



S/REF. expediente 001-066959

N/REF.

FECHA. La de firma electrónica

**ASUNTO: RESOLUCIÓN A LA SOLICITUD DE INFORMACIÓN PÚBLICA, CON
NÚMERO DE EXPEDIENTE 001-066959, FORMULADA POR D.
A TRAVÉS DEL PORTAL DE LA TRANSPARENCIA.**

En respuesta a la solicitud de acceso presentada con nº O00003656e210000295 del Registro de Entrada de la APM por D. _____, actuando en representación de _____ que opera en el Puerto de Málaga en régimen de libre competencia j _____ el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, considerando los antecedentes y fundamentos jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente resolución:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 25 de febrero de 2022 el interesado insta el impulso de su solicitud de información pública, que tiene asignado número de expediente 001-066959.

SEGUNDO.- En la solicitud inicial, el representante de _____ solicita el ejercicio del derecho de acceso a la completa información de su principal competidora, del siguiente modo: *"copia completa de la documentación integrante del expediente completo de la concesión administrativa otorgada a Noatum T. Container para la construcción y explotación de una Terminal Multipropósito del muelle nº 9, otorgada en el año 1999, incluyendo sus modificaciones de cualquier tipo.* En el punto VI identifica la relación documental solicitada:

- 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.*

TERCERO.- 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.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Derivado de lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de la LTAIBG, en concordancia con el artículo 31 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, en adelante TRLPMM, es el órgano competente para resolver las solicitudes relativas a información que obre en su poder, por afectar al ámbito de las funciones que tiene encomendadas.

SEGUNDO.- 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 TRLPMM, no habiéndose recibido en esta APM ninguna petición de acceso al expediente o alegación alguna por ningún interesado, ni tampoco por

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

TERCERO.- En el Preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, (LTAIPBG) se recoge la finalidad y espíritu de la Ley :

El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad.

CUARTO.- La LTAIBG, en su artículo 12, regula el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 como "*los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*".

Por lo tanto, la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación con información ya existente, por cuanto está en posesión del Organismo que recibe la solicitud, bien porque ha sido elaborada por éste, o bien obra en su poder por haberla obtenido en el ejercicio de sus funciones, en el desarrollo de las competencias que tiene atribuidas.

QUINTO.- Por su parte, el apartado 3 del artículo 22 de la LTAIBG regula el acceso a la información solicitada mediante la remisión a la publicación que la contenga cuando aquélla ha sido objeto de publicación previa.

SEXTO.- La LTAIBG también establece unos límites del derecho de acceso, recogidos en su artículo 14, así como unas causas de inadmisión, en su artículo 18. La invocación de unos y otras, en la medida en que constituyen una restricción del derecho a acceder a la información pública, debe ser convenientemente motivada y justificada en la resolución que se adopte.

SÉPTIMO.- 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 (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***, cuando dispone: (...)

Los compromisos de tráfico marítimo mínimo son un extremo que es objeto de negociación y que es asumido por el concesionario en atención a sus previsiones comerciales y de resultados que se proyecta obtener a lo largo de la concesión. Es decir, como indica la Autoridad Portuaria es fijada en atención, especial y esencialmente, a los tráficos o volúmenes de negocio que espera obtener el concesionario a lo largo de la concesión, de acuerdo con el estudio de viabilidad que se formula (en atención a la estructura de costes y a los acuerdos que espera alcanzar o suscribir el concesionario durante el periodo concesional).

Por lo que, a nuestro entender, nos hallamos ante una información que revierte carácter estratégico desde un punto de vista empresarial, que, en su caso, daría lugar a dotar a quien accediera a ella, como un tercero competidor, de ventaja competitiva en el mercado.

A ello habría que añadir que una cuestión negociada entre ambas partes a las que el título concesional vincula, no parece en principio que la misma pueda tener el mismo tratamiento, ni publicidad, que otros aspectos que necesariamente debe tener asimismo todo título concesional y que, por definición, sí que deben ser accesibles para cualquier tercero (tales como el objeto, tasas, tarifas máximas) pues la propia norma así lo indica al someterlos a la necesaria publicidad, o bien por definir aquélla la forma en que tales aspectos deben ser configurados de forma concreta.

No se trataría de un riesgo hipotético, indefinido, no real, constituyendo un ejercicio de discrecionalidad administrativa prohibido por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de octubre de 2017, ya que, en palabras de la propia Autoridad Portuaria, debe ponerse en relación con eventuales compromisos que igualmente han podido ser asumidos por ese mismo peticionario de la concesión respecto a otros puertos en los que ya es titular de una concesión, y como reconoce el TRLPEMM, es la necesidad de que los puertos compitan entre sí a la hora de gestionar el dominio público portuario del que son titulares y responsables; y todo ello a

fin de garantizar, en todo caso, la explotación razonable y óptima del conjunto de bienes demaniales que forman parte del mismo. Así como tener en cuenta que una vez que la información fuera accesible, ese dato queda abierto al público y, por tanto, deviene accesible por parte de cualquier tercero. Por lo tanto, el perjuicio sería razonablemente previsible y no puramente hipotético.

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 su principal competidor en el Puerto de Málaga, de la obtención de una ventaja competitiva en el mercado, toda vez que 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 (

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

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.

CONCLUSIÓN

En el supuesto que nos ocupa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.2 de la LTAIPBG, se consideran justificadas y proporcionadas a su objeto y a su finalidad de protección la aplicación de las limitaciones del derecho de acceso previstas en el artículo 14.1, apartados h) y k) de la citada ley, de modo que el acceso ilimitado, por parte de , a la información solicitada provocaría un perjuicio concreto y evaluable a los intereses económicos y comerciales de NOATUM, concesionaria en éste y en otros puertos de interés general, que

desarrolla su actividad en régimen de leal y libre competencia junto con perteneciente al () pudiendo provocar dicha publicidad un perjuicio e intromisión a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, así como a la libre y leal competencia del mercado entre operadores portuarios, exigida por el TRLPEMM.

Dicho perjuicio, provocado por la difusión y publicidad de la información solicitada, redundaría igualmente en la necesaria competitividad exigida por el TRLPEMM en la gestión del dominio público por los puertos, a nivel intra e inter portuario.

RESOLUCIÓN

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.

Contra la presente RESOLUCION, que pone fin a la vía administrativa, podrá(n) Ud.(s) interponer, en el plazo de un mes contado a partir de la presente notificación, una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa, todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 24 de la LTAIPBG.

EL PRESIDENTE

Carlos Rubio Basabe

Anexo

Informe División Dominio Público de la Autoridad Portuaria de Málaga.