



R15/2015

RESOLUCIÓN DEL COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA SOBRE RECLAMACIÓN POR ACCESO PARCIAL DE SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN FORMULADA POR [REDACTED] ANTE LA ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL ADSCRITA AL CABILDO INSULAR DE TENERIFE BALSAS DE TENERIFE.

Con fecha 20 de noviembre de 2015, se recibió reclamación de [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED], al amparo de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública (en adelante LTAIP), contra la denegación parcial de acceso a información solicitada con fecha 17 de septiembre de 2015. Esta petición se dirigió a la entidad pública empresarial adscrita al Cabildo Insular de Tenerife a Balsas de Tenerife (en adelante BALTEN) y fue resuelta con acceso parcial mediante escrito del Gerente de fecha 16 de octubre dejando pendiente aquella que se estimaba sujeta a derechos o intereses de terceros, cuya denegación se confirma en escrito posterior de fecha 11 de noviembre de 2015, recibido conforme a nota manuscrita consignada en el mismo, con fecha 19 de mismo mes.

La petición de información se concretaba en:

1º.- Que se informe sobre el precio máximo de adquisición del agua que se ha abonado en la zona 1 en el año 2014 y 2015, montaña de Taco, especificando cual es la calidad del agua, el compromiso y continuidad de suministro exigido.

Especificando cuantos m3 han sido adquiridos a dicho precio máximo en el año 2014 y 2015 y personas físicas y jurídicas a las que se le ha abonado dicho importe máximo y volumen total de las operaciones en el año 2014 y 2015 con respecto a cada una de ellas.

2º.- Que se informe sobre el precio mínimo de adquisición del agua que se está abonando en la zona 1 en el año 2015, montaña de Taco, especificando cual es la calidad del agua, el compromiso y continuidad de suministro exigido.

Especificando cuantos m3 han sido adquiridos a dicho precio máximo en el año 2014 y 2015 y personas físicas y jurídicas a las que se le ha abonado dicho importe máximo y volumen total de las operaciones en el año 2014 y 2015.

3º.- Que se remita copia de los contratos suscritos con la entidad Gestión de Agua 2000, S.L. en los años 2012 a 2015. Especificando el volumen de negocio mantenido con dicha entidad por la adquisición y venta de aguas y precios de adquisición y venta de agua por m3

4º.- Igualmente, interesa que se informe sobre si las aguas de transporte precisan del almacenamiento en la balsa de Taco.

5º.- Se ha de requerir información sobre cuáles son las galerías y pozos de donde provienen las aguas adquiridas y volúmenes.



6º.- Igualmente interesa a esta representación que se remita copia de los anuncios y pliegos de condiciones de los procesos selectivos que debieron ser convocados a fin de contratar la compra de las citadas aguas”.

El reclamante da por no contestada totalmente las numeradas con los ordinales 1º y 2º el 3º y por no contestadas las numeradas con el 3º, 5º y 6º, por tanto y considerando su reclamación, sólo da por contestada la numerada con el 4º. La 1º, 2º y 3º se limita el acceso en la contestación de BALTEN en base al resultado de la consulta formulada conforme artículo 19,3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en realidad debió de ser efectuada en base al artículo 45 de la LTAIP) y ante el resultado de oposición en la misma, con lo que se justifica no dar acceso a los datos de las empresas contratantes. Respecto a la 5º, BALTEN indica que no se puede conocer el origen cierto de las aguas adquiridas y señala los canales a través de los que se transportan dichas aguas. Finalmente, la petición 6º se solicita en la contestación por BALTEN que se acredite por el peticionario la legislación en base a qué la entidad tiene que cumplir esos requisitos.

Con fecha 17 de diciembre de 2015 y en base al artículo 54 y 64 de LTAIP, se solicitó al Cabildo de Tenerife el envío en el plazo máximo de diez días de copia completa y ordenada del expediente de acceso a información, informe al respecto, así como cuanta información o antecedentes considere oportunos. Como órgano que dictó el acto impugnado se le dio la consideración de interesado en el procedimiento y se le informó de que podía realizar las alegaciones que estimara conveniente a la vista de la reclamación. Asimismo, se solicitó que se indicara qué parte de la información solicitada por el reclamante figura en el portal de transparencia de BALTEN o del Cabildo de Tenerife, así como si se incluye en los pliegos de cláusulas o en los contratos la información que deben publicar las entidades a las que se adquiere el agua.

La Entidad Pública Empresarial BALTEN contesta al requerimiento con fecha 30 de diciembre de 2015 en la que se argumenta la justificación de la imposibilidad de facilitar el acceso por afectar a intereses económicos y comerciales de las empresas suministradoras. Asimismo, indica respecto a los contratos de suministro de agua a BALTEN, que los mismos quedan excluidos del ámbito del 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 virtud de lo dispuesto en la letra g) de su artículo 4, por lo que en su tramitación no ha sido necesario seguir con el procedimiento establecido en tal norma ni, por ende, proceder a la redacción de pliegos de cláusula alguno. Respecto a la petición formulada relativa a que parte de la información solicitada por el reclamante figura en el portal de transparencia de BALTEN se informa que, sin perjuicio de la existencia del portal del contratante, se procederá a la implementación del mismo cuando se cuente con los medios que lo permitan.

Por parte del Comisionado de Transparencia se ha mantenido contactos con la Gerencia de BALTEN, ante el interés de la misma en una adecuada aplicación de la LTAIP. Como resultado de estos contactos y en base a los considerandos que se exponen posteriormente, BALTEN presenta el día 9 de marzo de 2016 escrito en el que se comunica que se ha trasladado al reclamante información relativa a los tres primeros puntos de su petición, así como la del quinto. Respecto al último punto, se



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

mantiene la respuesta dada en el escrito del 16 de octubre de 2015, en base al sistema de contratación aplicable a BALTEN.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LTAIP, “Contra la resolución, expresa o presunta, de la solicitud de acceso podrá interponerse reclamación ante el comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa”.

La LTAIP reconoce en su artículo 35 que todas las personas tiene derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. A efectos de esta 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 esta ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

BALTEN, entidad a la que se dirige la solicitud de acceso a la información cuya acceso parcial se recurre con la presente reclamación, tiene la consideración de entidad pública empresarial y, por lo tanto, y en aplicación de lo dispuesto en su artículo 2.1 b), se encuentra sujeta a la LTAIP.

Sin perjuicio de valorar en el dispondgo de esta Resolución la última información aportada por BALTE, la mayor parte de la información que el reclamante da como pendiente, viene condicionada por el régimen de contratación que afecte total o parcialmente a BALTEN, así que es necesario determinar el mismo para ver si la actividad objeto de la reclamación es información pública o no.

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 adelante, TRLCSP), fija su ámbito de aplicación en función de su objeto y finalidad (artículo 1), de la delimitación de sus ámbitos de aplicación objetivo (artículo 2) y subjetivo (artículo 3) y de la enumeración de un listado, de carácter tasado, de negocios y contratos a los que no resulta de aplicación por prescripción expresa de la Ley (artículo 4).

El objeto de la Ley queda definido en su artículo 1 y es regular la contratación del sector público, con el fin de garantizar que se ajuste a los principios de libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y de asegurar una utilización eficiente de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, así como regular el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

En el artículo 3 la Ley desarrolla un listado de entes organismos y entidades que, a efectos de la misma se ha de entender que forman parte del sector público, así como la determinación de cuáles de ellos tienen la consideración de administración pública o de poder adjudicador –conceptualización que será determinante de su nivel de sujeción al propio TRLCSP.

Además, hay negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, éstos se encuentran consignados en su artículo 4, el cual establece que están excluidos de su ámbito de aplicación y se regulan por sus normas especiales –



teniendo que aplicar los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse—, entre otros y a efectos de la cuestión que se analiza en este Informe, los siguientes negocios y las relaciones jurídicas:

"g) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley".

En base a lo expuesto, tienen que darse todos estos supuestos para que estos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP.

El primero de los condicionantes ha de ser interpretado en el marco de la legislación contractual de la Unión Europea donde el concepto de "organismo de derecho público" (Directiva 18/2004 que lo delimita en función de la finalidad de su creación, fuente de financiación y control público), esta interpretación implica que se ha de abordar esta clasificación desde el punto de vista de la actividad del organismo en cuestión y no desde su naturaleza jurídica por aplicación del derecho interno español. Esta interpretación es confirmada en el propio TRLCSP, artículo 3,3, al considerar estos entes como poderes adjudicadores a efectos de esa Ley. Por tanto, partiendo de que BALTEN es una entidad pública empresarial local creada y adscrita al Cabildo Insular de Tenerife como forma de gestión directa del servicio público de abastecimiento de agua para riego en la Isla de Tenerife (artículo 1 de sus estatutos); hay que considerar que BALTEN cumple la primera condición del artículo 4,1,g que regula los negocios y contratos excluidos del TRLCSP.

Con respecto al carácter comercial, industrial, financiero o análogo de la actividad del BALTEN y bajo la premisa de que se ha considerado como poder adjudicador no administración pública, al ser creada para satisfacer necesidades de interés general de servicio público de abastecimiento de agua para riego, hay que entender que no tiene carácter industrial o mercantil; pero que ello no es óbice para que esta entidad no pueda llevar a cabo actividades de este carácter. La actuación de compra de agua BALTEN la realiza cuando no existe caudal embalsado para cubrir las necesidades de riego y se realiza en régimen de competencia, sin perjuicio de que BALTEN tenga unos parámetros de actuación fijados por el órgano rector de la entidad.

El requisito de actuar en el ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por ley, se entiende cumplido ya que la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, regula en su artículo 6, los ámbitos materiales de competencias de los cabildos insulares y determina que en el marco de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Canarias, los cabildos insulares ejercerán competencias en los ámbitos materiales que se determinen por ley del Parlamento de Canarias. En este mismo artículo establece la competencia en aguas. Esta competencia se ejerce como una forma de gestión directa de un servicio público prevista en el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Finalmente, la referencia a que los suministros sean relativos a actividades directas de los organismos públicos, sobre bienes adquiridos para devolverlos, con transformación o sin, al tráfico jurídico patrimonial, se considera cumplida en el caso de compra y



venta de aguas para riego, ya que esta actividad se lleva a cabo de manera directa, sin que la entidad reciba ningún tipo de encargo o encomienda. Además, la condición de que los suministros se adquieran para devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, es una decisión que depende de la entidad en el marco de sus actividades y en función de su objeto social, y, por lo tanto, concurre siempre que los suministros se adquieran con esta finalidad y efectivamente se devuelvan, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial

Ante la conclusión de que la Entidad Pública Empresarial BALTEN en su actividad de compra y venta de agua de riego entra dentro de los supuestos del artículo 4,1,g como contrato excluido del TRLCSP hay que considerar el régimen jurídico aplicable a los contratos excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP. En este sentido, hay que acudir al mismo artículo 4, pero en su apartado 2, que dispone que los contratos, negocios y relaciones jurídicas que enumera "se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse". De conformidad con esta previsión, y considerando que no constan normas especiales que regulen su actividad contractual del BALTEN para estos suministros, ésta se tendrá que regir por los principios de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, por los principios de concurrencia, transparencia, igualdad, no discriminación y publicidad". Por tanto no está obligado BALTEN a seguir otros procedimientos del TRLCSP.

Solventado el régimen de contratación, se ha de entrar a valorar la oposición de las empresas afectadas por la petición del reclamante a que sean dados a conocer sus datos contractuales en base a que afectan a sus intereses económicos y comerciales. La LTAIP regula los límites al derecho de acceso a la información en su artículo 37 "1. El derecho de acceso está sujeto a los límites establecidos en la legislación básica del Estado, pudiendo ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: h) Los intereses económicos y comerciales. 2. 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 caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

Estos límites atienden al equilibrio necesario entre la transparencia y la protección de otros bienes e intereses, públicos o privados, que pueden estar presentes en cada caso concreto. Toda vez que el límite la protección de datos no es alegado por ninguno de los terceros afectados y que los datos a aportar son meramente identificativos y relacionados con la actividad pública de la entidad, hay que valorar únicamente los intereses económicos y comerciales afectados a esos terceros. Los límites a que se refiere el artículo 14 de la LTAIBG, a diferencia de los relativos a la protección de los datos de carácter personal, no se aplican directamente, sino que de acuerdo con la literalidad del artículos citados, "podrán" ser aplicados.

De esta manera, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos. La invocación de motivos de interés privado para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

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

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

Considerando lo expuesto, la falta de motivación de las razones por la que hay que proteger intereses económicos y comerciales privados en una actividad pública y las obligaciones cumplir los principios de concurrencia, transparencia, igualdad, no discriminación y publicidad en la contratación de suministro de agua para riego realizada por BALTEN en el marco de su actividad, se llega a la conclusión de que el interés público es en todo caso superior al posible interés privado no acreditado ni justificado.

Finalmente, respecto de la solicitud realizada por el Comisionado a BALTEN pidiendo que se indicara que parte de la información solicitada por el reclamante figura en el portal de transparencia de BALTEN o del Cabildo de Tenerife, así como si se incluye en los pliegos de cláusulas o en los contratos la información que deben publicar las entidades a las que se adquiere el agua; hay que considerar que las entidades públicas empresariales como BALTEN están sujetas a las obligaciones de la LTAIP, tanto en su vertiente de publicidad activa como en lo referente al ejercicio del derecho de acceso, siendo consideradas, además, Administración Pública a los efectos previstos en la LTAIP. Por tanto, están obligadas desde la entrada en vigor de la LTAIP para los Cabildos Insulares, que se produjo a los dos meses de la entrada en vigor de Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, por tanto el 14 de junio de 2015 y posponiendo la publicidad activa a los seis meses de su publicación, por lo que está cobrando vigor el 14 de octubre de 2015. Por ello, desde esta última fecha la Ley y sus obligaciones inherentes es plenamente aplicable y no es factible posponer el cumplimiento de la misma a una futura disponibilidad de medios.

Por todo lo expuesto se adopta la siguiente resolución

1. Dar por contestada conforme a la LTAIP y la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares la solicitud de información excepto la relativa a la que se refiere a la solicitud de “copia de los anuncios y pliegos de condiciones de los procesos selectivos que debieron ser convocados a fin de contratar la compra de las citadas aguas”, a la vista de la documentación aportada por BALTEN, No obstante, si así se desea, queda a disposición del interesado presentar la correspondiente reclamación ante el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el caso de que la respuesta efectivamente dada por BALTEN no le resulta satisfactoria a la consideración de su derecho.
2. Desestimar la reclamación sobre el no acceso a la información solicitada “copia de los anuncios y pliegos de condiciones de los procesos selectivos que debieron ser convocados a fin de contratar la compra de las citadas aguas” ya que la Entidad Pública Empresarial BALTEN en su actividad de compra y venta



Comisionado de Transparencia
y Acceso a la Información Pública

de agua de riego, entra dentro de los supuestos del artículo 4,1,g como contrato excluido del TRLCSP y por tanto no sometida a la misma

3. Instar a BALTEN a que implante su portal de transparencia en el período más breve posible.

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 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

Resolución firmada el 11/03/2016



BALTEN