



Recurso N°: 0000049/2023

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000049/2023
Tipo de Recurso: APELACION
Núm. Registro General : 00217/2023
Apelante: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO
Procurador [REDACTED]
Apelado: COMUNIDAD DE MADRID
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:
D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER
D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA
D. FELIPE FRESNEDA PLAZA
D. JAVIER RODRIGUEZ MORAL
D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a veintidós de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el rollo de apelación n.º. 49/2023, dimanante del recurso contencioso-administrativo n.º. 5/2022, procedimiento ordinario del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Once, interpuesto por la Procuradora Sra. [REDACTED], en representación del CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN



Recurso N°: 0000049/2023

GOBIERNO, siendo parte apelada la Comunidad de Madrid, representada y defendida por Letrado de sus servicios jurídicos, , siendo objeto de apelación la sentencia del referido Juzgado de 1 de octubre de 2022 y habiéndose seguido el procedimiento previsto para el recurso de apelación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Once, de fecha 1 de octubre de 2022, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“ ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido contra la resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno –CTBG- de 19/11/2021, con referencia RT/0253/2021, que estima la reclamación de acceso a la información solicitada por constituir información pública en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, instando a la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid a que, en el plazo de treinta días hábiles, facilite al reclamante determinada información, anulando el acto impugnado por no ser conforme a Derecho. Sin costas”.

SEGUNDO.- Una vez formalizado el recurso fue remitido a la Sala por el Juzgado, formándose rollo de apelación que fue registrado con el n°. 49/2023.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 15 de octubre de 2024.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto frente a sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Once de fecha 1 de octubre de 2022, la cual estimaba el recurso contencioso-Administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid, parte apelada en esta segunda instancia frente a resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 19/11/2021, con referencia RT/0253/2021, que estima la reclamación de acceso a la información solicitada por constituir información pública en virtud de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, instando a la Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid a que, en el plazo de treinta días hábiles, facilite al reclamante determinada información.



Recurso N°: 0000049/2023

La información que la resolución del Consejo acuerda que sea concedida al recurrente consiste en que se *“facilite al reclamante la siguiente información:*

Copia del código fuente de la aplicación informática utilizada para el sorteo de tribunales asociado a procesos selectivos según nota informativa de 2 marzo 2021”.

Como se ha expresado en la resolución recurrida, en los términos que se recogen en la sentencia apelada, se han de destacar de dicha resolución los siguientes argumentos para estimar la solicitud de acceso al referido código fuente:

4. *La información solicitada por el reclamante se refiere al acceso al código fuente de la aplicación informática utilizada para el sorteo de tribunales asociado a procesos selectivos en materia educativa en la Comunidad de Madrid. Esta información tiene la consideración, a juicio de este Consejo, de información pública, puesto que obra en poder de un sujeto obligado por la LTAIBG, una consejería de una comunidad autónoma, quien dispone de ella en el ejercicio de las funciones que en materia educativa le reconoce el artículo 299 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.*

Como se ha indicado en los antecedentes de esta resolución la Comunidad de Madrid desestimó la solicitud originaria por considerar que concurría el límite referido a la propiedad intelectual del 14.1 j) de la LTAIBG y, asimismo, por su carácter abusivo. (...)

5. *Este Consejo no comparte la posición de la Comunidad de Madrid sobre el carácter abusivo de la solicitud que da origen a esta reclamación. Sobre solicitudes de carácter abusivo este Consejo aprobó, en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas por el art. 38.2 a), aprobó el criterio interpretativo CI/3/201610, de 14 de julio.*

El artículo 18.1. e)11 de la LTAIBG asocia el carácter abusivo de la solicitud a la condición de que la petición “no esté justificada con la finalidad de la Ley”.

(...)

Este Consejo considera que la solicitud está justificada con la finalidad de la LTAIBG, pues con ella se pretende conocer cómo se toman las decisiones públicas y los criterios bajo los cuales actúan las instituciones públicas. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al de esta reclamación. Así, en la R/0058/2021, de 20 de mayo, se indicaba lo siguiente: “en el contexto actual de progresivo desarrollo e implantación la administración electrónica y uso creciente de la inteligencia artificial, los algoritmos están adquiriendo una relevancia decisiva, a la vez que se incrementa su complejidad. Pueden sustentar la toma de decisiones públicas o, directamente, ser fuente de decisiones automatizadas con consecuencias muy relevantes para las personas. Esta evolución está generando una creciente demanda ciudadana de transparencia de los algoritmos utilizados por las administraciones públicas como condición inexcusable para preservar la rendición de cuentas y la fiscalización de las decisiones de los poderes públicos y, en último término, como garantía efectiva frente a la arbitrariedad o los



Recurso N°: 0000049/2023

sesgos discriminatorios en la toma de decisiones total o parcialmente automatizadas”.

SEGUNDO.- La sentencia apelada comienza a expresar, en orden a determinar si concurre abuso en la solicitud de información y afectación a la propiedad intelectual que eran los motivos de impugnación que se contenían en la demandante la Comunidad de Madrid, ahora apelada, los siguientes razonamientos:

Para ello debemos considerar, dado el carácter técnico y especializado de la información controvertida, una serie de informes que obran en autos que pueden servirnos para entender debidamente la naturaleza de los datos que se solicitan (el *código fuente* del programa) y las posibles implicaciones que podría ocasionar su cesión.

En este sentido, obra en autos informe del Director General de Recursos Humanos de la Comunidad de Madrid, de fecha que no consta, del que caben citar los siguientes párrafos de interés (resalte tipográfico añadido):

*Tal y como se recoge en la resolución impugnada, el código fuente es el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para que los diferentes programas informáticos que lo utilizan se puedan ejecutar sin mayores problemas. **El código fuente es, por tanto, una parte del programa de ordenador, en este caso de la aplicación, y pertenece como el resto de las partes, de entrada, a su autor, a su creador, que es quien define y dispone del código fuente, así como de su ingeniería y de la capacidad para modificarla, alterarla o reproducirla.** Del mismo modo, es a él a quien corresponde el análisis y detección de fallos o vulnerabilidades en el código fuente, y la definición de soluciones. Además, y puesto que el código fuente se expresa de forma escrita, está protegido por el derecho de autor como obra literaria, tal y como establece el artículo 1 de la Directiva (91/250/CEE) del Consejo Europeo sobre la protección jurídica de programas de ordenador.*

Posteriormente prosigue resaltando de dicho informe, desde la consideración de la aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual, *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril,*

“hay que señalar que en este caso la aplicación referida en la solicitud, ha sido desarrollada como un módulo integrado en la aplicación OPOS, aplicación que no solo está destinada a realización del sorteo de los tribunales, tal y como parece entender el reclamante, sino que tiene como objeto la gestión de todo el proceso de oposiciones, y en ella se incluyen tanto datos personales de los participantes como del proceso en general, por lo que, como ya se hizo constar en la denegación realizada, hay que tener en cuenta que a través del código fuente se pueden conocer detalles del programa informático y de sus vulnerabilidades, quedando, en caso de facilitarse el acceso solicitado, desprotegida la aplicación frente a posibles ataques y usos indebidos. (...)



Recurso Nº: 0000049/2023

Y se añade:

2. *El código fuente de un sistema de información es una modalidad de derecho de propiedad incorporal que pertenece al patrimonio de Madrid Digital. Tanto el art. 48 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid como el art. 109 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, asimilan el término “propiedad incorporal” con “propiedad intelectual”, es decir, creación original susceptible de protección y de cesión.*

(...)

3. ***La cesión a un tercero de un código fuente puede generar vulnerabilidades al sistema de información y propiciar ataques y usos indebidos.***

Se hace también referencia a otro informe de “ anterior al litigio confeccionado por la Administración del Estado (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y en concreto por la SG de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones), en el que, con ocasión de haberse planteado un caso análogo (en este caso referido a la concesión del bono social), se emitió dicho trabajo con el título *INFORME TÉCNICO SOBRE LA OPORTUNIDAD DE LA ENTREGA DEL CÓDIGO FUENTE DE LA APLICACIÓN INFORMÁTICA PARA LA COMPROBACIÓN DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS A LOS SOLICITANTES DEL BONO SOCIAL*, con fecha 4/12/2019”.

De dicho informe se ha de resaltar:

Con el fin de obtener una garantía adicional de protección ante este tipo de vulnerabilidades, una forma común y aceptada por las empresas y administraciones que desarrollan aplicaciones propietarias, es la Seguridad por Oscuridad. En el caso que nos ocupa este paradigma se refiere a la ocultación del código fuente de la aplicación, de forma que no se permita a un potencial atacante, estudiar el código para descubrir una vulnerabilidad de día cero. Si un atacante (hacker, activista, potencia extranjera, etc.) aprovechara una vulnerabilidad de día cero, podría acarrear para el Ministerio las siguientes consecuencias:

...

Últteriormente la sentencia razona para denegar el acceso al código fuente solicitado lo siguiente:

De tales informes cabe concluir que la cesión del código fuente de la solicitud puede entrañar riesgo para el conjunto de la información y la gestión de los servicios públicos.

Tampoco puede descartarse que la cesión de este código fuente facilite el acceso a las bases de datos donde se custodian datos personales de los participantes, algunos especialmente sensibles.

De este modo, la cesión de este código fuente, pondría en peligro la custodia y protección de datos de carácter personal de un conjunto de ciudadanos que no



Recurso N°: 0000049/2023

han prestado consentimiento de cesión de sus datos para fines distintos de la gestión de los procesos selectivos en los que han participado.

Por otra parte, no debemos olvidar que el administrado ha tenido conocimiento, en todo caso, del funcionamiento del sistema para la designación de los vocales de los tribunales de procesos selectivos cuyo resultado y funcionamiento es público. En efecto, selección en el procedimiento selectivo indicado, cuyo resultado se publica por Resolución de 18 de marzo de 2021, de la Dirección General de la CAM...

Y se añade:

Así pues, consideramos que en este caso se ha dado transparencia al procedimiento públicos y que los interesados han tenido la posibilidad de acudir al sorteo público celebrado, teniendo acceso a los resultados de los distintos sorteos puesto que son públicos.

Ulteriormente considera que la solicitud de información es abusiva, expresando:

Así pues, consideramos que en este caso se ha dado transparencia al procedimiento públicos y que los interesados han tenido la posibilidad de acudir al sorteo público celebrado, teniendo acceso a los resultados de los distintos sorteos puesto que son públicos.

Desde la óptica de la vulneración de la propiedad industrial, límite del artículo 14.1 j) de la LTAIBG, se concluye:

“El hecho de que la titularidad de la información corresponda a una Administración Pública no excluye tal protección pues no se establece en ninguna norma alguna limitación objetiva de los derechos de propiedad intelectual por razón de su titular. Por el contrario, la titularidad pública de derechos de propiedad intelectual se reconoce en el artículo 7.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, el cual dispone que “En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos... los derechos de propiedad incorporal”, hayan sido adquiridos de particulares o generados por la propia Administración pues a ambos se refiere el artículo 33.3.d) de la misma norma.

Es más, el artículo 157 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se refiere expresamente los derechos de propiedad intelectual de que son titulares las Administraciones Públicas sobre las aplicaciones desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación.

Por todo ello, debe acogerse la tesis del recurrente y confirmar la aplicación del límite del artículo 14.1.j) de la LTAIBG.



Recurso N°: 0000049/2023

Y finalmente para la estimación de recurso se alude a otra resolución del Consejo de Transparencia que aludía a la exclusión del código fuente "de la obligatoriedad de su cesión en aplicación de la LTBG, sin que en la resolución ahora impugnada se haga ninguna mención a ese cambio implícito de criterio.

Nos referimos a la resolución del CTBG de fecha 18-2-2019

TERCERO.- Los motivos de impugnación del Consejo apelante, insisten en los aspectos que ya han sido objeto de análisis en la sentencia apelada, como es el relativo al carácter abusivo de la información solicitada, expresando al respecto lo siguiente:

Efectivamente, la finalidad última de la solicitud de información es conocer el algoritmo en base al cual se realiza el proceso de sorteo para la designación de los tribunales de oposición para acceder a la función pública en la Comunidad de Madrid, aspecto que parece un elemento esencial para conocer cómo se componen dichos tribunales en un aspecto tan sensible para el buen funcionamiento institucional y la rendición de cuentas como es conocer la selección de los miembros de los tribunales de oposición que, a su vez, van a proceder a la selección de los empleados públicos de la Comunidad de Madrid. Y para verificar lo anterior, es preciso acceder a la información solicitada, teniendo en cuenta cómo funcionan los algoritmos.

Sobre esta cuestión se han de reiterar los argumentos que se expresaban en la sentencia apelada que expresamente se aceptan, siendo una cuestión determinada por los aspectos técnicos de los algoritmos que se pretende ser conocidos, que conforme a los informes barajados en el procedimiento de primera instancia, y al propio precedente administrativo de la resolución del Consejo aludida, de los que se desprende que el conocimiento de los datos recabados, que exceden a la mera documentación administrativa, puede afectar a la propia seguridad informática que podría ser de esta forma vulnerable. Se ha de entender por ello, que con los datos que han sido facilitados a los interesados, que han tenido la posibilidad de acudir al sorteo público celebrado, ha existido la necesaria transparencia. Frente a este razonamiento no puede pretenderse que prevalezcan, como se hace en el recurso de apelación las instrucciones del Consejo, como es el Criterio CI/3/2016, de 14 de julio en el que dicha entidad estableció los parámetros para concretar si una solicitud no estaba justificada con la finalidad de la Ley y, consecuentemente, debía ser calificada como abusiva.

De esta manera ha de entenderse que es de aplicación el artículo 18.1. e) de la LTAIBG, que asocia el carácter abusivo de lo solicitado a la condición de que la petición "no esté justificada con la finalidad de la Ley".

CUARTO.- El segundo motivo de impugnación se refiere a a que el otorgamiento de la información solicitada no vulnera el apartado 1 j) del artículo 14 según el cual "el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la propiedad intelectual e industrial".



Recurso N°: 0000049/2023

Sobre este motivo de impugnación se han de acoger también los razonamientos expresados en la sentencia apelada ante análogos motivos a los ahora esgrimidos en esta segunda instancia. Se ha de reiterar lo que se expresaba en dicha sentencia en relación con que el código fuente se integra en la Ley de Propiedad Industrial, con a alusión al artículo 10.i) del TRLPI, que incluye entre la propiedad intelectual los programas de ordenador, cuya definición se contiene el artículo 96 del propio TRLPI.

La titularidad pública del programa, no supone que no deba ser objeto de protección el mismo, como incluido en el dominio de una administración pública.

Es por todo ello procedente la desestimación del recurso.

QUINTO.- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, de conformidad con el artículo 139.2 de la LJCA, desestimado el recurso de apelación, procede la imposición de las de esta segunda instancia a la parte apelante, debiendo estarse respecto a las de primera instancia a lo acordado en la sentencia apelada.

En aplicación del principio de moderación, del que se hacen eco diversas sentencias del Tribunal Supremo, como son las de 19 y 25 de febrero de 2010, en atención a la dificultad del asunto y la labor efectivamente realizada en el procedimiento, se considera que la cantidad máxima a que debe ascender la tasación de costas a realizar por todos los conceptos, excepto el Impuesto sobre el Valor Añadido, ha de ser la cifra de 1.000 euros

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación número 49/2033, interpuesto por la representación procesal del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, frente a la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Núm. 11 de 1 de octubre de 2022, debiendo estarse al fallo de dicha sentencia en cuanto a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, todo ello con imposición de costas la parte actora, en los términos razonados en el precedente fundamento de derecho quinto.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer el recurso de casación previsto en los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1998, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, recurso que, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia, cumpliendo los requisitos previstos en cada caso en la Ley Jurisdiccional 29/1998.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.