepcional emitidas establece la obligación de aportar a la autoridad competente boletines de análisis de suelos e informes, en el sentido que expone el recurrente. No obstante, tal y como se expuso en la resolución remitida al mismo, se han requerido a los efectos del control que las autoridades competentes de las comunidades autónomas deben realizar, de cuyo resultado también fue informado el recurrente.

"En relación a la no remisión de los documentos solicitados, simplemente ratificar lo enunciado en la resolución emitida por esta Dirección General y que a continuación se reproduce:

«Por tanto, y en línea con los criterios interpretativos del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, hemos de entender que la documentación solicitada por el interesado constituye una información de carácter auxiliar o de apoyo encuadrable en el supuesto contemplado en el artículo 18.1.b) LTBG. Dichos criterios interpretativos establecen para considerar una información auxiliar o de apoyo y, por tanto, susceptible de ser inadmitida, entre otras, que se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad (en este caso dicha información ni siquiera sirve de base documental al órgano competente a los efectos resolutorios puesto que como hemos señalado no es preceptiva y no se exige por la normativa procedimental).



"En relación a los puntos SEGUNDO y TERCERO, hemos de entender reproducidas las consideraciones realizadas con anterioridad, es decir, las resoluciones de autorización excepcional emitidas por la DGSPA no establecen la obligación por parte de los agricultores o empresas que realizan la aplicación de productos fitosanitarios de aportar los boletines de análisis a las autoridades competentes, lo que no es óbice para que en el marco de las labores de vigilancia, control e inspección llevadas a cabo en el desarrollo de dichas actuaciones autorizadas, el órgano competente de esta Consejería las recabe en determinados casos.

"Por otra parte, hay que considerar que dicha documentación tiene una relevancia importante en cuanto que pueden afectar a otros intereses que son igualmente protegibles tales como los intereses económicos y comerciales (ex artículo 14.1.h) LTBG) de las empresas afectadas (los solicitantes de dichas autorizaciones se encuadran en el ámbito empresarial o comercial) en cuanto que un conocimiento por parte de los terceros de la utilización aunque fuera excepcional de tales productos podría perjudicar en cierta medida su posición en el mercado de cara a la comercialización de los mismos comprometiendo la posición competitiva que dichas empresas ocupan. Asimismo, también podría suponer un perjuicio para la garantía de confidencialidad (ex artículo 14.1.k) LTBG) en cuanto que ponderando los intereses en juego podríamos entender, que ya existe un órgano de carácter administrativo que se encarga del control y vigilancia de este sector por lo que la intervención de terceros a título particular podría resultar perjudicial en dichas labores».

"En relación con lo expuesto, cabe poner de manifiesto que el suministro de la información solicitada produce perjuicios a los productores y, por extensión, a la Administración.

"A/ El criterio interpretativo 1/2019, emitido por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre aplicación del artículo 14, número 1, apartado h), de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: perjuicio para los intereses económicos y comerciales, señala en el apartado VII de sus conclusiones lo siguiente:

«En el ámbito del ejercicio del derecho de acceso, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas para la aplicación del límite:

"a) El límite referido al perjuicio para los intereses económicos y comerciales de una organización, empresa o persona como el resto de los límites del artículo 14, no opera de manera automática ni supone per se una exclusión directa del derecho de acceso a la información o de las obligaciones en materia de publicidad activa.



"b) Antes al contrario tal como establece el propio art. 14, la aplicación de los límites será potestativa, justificada y proporcionada con el objeto y finalidad de protección y atender a las circunstancias del caso concreto (art. 14.2).

"c) Cada caso debe ser objeto de un estudio individualizado, de la aplicación del test del daño, y de la ponderación de sus circunstancias tal como rige en el Preámbulo de la Ley.

"d) No es suficiente argumentar que la existencia de una posibilidad incierta pueda producir un daño sobre los intereses económicos y comerciales para aplicar el límite con carácter general. El perjuicio debe ser definido indubitado y concreto.

"e) Dicho daño debe ser sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.

"f) Constatada la existencia del daño y su impacto, deberá procederse a la ponderación de la existencia de un interés prevalente que marcará, en última instancia, el peso de dicho daño en los intereses económicos y comerciales frente al interés legítimo existente en conocer la información concreta a divulgar».

"Pues bien, en el presente caso, el reconocimiento al acceso a la información parcial y la aplicación de límites a la información solicitada se ha realizado por esta Administración observando todas las condiciones transcritas.

"En el ámbito de la producción y distribución de productos agroalimentarios es notorio el creciente interés de los consumidores sobre los procesos de producción, interés fomentado por las propias instituciones públicas. De ahí el cada vez mayor carácter tuitivo de las normas, no sólo nacionales sino también comunitarias, que regulan dichos procesos al objeto de garantizar la seguridad alimentaria.

"En consecuencia, es indudable que el acceso a la información de las concretas empresas y profesionales que emplean productos fitosanitarios para el tratamiento de patógenos en el ámbito de la agricultura intensiva, productos cuyo uso no es solo perfectamente legal, y de ahí las autorizaciones concedidas por el Ministerio de Agricultura, sino absolutamente necesario para el propio proceso productivo, y la divulgación de dicha información por el solicitante del acceso a la información, produce de modo inmediato e indefectible un daño reputacional que coloca a dichas empresas y profesionales, y, por extensión, a todos aquellos que en el mismo ámbito territorial realizan actividades productivas idénticas, en una posición de desventaja en el mercado que afectaría indubitadamente a un sector económico de primordial importancia en Andalucía.



"No se trata, por tanto, sólo de que los productos procedentes de las fincas cuyos suelos han sido tratados con productos fitosanitarios debidamente autorizados pierdan valor frente a sus competidores, sino que compromete de modo real y actual, y no meramente potencial, a todo el sector dedicado, en el ámbito geográfico en el que el cultivo de la fresa u hortalizas está generalizado, a la distribución de los productos procedentes de dichos lugares.

"Existen precedentes notorios en este sentido, como ocurrió en el año 2011 con la divulgación, errónea, de la presencia de Escherichia coli en los pepinos procedentes de Almería. Dicha divulgación, si bien no se debió a una solicitud de acceso a la información, produjo efectos devastadores pues el daño reputacional relacionado con la falta de calidad alimentaria de los productos causó un irreparable descenso en el consumo de dichos productos.

"Sin perjuicio de lo ya señalado, el acceso a los datos concretos de empresarios y profesionales que emplean los productos fitosanitarios para el tratamiento de patógenos produce también un daño directo e inmediato en la medida en que la divulgación de la presencia de patógenos en el suelo destinado al cultivo de fincas concretas ocasiona una evidente disminución del valor de dichas fincas, desvalor que resulta injustificado dado el carácter autorizado del empleo de los productos fitosanitarios para remediar la presencia de los señalados patógenos y convertir las tierras en aptas para el cultivo.

"En definitiva, la posición de esta Administración al permitir el acceso parcial a la información solicitada ha venido precedida de una adecuada ponderación de los riesgos, un análisis individualizado de la situación, de la realización del test de daños y que resulta proporcionada de acuerdo con lo hasta ahora expuesto.

"B/ Por otra parte, si la Administración fuera responsable del suministro de la información que perjudica a los productores, se le podría imputar un funcionamiento anormal del servicio público y obligar a indemnizar los daños causados por la comunicación de la misma.

"Las solicitudes realizadas en el marco de la LTBG deben responder a fines legítimos, y la legitimidad de la petición por el reclamante de datos concretos sobre empresas y profesionales resulta comprometida desde el momento en que es el propio Ministerio quien autoriza el uso de un producto cuyo empleo es perfectamente legal.

"Atendida la naturaleza y fines de la entidad peticionaria del acceso a la información, el peticionario pretende informarse a efectos estadísticos o para elaborar informes sobre el uso de los productos fitosanitarios en España y sobre el control que de dicho uso se produce por la Administración. Ahora bien, la petición no encuentra legitimidad en la Ley cuando el fin



perseguido produzca un perjuicio inmediato e irreparable en terceros que se acogen a una solución ante los patógenos que es perfectamente legal.

"Si esta Administración accede sin más a la información reclamada sin haber realizado la ponderación que exige la Ley, en perjuicio de los productores, podría tener que responder frente a estos de la posición de desventaja competitiva en la que se vería irremediabilmente envueltos por el suministro de la información denegada.

"Nuevamente debemos traer a colación, dado su carácter notorio, las consecuencias económicas que para las autoridades alemanas produjo la errónea divulgación de la presencia de de Escherichia coli en los pepinos procedentes de Almería.

"Se deja citada, a título ilustrativo, la noticia recogida en la web de RTVE en el siguiente enlace:

"<https://www.rtve.es/noticias/20170824/alemania-indemnizara-dos-empresas-espanolas-parlaserror-del-brote-coli-2011/1602909.shtml>

"3.- CONCLUSIONES

"A la vista de todo lo anterior y de lo expuesto en la Resolución de la Dirección General de la Producción Agrícola y Ganadera de fecha 25/06/2020, se concluye que se debe desestimar la reclamación interpuesta en su totalidad, principalmente, por los siguientes argumentos:

"• La información solicitada ha sido recabada en el marco de los controles realizados, por lo que se trata de información de carácter auxiliar o de apoyo, motivo de inadmisión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.1.b de la LTBG.

"• La publicidad de la información solicitada tiene una relevancia importante en cuanto que afecta a intereses económicos y comerciales de las empresas y agricultores que han realizado aplicaciones de estas sustancias activas en sus explotaciones agrícolas, en virtud de lo dispuesto por el ex artículo 14.1.h de la LTBG.

"• La publicidad de la información solicitada supondrá un perjuicio para la garantía de confidencialidad, en aplicación del ex artículo 14.1.k de la LTBG

"• Los perjuicios que el acceso a la información solicitada supone para el sector hortofrutícola andaluz y, por extensión, a la Administración.

"Lo que se informa a los efectos oportunos".



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la reclamación interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA).

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 16.5 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, “[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad”, con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Segundo. Según establece el artículo 24 LTPA, todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública sin más limitaciones que las contempladas en la Ley. Esto supone que rige una regla general de acceso a la información pública, que sólo puede ser modulada o limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permitan dicha limitación.

Así es; tal y como tuvimos oportunidad de declarar ya en la Resolución 42/2016 -y venimos desde entonces reiterando-, nuestro régimen de acceso a la información pública se asienta sobre la siguiente premisa:

“Este acceso se configura como un verdadero derecho, que en su vertiente procedimental lleva a establecer la regla general del acceso a dicha información. Constituye pues la excepción la denegación o limitación del acceso” (Exposición de Motivos, II, de la LTPA). Se presume, pues, la publicidad de los *“contenidos o documentos”* que obren en poder de las Administraciones y *“hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”* [art. 7 b) de la LTPA], de tal suerte que, en línea de principio, ha de proporcionarse la información solicitada por la ciudadanía. [...] Por consiguiente, recae sobre la Administración -y sobre el tercero afectado que se oponga a la solicitud de información- la carga de argumentar la pertinencia de aplicar algún límite que justifique la denegación del acceso a la misma.» (Fundamento Jurídico Tercero).



Así ha venido por lo demás a confirmarlo el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 1547/2017, de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera): *“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. [...] Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley...”* (Fundamento de Derecho Sexto).

A su vez, el artículo 2 a) LTPA define información pública como *los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguna de las personas y entidades incluidas en el presente título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.*

A la vista de esta definición, la información solicitada tiene la consideración de información pública, sin perjuicio de que, como alega el órgano (*“En consecuencia, ninguna de las resoluciones de autorización excepcional emitidas establece la obligación de aportar a la autoridad competente boletines de análisis de suelos e informes, en el sentido que expone el recurrente. No obstante, tal y como se expuso en la resolución remitida al mismo, se han requerido a los efectos del control que las autoridades competentes de las comunidades autónomas deben realizar, de cuyo resultado también fue informado el recurrente”*), se trate de información que no sea de obligada remisión a la Administración. La definición contenida en el artículo 2 a) LTPA no establece distinción alguna sobre el motivo por el que la información obra en poder de los sujetos obligados, sino que especifica que *“hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”*, circunstancias que concurren en este caso.

Tercero. En el caso que nos ocupa, la persona ahora reclamante solicitó:

"Primero: Copia de los boletines de análisis de suelos donde se especifique los patógenos y su concentración en individuos, colonias, etc. que justificaron la solicitud a la DGSPA del MAPA por parte de este servicio de emisión de resoluciones de autorización excepcional de las sustancias 1,3-Dicloropropeno, Cloropicrina y sus mezclas, desglosados por solicitud y año.



Segundo: Copia de los boletines de análisis de suelos previos a la aplicación de las sustancias que justifiquen su necesidad durante el año 2019 ya vencido, en cumplimiento del párrafo primero del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional en cuestión, desglosados por provincia, sustancia y autorización excepcional (diferenciando en el caso del 1,3- Dicloropropeno si se aplicó para la vid o para el resto de cultivos).

Tercero: Copia de la documentación pertinente que justifique la necesidad de aplicación de dichas sustancias químicas por no poder aplicar ningún otro medio de control cultural, biológico o físico, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo segundo del punto 1 de las medidas de mitigación dentro del Anexo de cada autorización excepcional.

Cuarto: Estadísticas del número de inspecciones, controles y sanciones emitidas durante el año 2019 en cumplimiento de lo dispuesto en el punto Segundo de cada Resolución de Autorización Excepcional, para esta Comunidad Autónoma, desglosadas por provincia, y en el caso de las sanciones, desglosadas también por la falta administrativa incumplida".

Según indica expresamente el ahora reclamante, las pretensiones primera y cuarta se consideran satisfechas, por lo cual la reclamación se presentó contra la denegación de la información y documentación solicitada en los apartados segundo y tercero de su petición inicial.

A este respecto, el informe de 12 de noviembre de 2020 del Jefe de Servicio de Sanidad Vegetal de la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera, concluye que "se debe desestimar la reclamación interpuesta en su totalidad, principalmente, por los siguientes argumentos:

- La información solicitada ha sido recabada en el marco de los controles realizados, por lo que se trata de información de carácter auxiliar o de apoyo, motivo de inadmisión en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.1.b de la LTBG.
- La publicidad de la información solicitada tiene una relevancia importante en cuanto que afecta a intereses económicos y comerciales de las empresas y agricultores que han realizado aplicaciones de estas sustancias activas en sus explotaciones agrícolas, en virtud de lo dispuesto por el ex artículo 14.1.h de la LTBG.
- La publicidad de la información solicitada supondrá un perjuicio para la garantía de confidencialidad, en aplicación del ex artículo 14.1.k de la LTBG



- Los perjuicios que el acceso a la información solicitada supone para el sector hortofrutícola andaluz y, por extensión, a la Administración".

En suma, la controversia que suscita esta reclamación estriba en determinar si la Administración aplicó correctamente los límites dispuestos en los artículos 18.1. b), 14.1.h) y k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG).

Cuarto. Antes de analizar la posible aplicación de la causa de inadmisión y límites invocados por el órgano reclamado, conviene describir algunas características del uso de las sustancias 1,3-Dicloropropeno, Cloropicrina y sus mezclas, según la información incluida en la documentación que obra en el expediente.

Ambas sustancias se utilizar como pesticidas para la desinfección de terrenos cultivables. La Decisión de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2007 (2007/619/CE) que determinó la no inclusión del 1,3 dicloropropeno en el Anexo I de la Directiva 91/414/CEE y la retirada de los productos fitosanitarios que lo contuvieran.

Según la información publicada por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, su utilización debe venir autorizada excepcional y previamente por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en aplicación de lo previsto en el artículo 53 del Reglamento 1107/2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE del Consejo. El Ministerio acuerda las correspondientes resoluciones de autorización excepcional fundamentadas en dicho artículo y en el 34 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal. Las autorizaciones se conceden para unos concretos cultivos y con determinadas condiciones de utilización del producto fitosanitario. Además, según el contenido de las resoluciones, deben notificarse a las Comunidades Autónomas y a la Comisión Europea.

Las resoluciones del Ministerio establecen que las Comunidades Autónomas son las responsables de controlar el cumplimiento de las condiciones de la autorización, en las condiciones que su propia normativa pueda establecer.

En el caso del uso de estos productos, nuestra Comunidad Autónoma exige a las empresas que efectúen los tratamientos una comunicación previa de los tratamientos a realizar a las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, según lo establecido en la Orden de 25 de febrero de 2021, por la que se



aprueba y publica el formulario Anexo I relativo a la comunicación de la realización de tratamientos de desinfección de suelos con productos formulados a base de las sustancias activas 1,3 dicloropropeno y su mezcla con cloropicrina.

En ejercicio de las actuaciones de control, la Consejería puede requerir la documentación para realizar las comprobaciones que correspondan. Los tratamientos se deberán realizar en las condiciones establecidas en la propia Resolución de autorización y en la normativa que resulte de aplicación.

Por otra parte, el artículo 68 del Reglamento 1107/2009 establece que los Estados miembros presentarán a la Comisión a más tardar el 31 de agosto de cada año un informe referente al año anterior sobre el ámbito y los resultados de los controles oficiales efectuados para comprobar el cumplimiento del Reglamento. En desarrollo de esta previsión, el artículo 6 del Real Decreto establece que anualmente, antes del 31 de octubre de cada año, la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, asistida por el Comité, elaborará, en coordinación con las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla, el Programa Nacional de Control Oficial de la Producción Primaria Agrícola, donde se marcarán los objetivos, las pautas y las directrices para el año siguiente, con la finalidad de que los órganos o entes competentes de las comunidades autónomas elaboren los suyos propios.

El citado artículo establece igualmente que a más tardar el 1 de abril de cada año, los órganos o entes competentes de las comunidades autónomas y ciudades con Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla, deberán informar de los resultados de los controles realizados el año anterior, a la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el formato previsto al efecto en el Programa Nacional regulado en los apartados 1 y 2.

Quinto. Pues bien, en relación con el primero de los motivos alegados para no facilitar la información solicitada (inadmisión por ser información auxiliar o de apoyo), este Consejo ha venido recurriendo en la delimitación de este concepto al Criterio Interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 6/2015, de 12 de noviembre, en el que, como es sabido, se asume una lectura antiformalista del artículo 18.1.b) LTAIBG, de tal modo que lo sustantivo no es la denominación del documento (notas, borradores, opiniones, resúmenes e informes...), sino si el contenido de esa información puede considerarse materialmente como auxiliar o de apoyo (así, ya en la Resolución 48/2016, FJ 3º).



Como se sostiene en el recién citado Criterio Interpretativo 6/2015, todo examen sobre la pertinencia de aplicar dicho precepto ha de estar presidido por la idea de que la finalidad de la LTAIBG es *“evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación”*.

De conformidad con esta pauta interpretativa, desde la Resolución 117/2016 venimos vinculando expresamente la aplicabilidad de esta causa de inadmisión con la relevancia que juega la información pretendida en el proceso de toma de decisiones de la Administración interpelada. En este sentido, en el FJ 2º de dicha Resolución, en la que se debatía el acceso a informes relativos a unos contratos efectivamente celebrados por la Administración reclamada, afirmamos al respecto: *“[...] en lo referente a los aludidos informes, nos hallamos claramente ante documentos que no pueden ser considerados como información auxiliar o de apoyo, en la medida en que forman parte del procedimiento, constituyen la ratio decidendi del órgano de contratación para adoptar la tramitación por urgencia y contribuyen, en fin, a la intelección de la decisión adoptada”*. Y, en aplicación de esta línea doctrinal, venimos desestimando la aplicabilidad de este motivo de inadmisión en relación con la documentación que contribuye a la adopción material de una decisión (en esta línea, Resoluciones 228/2018, FJ 3º y 10/2020, FJ 3º); mientras que, por el contrario, consideramos pertinente su aplicación cuando la información objeto de la solicitud no produce efecto alguno (Resolución 241/2018, FJ 3º).

La aplicación de estas pautas doctrinales al este caso conduce directamente a declarar la improcedencia de aplicar esta causa de inadmisión sobre la que el órgano reclamado fundamentó su decisión denegatoria. En efecto, no cabe entender que la información relativa a los boletines de análisis de suelos previos a la aplicación de las sustancias que justifiquen la necesidad de aplicar las sustancias 1,3-Dicloropropeno, Cloropicrina y sus mezclas, así como la documentación que justifique la necesidad de aplicar dichas sustancias químicas, pueda catalogarse como información auxiliar o de apoyo, ya que contribuye con toda evidencia a la comprensión de la decisión finalmente adoptada por la Administración interpelada, ya sea en el sentido de considerar legítima su utilización o iniciar el procedimiento sancionador o similar que corresponda.

De hecho, el propio órgano en su escrito de alegaciones reconoce la importancia de estos boletines de análisis a los efectos de control de las autorizaciones, al indicar que “En consecuencia, ninguna de las resoluciones de autorización excepcional emitidas establece la obligación de aportar a la autoridad competente boletines de análisis de suelos e informes, en



el sentido que expone el recurrente. No obstante, tal y como se expuso en la resolución remitida al mismo, se han requerido a los efectos del control que las autoridades competentes de las comunidades autónomas deben realizar, de cuyo resultado también fue informado el recurrente”.

Por lo tanto, este Consejo no considera que la información solicitada tenga la consideración de auxiliar o de apoyo en el sentido del artículo 18.1. b) LTBG.

Sexto. Procede examinar a continuación si la Administración aplicó correctamente los artículos 14.1.h) y k) LTAIBG, que autoriza a retener la información cuando su divulgación “suponga un perjuicio” para “[l]os intereses económicos y comerciales” o para “La garantía de la confidencialidad...” A este respecto, ha de tenerse presente que el artículo 25.3 LTPA se circunscribe a transcribir en idénticos términos lo establecido en el apartado 2 del art. 14 LTAIBG: “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”.

Según viene sosteniendo de forma ininterrumpida este Consejo, de la lectura conjunta de tales preceptos (art. 14.1 y 2 LTAIBG y art. 25.3 LTPA) se desprende que la aplicación de los límites se articula como un proceso argumentativo que se despliega en tres fases o momentos sucesivos:

“[...] la aplicación de los límites previstos en el art. 14.1 LTAIBG ha de efectuarse en el curso de un proceso integrado por los siguientes pasos: en primer término, debe constatarse que los “contenidos o documentos” [art. 2.a) LTPA] a los que se quiere acceder inciden realmente en la materia definitoria del límite en cuestión (...); acto seguido, ha de identificarse el riesgo de un perjuicio “concreto, definido y evaluable” en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentarse la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada; y finalmente, una vez superado este test, aún habría de determinarse, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información” (así, entre otras, las Resoluciones 81/2016, FJ 6º; 120/2016, FJ 3º; 31/2017, FJ 4º; 52/2017, FJ 4º; 143/2019, FJ 5º; 300/2020, FJ 4º).

Procede pues analizar si concurren estos requisitos en la aplicación de los límites invocados.



Séptimo. En relación con el motivo alegado por el órgano reclamado para no facilitar la información solicitada, relativo a la aplicación del límite previsto en el artículo 14.1.k) LTBG, el órgano alega que el acceso a la información "podría suponer un perjuicio para la garantía de confidencialidad ex artículo 14.1.k) LTBG en cuanto que ponderando los intereses en juego podríamos entender, que ya existe un órgano de carácter administrativo que se encarga del control y vigilancia de este sector por lo que la intervención de terceros a título particular podría resultar perjudicial en dichas labores", y que "la publicidad de la información solicitada supondrá un perjuicio para la garantía de confidencialidad".

Respecto a la aplicación del citado límite (*"la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión"*), resulta evidente que la LTAIBG se inspiró en el artículo 3 1 k) del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, de 18 de junio de 2009, que contempla como un límite del acceso *"las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto"*. Un límite que, según la Memoria Explicativa del citado Convenio, persigue *"proteger la confidencialidad de los procedimientos dentro o entre autoridades públicas"*, y cuya finalidad reside -como precisa a continuación- en *"preservar la calidad del proceso de toma de decisiones al permitir un cierto libre 'espacio para pensar'"* (*'space to think'*). Y, tomando en consideración este precedente, ya tuvimos ocasión de señalar a propósito del límite del artículo 14.1 k) LTAIBG que, con su instauración, ha sido *"objetivo del legislador básico preservar el normal desenvolvimiento del proceso de toma de decisiones"* (Resolución 112/2017, FJ 4º).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, este Consejo considera que el acceso a la información solicitada no supone un riesgo real, actual y concreto para el bien jurídico a proteger a través del artículo 14.1. k) LTBG (test de daño), ya que el órgano no ha concretado los posibles efectos negativos en los procesos vigentes o futuros de toma de decisiones que pudieran verse afectados por el acceso. Y es que, tal y como el Tribunal Supremo y otros órganos judiciales han reconocido, la aplicación los límites debe estar debidamente motivada para poder afectar al reconocido derecho de acceso, además de ser interpretada restrictivamente (STS 1547/2017 de 16 de octubre):

«[...] La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información».



Octavo. En lo concerniente al límite relativo a los intereses económicos y comerciales, conviene comenzar indicando que los intereses en los que se puede basar la Administración para denegar el acceso no son sólo “*los intereses propios de la concreta institución a la que se solicita la información, sino que también puede recurrirse a este límite en defensa de los intereses del sector privado*”, según sostuvimos en el FJ 8º de la Resolución 42/2016.

Por lo demás, parece evidente que la pretensión de mantener reservados ciertos datos comerciales constituye una manifestación fundamental de los intereses protegidos por el artículo 14.1.h) LTAIBG. Y en la Resolución 120/2016 (FJ 5º) ya tuvimos ocasión de realizar una aproximación al alcance de estos intereses al abordar la noción de “secreto comercial”, que partía -como no podía ser de otra manera- del sistema conceptual de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas:

“[...] de la repetida Directiva cabe inferir determinados elementos estructurales del concepto “secreto comercial”, los cuales, por lo demás, ya se habían asumido con anterioridad en otros países de nuestro entorno [así, la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 14 de marzo de 2006, número marginal 87, BVerfGE 115, 205 (230)]. Por una parte, la información que se quiere mantener secreta debe versar sobre hechos, circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa. Por otro lado, debe tratarse de una información que no tenga carácter público, esto es, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información. En tercer término, debe haber una voluntad subjetiva de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión. Y, finalmente, dado que no basta con la concurrencia de este elemento subjetivo, también es necesaria la existencia de un legítimo interés objetivo en mantener secreta la información de que se trate. Interés objetivo que, obviamente, debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar -por ceñirnos a lo que a este caso concierne- cuando la revelación de la información refuerce la competitividad de los competidores de la empresa titular del secreto, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial”.

En un sentido similar se ha pronunciado el Criterio Interpretativo 1/2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que define los intereses económicos y comerciales como:



"... aquéllas posiciones ventajosas o relevantes del sujeto o sujetos en el ámbito del mercado o de la creación y producción de bienes y servicios cuya divulgación pudiera comprometer la competencia entre ellos y otros sujetos o la integridad de los procesos de negociación en que intervengan".

Como antes indicamos, el siguiente paso que el operador jurídico ha de emprender para valorar adecuadamente la aplicabilidad de los límites a los casos concretos reside en comprobar si cabe identificar *"el riesgo de un perjuicio "concreto, definido y evaluable" en el supuesto de concederse el acceso"*, así como la existencia de *"una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada"* (Resoluciones 81/2016, 120/2016, 31/2017 y 52/2017).

Según viene puntualizando de modo constante la jurisprudencia acuñada en el marco de la Unión Europea, para que pueda legítimamente restringirse el derecho de acceso ha de invocarse el riesgo de un menoscabo al interés protegido por el límite que *"debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético"* [Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (*Herbert Smith Freehills/Consejo*), apartado 33; Sentencia de 17 de octubre de 2013 (*Consejo/Access Info Europe*), apartado 31; Sentencia de 21 julio de 2011 (*Suecia/ MyTravel y Comisión*), apartado 76; Sentencia de 1 de julio de 2008 (*Suecia y Turco/Consejo*), apartado 43; asimismo, la Sentencia de 13 de abril de 2005 (*Verein für Konsumenteninformation/Comisión*), apartado 69]. O para decirlo en los términos que ya empleó este Consejo en la Resolución 42/2016, *"la aplicación de este límite exige que se argumente la existencia de un riesgo real, actual y concreto para tales intereses, no bastando la exposición de meras conjeturas ni la mención de remotas o hipotéticas posibilidades de que se irroque un perjuicio con motivo de la divulgación de la información"* (FJ 9º).

El citado Criterio Interpretativo establece las siguientes pautas para considerar que se produce un daño a los intereses económicos y comerciales:

1º. Valorar todas las cuestiones que resulten de aplicación con identificación de los intereses económicos y comerciales que se ven afectados.

2º. Destacar la incidencia comercial o económica de la información que se solicita.

3º. Valorar en qué medida concreta proporcionar la información dañaría los intereses económicos y comerciales de una organización. Para ello, se pueden aportar datos concretos, objetivos, evaluables y efectivos que avalen la posible aplicación del límite y su incidencia en la posición competitiva de la entidad afectada. En la determinación del daño es importante



analizar si la información a proporcionar es de común conocimiento o si la misma es fácil de averiguar o reproducir por parte de los competidores, en el caso de que la actividad se desarrolle en concurrencia competitiva.

4º. Determinar el nexo causal entre el acceso a la información solicitada y el daño a los intereses económicos y comerciales de la entidad presuntamente perjudicada.

Procedería pues analizar si las circunstancias que se exigen para entender que se produce un daño al bien jurídico protegido concurren en este supuesto.

Noveno. Sin embargo, este Consejo no puede realizar el análisis de estas circunstancias por el motivo que se indica a continuación.

A la vista de la información solicitada, este Consejo considera que su acceso podría afectar a los derechos o intereses legítimos de los titulares de las explotaciones afectadas, por lo que resultaría de aplicación el artículo 19.3 LTBG. Por ello, hubiera sido necesario la concesión de un trámite de alegaciones a estas terceras personas, trámite que el órgano no concedió pese a que reconocía en la Resolución reclamada que el acceso a la información solicitada podría afectar a los derechos o intereses legítimos de las personas titulares de las fincas objeto de los análisis, y en general al sector empresarial según indicó en la fase de alegaciones a la reclamación. Trámite que no concedió en su debido momento y que imposibilita que se disponga de información que permita una valoración más acertada de los intereses en juego, además de poder causar indefensión en las otras partes interesadas en el procedimiento.

Este Consejo considera por tanto que el órgano no aplicó correctamente la normativa de transparencia, por cuanto hubiera sido necesario dar el trámite de alegaciones previsto en el artículo 19.3 LTBG para poder realizar una correcta ponderación de todos los intereses en juego.

Este Consejo es consciente de las dificultades (o imposibilidad) que conlleva dar trámite de alegaciones a las personas titulares de las explotaciones, que a la vista de la información concedida es elevado (más de 2.000 controles). Este número haría prácticamente imposible realizar el trámite de alegaciones ya que supondría, por una parte, la paralización del órgano interpelado, y por otra, implicaría dar una respuesta muy tardía que impediría el ejercicio material del derecho de acceso.



Por ello, si el órgano advirtiera un elevado número de terceras personas afectadas, entendemos que la sustitución de la notificación individual del trámite por una consulta a las entidades más representativas del sector o sectores afectados, junto con una publicación general del trámite en aplicación del artículo 45 LPAC, podría dar cumplimiento al trámite previsto en el artículo 19.3 LTBG de una manera satisfactoria. Esta solución permitiría igualmente conocer las alegaciones sobre los posibles daños al sector en general, según las alegaciones presentas por el órgano reclamado.

En cualquier caso, el órgano podrá realizar otras actuaciones que permitieran conocer las alegaciones de los intereses de las partes afectadas por la información.

La Consejería deberá ordenar la retroacción del procedimiento en el plazo máximo de diez días desde la notificación de esta Resolución, debiendo informar a la persona solicitante de esta circunstancia. Y deberá resolver el procedimiento en el plazo máximo de resolución previsto en la normativa que le resulte de aplicación, contado igualmente desde la notificación de esta Resolución, sin perjuicio de la suspensión del plazo derivada del artículo 19.3 LTAIBG.

La resolución que ponga fin a dicho procedimiento podrá ser reclamada potestativamente ante este Consejo, circunstancia que deberá ponerse de manifiesto en su notificación en aplicación de lo previsto en el 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. Estimar la reclamación presentada por XXX contra la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible por denegación de información pública, sin perjuicio de lo que se indica a continuación.

Segundo. Instar a la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera a que proceda a la retroacción del procedimiento al trámite de alegaciones a terceras personas en los términos indicados en el Fundamento Jurídico Noveno.



Tercero. Instar a la Dirección General de Producción Agrícola y Ganadera a que remita a este Consejo en el plazo de diez días a contar desde el día siguiente al que se le notifique esta Resolución, las actuaciones realizadas, incluyendo la acreditación del resultado de las notificaciones practicadas.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que por turno corresponda en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8.3 y 46.1, respectivamente, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Jesús Jiménez López

Esta resolución consta firmada electrónicamente.