



RESOLUCIÓN 414/2018, de 12 de noviembre del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

Asunto: Reclamación interpuesta por XXX contra la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda por denegación de información pública (Reclamación núm. 471/2017).

ANTECEDENTES

Primero. El 11 de noviembre de 2017 el ahora reclamante presentó una solicitud de información dirigida a la Consejería de Fomento y Vivienda referida a lo siguiente:

“Solicito la memoria explicativa detallada de las medidas y mejoras ofertadas presentada en el sobre 2 por el adjudicatario del expediente 2014/000052 CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS, MODALIDAD CONCESIÓN, DE TRANSPORTE REGULAR DE VIAJEROS POR CARRETERA DE USO GENERAL ENTRE JAÉN – TORREDELCAMPO – CÓRDOBA CON HIJUELAS, VJA-401”

Segundo. El 13 de diciembre de 2017 tiene entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación ante la ausencia de respuesta a su solicitud de información.

Tercero. El 20 de diciembre de 2017 el Director General de Movilidad de la Consejería de



Fomento y Vivienda dicta resolución denegatoria del siguiente tenor:

“FUNDAMENTOS DE DERECHO

“Primero.- Es de aplicación lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno,

“Segundo.- Es de aplicación lo dispuesto en el artículo 14.1,k) de la Ley 19/2013, que define los límites del acceso a la información cuando la misma suponga un perjuicio para "la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión".

“Tercero.- Establece el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, como causas de inadmisión a trámite de las solicitudes referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas.

“Cuarto.- Determina la Orden de 7 de mayo de 1993, por la que se regula la composición de las Comisiones Técnicas Asesoras para la contratación Administrativa de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, actual Consejería de Fomento y Vivienda, que el informe que emiten las citadas Comisiones, tienen el carácter de propuesta, por lo que se considera que dicha información es la base para la toma de decisión de la Mesa de Contratación, que refleja esta decisión en la correspondiente Acta (que está publicada en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía.)

“Por lo anteriormente expuesto

“RESUELVE Denegar el acceso a la información solicitada, comunicándole que puede acceder a través del perfil del contratante, a las Actas del proceso de licitación del contrato con número de expediente 2014/000052 y en particular, a la número 3 que recoge las valoraciones determinadas por la Mesa de Contratación”.

Cuarto. Con fecha de 22 de diciembre de 2017 este Consejo solicita a la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda, informe y copia del expediente derivado de la solicitud de información. Dicha solicitud es comunicada por correo electrónico a la Unidad de Transparencia del órgano reclamado el 15 de enero de 2018.

Quinto. El 22 de diciembre de 2017 se comunica al reclamante la iniciación del procedimiento de resolución de la reclamación.



Sexto. El 17 de enero de 2018 tuvo entrada escrito del órgano reclamado en el que emite informe al respecto. En cuanto a las alegaciones referidas al acceso a la información objeto de esta reclamación, informa que “con fecha 20 de diciembre, la Dirección General de Movilidad notificó al interesado la Resolución a su solicitud de información”, adjuntando la misma.

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. 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. 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 ha venido por lo demás a confirmarlo el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 1547/2017, de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera): *“La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. [...] Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley...”* (Fundamento de Derecho Sexto).

Tercero. La pretensión del ahora reclamante es tener acceso a “la memoria explicativa detallada de las medidas y mejoras ofertadas presentadas en el sobre 2 por el adjudicatario” referida a un expediente de contrato de servicios públicos.

A este respecto, no resulta inoportuno recordar que, en materia de contratación pública, las exigencias de transparencia de la información cobran una particular relevancia, pues, además de suponer un evidente gasto de fondos públicos, se trata de un sector de la gestión pública



que ha de ajustarse a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. No es de extrañar, por tanto, que en el catálogo de obligaciones de publicidad activa el artículo 15 a) LTPA incluya la siguiente información:

“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.”

Sucedee que, además, por vía del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, la ciudadanía puede solicitar toda suerte de *“contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguna de las personas y entidades incluidas en el presente título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”* [art. 2 a) LTPA].

Y no cabe albergar la menor duda de que *“la memoria explicativa detallada de las medidas y mejoras ofertadas presentadas en el sobre 2 por el adjudicatario”* constituye inequívocamente *“información pública”* a los efectos del transcrito art. 2 a) LTPA.

Cuarto. Pues bien, el pretendido acceso a dicha *“memoria explicativa”* sería denegado por la Dirección General, al considerar aplicable el límite establecido en el artículo 14.1 k) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIBG), a saber, que la divulgación de la información suponía un *“perjuicio para... la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión”*. Además, fundamentó su decisión denegatoria en la causa de inadmisión contemplada en el art. 18.1.b) LTAIBG.

Comenzando por el examen del límite invocado por el órgano reclamado, hemos de recordar que, al evaluar la pertinencia de restringir el acceso a la información con base en alguno de los supuestos enumerados en el art. 14.1 LTAIBG, debe tomarse en consideración lo establecido en el apartado segundo de dicho artículo: *“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”* (en términos idénticos, el art. 25.2 LTPA).



La lectura conjunta de tales preceptos (art. 14.1 y 14.2 LTAIBG y art. 25.2 LTPA) conduce a que la aplicación de los límites se articule como un proceso argumentativo que se despliega en tres fases o momentos sucesivos. En efecto, tal y como hemos declarado en anteriores resoluciones:

"[...] la aplicación de los límites previstos en el art. 14.1 LTAIBG ha de efectuarse en el curso de un proceso integrado por los siguientes pasos: en primer término, debe constatarse que los "contenidos o documentos" [art. 2.a) LTPA] a los que se quiere acceder inciden realmente en la materia definitoria del límite en cuestión (...); acto seguido, ha de identificarse el riesgo de un perjuicio "concreto, definido y evaluable" en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentarse la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada; y finalmente, una vez superado este test, aún habría de determinarse, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información" (así, entre otras, las Resoluciones 81/2016, FJ 6º; 120/2016, FJ 3º; 31/2017, FJ 4º ; 52/2017, FJ 4º y 206/2018, FJ3º).

Por lo tanto, aun asumiendo que el conocimiento de la reiterada "memoria explicativa" puede incidir en la "confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión", es preciso además analizar si la Dirección General ha identificado "el riesgo de un perjuicio "concreto, definido y evaluable" en el supuesto de concederse el acceso", así como si ha argumentado la existencia de "una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada". Pues, como viene sosteniendo de modo constante la jurisprudencia acuñada en el marco de la Unión Europea, "para poder ser invocado el riesgo de perjuicio al interés protegido debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético" [baste citar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2008 (Suecia y Turco/Consejo), apartado 43; asimismo, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de abril de 2005 (Verein für Konsumenteninformation/Comisión), apartado 69]. O para decirlo en los términos que ya empleamos en la Resolución 42/2016, de 22 de junio: "...la aplicación de este límite exige que se argumente la existencia de un riesgo real, actual y concreto para tales intereses, no bastando la exposición de meras conjeturas ni la mención de remotas o hipotéticas posibilidades de que se irroge un perjuicio con motivo de la divulgación de la información" (FJ 9º).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, el órgano reclamado apunta en la Resolución denegatoria que el "informe [de las Comisiones Técnicas Asesoras para la contratación administrativa de la Consejería] tiene el carácter de propuesta, por lo que se considera que dicha información es la base para la toma de decisión de la Mesa de Contratación, que refleja esta decisión en la correspondiente Acta (que está publicada en el perfil del contratante de la Junta de Andalucía)".



No se aporta, por tanto, ningún dato ni ninguna específica argumentación acerca del perjuicio que puede entrañar el acceso a la información para la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

De otro lado, hay que recordar que lo solicitado por el ahora reclamante no fue el informe de las Comisiones Técnicas que sirve de base para la toma de la decisión de la Mesa de Contratación, sino "la memoria explicativa detallada [...] presentada en el sobre 2 por el adjudicatario del expediente 2014/000052", tal y como figura en su escrito de solicitud. Y esta memoria resulta incontrovertiblemente información pública a los efectos del artículo 2 LTPA, ya citado.

Quinto. El órgano reclamado basa igualmente la denegación de la información en la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.b) LTAIBG, que establece que "*[s]e inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes: [...] b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas*".

Este Consejo viene sosteniendo que lo determinante para apreciar si en una información concurre este motivo de inadmisión "*no es la denominación del documento... sino si el contenido de esa información puede considerarse como auxiliar o de apoyo*" (ya en la Resolución 48/2016, FJ 3º; asimismo, por citar algunos casos recientes, las Resoluciones 228/2018, FJ 3º y 241/2018, FJ 3º). Y, más concretamente, en el ámbito de la contratación hemos considerado que no pueden catalogarse como tales los documentos que "*forman parte del procedimiento, constituyen la ratio decidendi del órgano de contratación... y contribuyen, en fin, a la intelección de la decisión adoptada*" (Resolución 117/2016, FJ 2º).

De acuerdo con estas líneas directrices, no cabe considerar acertada la aplicación de esta causa de inadmisión al presente caso. En efecto, como hemos señalado en el Fundamento anterior, el objeto de la información solicitada no es sino un concreto documento aportado por el adjudicatario en el procedimiento de contratación, referente a las medidas y mejoras ofertadas; documento que en modo alguno puede tildarse de información auxiliar o de apoyo al ser indudablemente de relevancia en el proceso de adjudicación.

Sexto. No obstante, concurre en el presente supuesto una circunstancia que no puede obviarse y que impide que resolvamos en este momento sobre el fondo del asunto, a saber, la existencia de terceros que pueden verse afectados con motivo del acceso a la información -el adjudicatario-. Consiguientemente, la Dirección General debió proceder de acuerdo con lo previsto en el art. 19.3 LTAIBG, que establece lo siguiente: "*Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas.*"



El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.”

Se trata, por lo demás, de un trámite que se considera esencial al objeto de asegurar que quien pueda verse afectado por el acceso tengan la posibilidad de presentar las alegaciones que tengan por convenientes con carácter previo a la resolución, y el órgano reclamado habrá de ponderar, a la vista de alegaciones, si procede o no el acceso a la información solicitada.

Así pues, constatada la inobservancia de lo previsto en el citado art. 19.3 LTAIBG en el procedimiento de resolución de la solicitud por parte del órgano reclamado, procede retrotraer el procedimiento, con base en el artículo 119.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al momento en que se conceda el citado trámite de alegaciones a quienes puedan resultar afectados por la información solicitada, y seguir la tramitación correspondiente hasta dictar resolución expresa.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. Acordar la retroacción del procedimiento de resolución de la solicitud de información pública planteada por XXX contra la Dirección General de Movilidad de la Consejería de Fomento y Vivienda, al momento en que se otorgue el período de alegaciones citado en el Fundamento Jurídico Sexto, y tras el cual se continúe el procedimiento hasta dictarse la Resolución correspondiente.

Segundo. El plazo para dictar resolución es el previsto en el art. 32 LTPA, sin perjuicio de la suspensión del plazo derivada de la aplicación del artículo 19.3 LTAIBG.

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