



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF: 001-007143

N/REF: R/0298/2016

FECHA: 03 de octubre de 2016

ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

En respuesta a la Reclamación presentada por [REDACTED], con entrada el 6 de julio de 2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los antecedentes y fundamentos jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, [REDACTED] presentó con fecha 11 de enero de 2016, una solicitud de acceso a la información pública dirigida al MINISTERIO DE FOMENTO, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG), en la que solicitaba lo siguiente:

- *Se me informe, por parte de Puertos del Estado, si es posible a raíz de la Sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2014, sobre el régimen laboral y legal que regula en España el mercado de la estiba y desestiba, el establecimiento inmediato de empresas nuevas que operen en dicho sector, en virtud del libre establecimiento de actividades económicas, y sin esperar modificaciones legislativas nacionales.*
- *Se me informe del sistema de control establecido en las distintas Autoridades Portuarias, para la verificación por parte de las mismas, del cumplimiento del personal que realiza las labores de estiba y desestiba, de los requisitos de la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, en*

ctbg@consejodetransparencia.es



relación con el artículo 153.1 de la Ley de Puertos, y el sistema establecido para prevenir el incumplimiento de tales requisitos establecidos para su ejecución por las Administraciones Portuarias.

- Asimismo, si tales incumplimientos han sido detectados y corregidos, en alguno de los puertos de interés general que se hallan en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a raíz de actuaciones de algunas empresas de gestión de estiba amparándose en la emisión por parte de esta Comunidad de la Orden de 20 de mayo de 2014, del Consejero de Educación, por la que se convoca procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación para determinadas unidades de competencia de la cualificación profesional MAP593_2 operaciones portuarias de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, habiendo sido tal Orden recurrida judicialmente por Puertos del Estado, al considerarla contraria a la precitada Orden FOM 2297/2012 y al artículo 153.1 LPMM.

2. Con fecha 4 de julio de 2016, el MINISTERIO DE FOMENTO dictó Resolución por la que comunicaba a [REDACTED] lo siguiente:

- El artículo 13 de la Ley de Transparencia no ampara consultas jurídicas o sobre aplicación de un determinado régimen jurídico que precisen la previa elaboración de un informe por la Administración. Por ello, no procede dar acceso a la información solicitada en las dos primeras cuestiones planteadas.
- En relación al tercer punto solicitado, se informa que, a instancias de Puertos del Estado, la Abogacía del Estado impugnó la Orden de 20 de mayo de 2014 de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, por considerar que la misma regulaba la concesión de títulos para la prestación de servicios al margen de la Orden FOM /2297/2012. El litigio está pendiente de Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, no habiendo sido suspendida.

3. Con fecha 6 de julio de 2016, [REDACTED] presentó Reclamación ante este Consejo de Transparencia en la que manifestaba lo siguiente:

- Entiendo que no se puede esgrimir el artículo 13 para denegar la información solicitada a los primeros dos puntos, no citándose expresamente ninguno de los motivos ni del artículo 14 ni del 18, y además no habiéndose motivado la resolución en ninguno de tales motivos. Además es incierto que se precise la emisión de informe ni que se trate de consulta jurídica, sino que se me diga, en el primero de los puntos, si se puede establecer empresas de estiba en régimen de libre mercado o no, y en el segundo de los puntos, se me informe de un determinado sistema de



control que han de tener los puertos, o en caso negativo, por supuesto, se me indique que no hay establecido tal sistema de control de la legalidad vigente.

- *Tampoco se me contesta con integridad a lo pedido en la tercera petición antes enunciada, por cuanto sólo se me informa que hay interpuesto un Recurso Contencioso Administrativo, por parte de Puertos del Estado, contra determinada reglamentación de la Junta de Andalucía, pero no se me informa sobre si los incumplimientos en el sistema de acceso a la profesión de la estiba han sido detectados o no, y si han sido corregidos o no, precisamente al haber utilizado algunos puertos de interés general en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Orden autonómica recurrida judicialmente por Puertos del Estado.*
 - *Pero es que, además de la existencia de tal recurso, no se me informa si han sido detectados tales incumplimientos y corregidos, en base a que algunas personas están ejerciendo las labores de estiba sin la titulación necesaria, y con la aquiescencia de tales puertos. Tal petición de información no se limita a solicitar información sobre si se ha recurrido la Orden autonómica en la que se basan tales conductas contrarias a la Ley, sino si se han detectado y corregido tales conductas.*
4. Con fecha 13 de julio de 2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno dio traslado de la Reclamación y de toda la documentación contenida en el expediente al MINISTERIO DE FOMENTO, a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimaran convenientes. El 3 de agosto de 2016, tuvo entrada escrito de alegaciones de PUERTOS DEL ESTADO, en el que se manifestaba lo siguiente:
- *Resulta evidente que la primera cuestión es una consulta jurídica sobre el régimen laboral y legal que regula en España el mercado de la estiba y desestiba, por lo que no se solicitan, en caso alguno, contenidos o documentos que obren en poder de Puertos del Estado. La Ley de Transparencia no ampara consultas jurídicas o sobre aplicación de un determinado régimen jurídico que precisen la previa elaboración de un informe por parte de la Administración. Se considera que, en todo caso, es una solicitud susceptible de inadmisión según el artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia. En este sentido, han tenido lugar los primeros pronunciamientos judiciales en la materia, que confirman la afirmación anterior: así, podemos destacar la Sentencia 60/2016, de 25 de abril, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo (Proc. 33/2015).*
 - *Con respecto a la segunda cuestión, alude a un "sistema de control" que no está regulado en la normativa vigente de aplicación, por lo que se reitera que esta cuestión queda al margen del ámbito de la Ley de Transparencia, ya que ésta no ampara consultas sobre aplicación de un determinado régimen jurídico que precisen la previa elaboración de un informe por la Administración. Se considera que, en todo caso, es una*



solicitud susceptible de inadmisión según el artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia.

- Respecto de la tercera cuestión, referida a la Orden de 20 de mayo de 2014 de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, este Organismo público considera que ha sido respondida adecuadamente informando que la Abogacía General del Estado, a instancias de Puertos del Estado, impugnó dicha Orden ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La petición que realiza el reclamante a la información "sobre si los incumplimientos en el sistema de acceso a la profesión de estiba han sido detectados o no, y si han sido corregidos o no", alude, como en el caso anterior, a un supuesto sistema que no aparece ni está regulado en la normativa aplicable. Por ello se estima adecuada su inadmisión en el marco del artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo, se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La Ley LTAIBG reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, 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".

Es decir, la LTAIBG reconoce y regula el derecho a acceder a información pública que esté en posesión del Organismo al que se dirige la solicitud bien porque él mismo la ha elaborado o porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

3. En el caso que nos ocupa, debe analizarse detenidamente el contenido de la información solicitada para comprobar si lo que se reclama entra o no dentro del ámbito de aplicación de la LTAIBG, como sostiene la Administración.

La primera de las peticiones del Reclamante es la relativa a *si es posible el establecimiento inmediato de empresas nuevas que operen en dicho sector, en virtud del libre establecimiento de actividades económicas, y sin esperar modificaciones legislativas nacionales, todo ello a raíz de la Sentencia del TJUE,*



de 11 de diciembre de 2014, sobre el régimen laboral y legal que regula en España el mercado de la estiba y desestiba.

El contenido de dicha Sentencia debate sobre si es legal obligar con carácter general a las empresas estibadoras que operan en los puertos de interés general españoles a inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios («SAGEP») y, en todo caso, el no permitirles recurrir al mercado para contratar su propio personal, ya sea de forma permanente o temporal, a menos que los trabajadores propuestos por la SAGEP no sean idóneos o sean insuficientes. El Tribunal concluye que *el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 del TFUE* al establecer dicha obligación.

A juicio de este Consejo de Transparencia, el objetivo del solicitante es que se le aclare una duda jurídica como consecuencia del marco impuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esa duda consiste en saber si se pueden establecer de manera inmediata nuevas empresas estibadoras que no estén obligadas a inscribirse como SAGEP, contrariamente a lo que sucedía antes.

Sentado lo anterior, debe concluirse que, efectivamente, el derecho de acceso a la información pública permite conocer *los contenidos o documentos 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* (artículo 13 LTAIBG, citado). Teniendo esto en cuenta, en el presente caso, a nuestro juicio, el objeto de la solicitud es una interpretación de la Sentencia así como una aclaración de lo que puede suceder en el futuro inmediato respecto de las empresas de desestiba españolas que no se constituyan como SAGEP. Es por ello que una respuesta a la misma sólo podría producirse en el caso de que ya se esté desarrollando una práctica en este asunto, de tal manera que el desempeño de ese trabajo por empresas constituidas o no como SAGEP daría en la práctica información al respecto.

Por lo tanto, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y a los efectos de una mayor protección del derecho que asiste al solicitante de conocer cómo actúan los organismos públicos, entiende que PUERTOS DEL ESTADO debe confirmar si ya se ha producido algún supuesto práctico que quede cubierto por la Sentencia antes indicada y, en ese caso, cuál ha sido la posición mantenida por dicho organismo.

4. La segunda petición se centra en conocer *el sistema de control establecido en las distintas Autoridades Portuarias, para la verificación, por parte de las mismas, del cumplimiento del personal que realiza las labores de estiba y desestiba, de los requisitos de la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre y el sistema establecido para prevenir el incumplimiento de tales requisitos establecidos para su ejecución por las Administraciones Portuarias.*

El 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, contempla



en su artículo 153.1 que «*las actividades incluidas en el servicio de manipulación de mercancías deberán ser realizadas por trabajadores que cuenten con alguna de las titulaciones de formación profesional de grado medio o superior que se determine por Orden del Ministerio de Fomento...*». La precitada Orden Ministerial resulta precisa para hacer efectiva esta previsión legal, tendente a la profesionalización de los trabajadores que intervengan en la realización de las actividades que integran el servicio de manipulación de mercancías, mediante la exigencia de una de las titulaciones que se relacionan, cuya posesión facilitará la empleabilidad de los trabajadores en un entorno que demanda una adaptación constante.

Por lo tanto, solamente regula las titulaciones exigibles para realizar las tareas del servicio portuario de manipulación de mercancías, sin establecer ningún sistema de control específico para su comprobación.

Con independencia de que esta norma no se refiera a ello, la consulta del Reclamante quiere saber si el Ministerio tiene establecido algún sistema de control para comprobar si los trabajadores de los servicios portuarios de manipulación de mercancías cumplen o no con dichas titulaciones.

Esta solicitud no debe entenderse como consulta de alcance jurídico, sino de elaboración de protocolos, normas internas, circulares y actuaciones de hecho que hagan posible saber al Ministerio si el personal que va a realizar esas funciones tiene la titulación exigida a partir del día 28 de octubre de 2012, fecha de entrada en vigor de la Orden Ministerial citada.

5. Igualmente, sostiene el Ministerio que *se estima adecuada su inadmisión en el marco del artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia.*

Dicho artículo señala que *Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley*

En este sentido, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha emitido el Criterio Interpretativo CI/003/2016, de 14 de julio, que se resume a continuación:

El artículo 18.1 e) se refiere a dos conceptos necesariamente distintos, que merecen, por lo tanto, precisiones y criterios ajustados individualmente.

Nos referimos a la solicitud de información “manifiestamente repetitiva” y a la solicitud de información “que tenga un carácter abusivo, no justificado con la finalidad de esta Ley”.

*Una solicitud será **MANIFIESTAMENTE repetitiva** cuando de forma patente, clara y evidente:*

- *Coincida con otra u otras presentadas anteriormente por el mismo o los mismos solicitantes y hubiera sido rechazada por aplicación de alguno de los límites del artículo 14 o 15 de la LTAIBG o por concurrir alguna causa*



de inadmisión en los términos del artículo 18. En todo caso, la repuesta debe haber adquirido firmeza por el transcurso de los plazos de reclamación o recurso contencioso-administrativo sin que éstos se hubieran interpuesto o cuando, habiéndose presentado, hubieran sido definitivamente resueltos y la denegación o inadmisión hubiese sido avalada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno u órgano autonómico equivalente competente o por el órgano judicial correspondiente.

- *Coincida con otra u otras presentadas anteriormente por el mismo o los mismos solicitantes y, habiéndose admitido a trámite, se hubiera ofrecido ya la información sin que hubiera existido ninguna modificación real o legal sobre los datos en su momento ofrecidos. En estos casos, deberá justificarse adecuadamente la ausencia de modificación de los datos inicialmente ofrecidos.*
- *El solicitante o solicitantes conocieran de antemano el sentido de la resolución por habersele comunicado en un procedimiento anterior por el órgano informante.*
- *Coincidan con otra u otras dirigidas al mismo órgano en períodos de tiempo inferiores a los plazos de tramitación legalmente previstos, de tal forma que las solicitudes presentadas previamente no hubieran finalizado su tramitación.*
- *Cuando fueran de respuesta imposible, bien por el contenido o por razones de competencia y así se hubiera notificado y justificado al solicitante de información.*

De este modo hay dos elementos esenciales para la aplicación de esta causa de inadmisión:

A) Que el ejercicio del derecho sea abusivo cualitativamente, no en sentido cuantitativo: el hecho de que una misma persona presente un número determinado de solicitudes no determina necesariamente un ejercicio abusivo del derecho, y

B) Que el ejercicio del derecho pueda considerarse excesivo, es decir, cuando no llegue a conjugarse con la finalidad de la Ley.

*1. Así, una solicitud puede entenderse **ABUSIVA** cuando se encuentre en alguno de los supuestos o se den alguno de los elementos que se mencionan a continuación:*

- *Con carácter general, en aquellos casos en que pueda considerarse incluida en el concepto de abuso de derecho recogido en el artículo 7.2 del Código Civil y avalado por la jurisprudencia, esto es: "Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho".*



— Cuando, de ser atendida, requiriera un tratamiento que obligara a paralizar el resto de la gestión de los sujetos obligados a suministrar la información, impidiendo la atención justa y equitativa de su trabajo y el servicio público que tienen encomendado, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos

— Cuando suponga un riesgo para los derechos de terceros.

— Cuando sea contraria a las normas, las costumbres o la buena fe.

2. Se considerará que la solicitud está **JUSTIFICADA CON LA FINALIDAD DE LA LEY** cuando se fundamenta en el interés legítimo de:

— Someter a escrutinio la acción de los responsables públicos

— Conocer cómo se toman las decisiones públicas

— Conocer cómo se manejan los fondos públicos

— Conocer bajo qué criterios actúan las instituciones públicas

Consecuentemente, **NO ESTARÁ JUSTIFICADA CON LA FINALIDAD DE LA LEY** cuando:

— No pueda ser reconducida a ninguna de las finalidades señaladas con anterioridad y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos.

— Cuando tenga por finalidad patente y manifiesta obtener información que carezca de la consideración de información pública de acuerdo con la definición del artículo 13 de la LTAIBG.

— Cuando tenga como objeto o posible consecuencia la comisión de un ilícito civil o penal o una falta administrativa.

En el presente caso, no se observa que se dé ninguno de los supuestos descritos, sino más bien el correcto ejercicio de un derecho constitucional, lo que no puede considerarse abusivo ni repetitivo.

Por lo tanto, este Consejo de Transparencia entiende que la Administración no ha proporcionado la información solicitada, tendente en confirmar si se ha adoptado algún tipo de sistema de control en la materia objeto de consulta, por lo que la presente Reclamación debe ser estimada en este punto.

6. Finalmente, la última petición del Reclamante se concreta en conocer *si han sido detectados y corregidos incumplimientos (de la norma) en alguno de los puertos de interés general que se hallan en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

La Administración le contestó que *la Abogacía General del Estado, a instancias de Puertos del Estado, impugnó dicha Orden ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y que la solicitud alude a un supuesto sistema que no aparece ni está regulado en la normativa aplicable. Por ello se estima adecuada su inadmisión en el marco del artículo 18.1 e) de la Ley de Transparencia.*



Igual que en el supuesto anterior, con independencia de que esa norma no se refiera a ello, la Administración no ha dado cumplida respuesta a lo solicitado, consistente en aclarar si han existido incumplimientos de esa norma en Andalucía. La respuesta a esta cuestión puede venir dada de la que se proporcione respecto de la anterior puesto que, derivado de la eventual existencia de un sistema de control pueden constatarse o no incumplimientos.

No se aprecia tampoco infracción al artículo 18.1 e) de la LTAIBG, por lo que la presente Reclamación debe ser estimada también en este punto.

7. Por lo anteriormente expuesto, la presente Reclamación debe ser estimada en parte, por lo que la Administración debe facilitar al Reclamante la siguiente información:

- *Confirmación de si ya se ha producido algún supuesto práctico que quede cubierto por la Sentencia TJUE, de 11 de diciembre de 2014, sobre el régimen laboral y legal que regula en España el mercado de la estiba y desestiba y, en ese caso, cuál ha sido la posición mantenida por dicho organismo.*
- *Confirmación de la existencia o no de un sistema de control establecido en las distintas Autoridades Portuarias, para la verificación por parte de las mismas, del cumplimiento del personal que realiza las labores de estiba y desestiba, de los requisitos de la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.*
- *Confirmación de la existencia o no de un sistema establecido para prevenir el incumplimiento de tales requisitos establecidos para su ejecución por las Administraciones Portuarias.*
- *Si tales incumplimientos han sido detectados y corregidos en alguno de los puertos de interés general que se hallan en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

III. RESOLUCIÓN

En atención a los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos, procede

PRIMERO: ESTIMAR parcialmente la Reclamación presentada por [REDACTED], el 6 de julio de 2016, contra la Resolución del MINISTERIO DE FOMENTO, de 4 de julio de 2016.

SEGUNDO: INSTAR al MINISTERIO DE FOMENTO a que, en el plazo máximo de 15 días hábiles, remita a [REDACTED] la información referida en el Fundamento Jurídico 7 de la presente Resolución.



TERCERO: INSTAR al MINISTERIO DE FOMENTO a que, en el mismo plazo máximo de 15 días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno copia de la documentación remitida al Reclamante.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, 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 octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1,c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez