



RESOLUCIÓN 89/2016, de 14 de septiembre, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación de XXX contra el Ayuntamiento de El Ejido (Almería) por denegación de información (Reclamación núm. 104/2016).

ANTECEDENTES

Primero. Mediante escrito fechado el 25 de mayo de 2016, XXX solicitó a dicha Corporación, con base en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA), el acceso a copia en formato digital o en papel común de un informe de auditoría externa denominado “Evaluación del cumplimiento de la legalidad en las operaciones, actuaciones y procedimientos de gestión del periodo 2007 a 2010, así como diagnóstico de la situación económico-financiera, patrimonial y presupuestaria a 30 de junio de 2011, y la elaboración de un plan de viabilidad para los próximos años”.

La petición se fundamentó, esencialmente, en lo dispuesto en el art. 16 b) LTPA, por cuanto incluye entre la información sujeta ya a la obligación de publicidad activa la relativa a “*[[[las cuentas anuales que deben rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellas se emitan]]]*”.

Segundo. El 27 de mayo de 2016, el Ayuntamiento comunica al interesado vía correo electrónico que “podrán personarse en el despacho del Interventor el martes día 31 de mayo a las 12:00 horas con objeto poder examinar la información que precisen”.



Tercero. En escrito registrado el 16 de junio de 2016, el interesado presenta una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo), en el que, entre otros extremos, expresa lo siguiente:

“Que dicho informe económico realizado por la empresa ATD AUDITORES SECTOR PÚBLICO S.A. consta en el expediente de licitación 263/2011 del Área de Hacienda y Contratación del Ayuntamiento de El Ejido.

”Que el Ayuntamiento de El Ejido, remite al reclamante, el 27 de mayo, vía correo electrónico, respuesta a la solicitud, fijando fecha para la exhibición de la documentación que se solicita, denegando la entrega de copia, tanto en papel común como en formato digital”.

Y al entender –prosigue el escrito- que el Ayuntamiento de El Ejido ha incumplido la LTPA, “tanto en el fondo como en el procedimiento administrativo”, se formula la correspondiente reclamación ante este Consejo. En la fundamentación de la misma se insiste en que se trata de una información que, incluso, ha de ser objeto de publicidad activa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 b) LTPA.

Cuarto. Con fecha 20 de junio de 2016 le fue comunicado al reclamante el inicio del procedimiento para resolver su reclamación y fecha máxima para resolución de la misma. En igual fecha se solicita al órgano reclamado el expediente, informe y alegaciones que tuviera por conveniente plantear en orden a resolver la reclamación.

Quinto. El 4 de julio de 2016 tiene entrada en el Consejo escrito del Ayuntamiento de El Ejido con el que se acompaña informe y expediente. En dicho informe se formulan las siguientes alegaciones:

1.- La presente solicitud “es reiteración idéntica a la que presentó en fecha 23 de noviembre de 2015, en lo que se refiere al *petitum*”; petición esta última que el interesado formuló fundamentándose en la LRBRL, el ROF y el art. 23 CE.

2.- “La solicitud de fecha 23 de noviembre fue resuelta expresamente mediante Decreto de la Alcaldía de fecha 27 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva desestima la petición (...) de entregarle copia de la Auditoría completa, y a la vez, poner a disposición (...) lo solicitado para su examen en despacho del Interventor, en



cualquier día laborable (...) con advertencia de que no podrá reproducir la documentación que se le ponga de manifiesto, y guardar reserva de su contenido, y con indicación de los recursos administrativos y jurisdiccionales que proceden contra la Resolución”. Asimismo, se pone de manifiesto en el informe que dicha resolución se fundamentaba también “en la protección de datos de carácter personal que contenía el referido documento...”

3.- El informe cuya copia solicita el interesado “fue aportado por el Ayuntamiento a la Fiscalía, mediante escrito de fecha 26 de noviembre de 2011, en la entonces Diligencias Previas 3651/2009, del Juzgado de Instrucción número 2 de Almería, y mediante Auto de 20 de junio de 2016 ha acordado el Juez continuar en la actualidad las referidas Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, en el proceso judicial conocido popularmente como “Operación Poniente”, y en las que el Ayuntamiento está personado como acusación particular, por lo que su contenido íntegro está *“sub iudice”*, “por lo que se produce el supuesto prevenido en el artículo 25.1 de la Ley 1/2014 al formar parte el informe de referencia del sumario del referido proceso penal”. Dicho precepto dispone que el derecho a la información pública sólo podrá ser restringido o denegado en los términos previstos en la legislación básica. Y asimismo, el artículo 301 de la LECrim establece que *“[l]as diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”*.

4.- “Puesto que el artículo 25.3 de la Ley 1/2014 dispone que la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, ha sido tomada en cuenta para la modulación de la limitación del derecho de acceso la cualidad de la condición de concejal del solicitante, y por eso el Decreto de la Alcaldía de fecha 23 de noviembre de 2015, le autorizaba el acceso al documento solicitado en su integridad (...) si bien se le denegó su entrega en formato digital o papel”.

La Corporación finaliza sus alegaciones remitiendo a un enlace en su página web donde se puede acceder a un documento titulado “Resumen ejecutivo de los principales hallazgos del informe del análisis y diagnóstico económico-financiero y de legalidad. Periodo 2007 a 2011”.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la reclamación interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

Segundo. La presente reclamación versa sobre la solicitud de información dirigida por un cargo representativo local al órgano de gobierno municipal. No es la primera vez que se suscita ante este Consejo una controversia de esta naturaleza, cuya resolución exige previamente determinar si resulta de aplicación la legislación en materia de transparencia o si, por el contrario, la misma debe elucidarse en el marco del “*régimen jurídico específico de acceso a la información*” existente sobre el particular (segundo apartado de la Disposición adicional cuarta de la LTPA).

Y es que, en efecto, como es sabido, la legislación de régimen local establece un concreto cauce de acceso a la información a favor de los miembros de las entidades municipales y provinciales, como proyección del derecho fundamental al ejercicio del cargo público derivado del artículo 23 CE. El art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL) atribuye a todos los miembros de las Corporaciones locales “*el derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función*”, fijando un plazo de cinco días naturales para la resolución motivada de la solicitud. Derecho cuyo alcance queda perfilado en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante, ROF), el cual, entre otros extremos, viene a establecer la regla del silencio positivo en relación con las peticiones de información (art. 14.2), identifica los supuestos en que debe obligatoriamente facilitarse la misma sin necesidad de autorización (art. 15) y fija las reglas generales sobre la consulta y examen de la información (art. 16).

Pues bien, según tuvimos ocasión de declarar en la Consulta 1/2016, de 11 de mayo, y, entre otras, en las Resoluciones 56/2016, de 13 de julio, y 82/2016, de 3 de agosto, la



existencia de este específico régimen no entraña que el acceso a la información que conste en los órganos de gobierno municipales por parte de los propios concejales se rija única y exclusivamente por esta normativa, ciñéndose la LTPA a operar meramente como derecho supletorio. Partiendo fundamentalmente de la interpretación literal de la Disposición adicional cuarta de la LTPA y de la amplitud con que ésta concibe la titularidad del derecho a acceder a la información pública, que se reconoce generalizadamente a “cualquier persona” [art. 7.b)] o, como reza su art. 24, a “todas las personas” [art. 7.b) y art. 24 LTPA], argumentamos sobre el particular:

«A la vista de estas consideraciones, y a fin de hallar una lectura integradora de los diversos preceptos en juego, cabe llegar a la conclusión de que el régimen de acceso previsto específicamente por la normativa local no rige de forma única y exclusiva en este ámbito –lo que conllevaría el consiguiente desplazamiento de la LTPA-, y por tanto que no está completamente cerrada a los miembros de las corporaciones locales la fórmula del derecho de acceso ex legislación de transparencia, sin que en modo alguno ésta quede limitada a operar como mero derecho supletorio. Así pues, desde la entrada en vigor de esta legislación, los cargos públicos representativos locales tienen a su disposición dos vías alternativas para canalizar las peticiones de información a los órganos de gobierno. De una parte, en su condición de cargo público, a través de la normativa de régimen local (art. 77 LRBRL y arts. 14-16 ROF), en la que se plasmaría el derecho fundamental ex art. 23 CE y, consecuentemente, permitiría acudir al procedimiento preferente de tutela de los derechos fundamentales (arts. 114-121 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa) y, en última instancia, interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De otro lado, y para el caso de que no se haya optado por la anterior vía, pueden ejercitar el derecho de acceso a la información pública regulado en el art. 24 y siguientes de la LTPA, en cuyo caso, obviamente, podría interponerse ante este Consejo con carácter potestativo la correspondiente reclamación (art. 33 LTPA)» (Consulta 1/2016, Consideración Jurídica primera; Resolución 56/2016, FJ 3º).

Tercero. En nuestras más recientes Resoluciones hemos puesto el acento en la necesidad de que se evite cualquier posible confusión o ambigüedad en la utilización de las dos referidas vías alternativas que pueden transitar los concejales a fin de recabar información de los órganos de gobierno (Resoluciones 82/2016, de 3 de agosto, FJ 2º y 86/2016, de 7 de



septiembre, FJ 2º). Así lo exigen, de una parte, elementales razones de seguridad jurídica, habida cuenta de que la conformación del derecho a la información es muy diferente en la legislación de régimen local y en la legislación de transparencia, al diferir en cuestiones esenciales tales como el trámite de admisión, el sistema de límites y el régimen de recursos. En consecuencia, una vez que el cargo representativo ha optado por uno de los mencionados bloques normativos, esta elección vincula tanto al órgano de gobierno como al propio concejal, debiendo en lo sucesivo aplicarse en su integridad dicho grupo normativo, sin que en ningún caso quede a disposición de las partes recurrir a las causas de inadmisión, al sistema de límites o al régimen de recursos propios del bloque normativo que el solicitante declinó seguir inicialmente. Y así, en aplicación de este criterio, hemos declarado que una solicitud de información sustanciada en el marco de la LRBRL, y por tanto en ejercicio del derecho fundamental *ex art. 23.2 CE*, no puede denegarse aplicando una causa de inadmisión prevista en la legislación de transparencia (Resolución 56/2016, de 13 de julio); y, paralelamente, hemos considerado que no procede acudir a este Consejo frente a la denegación de una petición de información que un concejal ha tramitado, en su condición de cargo representativo, con base en la LRBRL (las citadas Resoluciones 82/2016 y 86/2016).

Pero, de otra parte, la conveniencia de rehuir todo atisbo de ambigüedad o confusión en el empleo de las reiteradas vías alternativas responde asimismo a exigencias de orden institucional. Frente a la legislación de régimen local, en la que el derecho al acceso a la información se regula como integrante del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo -y, por tanto, se desenvuelve en el marco de las relaciones políticas e institucionales entre éste y el gobierno municipal-, el derecho conformado en la legislación de transparencia responde a una diferente finalidad institucional, por cuanto se dirige a los ciudadanos en general al objeto de que “puedan juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables políticos y decidir en consecuencia” (Preámbulo de la LTAIBG, apartado I). Se trata este último, pues, de un derecho ajeno a la función de control político que a los concejales corresponde ejercer sobre la acción de gobierno.

Por consiguiente, so pena de distorsionar el entero sistema institucional, el derecho de acceso a la información pública configurado en la legislación de transparencia no debe ser instrumentalizado a modo de fórmula para prolongar o extender artificialmente las vías de control político del gobierno municipal por parte de los concejales. En suma, como adelantamos, también por razones de índole institucional, el concejal que, en su condición de ciudadano, decida canalizar su petición de información a través de la LTPA, ha de evitar toda ambigüedad que pueda hacer entender que la misma se despliega en el ámbito de las



relaciones políticas entre los cargos electos locales y los órganos de gobierno municipal.

En el presente caso, sin embargo, no se aprecia ningún motivo que induzca a confusión: tanto en la solicitud dirigida al Ayuntamiento como en la reclamación presentada ante este Consejo, el solicitante fundamentó su petición única y exclusivamente en la legislación de transparencia y a este marco normativo ciñó toda su argumentación. De hecho, ni siquiera mencionó en dichos escritos que, en fecha 23 de noviembre de 2015, cuando todavía no resultaba de obligada aplicación a los entes locales la LTPA (Disposición Final Quinta.2), había recabado la información con base en la legislación de régimen local. La solicitud que ahora hemos de abordar se presenta, pues, enteramente desvinculada de la anterior petición de información que el reclamante había formulado en ejercicio de su derecho fundamental al ejercicio del cargo público derivado del art. 23.2 CE.

Cuarto. Según establece el artículo 24 LTPA, todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública sin más limitaciones que las contempladas en la Ley. Por su parte, el artículo 2.a) de dicho texto entiende por información pública *“los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguna de las personas o entidades incluidas en el ámbito subjetivo de esta Ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”*. Esto supone que rige una regla general de acceso a la información pública, que sólo puede ser modulada o limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permitan dicha limitación.

Así es; tal y como tuvimos oportunidad de declarar en la Resolución 42/2016, de 22 de junio, nuestro régimen de acceso a la información pública se asienta sobre la siguiente premisa:

“Este acceso se configura como un verdadero derecho, que en su vertiente procedimental lleva a establecer la regla general del acceso a dicha información. Constituye pues la excepción la denegación o limitación del acceso” (Exposición de Motivos, II, de la LTPA). Se presume, pues, la publicidad de los *“contenidos o documentos”* que obren en poder de las Administraciones y *“hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”* [art. 7 b) de la LTPA], de tal suerte que, en línea de principio, ha de proporcionarse la información solicitada por la ciudadanía. [...] Por consiguiente, recae sobre la Administración –y sobre el tercero afectado que se oponga a la solicitud de información- la carga de argumentar la



pertinencia de aplicar algún límite que justifique la denegación del acceso a la misma.» (Fundamento Jurídico Tercero).

E igual fundamentación emplea la Sentencia n.º 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 5 de Madrid, cuando, refiriéndose a la LTAIBG, sostiene lo siguiente:

“[...] la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación.

“Por tanto, el acceso a la información es la regla general, configurado de manera amplia, y los límites, la excepción.

“Así se expresa el art. 14.2 [de la LTAIBG] relativo a la aplicación de los límites cuando señala que, la aplicación de los límites 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.

“Se ha de ponderar y aquilatar, por un lado, el interés público en la divulgación de la información y, por otro, los derechos e intereses protegidos por las materias reflejadas en el citado art. 14, para concluir cuál deba ser finalmente objeto de protección, teniendo en consideración que, también cabe el reconocimiento de un acceso parcial como vía para armonizar dichos intereses...”

Analicemos, pues, qué argumentos emplea el Ayuntamiento de El Ejido para denegar el acceso a la información en los términos solicitados por el ahora reclamante.

Quinto. Pues bien, la principal razón esgrimida al respecto por el Ayuntamiento es que la documentación solicitada fue aportada al Ministerio Fiscal en el marco de las Diligencias Previas 3651/2009 del Juzgado de Instrucción número 2 de Almería; Diligencias Previas que -siempre siguiendo lo informado por la entidad municipal- el órgano judicial decidió continuar



por los trámites del Procedimiento Abreviado mediante Auto de 20 de junio de 2016.

A juicio de este Consejo, nada cabe objetar desde el punto de vista de la LTPA a esta decisión de no proporcionar una documentación que está siendo objeto de investigación en un proceso de orden penal, al ajustarse al sistema de límites del derecho de acceso a la información pública regulado en la misma. Así es; de acuerdo con el art. 25.1 LTPA, este derecho “*sólo podrá ser restringido o denegado en los términos previstos en la legislación básica*”, y resulta evidente que en el presente caso nos hallamos ante el supuesto de hecho contemplado en el art. 14.1.e) LTAIBG, en virtud del cual el derecho de acceso puede ser limitado cuando acceder a la información pueda suponer un perjuicio para “*[l]a prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios*”. Por lo demás, tampoco cabe albergar ninguna duda acerca de que la aplicación del límite por parte del órgano reclamado se efectuó de forma proporcionada, tal y como exige el art. 14.2 LTAIBG. En efecto, con su decisión, procuró salvaguardar en la medida de lo posible el derecho a la información del solicitante, al decantarse por la alternativa menos gravosa o restrictiva pero indispensable para asegurar los intereses perseguidos por el legislador con la instauración del referido límite, como lo acredita la circunstancia de que, si bien el Ayuntamiento denegó la entrega del documento en formato digital o papel, permitiese el examen del mismo en las dependencias municipales.

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

RESOLUCIÓN

Único. Desestimar la reclamación interpuesta por XXX contra el Ayuntamiento de El Ejido (Almería) por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Quinto.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer 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 8. 3 y 46.1, respectivamente, 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

Consta la firma

Manuel Medina Guerrero