



COPIA

Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

Parlamento de Canarias
Registro General
Sección "B"

16 MAR. 2016

SALIDA Nº 79 y 80

Nº:

R16/2015

RESOLUCIÓN DEL COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE RECLAMACIÓN POR DESESTIMACIÓN PRESUNTA DE SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN FORMULADA POR [REDACTED] ANTE EL ENTE PÚBLICO EMPRESARIAL PUERTOS CANARIOS.

Con fecha 23 de noviembre, tuvo entrada en el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vía registro del Parlamento de Canarias, escrito presentado por [REDACTED], según representación acreditada ante la entidad Puertos Canarios, mediante la que reclama, al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 y siguientes de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública de Canarias (en adelante, LTAIP), contra la desestimación presunta de solicitud de acceso a la información.

Conforme a los datos que se derivan de la documentación aportada por el interesado en su reclamación, con fecha 7 de septiembre de 2015 se registró escrito en Puertos Canarios, en el se ejercita acción reclamando como interesado, "al abrigo del art. 35 de la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común", los siguientes derechos:

- Que se facilite acceso al expediente administrativo para su examen previo señalamiento de día y hora para materializar el acceso.
- Que se nos informe del estado de la tramitación del procedimiento habida cuenta del excesivo plazo transcurrido que nos permita formular cualquier recurso fundado en derecho, por referencia a las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación, dada cuenta que se ha verificado el trámite del art. 48.4 del Reglamento que desarrolla la Ley de Puertos, sin que se nos haya notificado el otorgamiento de la concesión.
- Que se nos indique si se ha excedido el plazo máximo estipulado en el art. 47.11 del Reglamento que desarrolla la Ley de Puertos para la resolución del expediente.

Se indica también en la reclamación, que se ha recibido el día 17 de noviembre de 2015 escrito de "Puertos Canarios" suscrito por el Director Administrativo, dando respuesta a la petición anterior de fecha 7 de septiembre de 2015, "negando, sin causa legal que lo justifique, la condición de interesados en esa fase del procedimiento".



En dicho escrito, por parte de Puertos Canarios no se le reconoce la condición de interesado y se le indica que podrán esgrimirlo en el trámite de información pública posterior conforme al artículo 47 del Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley de Puertos de Canarias, aprobado por Decreto 52/2005, de 12 de abril. De su parte final, se deduce que la entidad Puertos Canarios al no reconocerle la condición de interesado al peticionario, interpreta la petición como una solicitud de acceso a información pública y considera que la información solicitada puede ser susceptible de ser incluida en el artículo 14 de 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en el “Límites al derecho de acceso” al tratarse de información confidencial. Por ello solicita en el mismo escrito, que debe concretarse e identificar de forma suficiente la documentación requerida, dándole un plazo de 10 días y advirtiendo que en caso de no hacerlo se le tendrá por desistido de su petición. No figura en el la petición del reclamante la resolución expresa de Puertos Canarios acordando el desistimiento y ordenando el archivo del expediente, tal como establece el artículo 42,2 de la LTAIP.

En la parte final de la reclamación, el reclamante entiende que la remisión por Puertos Canarios del artículo 35 del la Ley de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LRJPAC) a la regulación del derecho de acceso de la LTAIP como un intento de aplicar una norma que no viene al caso, por lo que considera “decaídas las limitaciones artificiales y carentes de cobertura legal empleadas por Puertos Canarios y en base a ello estima que ni procede atender el requerimiento efectuado de identificar la documentación solicitada, pues se ejerce el derecho, a conocer el estado de la tramitación del procedimiento que rehúye”. Como solicitud final pide que “tenga por presentada esta reclamación con los documentos y copias que lo acompañan y previos los trámites oportunos se instruya el procedimiento previsto legalmente”. Esta incorrecta alusión en la contestación de “Puertos Canarios” a diferentes procedimientos de la LRJPAC contemplado en el artículo 35 y en el 37 de la misma Ley, desarrollado este último por las leyes de transparencia, puede haber provocado confusión en el reclamante.

Entrado en el fondo de la cuestión, se ha de tener en cuenta lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la LTAIP, es competencia del Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública la resolución de esta reclamación.



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

La LTAIP, en el apartado 1 de su artículo 53, indica que la reclamación se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado. Teniendo en cuenta que la reiteración de la petición de información conforme a los datos de la reclamación formulada, fue el 19 de noviembre de 2015 y que la reclamación ha sido interpuesta el 23 de noviembre, se deduce que la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

El escrito de reclamación presentado por [REDACTED], alude a una representación acreditada ante la entidad Puertos Canarios. El artículo 35, f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común otorga a los ciudadanos el derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante. Se ha de tener en cuenta que el Comisionado de Transparencia y Acceso a la información Pública no está integrado en la administración del Gobierno de Canarias como la entidad Puertos Canarios, sino que está adscrito al Parlamento de Canarias, por lo que no es accesible para el mismo el poder aludido.

Por parte de la representación del reclamante, no se aporta datos de dirección postal o electrónica alguna para que le sean remitidas las notificaciones que de esta reclamación se deriven. Por ello, se utilizará para la notificación la única dirección de la empresa que figura en el expediente que es la contenida en el escrito que Puertos Canarios le remite con fecha 17 de noviembre, concretamente [REDACTED]

El artículo 35, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al regular los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas, indica que tiene derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos. El derecho de acceso a la información pública, se regula en el artículo 37 de la misma ley, indicando que los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación. La diferencia es que el interesado tiene acceso completo sin perjuicio de límites de legislación específica y los ciudadanos como titulares de acceso a la información,



tienen que contar con los límites al derecho de acceso y los derivados de la protección de datos personales (artículos 37 y 38 LTAIP).

Por otra parte, el artículo 5 de la LTAIP desarrolla un amplio concepto de información pública: "A los efectos de la presente Ley: Se entiende por información pública 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."

El reclamante mantiene su petición en el marco del artículo 35,a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y es Puertos Canarios el que al no considerar su condición de interesado, le reconduce su petición a solicitud de acceso a información pública, en base a la Ley Estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno - esta remisión a la Ley Estatal es errónea, ya que la ley aplicable a Puertos Canarios es la LTAIP-. Por tanto, el procedimiento instando por el reclamante ante Puertos del Estado se ha de considerar como no finalizado por la falta de resolución acordando el desistimiento y ordenando el archivo (artículo 91 LRJPAC), o como resuelto por silencio administrativo negativo.

En todo caso, la competencia del Comisionado se refiere exclusivamente a los procedimientos de acceso derivados del artículo 37 de la LRJPAC , sin ostentar competencia sobre una petición de acceso basada en el artículo 35 de la misma Ley. Esta competencia le corresponde el órgano responsable de procedimiento origen, conforme a los artículos 12,1 y 42 de la LRJPAC

La disposición adicional primera de la LTAIP determina que "La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo".

En la documentación que figura en la web del Ente Público Empresarial Puertos Canarios se contiene el "Anuncio de 23 de abril de 2014, del Director Gerente, por el que se somete a información pública la solicitud de la entidad mercantil Puerto Deportivo de Arguineguín SL, para el otorgamiento de una concesión demanial que permita la ampliación del puerto deportivo existente en el Puerto de Arguineguín". Esta publicación incorpora los siguientes documentos:

- Notificación del acuerdo del "Consejo Asesor de Puertos Canarios" en relación con la adjudicación de la concesión de la Dársena Deportiva de Arguineguín.



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

- Nota Informativa (proyecto en competencia para la concesión de la dársena deportiva en Arguineguín).
- Anuncio de 23 de abril de 2014, del Director Gerente.
- Información Pública.

En el primero de los documentos publicado en web, la entidad reclamante aparece como una de las empresas que presentó petición alternativa a la solicitud de inicio de expediente de concesión y como tal, es valorada junto con otras tres empresas más.

Estamos ante un procedimiento de concesión demanial reglado en los artículos 43 y siguientes de la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias, iniciado a solicitud de un operador particular y que detectada la existencia de otros interesados en la información pública, se adjudica mediante el procedimiento de proyectos en competencia, estando en la fase de adjudicación provisional conforme a la última publicación de la web de Puertos Canarias, en el que se difunde el informe de adjudicación provisional de 9 de febrero de 2015. Dicho artículo 43 indica en su apartado 3,A "El procedimiento se iniciará de oficio o a instancia de persona interesada, mediante la convocatoria de concurso público, conforme a la legislación general sobre concesiones de obras y servicios públicos". El otorgamiento de estas concesiones es competencia de "Puertos Canarias" conforme al artículo 23 de la citada Ley.

Ya que este Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública es incompetente para conocer de reclamaciones relativas al artículo 35,a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en aquello que esté comprendido en la LTAIP, procede deslindar el acceso a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos del derecho de acceso a la información como ciudadano, que en todo caso ostenta el reclamante.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo TRLCSP), que desarrolla la legislación general aludida en el artículo 43 de la Ley de Puertos de Canarias, en sus artículos 53,139 y 154, fija un amplio acceso por parte del ciudadano y más amplio para los licitadores interesados. El límite viene fijado por el artículo 140,1 que regula la confidencialidad. "1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas”. Por otra parte, es criterio de las Juntas Consultivas y de los Tribunales de Recursos contractuales el que no es factible declarar la totalidad de la oferta como confidencial y señalan que es el órgano de contratación el que sobre la calificación del adjudicatario, debe decidir sobre la suficiente justificación de los secretos técnicos o comerciales y de los aspectos confidenciales de las ofertas, frente al principio general de publicidad de la adjudicación y de la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores. A modo de conclusión de este punto, la documentación que forma parte de las ofertas presentadas por otros licitadores se considera información pública ya que obra en poder del órgano de contratación en el ejercicio de sus funciones, quedando, por lo tanto, sometida a derecho de acceso. El único límite, es decir, la documentación que no es accesible sería aquella que el propio licitador justificadamente (por afectar a documentos secretos, a aspectos técnicos o comerciales, etc.) hubiese declarado confidencial. El órgano de contratación tendrá la potestad de determinar si tal calificación es correcta, reservándose la posibilidad de contravenir la calificación inicial dada por el licitador y permitir el acceso a los documentos

La Disposición adicional primera de la LTAIP especifica las “Regulaciones especiales del derecho de acceso:

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.
2. Se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que prevean un régimen más amplio de publicidad de la información o tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

Es evidente que en materia de contratación pública se exige una especial vinculación entre el interesado y la documentación a la que se solicita el acceso. La contratación del sector público sería uno de sus procedimientos administrativos que exigen una legitimación especial. El TRLCSP no regula el acceso a la documentación de la licitación, por lo que no existe regulación de quien está legitimado para el acceso a un determinado expediente de contratación y a los documentos que lo componen, si bien por analogía podemos extender la legitimidad exigida en el artículo 42 del mismo texto legal, en referencia a la legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación: Podrá interponer el correspondiente recurso especial en



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Tal cualidad, en nuestro caso, en que fundamentalmente se pretende acceder a los documentos que han servido de base al órgano de contratación para adoptar una decisión, sólo la podrían ostentar los licitadores.

Parece razonable que la legitimación para el acceder a la documentación y, por tanto, la posibilidad ejercer el derecho de acceso, se pueda y se deba reconocer a todos los licitadores y no sólo a aquel cuya oferta haya quedado clasificada en segundo lugar y sería la primera si se anulara la adjudicación, como la jurisprudencia ha consolidado en relación a la legitimidad para la interposición del recurso especial en materia de contratación en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, STC 67/2010 de 18 de octubre.

Por tanto, esta reclamación se origina sobre un procedimiento y un interesado que se consideran comprendidos en la previsión legal de derecho de acceso del artículo 35,1 de la Ley 30/1992 y que el mismo debe ser gestionado por "Puertos Canarios" conforme al TRLCSP y el pliego de condiciones, A estos efectos se recuerda que el artículo 42 de la Ley 30/1992 establece que la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación.

Habiendo el reclamante presentado reclamación conforme al artículo 51 de la LTAIP, es necesario entrar en el fondo de la petición formulada y que no ha tenido respuesta por parte de "Puertos Canarios".

Antes que entrar en el fondo de la reclamación, será necesario valorar la posible aplicación del artículo 38 de la LTAIP "Protección de datos Personales " y el artículo 37 de la misma Ley, que regula los "Límites al derecho de acceso". Es claro, que a pesar del amplio marco de publicidad que prevé el TRLCSP, pueden haberse incorporado a la oferta algunos documentos que ostente una protección de este tipo. En cuanto a los límites al derecho de acceso hay tres de ellos que también pudieran ser susceptibles de protección por estos límites:"h) Los intereses económicos y comerciales. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.....". En todo caso, la aplicación de los límites a que se refiere el apartado anterior será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

Los puntos segundo y tercero de la petición formulada por el reclamante no pueden contener información alguna que pueda ser considerada como afecta a protección de datos o a los límites de la LTAIP, ya que solo afecta al estado de tramitación y a el vencimiento o no de un plazo. Respecto al acceso al expediente bajo la consideración de esta de información pública de la LTAIP, sí se considera susceptible de poder colisionar con esta protección y con alguno de los límites citados, por lo que requiere que sea sometida a audiencia del resto de los afectados en el expediente en los términos previstos en el artículo 45 de la LTAIP y adoptar a posteriori la resolución pertinente en esta parte de la reclamación.

Por todo lo expuesto se adopta la siguiente resolución:

1. Estimar la reclamación formulada por [REDACTED] contra la resolución de desestimación presunta por silencio negativo en lo que afecta a las peticiones de los puntos segundo y tercero de su escrito.
2. Requerir a Puertos Canarios para que en el plazo de quince días hábiles, proceda a dar audiencia del resto de los afectados en el expediente de concesión por si existe oposición a dar acceso a la información del expediente en el marco de los artículos 37 y 38 de la LTAIP. Realizado este trámite se ha de continuar con la tramitación del expediente con la resolución que proceda, que podrá ser nuevamente objeto de recurso ante el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
3. Instar a Puertos Canarios que, en el plazo de quince días hábiles, remita a este Comisionado de Transparencia y Acceso la comunicación de haber procedido a la audiencia a los posibles afectados Información Pública copia de la información enviada a la reclamante. Asimismo, se solicita sea remitido el poder de representación que el reclamante señala haber presentado en "Puertos Canarios"

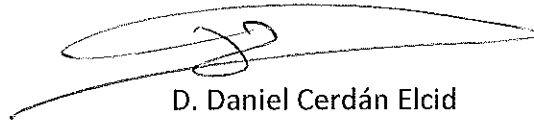
Contra la presente resolución que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses contados a partir del día



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

siguiente a aquel en que se notifique la resolución ante el Juzgado de lo Contencioso que le corresponda.

EL COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA



D. Daniel Cerdán Elcid



PUERTOS CANARIOS