



RESOLUCIÓN 18/2017, de 8 de febrero, del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación interpuesta por XXX contra el Ayuntamiento de Frigiliana (Málaga) por denegación de información pública (Reclamación núm. 193/2016).

ANTECEDENTES

Primero. El 14 de noviembre de 2016, tuvo entrada en el registro de este Consejo la siguiente reclamación:

“Como concejal miembro de la corporación actual de Frigiliana, dentro del grupo XXX en la oposición, preguntamos en pleno ordinario de agosto... en base a qué artículo del ROF se justificaba el aumento de tenientes de alcalde con el nuevo equipo de gobierno tras el pacto PP-PSOE de tres a cuatro, entendiéndolo que como somos una corporación de once miembros y tal y como venía siendo habitual solo eran posible tres, en el siguiente pleno, 28 de septiembre, no obtuvimos respuesta, siendo informados de que debíamos formular dicha petición por un medio oficial, escrito firmado por los tres concejales del grupo y registro de entrada, dicho escrito, también adjunto se presentó el pasado 14 de octubre y seguimos sin recibir nada. Por lo cual ponemos los hechos en su conocimiento por si estimara oportuno iniciar desde este consejo los trámites oportunos para que se solventara este silencio administrativo”.



Segundo. El Consejo solicitó el 24 de noviembre de 2016 al órgano reclamado el expediente, informe y alegaciones que tuviera por conveniente plantear en orden a resolver la reclamación. El mismo día se cursó comunicación a la interesada informándole del inicio del procedimiento para resolver su reclamación.

Tercero. Con fecha 7 de diciembre de 2016 tiene entrada en el Consejo escrito del Ayuntamiento de Frigiliana. En el mismo se rebate la reclamación presentada ante este Consejo, argumentado esencialmente lo que sigue:

“Fruto de intervención efectuada en sede plenaria por la meritada Concejala, la Alcaldía Presidencia dio cumplida respuesta... a los motivos que concurrían para adoptar la legal decisión de ampliar el número de Tenientes de Alcalde del Ayuntamiento de Frigiliana, ampliando el número a cuatro. Tal decisión de la Alcaldía Presidencia tiene como finalidad teleológica reforzar el funcionamiento diligente de los órganos municipales, y todo ello dentro de la potestad municipal de autoorganización...

”Por ende no se acomoda a la realidad el hecho de que no se haya dado respuesta a los motivos y/o razones que con un marcado carácter eminentemente político (con elevado margen de discrecionalidad), concurren para la designación por la Alcaldía del número de Tenientes de Alcalde.

”No obstante ello, parece ser pretensión de la Sra. Concejala obtener de modo indirecto, sin seguir el cauce legalmente previsto para ello de conformidad con el Artículo 173.1 a del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico... un informe jurídico que no puede de ningún modo ser facilitado en las condiciones presentes, por cuanto el mismo no obra en expediente administrativo alguno. Dicho precepto condiciona la emisión de un informe jurídico por el funcionario de Administración Local con Habilitación Nacional a: Sea solicitado por un tercio de sus miembros. Con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubiera de tratarse. ”Se adviera que la solicitud presentada lo es en primer lugar únicamente por XXX... sin que la misma venga firmada a su vez firmada de modo electrónico por el resto de Concejales, sin que quepa entender que la meritada Concejala, que tampoco es Portavoz del Grupo Político en cuestión, ostente representación legal alguna con relación al resto de Concejales del partido XXX.



”De igual forma, se advierte que en el orden del día de la sesión plenaria del mes de octubre no se incluía como asunto objeto de debate y en su caso votación tal cuestión”.

Dicho lo anterior, y tras reseñar que el Decreto de Alcaldía designando los Tenientes de Alcalde era un acto firme y consentido, al no haberse impugnado ni en sede administrativa ni en sede jurisdiccional, prosigue el informe argumentando lo siguiente:

“Como corolario de todo lo anterior, no quisiera esta Alcaldía dejar de subrayar que los Concejales de la oposición han tenido, tienen y tendrán en todo momento a su disposición para vista, y en su caso copia, de los expedientes administrativos obrantes en el Ayuntamiento, pudiendo verificar a los mismos los datos y documentos que obran, sin que se haya ocasionado ni pretendido en ningún modo provocar un perjuicio al ejercicio del derecho fundamental que les asiste en su condición de Corporativos Municipales.

”Creemos que debe distinguirse en términos jurídicos el derecho de acceso a la información, e inclusive la obtención de copias, con el derecho a emisión de informes jurídicos en los casos, y con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

”Repárese que la Ley de Transparencia, tanto estatal como autonómica, contemplan el acceso a la información en cuanto a aquella que ya obra en los archivos y expedientes, pero no respecto de documentos (informes) que no han sido emitidos al no cumplirse los requisitos legales previstos en el ordenamiento jurídico para tal fin”.

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 (en adelante, LTPA).



Segundo. La presente reclamación tiene su origen en una petición de información que dirigió una concejal al Alcalde Presidente durante el transcurso de una sesión plenaria, que volvería a plantear posteriormente por escrito. Ya son relativamente numerosas las reclamaciones que han formulado ante este Consejo cargos representativos locales frente al órgano de gobierno municipal, de tal forma que contamos al respecto con una consolidada doctrina que ahora habremos de aplicar. Línea doctrinal que es, en lo fundamental, la que igualmente sigue el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno [véase, por todas, su Resolución de 5 de diciembre de 2016 (N/REF: RT/0192/2016), FFJJ 4-6].

Pues bien, la resolución de este tipo de controversias exige previamente determinar si resulta de aplicación lo previsto en el segundo apartado de la Disposición adicional cuarta de la LTPA; precepto que reproduce literalmente el segundo apartado de la Disposición adicional primera de la LTAIBG, a saber: “*Se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información*”.

Pocas dudas hay que albergar acerca de que el antecedente de esta disposición es el artículo 37 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual, tras regular el alcance del derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y los documentos obrantes en los archivos administrativos, establecía lo siguiente en su apartado sexto: “*Se regirán por sus disposiciones específicas: [...] f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembro de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local*”.

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).

En cuanto que esta vía es transitable por los interesados en su condición de cargo público representativo, su tutela no sólo se encomienda al recurso potestativo de reposición y al recurso contencioso-administrativo, sino que cuenta con instrumentos jurisdiccionales privilegiados, cuales son el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales (arts. 114-121 LJCA) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por el contrario, dado que constituye “*un régimen jurídico específico de acceso a la información*” a los efectos de las antes citadas Disposición adicional cuarta LTPA y Disposición adicional primera LTAIBG, no le resulta de aplicación el régimen de impugnaciones previsto en la legislación en materia de transparencia, quedando por tanto excluida la posibilidad de que puedan plantearse reclamaciones ante el correspondiente órgano independiente de control.

Que las materias cubiertas por un régimen específico de acceso a la información quedan al margen de estas reclamaciones –por mandato de la Disposición adicional primera LTAIBG–, es la interpretación que asumió con toda evidencia el legislador, tal y como se desprende del análisis de la tramitación parlamentaria de dicha Ley. Así es; precisamente porque los parlamentarios partían de dicha lectura es por lo que aquellos partidarios de abrir las reclamaciones a estas materias consideraron imprescindible que se recogiese expresamente esta posibilidad en el texto de la Ley en formación. En esta línea, la enmienda núm. 476 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista pretendía la siguiente modificación del art. 21.1 del Proyecto (actual art. 24.1 LTAIBG): “Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso, *incluidas las que puedan adoptarse en relación con materias que se rijan por normativa específica*, podrá interponerse una reclamación ante el Consejo de Transparencia...”. La motivación de la enmienda era, por lo demás, obvia a la vista de la interpretación de la Disposición adicional asumida por la generalidad de los parlamentarios: “Extender la posibilidad de reclamación potestativa ante el Consejo Estatal de Transparencia y Acceso a la Información Pública a aquellas materias que tienen una normativa específica de acceso a la información” (*BOCCGG. Congreso de los Diputados. Serie A Núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, pág. 250*).



La enmienda no se incorporaría al Informe de la Ponencia, y el Grupo Parlamentario Socialista no la mantendría para su debate en el Pleno (*BOCCGG. Congreso de los Diputados. Serie A Núm. 19-5, de 9 de septiembre de 2013, pág. 28*). Su rechazo no vendría, pues, sino a ratificar y hacer aún más visible que la *voluntas legislatoris* fue excluir a las materias mencionadas en la repetida Disposición adicional de la reclamación potestativa ante las autoridades independientes de control. Inequívoca voluntad del legislador que este Consejo no puede soslayar en sus resoluciones.

Tercero. Ahora bien, esta circunstancia en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que las personas que ostenten la condición de Concejal tengan, en el marco de la legislación reguladora de la transparencia, una menor protección de la que disfruta la generalidad de la ciudadanía. Pues, como venimos sosteniendo desde la primera resolución que adoptamos al respecto, nada impide que un concejal puede recurrir a legislación en materia de transparencia, actuando –esto sí- ya no en su cualidad de tal sino como cualquier otro ciudadano. Según tuvimos ocasión de declarar en la Consulta 1/2016, de 11 de mayo, y hemos mantenido en sucesivas Resoluciones, 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. 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 [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; asimismo, por ejemplo, Resoluciones 56/2016, de 13 de julio, FJ 3º y 89/2016, de 14 de septiembre, FJ 2º).

Así pues, a diferencia del conjunto de los ciudadanos, las personas que ostentan el cargo de concejal, además de contar con la legislación en materia de transparencia, pueden libremente optar por el régimen específico de acceso a la información regulado en la LBRL y el ROF.

Ahora bien, una vez que el cargo representativo local ha optado por uno de los referidos bloques normativos que permiten su acceso a la información obrante en su Corporación, 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, con base en 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, por lo que a este caso más directamente concierne, paralelamente venimos reiterando 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 (entre otras, las citadas Resoluciones 82/2016 y 86/2016). Sencillamente, a nuestro juicio, no se puede pretender seguir uno de tales grupos normativos a unos efectos y abandonarlo a otros efectos.

Por lo demás, este Consejo viene destacando la necesidad de evitar toda confusión entre las dos referidas vías alternativas que pueden transitar los concejales a fin de recabar información de los órganos de gobierno. Y ello no sólo porque así lo aconsejen elementales razones de seguridad jurídica, sino porque 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”. (Resolución 89/2016, de 14 de septiembre, FJ 3º).

Cuarto. La aplicación de la referida doctrina al presente supuesto conduce directamente a declarar la inadmisión de esta reclamación, ya que la petición de información que está en el origen de la misma la presentó la interesada en su condición de cargo público representativo y con base en la normativa reguladora del régimen local. Así se desprende ya con toda evidencia de la circunstancia de que fuera durante una sesión plenaria cuando la ahora reclamante inquiriese por vez primera al Alcalde Presidente acerca del artículo del ROF que permitía que se hubiese elevado a cuatro el número de Tenientes de Alcalde de la Corporación. Y la posterior petición, presentada por escrito, de que el secretario interventor elaborase un informe sobre tal cuestión, no se formuló como una solicitud de información en el marco de la LTPA.

Por otra parte, tampoco en el escrito de reclamación presentado ante este Consejo se argumenta en torno a una posible inobservancia de la LTPA ni, de hecho, se hace ninguna mención a la legislación en materia de transparencia. Antes al contrario, en dicho escrito se reconoce explícitamente que la pregunta la formuló “como concejal miembro de la corporación actual de Frigiliana, dentro del grupo XXX en la oposición...”.

En atención a lo expuesto, no podemos sino acordar la inadmisión a trámite de la presente reclamación.

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



RESOLUCIÓN

Único. Inadmitir a trámite la reclamación de XXX contra el Ayuntamiento de Frigiliana (Málaga).

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