RESOLUCIÓN 130/2019, de 23 de abril
Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación interpuesta por *XXX*, en representación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Almería, contra el Ayuntamiento de Almería por denegación de información pública (Reclamación núm. 417/2018).

ANTECEDENTES

Primero. El 20 de julio de 2018, la ahora reclamante presentó una solicitud de información, dirigida al Ayuntamiento de Almería, referida a lo siguiente:

> "*XXX*, concejala del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Almería, de conformidad con lo establecido en la Sección Tercera del Capitulo II del Reglamento Orgánico del pleno de este Ayuntamiento.
>
> "EXPONE
>
> "Que el Ayuntamiento de Almería ha puesto en marcha una APP móvil denominada "Almería participa" a través de la cual se esta realizando, entre otras

cuestiones municipales, un sondeo para la elección del nombre de la nueva biblioteca municipal.

"Que esta APP puede estar vulnerando la Ley de Protección de Datos y acceso a la misma puede constituir un grave atentado a la privacidad de las personas usuarias de la misma".

"Que ninguno de los portales web gestionados por el Ayuntamiento de Almería cumple con la normativa en materia de protección de datos, careciendo todos de política de privacidad y, la mayoría, incluso de aviso legal.

"En base a lo cual, SOLICITA

"Informe sobre el cumplimiento por parte del Ayuntamiento de Almería y todos sus entes dependientes, de la aplicación directa del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos, que entro en vigor del día 25 de mayo de 2018.

"Informe sobre el cumplimiento de la normativa anteriormente citada en la aplicación "Almería Participa", así como informe de las características técnicas que deben garantizar la protección de datos de usuarias y usuarios, así como evitar la vulneración de este derecho.

"Informe sobre las instrucciones adoptadas por Delegado de Protección de Datos, designado provisionalmente, en el cumplimiento de sus funciones de supervisión del RGPD y demás normativa aplicable en protección de datos (Artículo 39)".

Segundo. Ante la ausencia de respuesta a su solicitud, el 25 de octubre de 2018 tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación contra el citado Ayuntamiento, del siguiente tenor:

"20.07.18

"Solicitamos información sobre el cumplimiento por parte del Ayuntamiento de la aplicación directa relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personal y, concreto, en la aplicación "Almería Participa".

"07.07.2018

"Presentamos denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos por incumplimiento con la normativa en materia de protección de datos de los portales web gestionados por el Ayuntamiento de Almería y también la APP móvil denominada "Almería Participa".

"17.09.18

"Recibimos escrito de la Agencia Española de Protección de Datos relativa a nuestra reclamación.

"24.10.18

"Fecha de presentación de esta reclamación en el registro oficial, seguimos sin recibir respuesta por parte del Ayuntamiento de Almería".

Tercero. Con fecha de 19 de noviembre de 2018, se dirige comunicación a la reclamante informándole acerca de la iniciación del procedimiento para resolver su reclamación. En la misma fecha, se solicita al Ayuntamiento informe y copia del expediente derivado de la solicitud de información, hecho que es comunicado el 22 de noviembre de 2018, a la Unidad de Transparencia o equivalente del órgano reclamado.

Cuarto. El 20 de noviembre de 2018, tuvo entrada escrito del órgano reclamado emitiendo informe al respecto en el que se contiene determinada información relativa a la solicitud del interesado.

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).

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 16.5 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, *"[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. Nuevamente abordamos una reclamación formulada ante este Consejo por cargos representativos locales frente al órgano de gobierno municipal. Y a este respecto es de señalar que este Consejo cuenta 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 (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.

Tercero. 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.

Cuarto. 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 la legislación en materia de transparencia, actuando –esto sí- ya no en su cualidad de tal sino como cualquier otro ciudadano. 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], ya argumentamos en la Consulta 1/2016, de 11 de mayo, lo siguiente 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, 89/2016, de 14 de septiembre, FJ 2º; y 18/2017, de 8 de febrero FJ 3º).

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.

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 (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.

Y, en este caso, indubitadamente la reclamante optó a acceder a la información como concejal del Grupo municipal, con apoyo en el ROF.

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).

Quinto. La aplicación de la referida doctrina al presente supuesto conduce directamente a inadmitir a trámite la pretensión del solicitante, ya que la petición de información que está en el origen de la presente reclamación la formuló el interesado en su condición de cargo público representativo. En consecuencia, al no plantearse la solicitud de información en el marco de la LTPA, no podemos sino acordar la inadmisión de la presente reclamación.

Sexto. No obstante lo anterior, que por sí mismo es causa de inadmisión de la reclamación, existe otra circunstancia que justifica igualmente la inadmisión de la misma.

En efecto, el 2 a) LTPA entiende por "información pública" *"los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguna de las personas y entidades"* incluidas en el ámbito subjetivo de dicha Ley, *"y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".* Y, ciertamente, las diversas peticiones integrantes de la solicitud que nos ocupa no pueden calificarse como "información pública" a los efectos de la legislación reguladora de la transparencia. Así es, con su solicitud la interesada no persigue tener acceso a documentos o contenidos que ya obren en poder del Ayuntamiento -tal y como exige el transcrito artículo 2 a) LTPA-, sino que la entidad municipal elabore *ex novo* determinados informes sobre concretas materias.

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

RESOLUCIÓN

Único. Inadmitir la reclamación de *XXX*, en representación del Grupo Municipal Socialista del Ayuntamiento de Almería, contra el Ayuntamiento de Almería por denegación de información pública.

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

Manuel Medina Guerrero

Esta resolución consta firmada electrónicamente