



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno AAI

JOSE LUIS RODRIGUEZ ALVAREZ (1 de 1)
Presidente
Fecha Firma: 20/07/2023
HASH: 03d08896ade616b2b4042a2545895983

Resolución reclamación art. 24 LTAIBG

S/REF: 001-066959

N/REF: R-0892-2022 / 100-007495 [Expte. 5-2022]

Fecha: La de firma.

Reclamante: OPEMAR, S. L.

Dirección: [REDACTED]

Organismo: AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA.

Información solicitada: Expediente de concesión administrativa en dominio público.

Sentido de la resolución: Estimatoria parcial

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la entidad reclamante solicitó el 17 de marzo de 2022 a la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, al amparo de la [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno](#)¹ (en adelante, LTAIBG), la siguiente información:

«Que, como esta Autoridad Portuaria conoce, mi representada es un operador tradicional del Puerto de Málaga donde tiene presencia y, al amparo de los correspondientes títulos de ocupación del dominio público portuario, desarrolla su actividad de estiba y desestiba; manipulación, carga y descarga; transporte y almacenamiento de mercancía.»

¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>

II. Que NOATUM C.T.M, S.A. (NOATUM, en lo sucesivo) es titular, a su vez, de la concesión en el Puerto de Málaga para la construcción y explotación de una Terminal Multipropósito del muelle Nº 9, que le fue otorgada en el año 1999 y comenzó a operar en abril del 2004, tras la terminación de las obras de la 1ª fase.

III. Que, en su condición de operador del puerto de Málaga y dado que pueden tener una afectación económica y competitiva en su actividad, mi representada ostenta un interés legítimo y tiene la condición de interesada en todas aquellas actuaciones que, en relación con las concesiones titularidad de otros operadores del Puerto, sean adoptadas por la Autoridad Portuaria (como el Tribunal Supremo tiene reconocido en diversas sentencias, como la recaída en el recurso 329/2019, de 14 de mayo de 2020).
(...)

V. Que la concesión de NOATUM habría sido objeto ampliación, modificación y prórroga por la Autoridad Portuaria de Málaga en diversas ocasiones, quedando sujeta la actividad que en ella se desarrolla al cumplimiento de condicionantes y requisitos específicos, los cuales son necesarios para garantizar las condiciones de igualdad y competitividad en el puerto. Pese a ello, sin embargo, actualmente no se tiene constancia de que tales condicionantes hayan sido cumplidos y estén siendo observados.

VI. Que, al amparo de todo lo expuesto, se solicita el acceso al expediente administrativo completo de la concesión titularidad de NOATUM en el Puerto de Málaga identificada en el expositivo I y, específicamente, que se le entregue copia de los documentos que obran en dicho expediente relativos a las modificaciones, ampliaciones y prórrogas del título concesional. En concreto, se solicita copia de los siguientes documentos:

i) Pliegos de bases y condiciones de la concesión identificada en el expositivo II, junto con su correlativa licencia.

ii) Oferta presentada por la entidad que resultó adjudicataria de la citada concesión, en el correspondiente procedimiento administrativo que, en su momento, tuviera lugar para su otorgamiento.

iii) Solicitudes de modificación, ampliación y/o prórroga del título concesional que hayan sido formuladas por NOATUM.

iv) Información relativa al volumen de tráfico e identidad de la tipología de mercancías almacenadas y manipuladas en la concesión en los cinco últimos años.

v) *Resoluciones de la Autoridad Portuaria, acordando modificaciones (sustanciales y no sustanciales), ampliaciones y/o prórrogas de las condiciones del título concesional.*

vi) *Informes que, con ocasión de la tramitación de las eventuales modificaciones de la Concesión, se hayan emitido por la Autoridad Portuaria y/o el Organismo Público Puertos del Estado, sus Servicios Jurídicos y/o por la Abogacía del Estado.*

vii) *Informes técnicos que hayan sido emitidos, con ocasión de la tramitación, en los que se haya evaluado la procedencia de acordar las modificaciones de la concesión.»*

2. La AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA dictó resolución con fecha 1 de agosto de 2022 en la que contestó a la entidad solicitante lo siguiente:

« (...) De conformidad con lo previsto en el artículo 19.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en adelante LTAIBG, que dispone “cuando la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas”, con fecha 27 de marzo de 2022 se acordó la apertura del trámite de audiencia a Noatum T. Container, e informando de ello al solicitante. Transcurrido el plazo otorgado, la titular concesional no realizó manifestación alguna al respecto. (...)

La sociedad del asunto solicita el acceso a procedimientos iniciados, tramitados y finalizados mediante resoluciones firmes de la APM que fueron objeto de publicación en los boletines oficiales para su conocimiento y/o formulación de alegaciones por los interesados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 85.3 85.7,88.1 del TRLPEMM, no habiéndose recibido en esta APM ninguna petición de acceso al expediente o alegación alguna por ningún interesado, ni tampoco por OPEMAR.

Igualmente se significa que la peticionaria OPEMAR no participó en el concurso público convocado por la APM en el que resultó adjudicataria NOATUM. (...)

Por su parte, el artículo 14 recoge los límites tasados que la ley prevé al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, justificados en evitar la desprotección que pudiera derivarse a otros intereses legítimos públicos y privados que merecen una mayor protección, en materias como las que se describen a continuación y que afectan directamente al supuesto que nos ocupa:

h) Los intereses económicos y comerciales.

k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

Una vez examinada la solicitud, en el presente procedimiento, se considera que concurren las limitaciones previstas en los apartados descritos del artículo 14.1 motivado en las justificaciones que a continuación se desarrollan:

Primero.- La sociedad del asunto solicita, en los puntos ii) iii) iv) v) vi) y vii) de su petición, la obtención de información que afecta a los intereses económicos y comerciales de NOATUM, concesionario, operador portuario y principal competidor comercial de OPEMAR en el Puerto de Málaga, encontrando, el derecho invocado, su límite en el artículo 14.1.h) de la LTAIPBG.

En este sentido, cabe destacar el Criterio interpretativo 1/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que redefine el concepto de intereses económicos y comerciales como “aquellas 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”.

En consecuencia, la información relativa a los tráficos mínimos asumidos por la concesionaria y el carácter estratégico de tal información sería un supuesto de acceso limitado por el citado precepto. En tal sentido se pronuncia la Resolución 421/2019 del consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 11 de septiembre de 2019 (...).

En este supuesto, en relación a la solicitud de información de contenido económico y comercial sobre NOATUM, se considera que concurren las limitaciones recogidas en el artículo 14, apartado 1.h) de la LTAIBG, justificándose en el carácter estratégico que tal información pueda contener desde un punto de vista comercial y empresarial, de tal modo que suministrar información relativa a los tráficos mínimos asumidos por la concesionaria NOATUM dotaría a OPEMAR, su principal competidor en el Puerto de Málaga, de la obtención de una ventaja competitiva en el mercado, toda vez que OPEMAR y NOATUM son entidades jurídicas con presencia en ésta y en otras autoridades portuarias, en régimen de libre competencia. Asimismo, tal difusión supondría un perjuicio a la necesaria competitividad de los tráficos portuarios y de la gestión del dominio público por los puertos, exigida por el TRLPEMM.

En consecuencia, el acceso a la información de naturaleza económica de la empresa, titular concesional en ésta y en otras autoridades portuarias, entraría en conflicto con los intereses económicos y comerciales de NOATUM en éste y en otros puertos,

pudiendo ello suponer una intromisión a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, así como una vulneración a la libre competencia del mercado.

De conformidad con lo dispuesto en la exposición de motivos de la ley en relación a la aplicación del test del daño se determina que prevalece la salvaguarda del interés general que aglutina la libertad de empresa, la leal y libre competencia de los tráficos portuarios y de la gestión del dominio público, sobre el interés particular de acceso a la información de contenido económico formulada por OPEMAR.

No obstante, y de conformidad con lo previsto en el artículo 22.3 de la LTAIBG se significa que puede ejercitar su derecho de acceso a la información pública de NOATUM, así como de cualquier operador portuario, consultando las Memorias Anuales del Puerto de Málaga, publicadas en la web de la APM y cuya información es de acceso común para cualquier usuario.

Segundo.- Igualmente, la peticionaria solicita en los apartados vi) y vii) de su petición, el acceso a información contenida en informes, tratándose de un supuesto de acceso restringido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.1.k) de la LTAIPBG.

La concurrencia de limitación de acceso a la información contenida en los informes solicitados se justifica en la colisión que se produce entre el ejercicio del derecho de acceso a la información con el deber de sigilo y confidencialidad que los entes públicos deben garantizar en los procesos de toma de decisiones que afecten al interés general, considerado la prevalencia de este último sobre el derecho a la información.

En dicho sentido, la difusión de informes emitidos por la Autoridad Portuaria, el Organismo Público Puertos del Estado, sus Servicios Jurídicos y/o por la Abogacía del Estado, o informes técnicos, documentos que son la base fundamental para la posterior deliberación y toma de decisiones, supondría una vulneración al deber de confidencialidad y al secreto requerido en los procesos de toma de decisión de la Autoridad Portuaria de Málaga. Dicha difusión, además, provocaría el consiguiente perjuicio a la necesaria competitividad en la gestión del dominio público por los puertos exigida por la citada Ley de Puertos.

Asimismo, la ley limita el acceso a aquellos documentos e informes que contengan información de naturaleza económica confidencial y cuyo conocimiento suponga una revelación de la estrategia comercial y empresarial, tanto de la Autoridad Portuaria como de la mercantil, por cuanto las limitaciones recogidas en los apartados h) y k)

del artículo 14.1 de la LTAIPBG están íntimamente relacionados respecto a los documentos solicitados.

De conformidad con lo dispuesto en la exposición de motivos de la ley en relación a la aplicación del test del daño se determina la prevalencia de la salvaguarda del interés general, circunscrito a la salvaguarda de la garantía del deber de confidencialidad y/o del secreto requerido en procesos de toma de decisión que dimanen de los informes y documentos solicitados en los apartados vi) y vii), sobre el interés particular de acceso a la información formulada por OPEMAR.

OCTAVO.- El peticionario solicita que se dé publicidad a todo el expediente concesional de NOATUM, iniciado en 1999, de modo que, en su pretensión equipara la naturaleza del título concesional con la de un contrato del sector público, cuya legislación específica sí establece el deber de publicidad en materia contractual. En dicho sentido, el propio artículo 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público determina que Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

En materia concesional, el propio TRLPEMM reconoce un deber de publicidad específico para las concesiones “demaniales” otorgadas sobre espacio portuario y, al amparo de dicha norma, su artículo 85.7 establece que la resolución de otorgamiento de la concesión se publicará en el Boletín Oficial del Estado, debiendo constar, al menos, la información relativa al objeto, plazo, tasas, superficie concedida y titular de la concesión.

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como el criterio adoptado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en la citada Resolución 421/2019 del consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 11 de septiembre de 2019, no es posible atribuir a un título concesional la naturaleza de un contrato, sujeto al régimen general previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (...)

En consecuencia de lo expuesto, de los fundamentos de derecho y de lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14, 16, 17, 20 y 22.3 de la LTAIPBG, esta Presidencia, en virtud de las funciones atribuidas por el artículo 31.2 a) del Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante ACUERDA, lo siguiente:

PRIMERO.- Estimar el acceso a la documentación que tenga la consideración de información pública, solicitada en el apartado i) de su solicitud, haciendo remisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la LTAIPBG, a la publicación de tal información en el BOE nº 127 de fecha 28.05.1999 y en el nº 42 del D.O.C.E. de fecha 1 de junio de 1999.

SEGUNDO.- Desestimar el acceso a la información solicitada en los apartados ii y iii) de su solicitud, de conformidad con lo dispuesto la limitación prevista en el artículo 14.1 apartado k) y motivada en el Fundamento Jurídico Séptimo, por tratarse de una información cuya naturaleza afecta a intereses económicos y comerciales.

TERCERO.- Estimar el acceso a la información pública solicitada en los apartado iv) de su solicitud haciendo remisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la LTAIPBG, a la publicación contenida en las memorias anuales del Puerto de Málaga publicadas en la página web de la Autoridad Portuaria de Málaga, especialmente en los siguientes enlaces:

www.puertomalaga.com/es/estadisticas/

www.puertomalaga.com/es/publicaciones

CUARTO.- Estimar el acceso a la información pública solicitada en el apartado v) de su solicitud haciendo remisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la ley, a la publicación de tal información, exigida por el artículo 85.7 del TRLPEMM, contenida en los siguientes boletines oficiales: en el BOE nº 296 de 11 de diciembre de 1999; BOE nº 311 de 29 de diciembre de 2005; B.O.P de Málaga nº 243 de 21 de diciembre de 2015 y BOE nº 138 de 8 de junio de 2016.

Igualmente, se adjunta informe de la División de Dominio Público de la APM en el que se facilita la siguiente documentación:

- Superficie concesionada.*
- Plazo de la concesión y prórrogas otorgadas.*
- Tasas de Ocupación y de Actividad.*

QUINTO.- Desestimar el acceso a la información solicitada en los apartados vi) y vii) de su solicitud, de conformidad con las limitaciones recogidas en el artículo 14.1 apartados h) y k) de la LTAIBG y motivada en el Fundamento Jurídico Séptimo, por la tratarse de una información cuya naturaleza, además de afectar a intereses económicos y comerciales, requiere la salvaguarda de la garantía del deber de

confidencialidad exigido en procesos de toma de decisiones. Asimismo, la información solicitada en dichos apartados deriva del desempeño de las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control ejercidas por esta Autoridad portuaria frente al concesionario.»

3. Mediante escrito registrado el 13 de octubre de 2022, la entidad solicitante interpuso una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) en aplicación del [artículo 24](#)² de la LTAIBG con el siguiente contenido:

« (...) 1. En primer lugar, la resolución se ha dictado fuera del plazo legal establecido para ello. Así, OPEMAR presentó su solicitud de acceso a la información pública en forma conjunta con su petición de acceso al expediente concesional al amparo de lo dispuesto en la LPAC el día 30 de julio de 2021. No ha sido hasta más un año después desde esta fecha que su solicitud de acceso ha sido resuelta expresamente por parte del órgano que dispone –y que siempre ha dispuesto– de la información y documentación solicitada: la Autoridad Portuaria de Málaga.

No se entiende que siendo dicha APM la competente para conocer de la solicitud formulada por mi representada, la misma haya dado traslado de dicha petición a Puertos del Estado a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación para que después le sea devuelta por ser, efectivamente, el órgano que ostentaba la competencia (artículo 19 LTAIBG) en una suerte de ida y venida del procedimiento sin justificación alguna.

La petición debió tramitarse en todo momento por la APM y la consecuencia de no haber procedido de este modo es un retraso injustificado que si bien carece de efecto jurídico – más allá de la producción del silencio negativo ex artículo 24 LPAC, confirmado (en parte) mediante resolución expresa –, lo que sí revela es una actuación administrativa contraria a los principios de lealtad y buena fe (principios que rigen la actuación de toda entidad integrante del Sector Público – artículo 3 LRJSP –) y de una actitud obstruccionista, dicho sea con el debido respeto, tendente a demorar el acceso a la información solicitada.

2. En segundo término, no se puede dejar de poner en contexto que la resolución recurrida ha estimado parcialmente el acceso a determinada información/documentación solicitada, si bien habida cuenta de la forma en que la

² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a24>

APM ha concedido acceso a OPEMAR – mediante remisión a publicaciones –, la estimación de su solicitud es más aparente que real. (...)

De nuevo, constituye muestra de una actuación, cuando menos, poco respetuosa con los principios que inspiran la actividad administrativa y reveladora de una total falta de voluntad de permitir que OPEMAR pueda conocer la información a que tiene legítimo derecho el hecho de que la estimación de acceso a determinada información se haya producido mediante remisiones genéricas, pues aun cuando se hacen constar links o números de referencia de Boletín Oficial, no se puede entender satisfecha, en su totalidad, la petición formulada por OPEMAR, por mucho que la APM “estime” y conceda el acceso a determinada documentación. Sirvan de ejemplo:

a. La petición de información en cuanto a volumen de tráficos de la concesión de OPEMAR puesto que la remisión efectuada a las memorias publicadas por la APM no puede satisfacer la demanda de información pública solicitada, toda vez que dichas memorias, que ya eran conocidas por OPEMAR, no dan cuenta ni detalle de lo efectivamente solicitado, por lo que no puede entenderse estimada la petición.

En este sentido, las memorias pueden contener datos de interés sobre los flujos del Puerto, pero dichos datos se hacen constar de forma agregada, lo que no permite a mi representada conocer la información pública específicamente solicitada sobre la concesión de NOATUM.

b. En el apartado v) de la solicitud inicial de OPEMAR se interesaban las resoluciones de la APM acordando modificaciones sustanciales y no sustanciales de la concesión de NOATUM, entre otras. A pesar de la remisión efectuada a diferentes números del BOE, no se puede entender satisfecha la petición de acceso – y, por tanto, estimada – en la medida en que con dicha remisión no se cumple con lo solicitado, o no al menos en su conjunto, pues las modificaciones no sustanciales, que también se solicitaron, no son objeto de publicidad.

Incluso respecto de aquellas resoluciones que son objeto de publicación, cabe indicar que la información hecha pública a través del Boletín Oficial del Estado es mínima por cuanto que no es objeto de publicación la resolución íntegra – que es lo que OPEMAR ha solicitado – sino un extracto con algunos datos principales. Sin embargo, no se conocen las razones motivadoras de la APM para la adopción de dichas resoluciones, que evidentemente se contienen en los fundamentos de la resolución, lo que tampoco es accesible a mi representada. (...)

PRIMERO-. SOBRE LA DESESTIMACIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN INTERESADA POR OPEMAR. NO CONCURREN LAS LIMITACIONES DE ACCESO DEL ARTÍCULO 14 LTAIBG A QUE SE REFIERE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

I. Sobre la desestimación de acceso a la información solicitada en los apartados ii) y iii)3 de la solicitud inicial de OPEMAR por aplicación de la limitación prevista en el artículo 14.1. k) LTAIBG. (...)

Como cuestión previa se ha de mencionar la incongruencia de la resolución recurrida en punto a la desestimación del acceso a la información solicitada en estos apartados, ya que dicha incongruencia, que genera una absoluta falta de motivación – como luego se verá –, no permite a mi representada formular debidamente la presente reclamación al no haberse concretado de forma precisa los motivos y razones que han dado lugar a la limitación de acceso. (...)

1. La información interesada por OPEMAR en los apartados ii) y iii) de la solicitud de acceso no afecta a intereses económicos y comerciales (artículo 14.1.h) LTAIBG). (...)

Conforme a lo expuesto, la aplicación de la limitación prevista en el artículo 14.1.h) LTAIBG, puede resumirse del siguiente modo:

1. Es necesario estar en presencia de intereses económicos y/o comerciales, en los términos definidos por el CTBG.

2. La existencia de un interés económico y/o comercial no supone la aplicación automática del referido límite, sino que será necesario que, en el análisis – pormenorizado – de cada caso:

a. Concurra un perjuicio definido, indubitado y concreto, pues no basta la posibilidad incierta de producir un daño a intereses económicos y comerciales.

b. Que el daño a causar a los intereses económicos/comerciales sea sustancial, real, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información.

c. Asimismo, existiendo un daño en los términos anteriormente descritos, la aplicación del límite exige que, en la ponderación que debe realizar el órgano administrativo conforme al test del daño, no sea superior el interés legítimo existente en conocer la información al daño que su revelación ocasionará a los intereses económicos y comerciales afectados.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso no es posible la aplicación de la limitación prevista en el artículo 14.1.h) LTAIBG, puesto que por la naturaleza de la información solicitada, aun cuando se admitiera que existen intereses económicos/comerciales en juego – lo que se hace a puros efectos dialécticos –, su mera concurrencia no daría lugar a la aplicación del límite de acceso, sino que habría de concurrir un perjuicio definido, indubitado y concreto y un daño a los intereses que fuera real, sustancial, manifiesto y directamente relacionado con la divulgación de la información. Ninguno de estos requisitos concurre en el presente caso; nada se ha argumentado en este sentido por parte de la APM para sostener la aplicación de un límite como el analizado.

Los intereses económicos/comerciales de la APM no pueden resultar afectados por cuanto que, en relación con el dominio público portuario, actúa en el ejercicio de potestades administrativas y no como operador privado, tal y como a tal efecto establece el artículo 24.2 del TRLPEMM, razón por la que no existen tales intereses a ponderar en la aplicación del acceso a la información pública.

Además, la información solicitada en estos apartados se refiere simplemente a solicitudes presentadas por NOATUM, de las que no puede desprenderse que sus intereses económicos y/o comerciales, si es que existen en los términos definidos por el CTBG, puedan resultar afectados.

Así, ningún daño real, manifiesto y sustancial puede derivarse para aquellos intereses por el hecho de que la APM conceda acceso a esta clase de información.

Pero es que incluso en el caso de que tales perjuicios se pudieran llegar a ocasionar potencialmente, de acuerdo con la doctrina del CTBG, el órgano competente para resolver debe realizar un juicio de ponderación entre el potencial daño que causaría la revelación de la información y el derecho de acceder a la misma.

En dicha ponderación la posición de OPEMAR como solicitante de acceso a la información se cualifica y adquiere relevancia en la realización del test de daño desde el momento en que es un operador del Puerto cuyos derechos deben ser respetados en la toma de decisiones por la Autoridad Portuaria. En el presente caso, ni siquiera ha habido tal ponderación por la APM. (...)

Así, la APM debe tomar en consideración que OPEMAR es un operador portuario, titular de concesión en el Puerto de Málaga y que, en la ponderación de intereses en

juego, no se encuentran sólo los intereses económicos y/o comerciales de NOATUM sino también los de la propia entidad solicitante del acceso a la información pública, pues las decisiones adoptadas por la Autoridad Portuaria que afecten a los derechos de utilización del dominio público portuario, como las adoptadas en los expedientes concesionales, pueden llegar a afectar a las relaciones económicas entre distintos operadores y, en consecuencia, a la libre competencia; principio que toda Autoridad Portuaria está obligada a salvaguardar. (...)

2. La información interesada por OPEMAR en los apartados ii) y iii) de la solicitud de acceso no afecta a la garantía de la confidencialidad o al secreto requerido en los procesos de toma de decisión (artículo 14.1.k) LTAIBG).

De la parte dispositiva de la resolución recurrida parece desprenderse que el motivo de la limitación de acceso a la información interesada por OPEMAR en los apartados ii) y iii) de su solicitud se realiza en base a la limitación prevista en el artículo 14.1. k) LTAIBG. No concibe esta representación cómo puede resultar de aplicación dicho límite en relación con la documentación solicitada.

El artículo 14.1.k) LTAIBG permite denegar la información por motivo de confidencialidad o secretos en los procesos de toma de decisiones.

Teniendo en cuenta que la documentación solicitada en los apartados ii) y iii) de la solicitud inicial de OPEMAR se refiere a la solicitud de concesión realizada por NOATUM y a las posteriores solicitudes de modificación, prórroga y/o ampliación, resulta difícil encajar – por no decir que resulta imposible – dicha solicitud de información con el límite presuntamente aplicado por la APM.

Dichas solicitudes no pueden estar amparadas por la confidencialidad o el secreto en los procesos de toma de decisiones de la Autoridad Portuaria. Es más, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya se ha pronunciado en diversas ocasiones señalando que, incluso documentos que revelan el contenido de las deliberaciones de las reuniones de los Consejos de Administración, como son las actas de las sesiones, no están cubiertas por el límite de acceso previsto en el artículo 14.1.k) LTAIBG. Por todas, la Resolución CTBG 164/2019, de 3 de junio (...)

Si ni siquiera las actas del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, que pueden llegar a contener aspectos relevantes en el proceso de toma de decisiones – como las deliberaciones y el contenido de los acuerdos adoptados (ex artículo 18 de la

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) – justifica la aplicación del límite enunciado, menos aún podrán tener cabida en dicha limitación las solicitudes presentadas por un interesado sobre las que posteriormente, la Autoridad Portuaria, ha de tomar una decisión en base a su contenido.

De acuerdo con todo lo anterior, dada la naturaleza de la documentación solicitada por OPEMAR en los apartados ii) y iii) de su solicitud, no es posible apreciar la concurrencia de ninguna casusa, cualquiera que sea la que la APM haya considerado aplicable, que permita denegar el acceso a la información/documentación solicitada. (...)

II. Sobre la desestimación de acceso a la información solicitada en los apartados vi) y vii)4 de la solicitud inicial de OPEMAR por aplicación de las limitaciones previstas en el artículo 14.1. letras h) y k) LTAIBG. (...)

1. El acceso a los informes interesados no perjudica los intereses económicos y/o comerciales. (...)

Tampoco los intereses económicos/comerciales de NOATUM se pueden ver afectados.

Son “intereses económicos” las conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia de un sujeto individual o colectivo en el terreno de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios e “intereses comerciales” las “conveniencias, posiciones ventajosas o de importancia en materias relativas al ámbito del intercambio de mercancías o servicios en un ámbito de mercado.

Aun en caso de existir tales intereses económicos y comerciales de NOATUM, la divulgación y el acceso de la información solicitada, por su propia naturaleza, no supone un daño real, manifiesto y sustancial – que no ha sido ponderado por la APM en su resolución, ni siquiera considerado –, tal y como requiere el CTBG y tal y como ha reconocido nuestra jurisprudencia.

En este sentido, no puede olvidarse que los apartados vi) y vii) de la solicitud presentada por mi representada no se refieren a ningún tipo de información sensible que pudiera afectar a los tráficos comerciales o a las posiciones económicas y/o comerciales de NOATUM, sino que se trata de información que forma parte de un expediente administrativo y cuyo contenido es relevante para determinar la decisión

que la APM adoptará en el ejercicio de sus funciones de gestión del dominio público portuario.

2. El acceso a los informes interesados no perjudica la confidencialidad o el secreto en los procesos de toma de decisiones de la APM.

Como ya se ha expuesto, es constante el criterio del CTBG que ha reconocido el derecho de acceder a las actas de las reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias sin que resulte de aplicación la limitación prevista en el artículo 14.1.k) LTAIBG (Resoluciones CTBG 164/2019; 33/2018).

Los informes emitidos con carácter previo a la resolución – y que sirven con finalidad instrumental a la misma como actos de trámite – no pueden quedar bajo el cobijo del referido límite si ni siquiera las actas de las sesiones de los Consejos de Administración, que son las que contienen las deliberaciones adoptadas, vulneran la confidencialidad o el secreto del proceso de toma de decisiones.

Asimismo, en cuanto a informes jurídicos se refiere, también se ha pronunciado el CTBG sosteniendo que los informes de la Abogacía del Estado pueden hacerse públicos corrigiendo el criterio de la Administración cuando ésta aplica indebidamente determinados límites de acceso como el relativo a la igualdad de partes en procesos judiciales (Resolución CTBG 80/2017) o el relativo a la información con un carácter auxiliar o de apoyo (Resolución CTBG 267/2017).

Del mismo modo, cabe mencionar que el régimen de confidencialidad y secreto está expresamente regulado en nuestro ordenamiento y que, conforme al mismo y para despejar toda duda, tampoco quedaría afectada la confidencialidad de la información de NOATUM. En este sentido, la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales regula la protección de los mismos sin que los informes jurídicos y/o técnicos que elaboren las Administraciones públicas puedan afectar a los mismos si su revelación se produce en reconocimiento de un interés legítimo reconocido por el Ordenamiento, como es el caso del derecho subjetivo de acceso a la información pública. Resta decir que dicha confidencialidad no parece existir en el presente caso habida cuenta del silencio que ha guardado NOATUM en el trámite de audiencia concedido al mismo.

En última instancia, no se puede dejar de mencionar en este punto, pues resulta aplicable al conjunto del presente motivo de impugnación, que es jurisprudencia

reiterada de nuestros Tribunales que la aplicación de los límites previstos en el artículo 14 ha de ser aplicada de forma estricta, cuando no restrictiva, como consecuencia de la amplia formulación del derecho subjetivo que establece el artículo 12 de la LTAIBG (reconocimiento positivo de la expresión constitucional del artículo 105.b) CE). Así, la STS (Contencioso) de 16 de octubre de 2017, en núm. recurso 75/2017, señalaba:

“En la Ley 19/2013 queda reconocido el derecho de acceso a la información pública como un auténtico derecho público subjetivo (...). Esa 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”.

Por todo lo anterior, tal y como sucedía en relación con la solicitud de acceso a los puntos ii) y iii), la resolución recurrida ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico (artículos 12 y 14 LTAIBG) al denegar la información/documentación interesada por mi representada en los puntos vi) y vii) – informes jurídicos y técnicos – , por lo que procede su anulación por aplicación del artículo 48 LPAC y la concesión del acceso a la misma.

SEGUNDO-. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 20.2 LTAIBG y 35 LPAC. (...)

Como se ha puesto de manifiesto, la resolución recurrida ha incurrido en un déficit de motivación, generando una indefensión absoluta a mi representada que ha visto denegada su solicitud de acceso sin poder siquiera atisbar las razones que fundamentan la decisión adoptada.

La falta de motivación ha sido generada, en gran medida, por la incongruencia en que ha incurrido la resolución impugnada (aunque no sólo, dado que también se aprecia una motivación parca e insuficiente). Constituye muestra evidente de la incongruencia de la resolución:

1. El apartado primero del Fundamento Jurídico 7º señala que los puntos ii), iii), iv), v), vi) y vii) de la petición inicial de OPEMAR, implican información que afecta a intereses económicos y comerciales de NOATUM.

Ya hemos visto que, sin embargo, la resolución recurrida ha desestimado el acceso a la información pública referida en los puntos ii), iii), vi) y vii) de la solicitud. Sin embargo, a pesar de que la APM señala que los apartados iv) y v) de la solicitud inicial de OPEMAR también afectan a intereses económicos y comerciales de NOATUM, su acceso ha sido concedido. En particular:

- *La petición de información contenida en el apartado iv) de la solicitud, que se refería a información sobre el volumen de tráfico de la concesión de NOATUM, se ha estimado, y se ha concedido acceso mediante la remisión genérica a las memorias publicadas por el Puerto de Málaga;*
- *Y la petición de información a que se refería el apartado v) de la solicitud, consistente en resoluciones de la APM sobre la concesión, también se ha concedido mediante remisión a publicación en el BOE.*

Pudiera pensarse que cuando el FJ 7º habla de afectación a intereses económicos y comerciales de NOATUM, se trata de un mero error cometido por la APM y que habrían de quedar excluidos de tal consideración también aquellos en los que el acceso ha sido concedido. No obstante, el error se puede descartar desde el momento en que no se menciona uno de los puntos cuyo acceso ha sido concedido y que parece no afectar a intereses económicos y comerciales de NOATUM (apartado i)).

Es decir, no se entiende cómo si el acceso a toda esa información afecta a intereses económicos y/o comerciales de NOATUM, en unos casos la APM concede el acceso y en otros lo deniega.

2. La información relativa a la oferta y las solicitudes de modificación, ampliación y/o prórroga de la concesión (apartados ii) y iii) de la petición de NOATUM) se deniegan por afectar a la causa prevista en la letra k) del artículo 14.1 LTAIBG y, sin embargo, el apartado segundo del FJ 7º, que aborda esta causa de limitación de acceso, no motiva – si es que puede hablarse motivación – su concurrencia respecto de la información solicitada en estos puntos.

(...)

Es evidente que por todo lo anterior, la resolución recurrida incurre en un déficit de motivación que infringe lo dispuesto en los artículos 20.2 LTAIBG y 35 LPAC, y que, en

consecuencia, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 48 LPAC, debiendo por ello ser anulada la resolución recurrida. (...)»

4. Con fecha 7 de noviembre de 2022, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno remitió la reclamación a la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA a fin de que presentase las alegaciones que considerase pertinentes. El 23 de noviembre de 2022 se recibió respuesta con el siguiente contenido:

« (...) Segundo: En relación con la reclamación referida a la demora en la emisión de la resolución de la APM a la solicitud de acceso a información pública formulada por la entidad ahora reclamante OPEMAR relativa a diversas cuestiones referidas a la entidad concesionaria del Puerto de Málaga NOATUM, se ha de indicar que dicha demora en sí misma no ha condicionado en absoluto el contenido y acuerdos de la resolución de la APM impugnada en el presente asunto, estando, a su vez, tal circunstancia de retraso expresamente prevista en el art. 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que señala “4. Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada”, de manera que sólo puede concluirse que el Legislador ha previsto legalmente el posible retraso respecto al dictado y notificación de las resoluciones en cuestión, resultando lo más transcendente al respecto en relación a esta reclamación, en definitiva, que la APM de conformidad con lo establecido en el art. 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ha dictado y procedido a notificar la correspondiente resolución expresa ahora impugnada ante el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

Por lo que se refiere a la cuestión planteada en su reclamación por OPEMAR en relación con cuestionar la idoneidad del procedimiento seguido por la APM en el presente asunto, en el sentido de rechazar la comunicación que de la solicitud de acceso a información pública en cuestión se dio al OPPE, debe reseñarse que dicha comunicación se llevó a cabo a tenor de las funciones de coordinación en general que el punto 2 del art. 18 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por el R.D.-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante TRLPEMM), atribuye a dicho OPPE al indicar: “... Las Autoridades Portuarias suministrarán a dicho Organismo Público la información que les sea requerida. Asimismo, (...) Puertos del Estado podrá establecer directrices técnicas, económicas y financieras para el conjunto del sistema portuario.”

Tercero: Respecto a la reclamación de OPEMAR consistente en cuestionar el acceso facilitado por la APM a parte la información/documentación solicitada a través de sus correspondientes publicaciones oficiales, indicando para ello que la información obtenida mediante dichas publicaciones le es insuficiente, se ha de indicar que con independencia de que esa modalidad de acceso a la información que haya sido publicada, como ha venido al caso en el presente asunto, está expresamente prevista en el art. 22.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, tal y como conoce la entidad reclamante OPEMAR según se manifiesta por ella en el punto 2 del Motivo Previo de su reclamación, los puntos Primero, Tercero y Cuarto del Acuerdo de la resolución impugnada identifican de forma detallada y clara los Boletines Oficiales y enlaces de la página web del Puerto de Málaga donde obtener la información que fue requerida en el presente asunto, reuniendo el contenido de dichas publicaciones los requisitos previstos en el art. 45.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en relación con el art. 40.2 del mismo Texto Legal, de manera que únicamente puede concluirse que el acceso a la información/documentación solicitada por OPEMAR, remitiéndole a las referencias correspondientes a sus publicaciones, ha sido facilitado de forma suficiente y conforme a derecho por parte de la APM.

Cuarto: Con respecto a la reclamación efectuada por OPEMAR en relación a que sobre la información cuyo acceso le fue desestimado por la APM no concurren los supuestos de limitación de acceso al respecto recogidos en las letras h) y k) del punto 1 del art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, tan solo cabe reiterar los razonamientos jurídicos manifestados en la resolución impugnada como base de las decisiones administrativas desestimatorias al respecto y que se dan por reproducidos en el presente acto.

Así, con relación con la solicitud de OPEMAR relativa a tener acceso a la información correspondiente a la oferta presentada por su competidora en el Puerto de Málaga, NOATUM, para resultar en su adjudicataria en el año 1999 de una concesión administrativa para la construcción y explotación de una Terminal Multipropósito del muelle nº 9 y las solicitudes de modificación, ampliación y/prórroga del título concesional, se ha de indicar por esta APM que teniendo en cuenta el contenido económico y comercial propio de dichas actuaciones por parte de una entidad licitadora y concesionaria,, a la vista de los documentos y justificantes a acompañar con la solicitud/oferta de participación en un concurso que son exigidos como requisitos en el art. 84.1. b) y d) del TRLPEMM (acreditación de solvencia económica y memoria económico financiera de la actividad a desarrollar en la concesión, respectivamente), a la vista de los posibles importes adicionales ofertados en relación

con las tasas de ocupación y con las tasas de actividad, conforme a la previsión de los arts. 180 y 192 del TRLPEMM y a la vista de las exigencias en materia de inversión del concesionario para proceder a llevar a cabo una prórroga del periodo concesional, al amparo de lo previsto al efecto en el art. 82.2.b) del TRLPEMM, así como de las implicaciones de naturaleza estratégico comercial propias de las modificaciones concesionales portuarias (especialmente las tasadas legalmente como modificaciones sustanciales), como se concluye a tenor de los supuestos de hecho para proceder a aquellas regulados en el art. 88 del TRLPEMM, únicamente puede concluirse que la pretensión de OPEMAR de referencia, en relación con su competidora en el Puerto de Málaga, NOATUM, entra en colisión con el límite de acceso a información pública previsto en el art. 14.1.h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que señala que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando la información a acceder suponga un perjuicio para “h). Los intereses económicos y comerciales”, de manera que facilitarle la APM la información en cuestión implicaría causar un perjuicio a los intereses vinculados al secreto empresarial y libre competencia de mercado de la citada entidad concesionaria NOATUM que ésta no tiene deber jurídico de soportar, resultando, además, una improcedente intromisión en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución Española, todo ello tal y como ya se fundamentó por la APM en su resolución impugnada y cimentándose dicha fundamentación jurídica en el Criterio interpretativo 1/2019 de ese Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y en la Resolución 421/2019 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de 11 de septiembre de 2019 (dándose ambas actuaciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por reproducidas a través del presente acto, al constar expresamente reflejadas en la resolución impugnada por OPEMAR en el presente asunto).

A mayor abundamiento con lo indicado en el párrafo anterior, resulta oportuno señalar que a la vista de la Reclamación presentada por OPEMAR y objeto del presente acto, la ahora Reclamante en relación con las dos actuaciones del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno invocadas por la APM en su resolución impugnada como fundamentos jurídicos para denegar el acceso a la información solicitada en cuestión, se limita a realizar una relación de las reglas, los requisitos y condiciones para limitar el acceso a información en cuestión en base a la aplicación del referido art. 14.1.h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que han sido establecidas por actuaciones al respecto del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, pero sin entrar a desvirtuar de forma concreta, directa y razonada jurídicamente la correcta aplicación de la limitación de acceso en cuestión por la APM ante el presente caso concreto y sus específicas circunstancias, incurriendo con ello la

citada OPEMAR en una mera denegación genérica acerca la conformidad a derecho de la decisión adoptada por la APM en esta cuestión.

Por otra parte, por lo que se refiere a la reclamación de OPEMAR relativa a la anulación del acuerdo desestimatorio de la APM reflejado en la resolución impugnada con relación al acceso a los informes técnicos o jurídicos emitidos por la APM, el OPPE o la Abogacía del Estado con ocasión de las eventuales modificaciones de la concesión en cuestión (al amparo del art. 14.1.k de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre), la mencionada entidad Reclamante viene a realizar en su escrito de reclamación unas referencias genéricas a la doctrina del Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno respecto al reconocimiento del derecho al acceso a la información en un sentido amplio, refiriendo en concreto la accesibilidad reconocida por el citado Consejo a través de sus resoluciones respecto a las actas de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias o respecto a los informes emitidos en distintas materias por la Abogacía del Estado, viniendo a indicar OPEMAR, a su vez, al hilo de esta cuestión, que la confidencialidad de dichos informes cuyos accesos le fueron denegados por la APM queda desvirtuada, teniendo en cuenta que NOATUM, en el presente asunto, ha guardado silencio en el trámite de audiencia que le fue concedido.

No puede esta APM compartir los planteamientos de OPEMAR reflejados en el párrafo anterior, dado que la referencia al acceso a las actas de los Consejos de Administración resulta insuficiente para desvirtuar la conformidad a derecho de la decisión impugnada en cuestión, partiendo de la base de que las resoluciones sobre los acuerdos adoptados por los citados Consejos de Administración de Autoridades Portuarias han de ser objeto de publicación en BOE cuando afecten a materias que así lo impone la propia legislación portuaria, como por ejemplo es el caso del otorgamiento de una concesión (art. 85.7 del TRLPEMM) o de una modificación sustancial de una concesión (art. 88.1 del TRLPEMM, que, entre otros, incluye los supuestos de ampliación o prórroga de la concesión en los casos regulados en las letras b y c del art. 82.2 del TRLPEMM), de manera, que obviamente, la pretensión de la mencionada OPEMAR en este aspecto de acceso a los informes solicitados no puede sustentarse sobre el acceso a las actas de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias que en gran medida son ya, de oficio, objeto de publicación.

Asimismo, tampoco puede compartir esta APM la pretensión de OPEMAR en relación al acceso a los informes en cuestión en base al reconocimiento que el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno ha llevado a cabo sobre el accesos a algunos informes de la Abogacía del Estado, pues la cuestión controvertida no es el hecho material del

acceso a los informes en cuestión, sino el alcance perjudicial que puede tener dicho acceso cuando entre objetivamente en colisión con alguno de los bienes jurídicos protegidos a través de los límites legales previstos sobre aquel en el art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, como ocurre en el presente asunto, al ser objeto de consideración en los informes reclamados cuestiones y reflexiones jurídicas que afectan directamente al ámbito económico y/o comercial de un competidor directo del solicitante de acceso a dichos informes, de manera que la letra k) (Intereses económicos y comerciales) del art. 14.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, hay que ponerla en relación con la letra h) (garantía de confidencialidad o secreto requerido en los procesos para la toma de decisiones) del citado precepto legal, resultado responsabilidad de la APM el velar por no causar perjuicios antijurídicos a un tercero (NOATUM) desvelando las deliberaciones por escrito, comentarios de trabajo o informes facultativos y no vinculantes solicitados y recibidos que hayan servido de base a sus decisiones formales, decisiones formales que están suficientemente puestas a disposición del conocimiento de OPEMAR en este asunto, y todo ello con independencia de la inactividad del tercero en cuestión en el expediente tramitado por la APM respecto de la solicitud de acceso a información relativa a aquél.

Quinto: Por último, en relación con la alegación de OPEMAR reflejada en su escrito de Reclamación objeto del presente acto, relativa a la falta de motivación de la resolución impugnada en lo que se refiere a la desestimación de acceso a determinadas informaciones solicitadas, (...), la brevedad y la concisión de las resoluciones administrativas no deben confundirse con la falta de motivación, resultando, pues, de lo expuesto, que la alegación de la citada OPEMAR en relación con la falta de motivación de la resolución impugnada en las presentes actuaciones no debe ser considerada favorablemente.»

5. El 26 de abril de 2023, se concedió audiencia a la entidad reclamante para que presentase las alegaciones que estimara pertinentes; sin que, en el momento de elaborarse la presente resolución se hayan recibido alegaciones.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 38.2.c\) de la LTAIBG³](#) y en el [artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del](#)

³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#a24>

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴, el Presidente de esta Autoridad Administrativa Independiente es competente para resolver las reclamaciones que, en aplicación del artículo 24 de la LTAIBG⁵, se presenten frente a las resoluciones expresas o presuntas recaídas en materia de acceso a la información.

2. La LTAIBG reconoce en su artículo 12⁶ el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendiéndose por tal, según dispone en el artículo 13, «*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*».

De este modo, la LTAIBG delimita el ámbito material del derecho a partir de un concepto amplio de información, que abarca tanto documentos como contenidos específicos y se extiende a todo tipo de “*formato o soporte*”. Al mismo tiempo, acota su alcance, exigiendo la concurrencia de dos requisitos que determinan la naturaleza “*pública*” de las informaciones: (a) que se encuentren “*en poder*” de alguno de los sujetos obligados, y (b) que hayan sido elaboradas u obtenidas “*en el ejercicio de sus funciones*”.

Cuando se dan estos presupuestos, el órgano competente debe conceder el acceso a la información solicitada, salvo que justifique de manera clara y suficiente la concurrencia de una causa de inadmisión o la aplicación de un límite legal.

3. La presente reclamación trae causa de una solicitud, formulada en los términos que figuran en los antecedentes, en la que se pide el acceso a diversa información relativa a la concesión administrativa para la construcción y explotación de una Terminal Multipropósito del muelle número 9 del Puerto de Málaga, otorgada a la empresa NOATUM en el año 1999, y que ha sido objeto, según la mercantil reclamante – empresa autorizada para operar en el mismo Puerto-, de diversas ampliaciones, modificaciones y prórrogas.

En concreto, se pide copia de los siguientes documentos: (i) pliegos de bases y condiciones de la concesión; (ii) oferta presentada por la empresa adjudicataria en el procedimiento administrativo de concesión; (iii) solicitudes de modificación, ampliación y prórroga formuladas por la adjudicataria; (iv) información de tráfico y

⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-11410&tn=1&p=20141105#a8>

⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#a24>

⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a12>

tipología de mercancías en los últimos cinco años; (v) resoluciones de modificación, ampliación y prórroga de la concesión; (vi) informes jurídicos emitidos en los procedimientos de modificación; (vii) informes técnicos emitidos en la tramitación de las modificaciones.

La Autoridad portuaria concedió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria de la concesión administrativa, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 19.3 LTAIBG, por considerar que el acceso a la información solicitada era susceptible de afectar a sus derechos o intereses. La mencionada empresa no presentó alegaciones ni formuló oposición alguna.

La AP de Málaga dictó resolución en la que acuerda conceder un acceso parcial. Así, aporta se aporta un enlace a través de los que se puede acceder, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.3 LTAIBG, a la resolución de otorgamiento de la concesión demanial en el puerto; señalándose, en este sentido, que el artículo 85.7 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, TRLPEMM), establece un deber de publicidad específico para las concesiones demaniales en espacio portuario. Se aportan, asimismo, enlaces que conducen a las resoluciones de la Autoridad Portuaria de modificaciones de la concesión y un informe de la División de Dominio Público de la Autoridad Portuaria.

La denegación del resto de la información solicitada se fundamenta, en primer lugar, en el límite del artículo 14.1.h) LTAIBG, por causar un perjuicio a los intereses económicos y comerciales la empresa adjudicataria de la concesión —competidora de la entidad reclamante, OPEMAR—. Se invoca, asimismo, la concurrencia del límite del artículo 14.1.k) LTAIBG, ya que el acceso a esa información colisiona *«con el deber de sigilo y confidencialidad que los entes públicos deben garantizar en los procesos de toma de decisiones que afecten al interés general, considerado la prevalencia de este último sobre el derecho a la información»*.

4. Antes de entrar a examinar el fondo de asunto, es preciso tomar en consideración la queja que plantea la sociedad reclamante por la dilación que se ha producido en la contestación a su solicitud. Sobre este particular conviene recordar que el artículo 20.1 LTAIBG dispone que *«[l] a 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 presente caso, el órgano competente no respondió al solicitante en el plazo máximo legalmente establecido, sin que conste causa o razón que lo justifique. Habiendo puesto de manifiesto la reclamante que la resolución ha sido dictada fuera del plazo establecido para ello (en «*más de un año*»), la Autoridad portuaria se limita a señalar que la demora en sí misma no ha condicionado el contenido de la resolución y que «*el Legislador ha previsto legalmente el posible retraso respecto al dictado y notificación de las resoluciones*» por el hecho de haber fijado la consecuencia desestimatoria en caso de silencio administrativo. Alegaciones, las anteriores, que no resultan de recibo en la medida en que el fundamento de tal previsión es establecer un mecanismo de garantía de los derechos de la ciudadanía y no una justificación del incumplimiento de la obligación de emitir resolución en plazo.

La observancia del plazo máximo de contestación es un elemento esencial del contenido del derecho constitucional de acceso a la información pública, tal y como el propio Legislador se encargó de subrayar en el preámbulo de la LTAIBG al manifestar que «*con el objeto de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública la Ley establece un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta*».

5. Por lo que concierne al fondo de la cuestión, y en relación con la negativa de proporcionar el acceso al expediente concesional, habiéndose facilitado únicamente la resolución de otorgamiento de la concesión que, con arreglo al artículo 85.7 TRLPEMM), debe ser publicada en el Boletín Oficial del Estado —con indicación, al menos, de objeto, plazo, tasas, superficie concedida y titular de la concesión—, debe recordarse que la eventual existencia de un régimen específico de publicidad activa no condiciona el contenido y el alcance del derecho de acceso a la información pues sus ámbito no son coincidentes.

Es por ello que el hecho que los títulos concesionales no estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y que el citado TRLPEMM establezca una concreta obligación de publicación, no impide el ejercicio del derecho de acceso respecto del pliego de concesión y la licencia otorgada, cuya denegación deberá basarse, en su caso, en alguna causa de inadmisión o algún límite de los previstos en los artículos 18, 14 y 15 LTAIBG, respectivamente.

No habiéndose invocado en este caso causa de inadmisión o límite alguno, dado el carácter de *información pública* de lo solicitado, procede estimar la reclamación en

este punto, pues la remisión a la de concesión publicada en el BOE nº.127, de 28 de mayo de 1999, no resulta suficiente desde esta perspectiva.

6. Por otro lado, en relación con el resto de información que se ha aportado a través de enlaces (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.3 LTAIBG) en relación con la información relativa *al volumen de tráficos e identidad de la tipología de mercancías almacenadas y manipuladas en la concesión en los cinco últimos años*, así como las *resoluciones de la Autoridad Portuaria, acordando modificaciones (sustanciales y no sustanciales), ampliaciones y/o prórrogas de las condiciones del título concesional*, la entidad reclamante considera que el acceso ha sido más «*más aparente que real*».

Así, respecto de la información sobre el volumen de tráficos considera que la remisión a las memorias anuales no resulta suficiente pues si bien aportan información sobre los flujos del Puerto, los datos se hacen constar de una forma agregada —que no permite conocer la información pública específicamente solicitada sobre la concesión de NOATUM—.

Sin embargo, entiende este Consejo que el acceso que le ha sido concedido en este punto satisface el derecho de acceso de la reclamante. En efecto, no puede desconocerse que la remisión a la información publicada en las memorias anuales lo es respecto de aquella información relativa a flujos y tráficos portuarios en la que no concurre el límite del artículo 14.1.h) LTAIBG que ha invocado la autoridad portuaria en este caso. Por tanto, el hecho relevante no es tanto si la información publicada tiene el nivel de desagregación que pretende la reclamante como si debió facilitarse o no el acceso a la información que no aparece en las memorias porque, de hacerlo, causaría un perjuicio a los intereses económicos y comerciales de la empresa.

Desde esta perspectiva, considera este Consejo que el límite se ha aplicado de forma proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso pues, en efecto, la información relativa a los tráficos mínimos asumidos por la concesionaria y a la tipología de las mercancías almacenadas tiene un carácter estratégico, cuya divulgación afectaría a la competitividad de la concesionaria, tal como expresa la autoridad portuaria en sus alegaciones, considerando prevalente la protección de esos intereses al interés público en acceder a la información. Es por ello que procede la desestimación de la reclamación en este punto al haberse aplicado el límite previsto en el artículo 14.1.h) LTAIBG de forma proporcionada, denegando el acceso a la información cuyo conocimiento causaría un perjuicio a los intereses económicos y comerciales de la empresa afectada y proporcionando aquella parte que no se encuentra afectada por el límite.

Por lo que concierne al acceso a las resoluciones de la autoridad portuaria que acuerda las modificaciones (sustanciales y no sustanciales) de la concesión, ampliaciones y prórrogas, no puede desconocerse que el reclamante manifiesta su disconformidad en la medida en que las resoluciones publicadas en el BOE a que remite la resolución reclamada, no satisface la solicitud pues las modificaciones no sustanciales no son objeto de publicidad.

Pues bien, teniendo en cuenta la información que ha sido facilitada en este punto —no sólo a través de la remisión prevista en el artículo 22.3 LTAIBG sino también mediante la entrega de un informe que incluye *la superficie concesionada, el plazo de la concesión y prórrogas otorgadas; y la tasa de Ocupación y de Actividad*—, este Consejo considera que se proporcionado de forma completa, a excepción de lo relativo a las resoluciones que acuerdan modificaciones no sustanciales (que no son objeto de publicación) que, en caso de existir, deberán facilitarse a la reclamante debiéndose estimar la reclamación en este punto, al no haberse alegado específicamente la concurrencia de un motivo de inadmisión o límite que les sea aplicable.

7. La Autoridad Portuaria invoca también la concurrencia del límite del artículo 14.1.h) LTAIBG —en relación con el límite establecido en el apartado en el 14.1.k) LTAIBG— respecto del pretendido acceso a la oferta presentada por la entidad que resultó adjudicataria de la concesión, poniendo el acento en el carácter económico de la información que en aquella se contiene.

Así, si bien la Autoridad portuaria no argumenta en la resolución inicial por qué aprecia los límites previstos en el artículo 14.1.h) y k) LTAIBG, en trámite de alegaciones de este procedimiento pone de relieve su contenido *económico y comercial* a la vista de «*los documentos y justificantes a acompañar con la solicitud/oferta de participación en un concurso que son exigidos como requisitos en el art. 84.1. b) y d) del TRLPEMM (acreditación de solvencia económica y memoria económico financiera de la actividad a desarrollar en la concesión, respectivamente), a la vista de los posibles importes adicionales ofertados en relación con las tasas de ocupación y con las tasas de actividad, conforme a la previsión de los arts. 180 y 192 del TRLPEMM y a la vista de las exigencias en materia de inversión del concesionario para proceder a llevar a cabo una prórroga del periodo concesional, al amparo de lo previsto al efecto en el art. 82.2.b) del TRLPEMM*», además de las «*implicaciones de naturaleza estratégico comercial propias de las modificaciones concesionales portuarias (especialmente las tasadas legalmente como modificaciones sustanciales)*».

Se concluye que facilitar a una empresa competidora esa información *«implicaría causar un perjuicio a los intereses vinculados al secreto empresarial y libre competencia del mercado de la citada entidad concesionaria (...) resultando, además, una impropia intromisión en la libertad de empresa»*.

La valoración de la aplicabilidad del límite no puede desconocer que, en este caso, la entidad adjudicataria de la concesión, habiendo podido mostrar su oposición al acceso (ya que le fue concedido trámite de audiencia), no presentó alegación alguna; por lo que no se aprecia una voluntad subjetiva del titular de la información de mantenerla alejada del conocimiento público.

A lo anterior puede añadirse, desde una perspectiva analógica (al estar excluidas las concesiones demaniales de su ámbito de aplicación), que el artículo 133.1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que *«el deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación. Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles»*.

Teniendo en cuenta lo anterior procede la estimación de la reclamación en este punto en la medida en que no se ha identificado aquella parte de la información incluida en la oferta presentada que debe considerarse confidencial porque su divulgación causaría un perjuicio a los intereses económicos y comerciales de la empresa, tal como los ha definido este Consejo en el Criterio Interpretativo el Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre, de este Consejo. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.2 LTAIBG y el artículo 16 LTAIBG debe concederse un acceso parcial a la oferta presentada, excluyendo de dicho acceso la parte de la información que, previa y expresa justificación, se califique de confidencial.

Las consideraciones anteriores resultan plenamente aplicables a la parte de la petición de acceso referida a las *Solicitudes de modificación, ampliación y prórroga* efectuadas por la propia empresa adjudicataria a la Autoridad Portuaria; pues se ha acordado su denegación *in toto*, de forma automática, sin concreta ni especificar qué parte de la información contenida en las mencionadas solicitudes se encuentra afectada por el límite.

8. En relación con el límite de la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión (artículo 14.1.k LTAIBG), invocado por la Administración

para denegar el acceso a los informes jurídicos y técnicos producidos en los procedimientos de modificación concesional, en la misma línea, y teniendo en cuenta lo que se ya se ha argumentado en el fundamento jurídico anterior, no se alcanza a ver en qué medida el acceso a los mencionados informes puede afectar a esa garantía de confidencialidad o al secreto requerido en el proceso de toma de decisiones de la Autoridad Portuaria, toda vez que la única argumentación de la entidad requerida es llevarlo, una vez más, a la aplicabilidad del límite del artículo 14.1.h) LTAIBG.

No puede desconocerse, en este punto, la importancia del elemento temporal en la medida en que el acceso que se está solicitando lo es respecto de informes (técnicos y jurídicos) que fundamentaron las decisiones de modificaciones de la concesión que ya se han producido, por lo que difícilmente puede afectarse *al proceso de toma de decisión*». Por otro lado, y respecto de la alegada necesidad de confidencialidad de los informes al tratarse en ellos *«cuestiones y reflexiones jurídicas que afectan directamente al ámbito económico y/o comercial de un competidor directo del solicitante de acceso a dichos informes, de manera que la letra k (...) hay que ponerla en relación con la letra h»*; lo cierto es que no se concreta qué tipo de información económica cuyo conocimiento cause un perjuicio a la estrategia comercial y empresarial de la mercantil se incluye en tales informes. De ahí que no pueda aplicarse el límite previsto en el artículo 14.1.k) LTAIBG por conexión con otro límite (la protección de intereses económicos y comerciales) sin especificar el daño y sin concretar qué parte de la información está, en su caso, cubierta por una cláusula de confidencialidad.

En conclusión entiende este consejo que no procede la denegación del acceso con fundamento en el artículo 14.1.k) LTAIBG, reconociéndose el acceso a los informes técnicos y jurídicos que han motivado las modificaciones de la concesión, con exclusión, previa y expresa justificación, de la parte confidencial cuya divulgación cause un perjuicio a los intereses económicos y comerciales de la empresa.

III. RESOLUCIÓN

En atención a los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos, procede

PRIMERO: ESTIMAR parcialmente la reclamación presentada por la entidad OPEMAR, S. L., frente a la resolución de la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA.

SEGUNDO: INSTAR a la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a la entidad reclamante la siguiente información:

- *Pliegos de bases y condiciones de la concesión identificada en el expositivo II, junto con su correlativa licencia.*
- *Oferta presentada por la entidad que resultó adjudicataria de la citada concesión, en el correspondiente procedimiento administrativo que, en su momento, tuviera lugar para su otorgamiento, en los términos expresados en el FJ 7 de esta resolución.*
- *Solicitudes de modificación, ampliación y/o prórroga del título concesional que hayan sido formuladas por NOATUM en los términos expresados en el FJ 7 de esta resolución.*
- Resoluciones de la Autoridad Portuaria, acordando las modificaciones no sustanciales del título concesional.
- Informes jurídicos (*emitidos por la Autoridad Portuaria y/o el Organismo Público Puertos del Estado, sus Servicios Jurídicos y/o por la Abogacía del Estado*) y técnicos en relación con las modificaciones de la concesión, en los términos expresados en el FJ 8 de esta resolución.

TERCERO: INSTAR a la AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA / MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA a que, en el mismo plazo máximo, remita a este Consejo de Transparencia copia de la información enviada a la entidad reclamante.

De acuerdo con el [artículo 23.1⁷](#), 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 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre⁸](#), de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, directamente ante la Sala de

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a23>

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=1#a112>

lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de conformidad con lo previsto en el [apartado quinto de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa](#)⁹.

EL PRESIDENTE DEL CTBG

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez

R CTBG
Número: 2023-0587 Fecha: 20/07/2023

⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&p=20230301&tn=1#dacuarta>