



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF:

N/REF: R/0228/2016

FECHA: 8 de agosto de 2016

ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

En respuesta a la Reclamación presentada por [REDACTED] en nombre y representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA (AEE) mediante escrito con fecha de entrada el 27 de mayo de 2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA (AEE), solicitó el 5 de agosto de 2015, a la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) y al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), la siguiente información:

1) "Acuerdo por el que se emite informe sobre la propuesta del Operador del Sistema relativa a las subastas de interrumpibilidad para la temporada eléctrica 2016", de 11 de junio de 2015. El informe se cita en la Resolución de 9 de julio de 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueba el calendario del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.

2) "Informe sobre determinados aspectos para la aplicación al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre", de 9 de septiembre de 2014. El informe está referido en la Resolución de 10 de octubre de 2014 de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las características del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad.

ctbg@consejodetransparencia.es



- 3) *"Informe sobre la propuesta de orden por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican, en consecuencia, determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad", también de fecha 9 de septiembre de 2014 y referido asimismo en la mencionada Resolución de 10 de octubre de 2014 de la Secretaría de Estado de Energía.*
- 4) *"Informe relativo a la propuesta del Operador del Sistema de desglose de requerimiento por tipo de producto", de 2 de octubre de 2014, mencionado en la citada Resolución de 10 de octubre de 2014.*
2. Mediante resolución de 27 de abril de 2016 del Secretario del Consejo de la CNMC, la solicitud fue resuelta declarando la concesión parcial de la información solicitada en base a los siguientes argumentos:
- a. *Entre los informes a los cuales se solicita acceso cabe hacer una distinción: los informes relacionados con los números (1), (2) y (4) del apartado 1 de esta Resolución se refieren al nuevo sistema de asignación de potencia interrumpible mediante subasta previsto en la Orden IET/2013/2013. En cambio, el informe (3), fechado el 9 de septiembre de 2014, tuvo por objeto una modificación normativa que pretendió prolongar el sistema anterior, de servicio retribuido a precio regulado de la Orden ITC/2370/2007, hasta fin de diciembre de 2014, y ello en vista del retraso del nuevo sistema hasta 1 de enero de 2015.*
- b. *Los informes (1), (2) y (4) versan sobre el sistema de subastas para la asignación de potencia interrumpible previsto en la Orden IET/2013/2013. El acceso a dichos informes debe desestimarse, en aplicación de la LTBG, con base en las consideraciones que se efectúan a continuación.*

Como se ha indicado, el sistema de gestión de la demanda de interrumpibilidad consiste en una herramienta que permite garantizar la estabilidad, firmeza y certidumbre al sistema eléctrico español, garantizando, en último término, la seguridad del suministro.

En particular, los tres informes a los que se refiere este apartado contienen datos y magnitudes directamente relacionados con las necesidades del servicio de interrumpibilidad a los fines de garantizar la seguridad del sistema eléctrico. En vista de ello, la información contenida en tales informes afecta a la seguridad pública, lo cual exige limitar el derecho de acceso, en aplicación del artículo 14.1.d) de la LTBG.

La relación directa entre seguridad pública y servicio de interrumpibilidad ha sido puesta de manifiesto tanto por la jurisprudencia como por informes emitidos por otras Administraciones. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 (Rec. 351/2014) se refiere en los siguientes términos a la necesidad del servicio de interrumpibilidad para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico:



Por su parte, el informe de 31 de julio de 2014 de la Secretaria del Consejo para la Unidad de Mercado del Ministerio de Economía y Competitividad, que validó desde el punto de vista de la unidad del mercado el sistema de subastas para la asignación del servicio de interrumpibilidad, consideró este último servicio (y en particular la asignación del producto de 90 MWI, estrechamente relacionado con la seguridad pública.:

- c. *Asimismo, los informes (1), (2) y (4) contienen datos que podrían afectar a los intereses económicos y comerciales que estarían en juego en las futuras subastas, como se razona a continuación.*

Dichos informes (1), (2) y (4), a diferencia del (3), se refieren al sistema competitivo de subastas para la asignación de potencia interrumpible. En particular, estos tres informes contienen datos y cifras que son relevantes a los efectos de la celebración las subastas. En concreto, los informes incluyen datos sobre potencia a subastar, efectúan consideraciones sobre las condiciones que garanticen el suficiente grado de presión competitiva en las subastas y realizan estimaciones sobre precios y retribuciones asociados al servicio de interrumpibilidad, así como valoraciones sobre los parámetros de cálculo de la retribución y la liquidación del servicio. De publicarse tales datos y estimaciones podrían verse afectadas las estrategias empresariales de los competidores en las subastas, lo cual afectaría a los intereses económicos y comerciales de los agentes. Así, el artículo 16.1 de la Orden IET/2013/2013 se refiere a la confidencialidad que debe mantener el Operador del Sistema respecto de la información de la que tenga conocimiento durante la prestación del servicio de interrumpibilidad.

Lo anterior es relevante para el caso que nos ocupa en vista de que parte de la Información analizada en tos documentos (1), (2) y (4) procede del Operador del Sistema. Por tal motivo en ocasiones dicho Operador hace constar el carácter confidencial de la información que aporta a los expedientes sobre los que la CNMC ha emitido los informes recién indicados.

- d. *A las razones anteriores ha de unirse la relativa a la igualdad de las partes en los procesos judiciales, contenida en el artículo 14.1.f) de la LTBG.*

El sistema de subastas para la asignación de interrumpibilidad ha dado lugar, en algún caso, a recursos contencioso-administrativos, normalmente interpuestos por potenciales prestadores del servicio. En tales casos, la Administración demandada suele ser la Secretaria de Estado de Industria del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En alguna ocasión, en tales recursos, los recurrentes han solicitado la incorporación al expediente remitido por la Administración de informes de la CNMC relativos a las subastas para la asignación del servicio de



interrumpibilidad. Pues bien, es criterio del citado Ministerio de Industria, coincidente con el de esta Comisión, que dichos informes tienen carácter confidencial.

En vista de tal declaración de confidencialidad efectuada en sede administrativa y comunicada al órgano judicial, no cabría revelar ahora públicamente, con un criterio distinto, información relativa a esa materia.

- e. *Debe asimismo tenerse en cuenta que la CNMC tiene la función de validar las subastas celebradas de conformidad con la Orden IET/2013/2013 (art. 4.4) Pues bien, los informes (1), (2) y (4) aquí considerados contienen valoraciones acerca de las condiciones en la que debe tener lugar el procedimiento de subasta a fin de que el mismo pueda considerarse objetivo y competitivo. En tal medida, la publicidad de los informes en cuestión podría afectar a "las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control" asignadas a la Comisión, en los términos consignados en el apartado g) del artículo 14.1 de la LTBG, o en el apartado k) del mismo artículo ("La garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión").*
- f. *Consideración distinta a los anteriores merece el Informe (3) de los solicitados: "Informe sobre la propuesta de orden por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican, en consecuencia, determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de inlerrumpibilidad" (9 de septiembre de 2014). Dicho informe está relacionado con el anterior mecanismo de interrumpibilidad de carácter regulado, es decir, sin subastas competitivas. El objeto de la norma a que dicho informe vino referido prolongaba dicho sistema anterior al de subastas desde noviembre de 2014, fecha en la que estaba prevista su finalización, hasta diciembre de 2014. Con posterioridad se inició el sistema de subastas al que nos hemos referido.*

En vista de la diferencia sustancial entre dicho informe y los anteriormente referidos, el mismo ha sido objeto de publicación, la cual está disponible en la página web de la CNMC: www.cnmc.es

3. La AEE, en desacuerdo con la resolución dictada y en aplicación de lo previsto en el artículo 24 de la LTAIBG, presenta, mediante escrito con entrada el 27 de mayo de 2016, reclamación ante este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en base a la siguiente argumentación:

PRIMERA.- FALTA DE CONCRECIÓN DE LAS CAUSAS DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Pese a la extensión de la Resolución, todos los argumentos y límites que se invocan por la CNMC para denegar el derecho al acceso a los Informes 1,2 y 4 se exponen en términos demasiado genéricos, que permiten dudar del fundamento o justificación concreta que se requiere para poder establecer excepciones al principio general de acceso a la información, que consagra la LTBG y el régimen jurídico actual de transparencia de los procedimientos administrativos.



La Resolución se apoya en apelaciones genéricas, faltas de toda concreción. En particular alude a aspectos como son la confidencialidad, la relación entre seguridad suministro y seguridad pública, o los intereses económicos y comerciales que se ponen en juego, sin justificar qué partes concretas de los Informes de la CNMC incluyen información que puede comprometerlos.

SEGUNDA.- INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS CAUSAS QUE LIMITAN EL ACCESO A LOS INFORMES DE LA CNMC

La Resolución parte de un entendimiento de la transparencia basado en la desconfianza hacia los operadores que intervienen en el sistema eléctrico, presuponiendo que pretenden un uso fraudulento de la información que se les va a suministrar.

El reconocimiento al ejercicio del derecho de acceso a la información pública consagrado en el artículo 12 de la LTBG en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución debe ser considerado como regla general. Por el contrario, los límites al ejercicio de tal derecho, que se regulan con carácter de numerus clausus en el artículo 14 de la LTBG, deben ser interpretados de forma restrictiva, como todo límite o excepción (cfr. artículo 4.2 del Código Civil), pero, además, sólo podrá imponerse de manera "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

Sin embargo, la CNMC, lejos de realizar una interpretación restrictiva, que le hubiera permitido conceder, al menos, un acceso parcial a la información en virtud del artículo 16 de la LTBG en el caso de existan datos verdadera y estrictamente confidenciales o datos comerciales que puedan comprometer a un actor concreto, ha extendido los límites que invoca hasta el punto de negar el acceso a la totalidad de los Informes 1, 2 y 4, aduciendo, insistimos, justificaciones vagas y demasiado genéricas que no permite atisbar el verdadero motivo por el que se deniega el acceso a la información.

TERCERA.- MANIFESTACION DE LOS INTERESES DE AEE PARA ACCEDER A LOS INFORMES DE LA CNMC.

AEE no puede ni quiere participar en las subastas de interrumpibilidad, si bien está interesada en las valoraciones, opiniones o juicios que se realizan en el ámbito del sector eléctrico, especialmente por su organismo regulador, por tener un máximo valor interpretativo del Derecho y producir efectos jurídicos y, por ende, tratarse de información con "relevancia jurídica" que ha de permitir el acceso a la misma por mor del artículo 7 de la LTBG.

En este caso particular, interesa a AEE conocer los juicios y valoraciones realizados por la CNMC en cuanto a la capacidad interrumpible exigida por el sistema eléctrico, a fin de que se preserve la plena competencia de todos los sujetos que intervienen en el sistema eléctrico o que perciben ingresos a cargo del



mismo. Para poder tomar decisiones de inversión en parques eólicos o en otro tipo de tecnologías es imprescindible conocer cuáles son las necesidades de capacidad y de generación que tiene el sistema, atendiendo a las previsiones de demanda, de potencia instalada, y del índice de cobertura de la demanda que se pretende alcanzar por el Operador del Sistema. Se trata de datos meramente técnicos y públicos, que no están afectados por la confidencialidad, y que son imprescindibles para el funcionamiento del sistema eléctrico y para poder introducir nueva capacidad eólica.

CUARTA.- OBJECCIÓN A LOS LÍMITES INVOCADOS POR LA CNMC CONFORME AL ARTÍCULO 14 DE LA LTBG.

1. Sobre la negativa a dar información con base en el carácter de potencial perjuicio para la seguridad pública.-

El argumento se limita a enfatizar las relaciones entre el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad y el principio de seguridad pública, centrándose en la vinculación que ambos conceptos tienen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las resoluciones de otras instituciones como el Consejo para la unidad del mercado del Ministerio de Economía.

No pretendemos poner en duda los razonamientos que vinculan el servicio de interrumpibilidad, que en realidad pretende velar por la continuidad del funcionamiento del sistema y la seguridad, calidad y regularidad del suministro eléctrico, y, en definitiva, a la seguridad pública, entendiéndose consecuentemente la real vinculación entre seguridad de suministro y seguridad pública.

Todo lo contrario, lo que pretende AEE con el conocimiento de las condiciones concretas en que se presta el servicio de interrumpibilidad tiene por finalidad precisamente coadyuvar y garantizar la seguridad del suministro mediante un conocimiento más pormenorizado de la capacidad de la generación y la demanda de electricidad (...)

2. Sobre la posibilidad de que los informes denegados puedan afectar a los intereses económicos y comerciales.-

De nuevo, el motivo se articula en términos muy genéricos sin concretar cuáles son los aspectos específicos que determinan unos efectivos perjuicios a los intereses económicos y comerciales. También, como en el caso anterior el motivo se articula como potencial, al señalar literalmente usando un condicional: "contienen datos que podrían afectar a los intereses económicos y comerciales que estarían en juego en las futuras subastas"

Esta parte no pretende tener acceso a información o datos concretos de las subastas, sino conocer los Informes que se hacen con arreglo a las propuestas adoptadas por la CNMC.

3. Sobre el carácter confidencial de la información y datos manejados por la CNMC.-



El argumento esgrimido por la CNMC para la denegación de dichos informes se basa en la confidencialidad de los datos manejados. Si bien esta parte entiende que se puede proclamar el carácter confidencial de ciertos datos, no comparte en su integridad la argumentación en la que basa tal denegación, ya que de contener en los referidos informes información confidencial habría de haberse creado en todo caso una versión no confidencial,. Esta posibilidad, además, está contemplada en el propio artículo 16 de la LTBG, debiendo darse traslado de los Informes de la CNMC con todos aquellos datos que no sean efectivamente confidenciales.

4. De la violación de la igualdad de las partes y de derechos de defensa en los procedimientos judiciales.-

En este caso, el argumento de la comisión es de tal debilidad que no requiere una explicación demasiado amplia.

No se está solicitando una información excluyente o singular, sino que se solicita que la información se ponga al alcance de todos los partícipes del mercado, por lo que, mal puede hablarse de la alteración de un equilibrio de partes, si dicha información es igualmente accesible a todos los operadores del mercado en igualdad de condiciones.

4. Remitido el expediente a la CNMC para que formulara las alegaciones que considerar pertinentes, éstas consistieron en las siguientes:

a. Sobre la interpretación restrictiva de las causas que limitan el acceso a los informes

De entrada, debe negarse que el rechazo a la solicitud de acceso se deba a una supuesta presunción de que la información se empleará "fraudulentamente". Las solicitudes de acceso al amparo de la Ley de transparencia exigen una ponderación de intereses que en el caso concreto llevó a la CNMC a estimar sólo parcialmente dicha solicitud, considerando que procedía conceder acceso a uno de los informes mencionados, y denegar la solicitud con respecto a los restantes, con base en los motivos de denegación que figuran en la Ley de Transparencia.

La razón fundamental de la denegación del acceso a ciertos informes tiene origen en el cambio normativo del régimen de interrumpibilidad que determinó la selección de los prestadores del servicio mediante un sistema de subastas competitivas.

El servicio de interrumpibilidad es una herramienta de gestión de la demanda de energía (eléctrica, en este caso) a disposición del Operador del Sistema para dar una respuesta ágil a situaciones de riesgo para el suministro, mediante la reducción de la potencia activa demandada a los prestadores del servicio y, principalmente, a los grandes consumidores industriales. El servicio entró en funcionamiento en 2008, mediante la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio (sustituída por la vigente Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre). Los consumidores interrumpibles pasaban a ser proveedores del servicio tras la



habilitación del Operador del Sistema, la autorización de la Dirección General de Política Energética y Minas (DGPEM) y la formalización de un contrato, recibiendo su retribución a través de un descuento en la facturación.

En el nuevo sistema de la Orden IET/2013/2013, la potencia interrumpible se adjudica mediante una subasta competitiva entre potenciales prestadores del servicio. La potencia interrumpible requerida para cada temporada eléctrica se fija de antemano. La retribución del servicio comprende un componente fijo asociado a la disponibilidad de la potencia adjudicada en la subasta y un componente variable asociado a la efectiva ejecución de la opción de interrupción de la demanda. A tenor de la Orden de 2013, el mecanismo de interrumpibilidad permite que, en respuesta a una orden del Operador del Sistema, normalmente ante una emergencia, los grandes consumidores reduzcan su consumo, a cambio de una remuneración, garantizando el suministro al resto de consumidores. El sistema de subastas pretende que el servicio se preste al menor coste posible.

A juicio de la CNMC es obvio que las exigencias de objetividad y transparencia asociadas al nuevo sistema de subastas obligan a mantener la confidencialidad de la información relativa a su funcionamiento y a los participantes en las mismas. Sólo así puede asegurarse el desarrollo competitivo de las subastas y, con ello, garantizar tanto los intereses públicos en materia de seguridad del suministro, como los intereses particulares de las empresas participantes en esas subastas.

b. Interés de la Asociación en acceder a los informes

Pero el que exista un interés no es suficiente para que se facilite el acceso a la información sin límite alguno. La CNMC debe ponderar cuidadosamente la existencia de otros posibles intereses que la Ley quiera proteger, y que obliguen a mantener la confidencialidad de la información

c. Objeción a los límites invocados

a) Negativa a dar información con base al potencial perjuicio para la seguridad pública

A juicio de esta Comisión los argumentos de la reclamante no desvirtúan los motivos de denegación de acceso señalados en la Resolución objeto de reclamación, de modo que procede la denegación de acceso con base en el artículo 14.1.d) LTBG.

El desarrollo de actividades económicas en libre competencia, como es el caso de la generación de energía eléctrica, está, por definición, sujeto a riesgo empresarial. Aunque circunstancialmente la CNMC pueda haber considerado datos sobre generación y demanda en sus informes sobre interrumpibilidad, el objeto esencial de los mismos fue pronunciarse sobre el funcionamiento y condiciones de las subastas de interrumpibilidad eléctrica así como sus parámetros.

Asimismo, se analiza el valor de potencia interrumpible necesario para garantizar la inexistencia de fallo de cobertura de la demanda. Esa información debe mantenerse confidencial para no poner en riesgo el desarrollo competitivo de las subastas y, con ello, salvaguardar los



intereses en materia de seguridad pública implícitos en la correcta prestación del servicio al menor coste posible.

b) *Sobre la posibilidad de que los informes denegados puedan afectar a los intereses económicos y comerciales*

A juicio de esta Comisión, ofrece pocas dudas que conocer datos confidenciales sobre el funcionamiento y los participantes en las subastas puede afectar a los intereses de los participantes en las mismas, de modo que debe denegarse el acceso con base en el artículo 14.1.h) de la Ley.

La Dirección General de Tributos ha considerado que el servicio de interrumpibilidad constituye una actividad económica y un servicio sujeto a imposición y esta Comisión, desde la entrada en funcionamiento del nuevo sistema de interrumpibilidad, ha entendido que la regulación le impone una obligación estricta de confidencialidad de la información. Tal es la razón por la que los conflictos de gestión técnica en materia de interrumpibilidad resueltos por esta Comisión al amparo del artículo 12 de la Ley 3/2013, y publicados en la página web del Organismo en cumplimiento de la LTBG, omiten el nombre de los participantes en el conflicto a fin de salvaguardar sus intereses y la información comercialmente sensible que la resolución pueda contener

c) *Sobre el carácter confidencial de la información y datos manejados por la CNMC*

La reclamante afirma, escuetamente, que, si bien se puede proclamar el carácter confidencial de ciertos datos, debió facilitarse al menos una versión no confidencial, tal como permite hacer el artículo 16 LTBG.

A la vista de la documentación solicitada, esta Comisión considera que procede la denegación de acceso a la totalidad de la información en atención al propio artículo 16, citado, del acceso mediante la salvaguarda de datos confidenciales en este caso resultaría "una información distorsionada o carente de sentido".

d) *De la violación de la igualdad de las partes y de derechos de defensa en los procedimientos judiciales*

La reclamante afirma que la Resolución parte de la idea equivocada de que al facilitar información a un determinado interesado se puede perjudicar al resto de participantes en las subastas. Sin embargo, la denegación de acceso con base en el motivo de la letra f) del artículo 14.1 se debe a razones distintas de las señaladas por la reclamante.

No se trata de que al facilitar la información a un interesado se pueda favorecer a éste en perjuicio otros participantes en las subastas. Se trata de mantener el criterio sostenido por los órganos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en diversos recursos contencioso-administrativos sobre el carácter confidencial de los informes de la CNMC relativos al servicio de interrumpibilidad. Tal declaración de confidencialidad se ha efectuado por el citado Departamento Ministerial al remitir el expediente administrativo de tales recursos judiciales que afectan al servicio de interrumpibilidad. De



facilitarse ahora la información públicamente, con un criterio distinto, se podría afectar al desarrollo de dichos recursos judiciales, en los términos del artículo 14.1.f) LGTB.

- d. *La salvaguarda de funciones de vigilancia y control como criterio de denegación no cuestionado por la reclamante*

La reclamante, aunque se refiere pormenorizadamente a los motivos de denegación de acceso expuestos en la Resolución recurrida, no ha cuestionado ni efectuado alegaciones sobre uno de ellos: el relativo a la salvaguarda a la función de vigilancia y control de las subastas que tiene asignada la CNMC.

Pues bien, los informes sobre los que se ha solicitado acceso contienen valoraciones acerca de las condiciones en la que debe tener lugar el procedimiento de subasta a fin de que el mismo pueda considerarse objetivo y competitivo.

En esa medida, la publicidad de dichos informes podría afectar a “las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control” asignadas a la Comisión, en los términos consignados en el apartado g) del artículo 14.1 de la LTBG, o en el apartado k) del mismo artículo (“La garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”)

A ello hay que unir que los informes considerados emplean datos desglosados de eventuales participantes en las subastas, a efectos de realizar estimaciones sobre la presión competitiva en futuras subastas. A tal fin, el informe anticipa eventuales estrategias de los agentes que podrían afectar gravemente no sólo a la función de validación de la CNMC, sino al propio desarrollo competitivo de las subastas, en los términos ya expresados.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter potestativo y previo a un eventual recurso contencioso-administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como “los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.



Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a información que ya existe, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas.

3. En el caso que nos ocupa, el objeto de la solicitud eran diversos informes elaborados por la CNMC en el marco de las subastas de interrumpibilidad reguladas en la *Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.*

En concreto, la información que se solicitaban eran la siguiente:

- 1) *"Acuerdo por el que se emite informe sobre la propuesta del Operador del Sistema relativa a las subastas de interrumpibilidad para la temporada eléctrica 2016", de 11 de junio de 2015. El informe se cita en la Resolución de 9 de julio de 2015 de la Secretaría de Estado de Energía por la que se aprueba el calendario del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad.*
- 2) *"Informe sobre determinados aspectos para la aplicación al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre", de 9 de septiembre de 2014. El informe está referido en la Resolución de 10 de octubre de 2014 de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las características del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de demanda de interrumpibilidad.*
- 3) *"Informe sobre la propuesta de orden por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican, en consecuencia, determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad", también de fecha 9 de septiembre de 2014 y referido asimismo en la mencionada Resolución de 10 de octubre de 2014 de la Secretaría de Estado de Energía.*
- 4) *"Informe relativo a la propuesta del Operador del Sistema de desglose de requerimiento por tipo de producto", de 2 de octubre de 2014, mencionado en la citada Resolución de 10 de octubre de 2014.*

A los efectos de esta reclamación, debemos atenernos a la información solicitada en los puntos 1, 2 y 4, toda vez que el tercero de los informes ha sido suministrado, precisamente en base de lo que constituye el punto central de la argumentación de la CNMC: el cambio de un mecanismo de interrumpibilidad de carácter reglado a otro de concurrencia a través de la celebración de subastas competitivas.



Debe, por lo tanto, analizarse si este nuevo sistema implica la aplicación a la información solicitada de los límites que se alegan y, en concreto, los previstos en el artículo 14.1 letras d) La seguridad pública, f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control y h) Los intereses económicos y comerciales.

4. Es necesario en un primer momento hacer una serie de menciones generales acerca del mecanismo de interrumpibilidad.

En efecto, la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, *por la que se regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad* es el marco en el que se establecen las condiciones del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ofrecido por los consumidores que adquieren su energía en el mercado de producción, los requisitos para participar como proveedor del mismo y el mecanismo competitivo para su asignación y ejecución, además de su régimen retributivo (artículo 1). Es decir, se regulan las condiciones por las que un consumidor de energía eléctrica- que cumpla las condiciones establecidas en la Orden, por ello, normalmente se trata de los que tienen la condición de grandes consumidores- se convierte en prestador del servicio de interrumpibilidad- su suministro de energía eléctrica se reduce o puede interrumpido en caso de que se den las circunstancias que así lo hagan necesario- a través de un proceso competitivo- una subasta-. A cambio, recibe una retribución.

El encargado de la gestión del servicio de interrumpibilidad y de la realización de la subasta es el operador del sistema, «Red Eléctrica de España, S.A.».

El artículo 4 de la mencionada Orden dispone lo siguiente:

Artículo 4. Mecanismo de asignación del servicio de interrumpibilidad.

1. La asignación del servicio de interrumpibilidad se realizará a través de un procedimiento de subastas gestionado por el operador del sistema.

2. Con anterioridad al inicio del procedimiento de subastas, el operador del sistema remitirá a la Secretaría de Estado de Energía y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia propuesta justificada del requerimiento de potencia interrumpible para el siguiente periodo de entrega o temporada eléctrica, para los productos a los que se refiere el artículo 5 de la presente orden. Esta propuesta podrá ser actualizada para adaptarla a las necesidades del sistema en cada momento.

El citado operador incluirá asimismo en el documento a remitir una propuesta de fechas para realización de las subastas y un calendario de los hitos a realizar de cara a la celebración de las mismas.

En todo caso, la propuesta del operador del sistema se realizará no más tarde del 30 de junio de cada año.



La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitirá informe sobre dicha propuesta del operador del sistema en el plazo de diez días tras recepción de la misma.

3. La Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo resolverá teniendo en cuenta la propuesta del operador del sistema y el informe emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, determinando los siguientes aspectos:

- a) El rango de cantidades a adjudicar para cada subasta y tipo de producto.
- b) El precio de salida, que será fijado tras el análisis de la cantidad de recurso interrumpible.
- c) Las reglas a aplicar en la subasta.
- d) La fecha de realización de cada subasta.
- e) El período de entrega de la potencia interrumpible.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará de supervisora de la subasta. Antes de que transcurran veinticuatro horas desde el momento del cierre de la subasta, y una vez sea confirmado por la citada Comisión que el proceso se ha realizado de forma objetiva, competitiva y no discriminatoria, el operador del sistema hará públicos los resultados. Éstos serán vinculantes para todos los consumidores que hayan participado en la misma.

5. El operador del sistema deberá remitir a la Secretaría de Estado de Energía y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el plazo máximo de una semana desde la celebración de cada subasta la información relativa a los proveedores que hayan resultado adjudicatarios de la misma, la cantidad y tipo de producto ofertado por cada uno de ellos y la cantidad finalmente adjudicada, y los precios que resulten para cada uno de ellos.

Asimismo, en la mencionada Orden se regulan los requisitos que deben cumplir los consumidores para convertirse en prestadores del servicio, el proceso de habilitación para la participación en la subasta, la aplicación del servicio de ininterrumpibilidad, las comprobaciones que se realizan del servicio, incluyendo su incumplimiento, así como su retribución y liquidación.

Por lo tanto y aplicado al presente caso debe indicarse lo siguiente:

- La CNMC elabora un informe sobre la propuesta para la prestación del servicio de ininterrumpibilidad que efectúa el operador del sistema. Este informe, para la temporada eléctrica 2016, es el que se solicita en el primer punto de la solicitud. Debe también señalarse que, según se menciona en la *Resolución de 9 de julio de 2015, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueba el calendario del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, por la que se regula el mecanismo*



competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, para la temporada eléctrica 2016, a resultas de este informe se solicitó del Operador del sistema información complementaria y un nuevo calendario de hitos a realizar para la celebración de las subastas.

- Los otros informes solicitados se elaboraron por la CNMC en el marco de la implementación de la nueva Orden IET/2013/2013, toda vez que la misma entró en vigor el 1 de noviembre de 2013. En efecto, en la *Resolución de 10 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Energía, por la que se aprueban las características del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre*, por lo tanto, la primera tras la aprobación de la Orden de 2013 se menciona que dicha Comisión elaboró tres informes:
 - El 9 de septiembre de 2014: Informe solicitado por la Secretaría de Estado de Energía sobre determinados aspectos para la aplicación al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, e Informe sobre la propuesta de orden por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican, en consecuencia, determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad (a éste último ya se concedió el acceso en la resolución recurrida)
 - 2 de octubre 2014: Para la temporada 2015, y en atención a lo que establecía la Orden IET/2013/2013 respecto del potencial interrumpible desglosado en los dos productos (producto de 90 MW y producto de 5 MW), el Operador del Sistema remitió propuesta de desglose de requerimiento que también fue objeto de informe a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

5. A continuación debe procederse a analizar los límites al derecho de acceso alegados por la CNMC en su resolución, indicando en primer lugar que este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya aprobó en junio de 2015 un criterio relativo a la interpretación que debía hacerse de los límites recogidos en los artículos 14 y 15 de la LTAIBG. En dicho criterio se indicaba lo siguiente:

Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del texto del número 1 del mismo, “podrán” ser aplicados.

De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos.

La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.



En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable. Este, además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.

Del mismo modo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público).

La interpretación restrictiva de los límites ha sido por otro lado, confirmada por los Tribunales de Justicia. Así, por ejemplo, en la Sentencia Nº 85/2016, del Juzgado Central de lo contencioso- administrativo nº 5 de Madrid de 14 de junio de 2016, se indica lo siguiente: *Así, la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación.*

6. El primero de los límites alegados es el previsto en el artículo 14.1 d) La seguridad pública,

Alega a este respecto la CNMC que los informes solicitados contienen datos y magnitudes directamente relacionados con las necesidades del servicio de ininterrumpibilidad a los fines de garantizar la seguridad del sistema eléctrico.

Igualmente, indica, ya en su escrito de conclusiones, que Asimismo, se analiza el valor de potencia ininterrumpible necesario para garantizar la inexistencia de fallo de cobertura de la demanda. Esa información debe mantenerse confidencial para no poner en riesgo el desarrollo competitivo de las subastas y, con ello, salvaguardar los intereses en materia de seguridad pública implícitos en la correcta prestación del servicio al menor coste posible.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el servicio de ininterrumpibilidad, como se ha mencionado, supone una previsión para hacer frente a circunstancias sobrevenidas en las que el consumo eléctrico se vea alterado. Estas circunstancias pueden ser, por ejemplo, un aumento generalizado en el consumo que requiera la adaptación del consumo de la energía producida- teniendo en cuenta que la energía eléctrica no es almacenada sino que se produce a medida que se va consumiendo- para hacer frente a ese aumento o, por ejemplo, una situación de emergencia que deba ser atendida.

Este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está de acuerdo en el perjuicio que podría derivarse del conocimiento de esta información. En efecto, el conocimiento de los datos en los que se basa las necesidades del servicio de



ininterrompibilidad podría permitir conocer las circunstancias en las que dicho servicio debe ser prestado; información que, en el contexto geopolítico actual, podría facilitar la realización de actos específicamente dirigidos a alterar la prestación del servicio de energía eléctrica, con el consiguiente perjuicio para la totalidad de consumidores que de ello podrían derivarse. Queda, por lo tanto, acreditado la existencia de un perjuicio, real y no hipotético, derivado del posible conocimiento de esta información.

No obstante, y como ya hemos indicado, la aplicación de los límites no puede ser absoluta sino que debe realizarse una adecuada ponderación, derivada del interés en conocer la información que se solicita a pesar del posible riesgo que se derive de ello.

A este respecto debe destacarse, aunque no es necesaria la motivación de las solicitudes, que a la AEE interesa conocer los juicios y valoraciones realizados por la CNMC en cuanto a la capacidad interrumpible exigida por el sistema eléctrico, a fin de que se preserve la plena competencia de todos los sujetos que intervienen en el sistema eléctrico o que perciben ingresos a cargo del mismo. Para poder tomar decisiones de inversión en parques eólicos o en otro tipo de tecnologías es imprescindible conocer cuáles son las necesidades de capacidad y de generación que tiene el sistema, atendiendo a las previsiones de demanda, de potencia instalada, y del índice de cobertura de la demanda que se pretende alcanzar por el Operador del Sistema.

Este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no puede estar de acuerdo en que estas consideraciones puedan resultar suficientes para que exista un interés superior que justifique el acceso aún produciéndose el perjuicio señalado. En efecto, debe señalarse que las condiciones que deben cumplir los prestadores del servicio están claramente identificadas en la Orden de 2013 tantas veces mencionada. Igualmente, en la misma Orden se clarifican todas las fases del proceso, incluyendo las retribuciones que se perciban. Igualmente, debe tenerse presente que, debido a las características del sistema, los prestadores del servicio deben tener suficiente capacidad para adaptarse a las eventuales circunstancias de las que derive la necesidad de poner en marcha este servicio. Asimismo, el desarrollo de todo el proceso es supervisado por la CNMC, organismo encargado de garantizar la libre competencia y de regular todos los mercados y sectores productivos de la economía española para proteger a los consumidores. En definitiva, la supervisión y garantía del sistema corresponde a la CNMC, de tal manera que debe entenderse que es, precisamente, el correcto funcionamiento del mismo, teniendo en cuenta *las previsiones de demanda, de potencia instalada y el índice de cobertura que se pretende alcanzar por el Operador del Sistema*-según menciona la AEE- elementos esenciales que ya tiene en cuenta dicha Comisión a estos efectos.

Estas consideraciones también serían de aplicación, por lo tanto, respecto de otro de los límites alegados, el previsto en el artículo 14.1 g) *las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control*. En efecto, debe entenderse que



el conocimiento de la información solicitada, toda vez que contiene datos destinados a la correcta preservación del sistema y, en concreto, de la garantía del suministro eléctrico a través de la prestación del servicio de ininterrumpibilidad en caso de que las circunstancias así lo requieran, perjudicaría la función de supervisión que corresponde a la CNMC.

Por lo tanto, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno considera de aplicación los límites previstos en los artículos 14.d) y g), y no entiende que exista un interés superior que justifique el acceso aún produciéndose ese perjuicio.

Teniendo esto en consideración, no procede, a nuestro juicio, una valoración del resto de cuestiones alegadas toda vez que la aplicación de estos límites condiciona el sentido de la presente resolución.

7. No obstante, sí deben realizarse una serie de consideraciones formales relativas a la tramitación dada a la solicitud.

En efecto, como puede comprobarse en el expediente y se ha pues to de manifiesto en l os Antecedentes de H echo, la solicitud de información fue presentada por la AEE el 5 de agosto de 2015 y la resolución que dio respuesta a la misma fue dictada el 27 de abril de 2016, incumpliendo, por lo tanto, lo previsto en el artículo 20.1 de la LTAIBG que dispone lo siguiente:

1. La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver.

Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante.

En el caso que nos ocupa, y toda vez que no figura en el expediente una ampliación del plazo para resolver que, en todo caso, no ampara los más de ocho meses que ha tardado en dictarse resolución, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no puede sino concluir que se ha producido un incumplimiento de la norma al no haber sido dictada resolución en el plazo legalmente establecido.

Asimismo, debe recordarse que el artículo 14. 2. dispone expresamente que *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*, y que, por lo tanto, y tal y como se menciona en el ya mencionado criterio interpretativo aprobado por este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, es necesaria una ponderación entre el límite alegado y otras circunstancias presentes como un interés superior que justifique el acceso. La resolución dictada y que ahora se recurre carece de dicha ponderación.



8. En conclusión, considerando que en este caso no se ha realizado una adecuada ponderación entre los derechos e intereses presentes y que se ha incumplido el plazo legal para resolver la solicitud de acceso a la información, la reclamación debe ser estimada por motivos formales sin que sea necesario realizar ningún trámite adicional.

III. RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede **ESTIMAR por motivos formales** la Reclamación presentada [REDACTED] en nombre y representación de la ASOCIACIÓN EMPRESARIAL EÓLICA (AEE) mediante escrito con fecha de entrada el 27 de mayo de 2016 contra la Resolución la Secretaría del Consejo de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de 27 de abril de 2016.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1, c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez