



RESOLUCIÓN PA-198/2020, de 24 de noviembre Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Denuncia interpuesta por XXX por presunto incumplimiento de la empresa pública “Puerto Deportivo de Benalmádena, Sociedad Anónima Municipal” de obligaciones de publicidad activa reguladas en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (Denuncia PA-17/2019).

ANTECEDENTES

Primero. El 26 de abril de 2019 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) una denuncia planteada por la persona indicada contra la empresa pública “Puerto Deportivo de Benalmádena, Sociedad Anónima Municipal”, basada en los siguientes hechos:

“El 26/03/2019 se le solicitó al Gerente información sobre los contratos suscritos que deberían estar publicados -publicidad activa- pero no consta que se haya publicado ni responde a la solicitud de información. (Sí publicaron el listado de los adjudicatarios del concurso, pero no el de los contratos suscritos, que no es lo mismo, porque hay adjudicatarios que posteriormente no han suscrito el contrato.) Está publicada unas listas en la web [*Se indica dirección electrónica*] en la



sección denominada 'charter' pero actualizadas por última vez en 2015; por lo tanto no aparecen los contratos suscritos en 2018”.

La denuncia se acompaña de copia de la solicitud de información realizada por la persona ahora denunciante al Gerente de Puerto Deportivo Municipal de Benalmádena, SAM (en fecha 26 de marzo de 2019), en los siguientes términos:

“Que resultó adjudicatario de uno de los contratos para el servicio comercial de excursiones marítimas con base en el Puerto Deportivo Municipal de Benalmádena derivado de la Licitación para Prestación de Servicio Comercial de Excursiones Marítimas y actividades complementarias PDB Expt: 001/18.

“*[Solicita]* de acuerdo al artículo 15^a de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, la relación de contratos suscritos como consecuencia del procedimiento de licitación expuesto, la de aquellos contratos que se encuentran en vigor y el resto de información a que se refiere el mencionado artículo 15.a de la ley de transparencia; así como relación de todas las licencias de actividad concedidas a embarcaciones con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena de acuerdo a los artículos 44 y 45 de la Ley 21/2017, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía; o bien que me indique donde se encuentra publicada dicha información”.

La denuncia se acompaña, igualmente, de copia de un segundo escrito dirigido al Gerente de la susodicha empresa reiterando (con fecha 17 de abril de 2019) la solicitud de información anterior tal y como sigue:

“Que el 26/03/19 solicitó la relación de diversos contratos de esa Sociedad Municipal o bien de que se indique dónde se hayan publicados, ello en virtud de la obligación de publicidad activa de acuerdo a la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

“Que hasta la fecha no ha recibido contestación ni consta que dicha información esté publicada.

“Que el plazo máximo para atender dicha solicitud es el de un mes, transcurrido el cual la persona responsable podría incurrir en una infracción que de lugar a infracción o infracción disciplinaria que puede llevar aparejada como sanción el 'cese en el cargo' y 'no poder ser nombrado para ocupar cargos similares por un periodo de hasta tres años' de acuerdo al artículo 55 de la mencionada Ley de Transparencia Pública de Andalucía.



“Que el órgano a quien habría que reclamar en caso de incumplimiento es el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, quien suponemos que tendrá la obligación de incoar el correspondiente expediente sancionador.

“Y es por ello que *[solicita]* que a la mayor brevedad y en todo caso dentro del plazo gal *[sic]* de un mes se facilite la información solicitada por ser de ley y de nuestro interés, a fin de poder evitar los perjuicios que para todas las partes tendría el incumplimiento”.

Finalmente, junto con los escritos anteriores, se aporta también copia de la reclamación presentada simultáneamente por la persona ahora denunciante ante este órgano de control con fecha 26 de abril de 2019 —por denegación de acceso a información pública—, basada en los siguientes hechos:

“No he recibido la información solicitada ni se ha indicado dónde se encuentra publicada ya que ello sería obligatorio -publicidad activa- ello de acuerdo el artículo 15.a de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía”.

Segundo. Mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2019, este órgano de control puso en conocimiento de la persona denunciante que, en relación con la denuncia interpuesta, se procedía a iniciar la tramitación del procedimiento correspondiente.

Tercero. Con fecha 14 de mayo de 2019, el Consejo concedió a la empresa municipal denunciada un plazo de 15 días al objeto de que formulara las alegaciones que estimara oportunas, así como para que aportara los documentos y justificaciones que considerara pertinentes en relación con la denuncia presentada.

Cuarto. El 17 de junio de 2019, en contestación al requerimiento anterior, tiene entrada en el Consejo escrito de Puerto Deportivo de Benalmádena, SAM efectuando su Letrado las siguientes alegaciones:

“PRIMERA.- Puerto Deportivo de Benalmádena, SAM ha cumplido exactamente el contenido de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Toda la documentación referida al concurso público de los Charters Turísticos del cual ha sido adjudicatario el denunciante, ha sido publicada en el perfil del contratante de la página web del Puerto, *[Se indica dirección electrónica]*.



“SEGUNDA.- El denunciante solicita la relación de contratos suscritos como consecuencia el procedimiento de licitación, toda la información a la que se refiere el artículo 15. a) de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía, así como todas las licencias de actividad concedidas a embarcaciones con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena.

“Reiteramos que toda esta documentación se encuentra en el Perfil del Contratante de nuestra página web desde el mismo día que se publicó el anuncio de licitación para la prestación del servicio comercial de excursiones marítimas y actividades complementarias:

“- Anuncio de licitación.

“- Pliego de cláusulas administrativas.

“- Pliego de prescripciones técnicas.

“- Cuadro resumen de las características del pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir el concurso.

“- Plano General del Puerto.

“- Modelo de formalización del contrato.

“- Nota informativa 1 de 4 de mayo de 2018, aclarando determinados extremos del concurso.

“- Nota informativa 2 de 4 de mayo de 2018, contestando a las solicitudes de renovación de las licencias.

“- Nota informativa 3 de 4 de mayo de 2018, aclarando la naturaleza Jurídica del contrato objeto del concurso.

“- Nota informática 4 de 17 de mayo de 2018, de nuevo aclarando extremos del concurso.

“- Nota informática 5 de 25 de mayo de 2018, informando del número de Fax del Puerto a los efectos de enviar comunicaciones.



- "- Certificado del acta de la mesa de contratación.
 - "- Acta de apertura del sobre nº 1.
 - "- Certificación de apertura del sobre nº 3.
 - "- Nota informativa sobre apertura del sobre nº 2 de 8 de junio de 2018.
 - "- Acta de apertura del sobre nº 2: proposición económica.
 - "- Propuesta de Resolución de 11 de junio de 2018.
 - "- Subsanación de errores del acta de apertura del sobre nº 2.
 - "- Subsanación de errores de Propuesta de resolución.
 - "- Certificación de adjudicación de licencias para excursiones marítimas de 9 de julio de 2018.
- "Se puede observar claramente como se ha ido subiendo toda la información y documentación a la página web prácticamente en el mismo día en el que se redactaban o se resolvían.
- "Tal y como establece el artículo 9.4 de la Ley mencionada, 'La información pública objeto de publicidad activa estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas web de las personas y entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley de una manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y la no discriminación tecnológica, con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones e incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellas personas o colectivos que lo requieran'.
- "TERCERO.- No están publicados en la página web del Puerto Deportivo de Benalmádena los contratos en vigor y la Autorización de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (APPA) para la realización de actividades comerciales e industriales, debido a que, en la misma resolución se resuelven otros asuntos relacionados con el Puerto cuyo contenido es indiferente al expediente 001/2018 para la Licitación Prestación de Servicio Comercial de Excursiones Marítimas y actividades complementarias.



“De cualquier manera, no habría ningún problema en poner a disposición la Autorización de la APPA, discriminando los datos que estén protegidos.

“Resulta evidente que todo lo que pueda vulnerar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, no se hará público en el perfil del contratante ni se tendrá acceso directo a su contenido.

“Por lo tanto, y en virtud de lo expuesto, Puerto Deportivo de Benalmádena cumple fielmente con la obligación de publicidad activa del artículo 9 y siguientes de la Ley de Transparencia Pública de Andalucía”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la denuncia interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 b) de los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (aprobado por Decreto 434/2015, de 29 de septiembre), y en el artículo 48.1 g) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA), en conexión con el artículo 23 del mismo texto legal.

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 16.5 del citado Decreto 434/2015, “[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad”, con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Segundo. Con carácter preliminar, resulta preciso reseñar que la presente Resolución se ciñe al análisis de los posibles incumplimientos atribuidos por la persona denunciante a la sociedad municipal denunciada a la luz de las obligaciones de publicidad activa previstas en el Título II LTPA. Quedan, pues, al margen de la misma la valoración de los términos en los que se ha procedido a dar cumplimiento a las exigencias de información planteadas por aquella como consecuencia de las solicitudes formuladas en este sentido a la empresa denunciada el 26 de marzo y el 17 de abril de 2019; cuestión que, por otro lado, ya fue objeto de pronunciamiento por parte de este Consejo mediante Resolución 231/2020, de 17 de junio, notificada a la persona denunciante en fecha 30/06/2020.



Tercero. Como establece el artículo 2 b) LTPA, la publicidad activa consiste en *“la obligación de las personas y entidades a las que hacen referencia los artículos 3 y 5 de hacer pública por propia iniciativa, en los términos previstos en la presente ley, la información pública de relevancia que garantice la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación pública”*. Exigencia de publicidad activa que comporta que la información *“estará disponible en las sedes electrónicas, portales o páginas web”* de los sujetos obligados al cumplimiento de la ley (art. 9.4 LTPA), y que tal publicación se realice *“de forma periódica, veraz, objetiva y actualizada”* (art. 9.1 LTPA), garantizando especialmente que la información que se publica atiende al principio de «veracidad», de tal manera que la misma *“ha de ser cierta y exacta, asegurando que procede de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia”* [artículo 6 e) LTPA].

Pero no sólo constituye una obligación para las entidades sujetas al cumplimiento de la legislación en materia de transparencia, pues, según establece el artículo 7 a) LTPA, la publicidad activa constituye igualmente un *“derecho de cualquier persona a que los poderes públicos publiquen [...] de forma periódica y actualizada la información veraz cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”*.

En el asunto que nos ocupa, la persona denunciante identifica varios presuntos incumplimientos que achaca a la empresa pública denunciada de obligaciones de publicidad activa establecidas en el Título II LTPA —lo que se traduce en la no disponibilidad en sede electrónica, portal o página web de la correspondiente información—, por lo que procede, a continuación, examinar por separado cada uno de estos supuestos incumplimientos denunciados.

Cuarto. En primer lugar, señala la persona denunciante que la empresa municipal denunciada no ha publicado la relación de contratos suscritos como consecuencia del procedimiento de licitación *“para la prestación de servicio comercial de excursiones marítimas y actividades complementarias PDB Expt: 001/18”*, así como *“la de aquellos contratos que se encuentran en vigor y el resto de la información a que se refiere el mencionado artículo 15.a de la ley de transparencia”*.

Pues bien, la empresa municipal Puerto Deportivo de Benalmádena, SAM se encuentra incluida en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTPA de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 3.1: *“Las disposiciones de esta Ley se aplicarán a: [...] i) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por ciento”*.



Y por lo que hace a los contratos, hemos de señalar que, con carácter general, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 a) LTPA —estrechamente ligado en su contenido con la obligación prevista en el art. 8.1 a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG)—, las entidades que se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la LTPA —entre las que se encuentra la entidad societaria mencionada, como ha quedado expuesto— han de facilitar en su sede electrónica, portal o página web la información que se describe en el mencionado artículo en los términos siguientes:

“Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones y prórrogas del contrato y la indicación de los procedimientos que han quedado desiertos, los supuestos de resolución de contrato o declaración de nulidad, así como los casos de posibles revisiones de precios y cesión de contratos. Igualmente, serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos y las subcontrataciones que se realicen con mención de las personas adjudicatarias.

La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.

En este sentido, venimos repitiendo que es criterio general de este Consejo que, aunque fuera en el año 2008 cuando entrara en vigor la exigencia de difundir por Internet, en el perfil del contratante, determinada información relativa a expedientes de contratación (según preveía la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), es la entrada en vigor de la legislación de transparencia la que determina la fecha a partir de la cual resultan exigibles las obligaciones de publicidad activa establecidas en la misma; y ello con independencia de que en alguna de las materias sujetas a tales obligaciones ya estuviera prevista la publicidad con anterioridad en la correspondiente legislación sectorial, cuyos eventuales incumplimientos escapan —por ende— a la supervisión de este Consejo.



No obstante —así lo venimos subrayando igualmente—, la determinación de las fechas a partir de las cuales resulta obligatorio proporcionar la aludida información no empece, en modo alguno, a que el órgano o entidad correspondiente extienda la publicidad a cuantos expedientes de contratación considere pertinentes, e incluso esta ampliación sería recomendable en mérito de la transparencia. Y, desde luego, tampoco obsta para que cualquier persona pueda solicitar *ex artículo 24 LTPA* toda suerte de información en materia contractual que obre en poder de la correspondiente entidad, en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública.

Quinto. En el escrito de alegaciones presentado ante este Consejo, la sociedad municipal denunciada rechaza el incumplimiento anteriormente descrito que se le atribuye manifestando que “[t]oda la documentación referida al concurso publico de los Charters Turísticos [...] ha sido publicada en el perfil del contratante de la página web del Puerto”, detallando a continuación la información disponible en relación con dicha licitación, tal y como ha quedado descrito en el Antecedente Cuarto.

A este respecto, tras consultar la página web de la empresa municipal (fecha de acceso: 29/10/2020), este órgano de control ha podido advertir que, efectivamente, en el enlace correspondiente al “Perfil del Contratante” —apartado relativo a “Convocatorias y Trámites”—, se encuentra accesible toda la documentación atinente a la “Licitación Prestación de Servicio Comercial de Excursiones Marítimas y actividades complementarias PDB Expt: 001/18”, tal y como la entidad societaria denunciada refería en sus alegaciones. Y una vez analizada la misma, se ha podido comprobar que respecto de esta licitación en concreto se facilita variada información relacionada con los diversos elementos de publicidad activa que el art. 15 a) LTPA impone para los sujetos obligados en lo atinente a su actividad contractual, tales como objeto del contrato, duración, importe de licitación, procedimiento utilizado para su celebración, número de licitadores participantes así como la relación de las personas adjudicatarias.

Sin embargo, según parece desprenderse del escrito de denuncia, el objeto de ésta no se ciñe a la publicación de la información relativa a los elementos de publicidad activa inherentes a la licitación descrita, sino que se proyecta a los propios contratos individuales que posteriormente debieron suscribirse con cada una de las personas que han resultado adjudicatarias en la mencionada licitación —modelo de contrato que, por otra parte, también figura disponible entre la documentación antedicha—. Pues bien, así concebido el alcance de la denuncia, no puede sino concluirse que la posibilidad de consultar electrónicamente la referida información desborda, ciertamente, el alcance de la obligación de publicidad activa impuesta por la legislación de transparencia en materia contractual, que se



circunscribe a los concretos elementos apuntados en el arriba transcrito artículo 15 a) LTPA.

Consideración que en ningún caso aparece contradicha por el hecho de que este Consejo haya podido instar a la sociedad mercantil denunciada —mediante Resolución 231/2020, de 17 de junio— a que facilite determinada información en relación con los contratos individuales cuya publicidad reclama ahora la persona denunciante; eventualidad que se explica en la posición que asume, adicionalmente, este Consejo como garante del derecho de acceso a la información pública establecido en el art. 24 LTPA y que aquélla decidió, simultáneamente, ejercitar, tal y como referíamos en el Fundamento Jurídico Segundo.

Por consiguiente, tras las consideraciones expuestas y las comprobaciones realizadas, no cabe apreciar incumplimiento alguno de la LTPA en los términos que recoge la denuncia.

Sexto. En segundo lugar, se denuncia la falta de publicidad de las “licencias de actividad concedidas a embarcaciones con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena de acuerdo a los artículos 44 y 45 de la Ley 21/2017, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía”.

Pues bien, a este respecto y a juicio de este Consejo, resulta obvio que no puede entenderse incluida dentro del compendio de obligaciones de publicidad activa previsto en el Título II LTPA la preceptiva publicación electrónica de la información relativa a las “licencias de actividad concedidas a embarcaciones con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena”, en tanto en cuanto ningún precepto que integra el marco normativo regulador de la transparencia que resulte insoslayable para este tipo de sujetos obligados permite inferir una exigencia en tal sentido. Y ello con independencia de lo que pueda disponer al respecto la normativa sectorial de eventual aplicación, cuya consideración a efectos de cumplimentar las citadas obligaciones de publicidad activa resulta indiferente.

Así las cosas, al recaer los hechos denunciados sobre unas presuntas actuaciones que en ningún caso vienen referidas a obligación alguna de publicidad activa en los términos ya expuestos, este órgano de control no puede por menos que proceder igualmente, y en lo que concierne a este aspecto, al archivo de la denuncia presentada.

Séptimo. Finalmente, resulta oportuno realizar unas consideraciones respecto a las obligaciones derivadas de la publicidad activa para que se tenga en cuenta, *ad futurum*, por la empresa pública denunciada.



Como prevé el artículo 9.3 LTPA, en la publicidad activa *"[s]erán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en la normativa básica y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos"*. Esto se traduce en que el órgano o entidad responsable de cumplir las obligaciones de publicidad activa previstas en el Título II LTPA podrá retener, motivadamente, la información cuando considere que sean de aplicación alguno de los límites previstos en el artículo 14 LTAIBG; o proceder a la disociación de los datos que deban disponer de especial protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 LTAIBG y en la normativa sobre protección de datos personales.

Igualmente, en virtud de lo preceptuado en el artículo 9.4 LTPA, la información objeto de publicidad activa deberá estar disponible en la sede electrónica, portal o página web, *"garantizando especialmente la accesibilidad universal y la no discriminación tecnológica, con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones..."*, así como que, según lo previsto en el artículo 6 k) LTPA, *"se fomentará que la información sea publicada en formatos que permitan su reutilización"*, por lo que se deberá tender a evitar proporcionar la información en archivos que necesiten para su utilización el empleo de programas sujetos a marca comercial.

En virtud de los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Único. Se declara el archivo de la denuncia presentada por XXX contra la empresa pública "Puerto Deportivo de Benalmádena, Sociedad Anónima Municipal".

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso potestativo de reposición ante este Consejo, en el plazo de un mes, o interponer directamente recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, que por turno corresponda, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30.4, 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones



Públicas y en los artículos 8.3 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Manuel Medina Guerrero

Esta Resolución consta firmada electrónicamente