#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

En esta obra, el grupo de trabajo de acceso a la información pública de la Red se adentra en el "alma" de la transparencia a través de historias y relatos reales que ayudan a comprender mejor la importancia del derecho a saber. Esta publicación arroja luz sobre el proceso, algunas veces complejo, que supone acercarse a la administración para obtener los datos o informaciones que necesitamos para múltiples fines.

Esta monografía trata de manera valiente y audaz, entre otros asuntos, la información solicitada en las circunstancias inéditas y dramáticas que la pandemia por la COVID-19 ha provocado en nuestro país, y la forma en que los gestores públicos han tenido que afrontar el reto de difundir información ante una ciudadanía sobrecogida y angustiada por unos sucesos que han sobrepasado con creces cualquier previsión.

Con esta narración, hemos procurado ayudar a descubrir la utilidad de la transparencia, su valor social y, por qué no, también económico para todos aquellos actores que hacen de la información su oficio, pero también su responsabilidad.

© Federación Española de Municipios y Provincias

Se permite compartir, copiar y redistribuir la obra en cualquier formato. Depósito Legal: M-18550-2021





# nuestras vidas Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre

# **Once relatos** sobre cómo el acceso a la información impacta sobre **nuestras vidas**



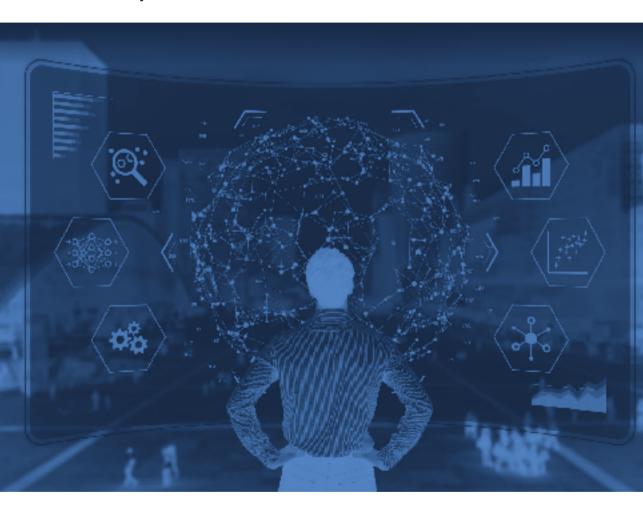








# Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas







1

# Índice

	Abreviaturas	8
	Presentación	9
	Carlos González Serna	
	Presentación	11
	Joaquín Meseguer Yebra	
	Ab initio	13
	Judit Flórez Paredes	
	Colaboran	15
1	Comités de expertos en pandemia: una cuestión de transparencia y de rendición de cuentas	17
'	Javier Sierra Rodríguez	
	1 Planteamiento del caso	17
	2 El origen de la polémica: Las causas de la desconfianza	17
	3 Publicidad activa. El respaldo normativo a la publicación de su composición	26
	4 Solicitudes de acceso para conocer la composición de los Comités de Expertos	27
	5 Reflexiones finales	37
2	Derecho de acceso a la información, gobierno abierto y participación de la sociedad en los	
_	asuntos públicos	39
	Julián Prior Cabanillas	
	1 El origen de la polémica	39
	2 La reclamación de <b>Access Info Europe</b> ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: los "alegatos" de las partes	41
	3 La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	42
	4 El debate en sede judicial	44
	5 El impacto en los medios	48
	6 La repercusión sobre la gestión pública	50

3	El sistema de vigilancia de productos sanitarios	55
	Miguel Ángel Blanes Climent	
	1 Introducción	55
	2 Antecedente del caso: la solicitud de información pública	56
	3 La respuesta negativa de la AEMPS	56
	4 La resolución favorable del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	57
	5 La sentencia nº 131, de fecha 3 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo nº 4	59
	6 La publicación de noticias sobre el caso en distintos medios de comunicación	59
	7 El impacto del caso en la gestión pública	60
4	Agenda de trabajo de los altos cargos: del derecho de acceso a la obligación de publicidad activa	65
	Itziar Ayerdi Fernández de Barrena	
	1 El origen de la transformación	65
	2 Posicionamiento de la Administración ante las reclamaciones presentadas ante el CTBG	69
	3 Posicionamiento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	71
	4 Impacto en los medios	76
	5 Impacto en la gestión	78
5	El derecho de acceso al código fuente y a los algoritmos públicos. El «Caso Civio». Esperando a Godot	81
	María Estrella Gutiérrez David <sup>l</sup>	
	1 Automatización e «inteligencia» en la actividad administrativa	81
	2 «BOSCO». No el pintor, sino el programa informático del «bono social»	84
	3 El código fuente y los algoritmos como información pública. Francia, «PA, Progresa Adecuadamente»; España, «Necesita Mejorar»	85
	4 No sólo cosas de informáticos El interés público en el control de la actividad administrativa automatizada	88
	5 Límites al derecho de acceso al código fuente y a los algoritmos públicos	94
	6 Seguimos esperando a Godot	97
6	Acceso a la información relacionada con los incidentes asociados al uso de ALA OCTA	99
	Concepción Campos Acuña	
	1 El origen de la polémica	99
	2 El impacto en los medios	102
	3 La reclamación ante el Consejo de Transparencia: los alegatos de las partes	103
	4 La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	105
	5 El debate en sede judicial	107
	6 La repercusión sobre la gestión pública	108

7		Los concesionarios de los aparcamientos municipales y su obligación de suministro de información	109
	١	Joaquín Meseguer Yebra	
	1	El origen de la polémica	109
	2	El impacto en los medios	112
	3	La reclamación de los concesionarios ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: los "alegatos" de las partes	113
	4	Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	119
	5	El debate en sede judicial	122
	6	La repercusión sobre la gestión municipal	123
3		De cómo la forma en que se decida prestar los servicios públicos no debería perjudicar a la transparencia	125
		Rosa María Pérez Pablo	
	1	Introducción	125
	2	Breve referencia al asunto e impacto en los medios	126
	3	Los antecedentes. El procedimiento tramitado por la GAIP: el informe de la APDCAT y la resolución del procedimiento	127
	4	Interposición de recurso contencioso-administrativo. Medidas cautelares	137
	5	Breve referencia a otro asunto coincidente en el tiempo con el anterior y también dirigido al mismo sujeto obligado	140
	6	Impacto en la gestión pública. A manera de conclusión: un breve resumen sobre pronunciamientos relevantes	141
9		Contagiados y fallecidos en residencias por la COVID-19	143
	1	Ana Isabel Beltrán Gómez	
	1	El origen de la polémica	144
		El impacto en los medios	145
		La reclamación ante el Comisionado de Transparencia de Castilla y León	149
		La ejecución de la Resolución 171/2020 del Comisionado de Transparencia de Castilla y León	153
	5	La repercusión en la gestión pública	154
0		De los datos a la información: la transparencia de los resultados de las inspecciones sanitaria Arancha Moretón Toquero	<b>s</b> 157
	1	Un <i>leading case</i> español en materia de transparencia de los resultados de las inspecciones sanitarias	160
	2	Los precedentes de este caso	165
	3	La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)	165
	4	El impacto de la resolución en la información ofrecida por los medios de comunicación	170
	5	Las repercusiones de estas resoluciones en otros casos posteriores	173

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

11	El acceso a la información sobre publicidad institucional	175
	Rubén García López	
	1 El planteamiento de la cuestión	176
	2 La presentación de la solicitud de información	179
	3 La formulación de la reclamación	180
	4 La Resolución de la Comisión de Transparencia	181
	5 Repercusiones de la Resolución de la Comisión de Transparencia y de su cumplimiento	183
	6 Otras resoluciones de la Comisión de Transparencia en materia de publicidad institucional	186
	7 Publicación de la información sobre publicidad institucional	187
	8 Conclusiones	189

# Abreviaturas

#### (por orden alfabético)

AEMPS Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

AEPD Agencia Española de Protección de Datos.

APDCAT Autoridad Catalana de Protección de Datos.

Art. Artículo.

CADP Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 18 de junio de 2009.

CAIB Comissió per la Resolució de les Reclamacions en Matèria d'Accés a la Informació Pública (Comisión

para la Resolución de Reclamaciones en Materia de Acceso a la Información Pública de las Islas

Baleares).

CE Constitución Española.

CEDH Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de

las Libertades Fundamentales.

CTAR Consejo de Transparencia de Aragón.

CTBG Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

CTCA Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias.

CTCyL Comisionado de Transparencia de Castilla y León.

CTGA Comisión da Transparencia de Galicia.
CTNA Conseio de Transparencia de Navarra.

CTPDA Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

CTRM Consejo de Transparencia de la Región de Murcia.

CTVA Consell de Transparència (Consejo de Transparencia de la Comunitat Valenciana).

GAIP Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (Comisión de Garantía del Derecho

de Acceso a la Información Pública).

F.D. Fundamento de Derecho.
F.J. Fundamento Jurídico.

IPSAB Informazio Publikoaren Sarbiderako Euskal Batzordea (Comisión Vasca de Acceso a la Información

Pública).

LAIMA Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de

participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

LFTIPBG Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

LGA-EX Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

LOPD Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LPAC Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas.

LPH Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

LRBRL Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

I RISP Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público. LRJAP-PAC Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. **LRJSP** Lev 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. LTAI-CA Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública de Canarias. LTAIPBG-CAT Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña. LTAP-AR Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón. **LTAIBG** Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. LTBG-BA Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears. LTBG-CLM Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha. LTBG-GA Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno. I TBG-I R Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja. LTBG-VA Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana. LTP-AN Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León. LTPC-CvL LTPC-RM Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. OTAIRE-FEMP Ordenanza Tipo de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización de la Federación Española de Municipios y Provincias de 25 de mayo de 2014. Reglamento Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al Acceso del Público a los Documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la 1049/2001 Comisión. **ROF** 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. SAN Sentencia de la Audiencia Nacional. STC Sentencia del Tribunal Constitucional. STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. STGUE Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

**STJCCA** 

STJUE

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TRLCSP Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de

Sentencia de Juzgado Central Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

la Ley de Contratos del Sector Público

#### CARLOS GONZÁLEZ SERNA

Presidente de la RED. Alcalde de Elche

Una de las actividades habituales que se desarrolla en la Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP, desde su creación, es la edición de guías y manuales que aborden las cuestiones más relevantes desde el punto de vista didáctico y encaminadas a la generación de conocimiento y difusión de la cultura de la Transparencia, el buen gobierno y la participación ciudadana en las Entidades I ocales.



Siguiendo esta dinámica se han publicado, al amparo de la RED, diversas obras coordinadas por los expertos que están al frente de los grupos de trabajo abarcando distintas materias. La rigurosidad técnica y las materias abordadas hacen de este catálogo un referente de conocimiento que la RED pone a disposición de todos los interesados de forma abierta y gratuita.

Continuando con la línea iniciada en materia de acceso a la información pública, de la que ya se publicaron los volúmenes I y II de "Aspectos clave en materia de Derecho a información Pública" que tenían un componente más teórico-normativo; ve la luz en esta ocasión una obra en la que los expertos utilizan ejemplos para analizar los puntos de mejora que en materia de Información Pública pueden abordar las distintas Administraciones.

Desde la Presidencia de la RED quiero agradecer el esfuerzo y dedicación de los profesionales que han colaborado en la creación de esta obra, destacando su compromiso para intentar dar visibilidad a estas materias de forma rigurosa.

Muchas gracias

#### Joaquín Meseguer Yebra

Coordinador del grupo de trabajo.

Director General de Transparencia y Buen Gobierno. Junta de Castilla y León

Presentación

En esta obra, los que formamos el grupo de trabajo de acceso a la información pública de la Red hemos querido ir un poquito más allá de las obras técnicas que hemos publicado años atrás, para adentrarnos en el "alma" de la transparencia a través de historias y relatos reales que nos ayuden a comprender mejor la importancia del derecho a saber, a comprender, en nuestra sociedad. Los datos, la información, sin contexto sirven de poco, incluso pueden resultar engañosos o distorsionar el conocimiento necesario que necesitamos tener de la gestión pública y su impacto en nuestras vidas.

Con esta publicación, hemos querido arrojar luz sobre el proceso, algunas veces tortuoso, no nos engañemos, que supone acercarse a la administración para obtener los datos o informaciones que necesitamos para múltiples fines. La respuesta de la administración, su revisión por los comisionados de transparencia y los tribunales, la crónica que de ello hacen los medios de comunicación y el impacto de cada uno de estos asuntos en la gestión pública conforman, en muchos casos, el círculo virtuoso de la transparencia.

Queremos que esta narración, que hemos procurado esté lo más exenta posible de tecnicismos jurídicos y en un lenguaje desprovisto de "hojarasca retórica", descubra la utilidad de la transparencia, su valor social y, por qué no, también económico para todos aquellos actores que hacen de la información su oficio, pero también su responsabilidad. Pero sobre todo para la ciudadanía, que es para quien trabajamos y ponemos todo el cuidado y mimo en nuestro trabajo cotidiano.

Gracias a las compañeras y los compañeros del grupo de trabajo por su esfuerzo, compromiso y paciencia. No puedo imaginar mejor compañía en este reto de dar a luz una nueva obra. Y, por supuesto, a la Red, a su presidente y secretario técnico, por servir de hilo conductor y dar cobertura a esta publicación en la confianza de que resultará de utilidad al resto de profesionales que trabajan con el objetivo de hacer que la misión de las Administraciones de nuestro país se conozca y comprenda mejor.

#### JUNIT FLÓREZ PARENES

Directora de Servicios Jurídicos y Coordinación Territorial. FEMP



Los once relatos que componen esta nueva publicación de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana son, una vez más, el fruto del trabajo riguroso que los colaboradores del Grupo de Trabajo de acceso a la información pública han realizado tras meses de análisis, debate, recopilación y seguimiento de las informaciones publicadas o solicitadas a las entidades públicas.

La exigencia científica que contiene el tratamiento de todos y cada uno de los relatos demuestra la extraordinaria calidad profesional de los expertos que han elaborado esta publicación y, también, el compromiso permanente con la necesidad de avanzar en la transparencia y calidad democrática de nuestras instituciones.

Esta publicación trata de manera valiente y audaz, entre otros asuntos la información solicitada en las circunstancias inéditas y dramáticas que la pandemia por la COVID19 ha provocado en nuestro país y la forma en que los gestores públicos han tenido que afrontar el reto de difundir información ante una ciudadanía sobrecogida y angustiada por unos sucesos que han sobrepasado con creces cualquier previsión.

La gestión informativa de cualquier crisis contiene, seguramente, ciertos índices de improvisación y, en muchas ocasiones, un exceso de información no siempre correctamente incorporada al mensaje que se quiere trasladar. Esto es precisamente lo que debe corregirse a través de una información transparente, accesible, contrastada y rigurosa y esto mismo es lo que persiguen nuestros expertos cuando abordan los relatos que a continuación se exponen.

En momentos como los actuales en que la gobernanza de los asuntos públicos comienza a instalarse en el lenguaje político e institucional es necesario más que en ningún otro momento aplicar este concepto en materia de acceso a la información pública; una cogobernanza tal que quien informa cumpla su obligación siguiendo no solo los criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales, sino también teniendo presente la necesidad de que la información transmitida pueda satisfacer las expectativas de quien la recibe.

Esto es especialmente aplicable a la prestación de los servicios públicos tal y como se pone de manifiesto en la publicación, en particular en la prestación y gestión de la salud y la sanidad públicas y en los servicios de atención a las personas en general. Si algo nos han enseñado estos tiempos difíciles es la necesidad de fortalecer los sistemas públicos de atención a la salud en todos sus niveles asistenciales y territoriales, especialmente para los colectivos más vulnerables. Y precisamente una buena información pública sobre el sistema asistencial, sanitario y social contribuye sin duda a ese fortalecimiento y a satisfacer las demandas de una ciudadanía que exige cada vez más una mayor y mejor información en la gestión de los servicios públicos esenciales.

A ello dedican nuestros colaboradores el trabajo que contiene esta publicación y en ello han ocupado sus investigaciones durante largos meses.

Quiero trasladar el agradecimiento y el reconocimiento de la FEMP por este trabajo, realizado en condiciones tan difíciles como las que nos ha impuesto la pandemia sin menoscabar la calidad de la investigación ni el rigor en el tratamiento de todos los supuestos relatados.

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

Mi agradecimiento a Javier, Julián, Miguel Ángel, Itziar, Estrella, Anabel, Conchi, Rosa, Beatriz, Arancha y Rubén, y a Joaquín Meseguer, por su labor de coordinación y de apoyo permanente a esta Federación.

A la Red de Entidades Locales por la Transparencia y la Participación Ciudadana que desde su constitución sigue avanzando hacia una mayor calidad democrática de nuestros gobiernos locales y a quienes desde una gran ciudad o el más pequeño de nuestros municipios han perseverado en ayudar a sus vecinos para superar los momentos tan trágicos que la pandemia nos ha hecho sufrir.

A ellos, ad honorem

# Colaboran

#### Colaboran en esta publicación por orden de aparición:

#### JAVIER SIERRA RODRÍGUEZ.

PROFESOR, UNIVERSIDAD DE MURCIA.

#### JULIÁN PRIOR CABANILLAS.

COORDINADOR DE ÁREA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

DIRECCIÓN GENERAL DE GOBERNANZA PÚBLICA. MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y FUNCIÓN PÚBLICA

#### MIGUEL ÁNGEL BLANES CLIMENT.

TÉCNICO JURÍDICO. SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.

#### ITZIAR AYERDI FERNÁNDEZ DE BARRENA.

DIRECTORA DEL SERVICIO DE GOBIERNO ABIERTO Y ATENCIÓN A LA CIUDADANÍA.

VOCAL DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE NAVARRA.

#### MARÍA ESTRELLA GUTIÉRREZ DAVID.

PROFESORA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

#### CONCEPCIÓN CAMPOS ACUÑA.

SECRETARIA DEL GOBIERNO LOCAL. AYUNTAMIENTO DE VIGO (PONTEVEDRA)

#### JOAOUÍN MESEGUER YEBRA.

DIRECTOR GENERAL DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO. JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. COORDINADOR DE LA OBRA

#### ROSA MARÍA PÉREZ PABLO.

JEFA DEL ÁREA DE LEGISLACIÓN Y ASUNTOS JURÍDICOS. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA.

#### ANA ISABEL BELTRÁN GÓMEZ.

JEFA DE SERVICIO DE TRANSPARENCIA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN Y SECRETARIA DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA DE ARAGÓN.

#### ARANCHA MORETÓN TOQUERO.

PROFESORA, UNIVERSIDAD DE VALLADOLID.

#### RUBÉN GARCÍA LÓPEZ.

SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE TRANSPARENCIA DE CASTILLA Y LEÓN.

#### BEATRIZ C. MARTÍNEZ ISIDORO (MARTISI)

PROFESORA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

ADEMÁS FORMAN PARTE DEL GRUPO DE TRABAJO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA BORJA COLÓN DE CARBAJAL Y JOAQUÍN M. BURGAR ARQUIMBAU, DE LA DIPUTACIÓN DE CASTELLÓN

## Comités de expertos en pandemia: Una cuestión de transparencia y de rendición de cuentas



**Nota sobre el contenido y citación de este relato**. El caso que se expone en las siguientes páginas es una adaptación y reproducción parcial del capítulo de libro titulado "La transparencia y la rendición de cuentas sobre los Comités de Expertos en pandemia", que forma parte de la obra colectiva coordinada por Severiano Fernández Ramos, José María Pérez Monguió y Ana Galdámez Morales, titulada *Nuevos enfoques sobre el derecho de acceso a la información pública*, prevista para su publicación en 2021 por la editorial Aranzadi – Thomson Reuters.



#### Planteamiento del caso

En este texto abordamos la información sobre los comités de expertos que asesoraban al Gobierno sobre el COVID-19, como una de las controversias sobre la falta de transparencia que surgió en los primeros meses tras el estallido de la crisis del Coronavirus.

Tras la declaración del Estado de Alarma en marzo de 2020, se hizo alusión constantemente a los comités que asesoraban al Gobierno del Estado. Sin embargo, no se ofrecía una información nítida sobre su existencia y composición, mientras que afloraban las preguntas de los periodistas, dando lugar a una polémica que estuvo presente de manera intermitente en los medios de comunicación y en la agenda de los partidos políticos hasta finales del año 2020.

En este caso, el conocimiento concreto de los comités de asesoramiento, de su composición y de sus actas, puede no tener una aplicación o beneficio directo en términos tangibles; pero ello no debe distraer el extraordinario valor intangible que aporta su conocimiento cuando es demandado por la sociedad porque contribuye a la generación de confianza ciudadana.

Para la reconstrucción del caso de análisis que se desarrolla en las siguientes páginas, se ha acudido a una variedad de fuentes que incluye noticias de medios de comunicación; notas de prensa y declaraciones del Gobierno; información verificada de empresas de *fact-checking*, así como los contenidos de diversas resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) que se dictaron sobre la materia.



#### El origen de la polémica: Las causas de la desconfianza

En tiempos de incertidumbre y cuando se producen situaciones de concentración del poder gubernamental — como sucede ante la declaración de los estados excepcionales— la información y la transparencia se hace aún

más necesaria. No solo para facilitar sosiego a la población que demanda información y claridad sobre la actuación pública, sino también para contribuir al control de la acción de gobierno y facilitar la rendición de cuentas.

Pasadas algunas semanas desde la declaración del Estado de Alarma el **14 de marzo de 2020**, surgieron algunas polémicas en torno a la falta de transparencia en lo que se llegaría a considerar un "retroceso" durante el periodo inicial de pandemia (Valero Torrijos y Cerdá Meseguer, 2020: 123). Éstas se debían a motivos diversos: la paralización de los plazos administrativos que afectaban a la resolución de las solicitudes de información pública; la escasez de publicidad sobre los contratos de emergencia; la duda persistente respecto a la exactitud de los datos oficiales sobre fallecimientos; o por la selección de preguntas de los periodistas durante las ruedas de prensa (Martínez Isidoro, 2021).

A estas polémicas se unió la derivada de los comités de expertos que se mencionaban de manera habitual durante las declaraciones públicas. Sobre ellos coexistía información que posteriormente se comprobaría que era fidedigna, con información más fragmentada o inexacta que incluso era contradictoria, lo que producía incredulidad respecto a todo lo que envolvía a los comités.

Conforme iban pasando las semanas se llegó a dudar de su existencia. Las mayores suspicacias venían de considerar que podían ser sólo fruto de la ilusión de la comunicación política, con la finalidad de mostrar un aparente cariz técnico a las decisiones por estar respaldadas o informadas por expertos independientes.

# 2.1

# La falta de explicaciones como impulsora de la polémica

Bajo el contexto descrito arraigó cierta susceptibilidad ante cualquier información oficial que tuviese visos de inexactitud o fuese incompleta. Y por ello, lo que provocó especialmente esta desconfianza eran las negativas frecuentes a desvelar su composición ante las preguntas de periodistas.

Así, por ejemplo, uno de los comités que centró una mayor atención fue el que participaba en los informes sobre los que se decidiría qué provincias cambiarían de fase en la desescalada del confinamiento¹. El 6 de mayo de 2020, Fernando Simón, Director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) del Ministerio de Sanidad y cara visible de la actuación gubernamental a lo largo de la pandemia, justificaba ante los medios de comunicación que no se haría pública su composición:



<sup>1</sup> Tras la declaración del Estado de Alarma, una de las medidas más duras fue el confinamiento en los hogares que estuvo vigente desde el 15 de marzo de 2020. A finales de abril se anunció un plan de desconfinamiento, que se llevaría a cabo por territorios mediante la flexibilización las restricciones en función de la situación sanitaria, y que se daría por concluido el 21 de junio con el levantamiento del Estado de Alarma.

No les voy a dar los nombres de ninguna persona del equipo porque en todo este proceso las presiones que sufre cualquier persona de la que se da el nombre por parte de la sociedad en general y de los medios de comunicación en particular, acaba haciendo muy difícil que pueda trabajar con la suficiente libertad (...) Si me permiten, no voy a dar el nombre de ninguno (...) Lo mejor es que hagan su trabajo correctamente y de la forma más independiente posible" (El Gobierno oculta ilegalmente quiénes son los expertos que deciden las fases del desconfinamiento. ElMundo.es 07/05/2020).

Esta negativa, reiterada por otras instancias gubernamentales, tuvo un amplio eco en los medios de comunicación y se repetiría a lo largo del tiempo cuando salía algún tipo de información sobre los comités. Tras la estimación de la mayoría de las reclamaciones interpuestas ante el CTBG —en los últimos meses de 2020— se reavivaría la polémica hasta que se hizo pública toda la información, aclarando el mapa de comités y la relación de sus participantes, componiendo de este modo un *puzzle* un que había estado incompleto desde que se empezó a hablar de ellos.

#### 2.2 ¿Comités, grupos o paneles que no eran comités?

Prácticamente la única fuente de información sobre los comités era el gobierno<sup>2</sup> y en la información que se emitía las denominaciones utilizadas variaban en función del emisor: comités, grupos, paneles, etc. De este modo, al no existir una enumeración clara de los comités y de sus funciones desde el principio, la confusión era generalizada y se resume con nitidez en la siguiente descripción de la empresa de *fact-cheking* Newtral:



El Gobierno ha conformado otros grupos de asesores durante el estado de alarma cuyos miembros sí se conocen, pero que también han generado confusión. Es difícil saber cuántos comités hay actualmente — científico, técnico, científico-técnico—, quiénes son sus miembros, cuándo se reúnen, qué informes producen o cuánto peso tienen en las decisiones que toma el Ejecutivo ("¿Un comité de expertos transparente? Lo que sabemos y lo que deberíamos saber". Newtral 07/05/2020).

Por ello, tampoco se sabía con exactitud si se trataba de órganos formales o informales. Se daba por hecho que serían órganos formales, y por tanto, se debía publicar la información sobre ellos según la Ley de Transparencia

<sup>2</sup> En estas situaciones adquiere relevancia la función social que ejercen los profesionales del periodismo cuando actúan como fiscalizadores de la información y no únicamente como reproductores de las declaraciones de los personales públicos (Diez Garrido, 2020).

y la Ley General de Salud Pública. Con posterioridad se conocería que ninguno de los comités estuvo constituido formalmente.

#### 2.3

# ¿Comités de expertos independientes o comités internos?

Los periodistas asumían que los comités de expertos, eran aquellos que estaban integrados por personas externas a la administración, enfatizando en la palabra "expertos" como definitoria de este tipo de comités. El carácter de la composición era relevante porque muchas de las decisiones tenían un amplio componente político, y serían menos discutidas si estaban alejadas de la esfera política y se fundamentaban en la opinión cualificada de expertos solventes e independientes.

Por ello, la utilización indiscriminada de este término con independencia de que fuesen compuestos por personas externas, o por internas de la administración, también contribuyó a que la polémica estuviese viva. A continuación, se puede observar cómo en las declaraciones de diversos líderes políticos, a veces se hacía una clara distinción y otras no<sup>3</sup>.



Son los técnicos del Ministerio de Sanidad que está conformado por los funcionarios habituales (...) son ellos los que formulan, evacúan los diferentes informes (...) el Comité de Expertos por tanto lo que hace es asesorar

<sup>3</sup> Hay autores que sostienen que muchas de las confusiones informativas se produjeron porque cada Ministerio informaba de aquello que estaba dentro su ámbito de competencia y que faltaba coordinación, "provocando una gran saturación de comparecencias y ruedas de prensa diarias" a las que debían sumarse las intervenciones de Presidente del Gobierno (Ibáñez Peiró, 202: 312).

al gobierno en su totalidad, lo ha estado asesorando desde el primer momento, pero los responsables de evaluar el panel de indicadores (...) son los funcionarios habituales y son los miembros del CCAES (Declaraciones de la Ministra Portavoz, María Jesús Montero, el 8 de mayo de 2020).



Por otro lado permanecerán, provisionalmente, en la Fase 0, la fase de preparación para esa desescalada, las zonas que, a juicio, a juicio siempre, de los expertos, no cumplen todavía con las exigencias de salud pública necesarias (Comparecencia del presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, el 9 de mayo de 2020).

Es ilustrativo el titular publicado en la página web de RTVE.es en julio de 2020 sobre la información que se iba conociendo sobre este comité: "Sanidad reconoce que no hubo un comité de expertos para la desescalada al margen del equipo de Fernando Simón". Esta información sería posteriormente confirmada, una vez que se publicaron los nombres del equipo de técnicos que elaboraba los informes, dando lugar a titulares como siguiente: "El gobierno confiesa, por obligación, su mentira: el comité de expertos de la desescalada eran Simón y su equipo", y subtitulaba "se guio solo por criterios sanitarios al contar con 15 técnicos del Ministerio y mintió al decir que había algunos externos" (ABC.es 30/12/2020).



Fuente: RTVE.es (30/07/2020).



Fuente: ABC.es (30/12/2020).

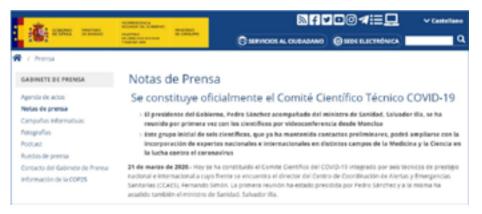
#### 2.4 ¿Pero qué Comités? El listado de comités

Ante la abundancia de información inexacta, tanto de las fuentes originales gubernamentales, como de la interpretación o resultados de las indagaciones realizadas por terceros, se hace necesario ofrecer al lector un breve panorama de los comités de la polémica antes de continuar con los siguientes apartados.

Hubo cuatro grupos de personas —más que comités— asociados a la información que se demandaba, dos con funciones de asesoramiento sobre el COVID y dos centrados en el proceso de desescalada<sup>4</sup>. De cada par de grupos, solo uno estaba formado por expertos externos, mientras que el otro se componía principalmente trabajadores públicos ligados al Ministerio de Sanidad. A continuación se detalla cada uno de ellos.

#### a) El comité de expertos externos de la COVID

El denominado **Comité Científico-Técnico de la COVID-19** se dio a conocer, junto con su composición, nada más constituirse en marzo de 2021<sup>5</sup>. Apenas hubo controversia sobre su existencia y funcionamiento, más allá de las posibles confusiones con otros comités y de las solicitudes para confirmar su composición o tener acceso a sus informes. Ejercía funciones de asesoramiento y contaba con expertos externos.



Fuente: Ministerio de Sanidad (21/03/2020).

No obstante, pese a que había sido anunciada su constitución oficial, el Ministerio de Sanidad vendría a afirmar que no se trató de un órgano colegiado, sino que simplemente acogía la denominación de comité como fórmula "meramente nominativa o identificativa, sin que se puedan inferir consecuencias jurídicas de la misma"<sup>6</sup>. Es decir, que se trataría de algo informal, alejado de cualquier estructura de las que se contemplan como órganos colegiados según la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

<sup>4</sup> No obstante, hubo otros comités y grupos de trabajo. Algunos de ellos fueron el Grupo de Trabajo Multidisciplinar dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación; el Comité de Coordinación Interministerial y el Comité de Expertos para elaborar el Informe España 2030-2050, ambos dependientes del Ministerio de la Presidencia.

<sup>5</sup> En la nota de prensa del Ministerio de Sanidad de 21 de marzo de 2020 se daba a conocer su composición nominal con seis integrantes iniciales, junto al Director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES), Fernando Simón.

<sup>6</sup> Según la información contenida en la Resolución del CTBG núm. 666/2020, de 4 de enero de 2021, a este grupo se incorporaron posteriormente dos personas más y se aclaraba que no fueron retribuidos, ni efectuaron declaraciones de intereses.

#### b) El comité de expertos externos para la elaboración del Plan de Desescalada

La composición del comité de expertos que participaría en la elaboración el Plan de Desescalada se difundió a través de la agencia EFE el 29 de abril de 2020 bajo el siguiente titular: "Este es el consejo de sabios que asesora al Gobierno en la desescalada". Este comité dependía del Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico y acogía un grupo pluridisciplinar de numerosos profesionales que se podían agrupar en tres ámbitos según su procedencia: sanitario, económico y social, e internacional. Su misión era informar la elaboración del plan de desescalada, también denominado "Plan para la Transición hacia una nueva normalidad" que se aprobaría el 28 de abril de 2020 por el Consejo de Ministros.

Como en el caso anterior, el Ministerio vino a confirmar que no se trataba de un órgano formal y que "cuando se ha aludido a un `grupo de desescalada' no se estaba haciendo referencia a un conjunto formal organizado de personas, que se reunieran de forma sistemática, y cuya finalidad fuera la de formular informes u otro tipo de documentos. La actuación para la que se ha solicitado su participación u opinión, el proceso de desescalada, por su propia naturaleza, exige una inmediatez en la respuesta que no es compatible con la conformación de un órgano formal, ni su finalidad es la de cubrir o suplir las funciones que ya desempeñan órganos propios de la Administración".

Las principales controversias sobre este grupo derivaron de la falta de información respecto a su carácter y alcance de sus funciones. Por un lado, se había dado a conocer como el grupo que iba a elaborar al plan de desescalada, aunque en realidad se limitó a actuar como panel de expertos que "ha aportado sus conocimientos para la redacción del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad"<sup>8</sup>. Por otra parte, se confundía con el comité que participaba en los informes que servirían de base para decidir el cambio de fase durante el desconfinamiento.

#### c) Los dos equipos de expertos que no eran externos: del COVID y de la desescalada

Una vez indicada la composición de los dos comités de personas expertas y externas, quedarían los otros dos comités, formados principalmente por personal del Ministerio de Sanidad, a los que se aludía frecuentemente en declaraciones públicas como expertos, ocasionando confusión sobre la verdadera naturaleza de los equipos que los integraban (sin perjuicio de que también fuesen expertos en su ámbito).

Por un lado estaba el denominado **Comité de Evaluación y Seguimiento del COVID-19**, que se venía a identificar con la labor de asesoramiento, análisis diario y emisión de informes sobre el estado de situación del COVID.

El segundo de los comités internos, al que se hacía alusión como **Comité Técnico para la Desescalada**, fue el que más polémica generó, porque inicialmente se confundía con el de expertos externos, y porque se le atribuía la decisión final de decidir que provincias pasaban de fase. A ello se sumaría un especial hermetismo y las negativas públicas a desvelar su composición.

Con posterioridad, se podría conocer que en ambos casos se trataba fundamentalmente de reuniones de técnicos del Ministerio y no de comités como tal<sup>9</sup>. Sobre el primero se diría que eran simplemente reuniones diarias de carácter interno; y sobre el segundo, que se correspondía con la labor de elaboración de informes realizados "por un equipo de profesionales formado por técnicos adscritos al Ministerio de Sanidad y técnicos designados por

<sup>7</sup> Extracto de las alegaciones del Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico contenidas en la resolución del CTBG núm. 400/2020, de 3 de septiembre.

<sup>8</sup> Extracto de las alegaciones del Ministerio de Sanidad contenidas en la Resolución del CTBG núm. 440/2020, de 15 de octubre.

<sup>9</sup> Las alegaciones del Ministerio de Sanidad contenidas en la resolución de la reclamación del CTBG núm. 666/2020, de 4 de enero de 2021, permitirían conocer la relación nominal de 15 técnicos vinculados con el Ministerio de Sanidad entre los que estarían incluidos los miembros de ambos comités.

cada una de las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias y funciones", sobre cuyos contenidos tomaba sus decisiones el Ministerio de Sanidad.

CUADRO RESUMEN DE LA COMPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES "COMITÉS"			
Comité Científico-Técnico de la COVID-19	Comité de Expertos que diseñó el Plan de Desescalada (grupo pluridisciplinar, panel de expertos)		
<ul> <li>Funciones: asesoramiento sobre el COVID-19.</li> <li>Dependencia: Ministerio Sanidad.</li> <li>Composición: 7 personas (ampliado a 9 posteriormente).</li> <li>Perfil: principalmente expertos externos.</li> <li>Presencia de expertos: sí.</li> <li>Constitución formal: no.</li> </ul>	<ul> <li>Funciones: asesoramiento al gobierno para la elaboración del plan de desescalada.</li> <li>Dependencia: Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico.</li> <li>Composición: 15-20 personas¹º.</li> <li>Perfil: expertos externos y altos cargos.</li> <li>Presencia de expertos: sí.</li> <li>Constitución formal: no.</li> </ul>		
Comité de Evaluación y Seguimiento del COVID-19 (técnicos del Ministerio)	Comité Técnico para la Desescalada (equipo de técnicos que elaboró los informes)		
<ul> <li>Funciones: valoración diaria del riesgo y propuestas de actuación.</li> <li>Dependencia: Ministerio Sanidad.</li> <li>Composición: no determinada<sup>11</sup>.</li> <li>Perfil: funcionarios públicos.</li> <li>Presencia de expertos: no.</li> <li>Constitución formal: no.</li> </ul>	<ul> <li>Funciones: elaboración de los informes de progresión a partir de los que se decidía que provincias pasaban de fase.</li> <li>Dependencia: Ministerio de Sanidad.</li> <li>Composición: 15 personas del Ministerio de Sanidad y técnicos de las Comunidades Autónomas.</li> <li>Perfil: miembros de la DG Salud Pública y designados por las Comunidades Autónomas.</li> <li>Presencia de expertos: no.</li> <li>Constitución formal: no.</li> </ul>		

Fuente: elaboración propia.

<sup>10</sup> Según la información contenida en la Resolución del CTBG núm. 400/2020, de 3 de septiembre, participaron quince personas entre expertos y altos cargos, aunque en la resolución del CTBG núm. 440/2020, de 15 de octubre, se mencionaba que se trataría de una veintena de personas.

<sup>11</sup> El CTBG entendía que los componentes de este grupo estarían "razonablemente" comprendidos en la enumeración de técnicos que se había facilitado sobre el comité técnico para la desescalada, a raíz de la reclamación que dio lugar a la resolución del CTBG núm. 666/2020, de 4 de enero de 2021.



# Publicidad activa. El respaldo normativo a la publicación de su composición

A lo largo de toda la controversia fueron diversos los actores que participaron en la obtención de información —organizaciones cívicas, empresas de *fact-checking*, periodistas y particulares— que exploraron las diversas vías contenidas en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG)<sup>12</sup>.

Como es sabido, los mecanismos de *transparencia legal*, es decir, aquellos que recoge la LTBG son de dos tipos. Por un lado, la publicidad activa, que responde a la obligación de las entidades públicas de difundir información sin necesidad de que haya sido solicitada; y por otro lado, el derecho de acceso a la información pública, que puede ser ejercido por cualquier ciudadano. A continuación se examina la primera de estas vías.

#### 3.1

#### Examen según la Ley de Transparencia

La Ley de Transparencia establece entre sus artículos 6 a 8 la relación de la información que es objeto de publicidad activa<sup>13</sup>. Su artículo 6.1 se refiere a la "información institucional, organizativa y de planificación", y menciona expresamente como información que debe ser pública, la relativa a las funciones, normativa de aplicación, así como a la estructura organizativa, y añade "a estos efectos, incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional".

Bajo estas previsiones se fundamentaban las expectativas de quienes demandaban que se hiciera pública la composición de los comités. Sin embargo, a la hora de analizar si eran de aplicación estas obligaciones de transparencia, habría que diferenciar si los comités habían sido creados e integrados formalmente en la estructura administrativa —en cuyo caso sería de aplicación este artículo 6.1 LTBG —; o si por el contrario, se trataba de comités o grupos informales.

Ante una denuncia formulada por la empresa de verificación de noticias *Maldita* por incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Ministerio de Sanidad, venía a ofrecer una de las primeras respuestas formales que negaba su existencia en un informe fechado el 19 de mayo de 2020: "no existe ningún comité de expertos encargado de la evaluación de la situación sanitaria de las comunidades autónomas y que decida las provincias o territorios que pueden avanzar en el proceso de desescalada". El informe añadía que las responsabilidades que se habían venido atribuyendo a este comité en declaraciones a los medios eran realmente de la Dirección General. De este modo, el CTBG señalaba que no era parte de la estructura administrativa —al constituir un comité *ad hoc*—, por lo que no era de aplicación el artículo 6.1 LTBG.

Por ello, aunque los comités existiesen informalmente, si no habían sido creados oficialmente no eran objeto de publicidad activa, pese a que se había hecho referencia constante a su existencia en declaraciones y notas de prensa emanadas del gobierno. De ahí que se observe un importante déficit de la regulación de la LTBG porque la "transparencia legal" no permite abordar situaciones como la analizada.

<sup>12</sup> Los grupos políticos también incidieron en esta cuestión en las comparecencias parlamentarias, e incluso algunos grupos políticos solicitaron la intervención del Defensor del Pueblo.

<sup>13</sup> Estas obligaciones se agrupan en varias categorías principales: información institucional, organizativa y de planificación (art. 6); registro de actividades de tratamiento de datos personales (art. 6bis); información de relevancia jurídica (art. 7); e información económica, presupuestaria y estadística (art. 8).

#### 3.2

#### Las previsiones de la Ley General de Salud Pública

En la denuncia de *Maldita* también se argumentaba que los miembros de los comités debían ser conocidos públicamente conforme a lo dispuesto en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Ésta proclama un principio de transparencia sobre las actuaciones en materia de salud pública y acciones de salud colectiva (art. 3), pero además, en el caso de los expertos sería de aplicación el artículo 11, que bajo la rúbrica "colaboración en salud pública e imparcialidad en las actuaciones sanitarias" hace mención a "las organizaciones científicas y profesionales y a las personas expertas con quienes colaboren en las actuaciones de salud pública". Sobre ellas, realiza un mandato por el que "será pública la composición de los comités o grupos que evalúen acciones o realicen recomendaciones de salud pública, los procedimientos de selección, la declaración de intereses de los intervinientes, así como los dictámenes y documentos relevantes, salvo las limitaciones previstas por la normativa vigente".

De este modo, como asevera Blanes Climent (2020: 19) no se trataría de algo voluntario y existía la obligación de publicación sin que la protección de datos constituyese una barrera. Así, se podría exigir la publicación de los componentes de los comités al margen de que estuviesen constituidos formalmente. Sin embargo, a través de un oficio en el que respondía a la denuncia, el CTBG se declaraba incompetente para controlar las obligaciones de publicidad activa contenidas en normas distintas a la Ley de Transparencia. En efecto, el mandato del artículo 9.1 LTBG por el que se atribuye al CTBG el control de la publicidad activa, se circunscribe a las obligaciones contenidas en la misma Ley para la Administración General del Estado<sup>14</sup>, por lo que también quedaba cerrada esta posible vía para conseguir la información.

En cualquier caso, cabe preguntarse si el CTBG podría aspirar a controlar este tipo de obligaciones concretadas en leyes distintas a la Ley de Transparencia. La postura que aquí se defiende es que se debería aplicar una interpretación expansiva de sus funciones, bajo la atribución genérica que el artículo 34 LTBG deposita en el Consejo de Transparencia al establecer como sus fines "promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno". Así, el CTBG no debería limitarse conforme al aforismo jurídico "donde la ley no distingue, no se debe distinguir" y, además, se convierte en una atribución necesaria si se quiere contribuir con efectividad al objetivo de incrementar la transparencia tal y como propone la LTBG.



# Solicitudes de acceso para conocer la composición de los Comités de Expertos

La segunda vía explorada por los demandantes de información fue el derecho de acceso a la información pública, cuyo ejercicio se recoge en los artículos 17 a 22 de la Ley de Transparencia, y que permite obtener una

<sup>14</sup> El artículo 9.1 LTBG indica expresamente: "El cumplimiento por la Administración General del Estado de las obligaciones contenidas en este capítulo será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno".

información pública siempre que no incurra en las causas de inadmisión<sup>15</sup>, suponga un perjuicio respecto a las materias que actúan como límite al derecho de acceso<sup>16</sup> o sea incompatible con la protección de datos personales.

Para su análisis, se tomó una muestra de doce solicitudes relacionadas con la composición y actividad de los comités que terminaron siendo objeto de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CUADRO I). Sobre ellas, se analizan las distintas vicisitudes que acontecieron y los aspectos más destacables de las resoluciones del CTBG.

CUADRO I. RELACIÓN DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN ANALIZADAS			
Reclamaciones	Solicitud de acceso	Respuestas de la administración	
<ul> <li>Núm. 386/2020</li> <li>Fecha: 07/10/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria</li> </ul>	<ul> <li>Fecha: 13/04/2020</li> <li>Información solicitada: Actas reuniones comités COVID-19 y documentación del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: Silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>	
<ul> <li>Núm. 400/2020</li> <li>Fecha: 3/09/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria por motivos formales</li> </ul>	<ul> <li>Fecha: 11/05/2020</li> <li>Información solicitada: Identidad de participantes en el grupo multidisciplinar para la desescalada e informes emitidos.</li> <li>Ministerio de Transición Ecológica y Reto Demográfico.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 1/07/2020 (denegación e inadmisión).</li> <li>En vía de reclamación: 28/07/2020</li> </ul>	
<ul><li>Núm. 440/2020</li><li>Fecha: 15/10/2020</li><li>Resolución: Desestimatoria</li></ul>	<ul> <li>Fecha: 19/05/2020</li> <li>Información solicitada: Actas de las reuniones del Comité Técnico de Seguimiento del Coronavirus.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 11/08/2020 (extemporánea).</li> <li>En vía de reclamación: 3/09/2020</li> </ul>	
<ul> <li>Núm. 492/2020</li> <li>Fecha: 6/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria</li> </ul>	<ul> <li>Fecha: 8/05/2020</li> <li>Información solicitada: Comité de expertos asesor en la desescalada.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: Silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>	

<sup>15</sup> Las causas de inadmisión de solicitudes se regulan en el artículo 18 LTBG y son las siguientes: información que esté en curso de elaboración o publicación general; la que esté referida a información auxiliar o de apoyo (notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos); la información que exija una acción de reelaboración para su difusión; las solicitudes que estén dirigidas a un órgano que no posea la información y se desconozca el competente; así como las que tengan un carácter abusivo. Aparte, están los supuestos recogidos en la Disposición Adicional 1º de la LTBG que, en la práctica, producen inadmisión por desplazar la aplicación de la LTBG: cuando se trate de documentación obrante en un procedimiento administrativo en curso y el solicitante tenga la condición de interesado; y cuando exista un régimen específico de acceso sobre la materia de la información solicitada.

El artículo 14 LTBG enumera como posibles límites los perjuicios en las siguientes materias: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y la protección del medioambiente.

Reclamaciones	Solicitud de acceso	Respuestas de la administración
<ul><li>Núm. 493/2020</li><li>Fecha: 6/11/2020</li><li>Resolución: Estimatoria</li></ul>	<ul> <li>Fecha:11/05/2020</li> <li>Información solicitada: Asesores gobierno desescalada.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: Silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>
<ul> <li>Núm. 513/2020</li> <li>Fecha: 11/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria por motivos formales</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:12/04/2020</li> <li>Información solicitada:         <ul> <li>Informes sobre la finalización del confinamiento por COVID-19.</li> </ul> </li> <li>Secretaría General de la Presidencia del Gobierno.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 30/06/2020 (ampliación de plazo) y posterior silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>
<ul> <li>Núm. 538/2020</li> <li>Fecha: 17/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria parcial</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:21/05/2020</li> <li>Información solicitada: Covid-19: comité de expertos, asesoramiento externo, actas de reuniones, criterios técnicos, cambios de fase, nueva normalidad.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: Silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>
<ul> <li>Núm. 547/2020</li> <li>Fecha: 23/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:10/06/2020</li> <li>Información solicitada: Comité de expertos asesor en la desescalada.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 9/07/2020         <ul> <li>(ampliación de plazo)</li> <li>y posterior silencio</li> <li>administrativo.</li> </ul> </li> <li>En vía de reclamación:         <ul> <li>ninguna.</li> </ul> </li> </ul>
<ul> <li>Núm. 550/2020</li> <li>Fecha: 23/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:10/06/2020</li> <li>Información solicitada: Comité asesor científico técnico COVI-19.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 9/07/2020         <ul> <li>(ampliación de plazo)</li> <li>y posterior silencio</li> <li>administrativo.</li> </ul> </li> <li>En vía de reclamación:         <ul> <li>ninguna.</li> </ul> </li> </ul>
<ul> <li>Núm. 554/2020</li> <li>Fecha: 23/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria parcial</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:17/07/2020</li> <li>Información solicitada: Covid-19: informes científicos y jurídicos, actas de reuniones y uso de fondos públicos.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: Silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>
<ul> <li>Núm. 584/2020</li> <li>Fecha: 30/11/2020</li> <li>Resolución: Estimatoria</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:6/05/2020</li> <li>Información solicitada: Expertos de la Dirección General de Salud Pública.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 02/07/2020 (ampliación plazo) y 29/07/2020 (extemporánea).</li> <li>En vía de reclamación: ninguna.</li> </ul>

Reclamaciones	Solicitud de acceso	Respuestas de la administración
<ul> <li>Núm. 666/2020</li> <li>Fecha: 04/01/2021</li> <li>Resolución: Estimatoria por motivos formales</li> </ul>	<ul> <li>Fecha:7/05/2020</li> <li>Información solicitada: Comités Científico-Técnico asesor coronavirus y Comité de expertos Desescalada.</li> <li>Ministerio de Sanidad.</li> </ul>	<ul> <li>A la solicitud: 02/07/2020 (ampliación plazo) y posterior silencio administrativo.</li> <li>En vía de reclamación: 29/12/2020</li> </ul>

Fuente: elaboración propia a partir de las resoluciones publicadas por el CTBG.

### 4.1

# Cuestiones previas: Del estiramiento de los plazos y del silencio por respuesta

Para un adecuado tratamiento de esta materia es necesario hacer referencia previamente a la paralización de los plazos administrativos, a otras ampliaciones de los plazos y al nivel de respuesta ofrecido por la administración.

#### a) La paralización y ampliación de los plazos para resolver

El Real Decreto de Declaración del Estado de Alarma establecía con carácter general la suspensión de los plazos administrativos a partir del 14 de marzo de 2020<sup>17</sup>. Hay que recordar que el derecho de acceso es de configuración legal y su ejercicio está sujeto al procedimiento administrativo, por lo que esta suspensión afectaba al cómputo máximo de días en el que las administraciones públicas tenían que resolver.

Por este motivo, el plazo ordinario de un mes (art. 20.1 LTBG) de las solicitudes realizadas desde el 14 de marzo de 2020 y hasta el 1 de junio de 2020 —fecha en la que se levantó la suspensión<sup>18</sup>—, solo vendría a contabilizar a partir de esta última fecha. De este modo, se podía estirar —legalmente— el plazo de respuesta más de tres meses sobre aquellas solicitudes que se formularon en el mes de abril.

A esta situación hay que añadir que varias de las solicitudes sobre los comités, fueron respondidas por la administración ampliando el plazo de respuesta<sup>19</sup>, acogiéndose a la previsión del artículo 20.1 LTBG que permite contar con un mes adicional "en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante".

Alguno de los casos examinados constituye un ejemplo paradigmático de mala praxis respecto a la utilización de esta ampliación de plazos. Así, una de ellas solo pedía información sobre "el número y nombre y apellidos de los expertos", por lo que su evidente falta de ajuste con el concepto de información voluminosa o compleja sería puesta de manifiesto por el Consejo de Transparencia junto a en su resolución núm. 584/2020, de 30 de noviembre. En ella, también se hacía alusión a la falta de correspondencia con los criterios interpretativos emanados por el CTBG<sup>20</sup> y a otras circunstancias reseñables: la ampliación se produjo una vez transcurrido el plazo

<sup>17</sup> Véase la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma.

<sup>18</sup> El Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, que prorrogaba el Estado de Alarma, indicaba en su artículo 9 la reanudación del cómputo de los plazos administrativos con efectos desde el 1 de junio de 2020.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, las solicitudes de acceso correspondientes a las resoluciones del CTBG núm. 513/2020, de 12 de abril; 547/2020, de 10 de junio; 550/2020, de 10 de junio; 550/2020, de 10 de junio; 550/2020, de 30 de noviembre; y 666/2020, de 4 de enero de 2021.

<sup>20</sup> El CTBG tiene atribuidas entre sus funciones la adopción de criterios interpretativos sobre las obligaciones de la LTBG para facilitar que se produzca una aplicación uniforme (ex. art. 38.2 a). Así, el Criterio Interpretativo del CTBG CI/005/2015 de 14 de octubre, sobre información compleja

para resolver —algo que no permite la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)<sup>21</sup>—, y además, una vez transcurrido tampoco se dio respuesta al solicitante.

#### b) El silencio administrativo ante las solicitudes

De las doce solicitudes analizadas, el punto en común de once de ellas es que no se produjo una denegación expresa de la información, sino que simplemente no fueron respondidas en los plazos marcados<sup>22</sup>. El antedicho artículo 20 LTBG reafirma la obligación de resolver expresamente y en su apartado seis, indica que "el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario". Además, el artículo 21.1 LPAC no deja lugar a dudas al disponer que "La administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación". Sin embargo, como sucede en España habitualmente, la no respuesta de las administraciones públicas —a todas luces una anomalía— es frecuente y hasta cierto punto hemos normalizado el silencio administrativo dotándole de un efecto concreto a través de la regulación, que en el caso del derecho de acceso tiene efectos desestimatorios (ex. art. 20.4 LTBG) <sup>23</sup>.

#### c) Consecuencias prácticas

Las consecuencias de todos estos factores son fácilmente imaginables. Una información que estaba siendo demandada por una pluralidad de actores no era facilitada y, además, se venía a vaciar de contenido el derecho de acceso ante la falta de agilidad y una prórroga de plazos que terminaba concluyendo con la falta de respuesta. Martín Delgado (2019: 144) ya había apuntado a esta realidad al recalcar que "de poco sirve una regulación avanzada del derecho de acceso a la información pública, con un procedimiento tasado y plazos breves, si la reacción de la administración a la que se pide información es, sencillamente, no responder". En la misma línea, el Conseio de la Transparencia incidía en esta cuestión al resolver las reclamaciones:

Este Consejo de Transparencia ya se ha pronunciado en numerosísimos casos precedentes... sobre la demora en la tramitación de la solicitud por parte de la Administración, llegando a la conclusión de que este lapso de tiempo, no achacable al solicitante sino a la Administración, corre en contra de los intereses del primero, lo que contradice el principio de eficacia administrativa del artículo 103.1 de la Constitución española, según el cual "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". La categorización como principio por la Constitución del deber de ser eficaz, comporta que la Administración ha de ajustarse en su actuación, no sólo al principio de legalidad, sino que, además, deberá poner todos los medios materiales y humanos para llevar a cabo el fin que la propia Constitución le asigna: la consecución del interés general.

Por todo ello, cabe insistir en lo indicado en el propio Preámbulo de la norma, en el sentido de que con objeto de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública la Ley establece un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta<sup>24</sup>.

y voluminosa, viene a establecer que solo en estos casos -complejidad y voluminosidad- se habilita la ampliación, pero que esta excepción debe estar justificada, relacionada con el caso concreto, constar de manera motivada, además de ser notificada al solicitante antes de la finalización del plazo ordinario.

<sup>21</sup> El artículo 32.3 de la LPAC preceptúa "Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido".

<sup>22</sup> Dos serían respondidas extemporáneamente una vez que ya se había interpuesto reclamación por silencio administrativo ante el CTBG (Res. núm. 440/2020, de 15 de octubre y núm. 584/2020, de 30 de noviembre).

<sup>23</sup> Cabe mencionar lo barato que le sale a la administración no dar respuesta en esta materia porque el régimen sancionador rara vez se activa, y además, a través del silencio se elude el "enojoso deber legal de motivación de sus resoluciones" (Fernández Ramos y Pérez Monguió, 2017: 216) cuando se produzca una denegación total o parcial por algún límite previsto en la LTBG (art. 14), por su afectación a la protección de datos personales (art. 15), o por incurrir en las causas de inadmisión (art. 18).

<sup>24</sup> Extracto de la Resolución del CTBG núm. 550/2020, de 23 de noviembre (FJ 3º).

#### 4.2

# Las reclamaciones ante el CTBG y las repercusiones del silencio de la Administración

A consecuencia de las solicitudes de información no atendidas, llegamos a la vía de reclamación prevista en el artículo 24 LTBG, que ante denegaciones expresas o presuntas —por silencio administrativo— permite acudir al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno<sup>25</sup>.

Esta vía tendría un mayor efecto, porque a raíz de las reclamaciones se obtuvieron numerosas resoluciones estimatorias en las que el CTBG determinaba que se debía entregar la información. De las doce reclamaciones analizadas, solo una fue desestimada (R440/2020), por lo que estas reclamaciones constituyeron una palanca para que se diera acceso a la información. Así, algunos solicitantes recibieron una respuesta directa, aunque fuese extemporánea —fuera de plazo—, o indirectamente a través de las alegaciones en vía de recurso con toda o parte de la información solicitada.

No obstante, la fase de reclamación también destacó por la falta de respuesta de la administración, que solo contestó al trámite tras el requerimiento del CTBG en tres de los doce procedimientos<sup>26</sup>. Por ello, las resoluciones del CTBG aludían a estos silencios que "dificultan a nuestro juicio la tramitación de los expedientes de reclamación iniciados ante este Consejo y, consecuencia de ello, la debida garantía del derecho de acceso a la información que tanto la Constitución española como la LTAIBG y los Tribunales de Justicia, reconocen a los ciudadanos"<sup>27</sup>.

Además, era relevante a la hora de determinar si se concedía el acceso, porque es la administración la que debe oponerse si hay causas fundadas, negando la existencia de los órganos y de las actas solicitadas si no existiesen; o en caso de que existieran, alegando supuestos de inadmisión o de aplicación de los límites previstos en la normativa. De ahí que el CTBG subrayase que las alegaciones de la administración contribuyen a garantizar el principio de contradicción y permiten al CTBG "obtener todos los elementos de juicio necesarios, de tal forma que la resolución de la reclamación atienda a todas las circunstancias que sean de aplicación al caso concreto"<sup>28</sup>.

Ante su absoluto silencio, la consecuencia lógica venía a ser la estimación de las reclamaciones y la concesión del acceso con base en una interpretación acorde a la jurisprudencia y al alcance del derecho, que se resume en los siguientes fundamentos:

#### a) Presunción sobre la existencia de actas y comités anunciados públicamente

La argumentación que ofrecía el CTBG partía de la presunción de la existencia de los comités y de sus actas, a partir de indicios como la aparición de noticias en medios de comunicación. El CTBG se expresaba así sobre una solicitud de acceso a las actas del Comité Científico:

Consideramos que, razonablemente, las propuestas formuladas se plasmarían en documentos que pudieran ser remitidos a los responsables de su valoración y, eventualmente, traducidos a medidas que fuesen adoptadas. En este sentido, podríamos concluir que las reuniones del Grupo de Trabajo finalizarían con documentos de conclusiones o actas, siguiendo la denominación utilizada por la solicitante y que coincidirían con los documentos donde se plasmasen los acuerdos alcanzados por el Grupo, cuya existencia no ha sido negada por el Ministerio de Sanidad<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Se trata de una vía de recurso potestativo y previo a su impugnación en la vía contencioso-administrativa.

<sup>26</sup> Estas son las resoluciones núm. 400/2020, de 3 de septiembre; 440/2020, de 15 de octubre; y 666/2020, de 4 de enero.

<sup>27</sup> Extracto de la Resolución del CTBG núm. 554/2020, de 23 de noviembre, FJ 4º.

<sup>28</sup> Extracto de la Resolución del CTBG núm. 550/2020, de 23 de noviembre, FJ 4º.

<sup>29</sup> Extracto de la Resolución del CTBG núm. 386/2020, de 7 de octubre, FJ 5º.

Es decir, se venía a suponer que debían existir los comités y sus actas, puesto que es lo que se espera de cualquier órgano cuando su creación había sido anunciada ante los medios de comunicación, y siempre que no hubiese indicaciones en contrario por la Administración General del Estado.

#### b) Consideración de información pública de los comités y de sus actas

Una vez sentado lo anterior, se venía a estimar que la información sobre su composición, actas e informes vendría a corresponder con el concepto de información pública que se define en el artículo 13 de la Ley de Transparencia: "Se entiende por información pública 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".

#### c) Valoración de límites, causas de inadmisión y afectación a otros derechos

El CTBG no era ajeno a la posible interferencia del acceso con otros derechos fundamentales, o con los límites y causas de inadmisión establecidos en la LTBG, pero en cualquier caso, la falta de alegaciones de la administración venía a ser determinante y llevaba a la siguiente argumentación:

En la medida en que se solicita información existente, en poder de uno de los Organismo y entidades a los que se aplica la LTAIBG -entre ellos está sin ninguna duda, el Ministerio de Sanidad-, relacionada con el control de la actuación pública y el conocimiento del proceso de toma de decisiones, y no sea de aplicación ningún límite o restricción al acceso- que no ha sido señalados por la Administración al no responder la solicitud de información ni atender el requerimiento de alegaciones realizado por este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno-, nos encontramos ante una solicitud de información amparada en el derecho de acceso reconocido y qarantizado por la LTAIBG<sup>30</sup>.

Por ello, el CTBG fundamentaba el acceso en que las limitaciones para denegar el acceso no operan automáticamente a favor de la denegación<sup>31</sup>, y que se deben justificar ante la amplia proyección que se otorga al derecho de acceso, para lo que esgrimía la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada de la STS 1547/2017, de 16 de octubre:

Cualquier pronunciamiento (...) debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013. (...) Esa 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 (...) como las causas de inadmisión (...) 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; de manera que limitación prevista en el artículo 14.1.h/ de la Ley 19/2013 no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Extracto de la resolución del CTBG núm. 386/2020, de 7 de octubre, FJ 5º.

<sup>31</sup> El Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio, sobre la aplicación de los límites de acceso a la información pública emitido conjuntamente por el CTBG y la Agencia Española de Protección de Datos, establece que los límites no operan automáticamente, así como las reglas que se deben seguir para determinar las posibilidades de no conceder el acceso.

<sup>32</sup> Extracto de la STS 1547/2017, de 16 de octubre, citada en la resolución del CTBG núm. 386/2020, de 7 de octubre.

#### 4.3

# Protección de datos y relaciones nominales de expertos: los datos meramente identificativos

Más allá del planteamiento general en el que se concedía el acceso cuando no había respuesta, en dos solicitudes que pedían la composición de los comités, encontramos argumentaciones sobre la procedencia del acceso con relación a la protección de datos personales.

#### a) Resolución 400/2020, sobre el Comité de Expertos que participó en la elaboración del Plan de Desescalada

Una de ellas pedía la composición del grupo de expertos que participó en el plan de desescalada (aludido como grupo multidisciplinar para la desescalada). El Ministerio la denegaba inicialmente alegando que vulneraba la protección de datos personales y, para ello, afirmaba que en la ponderación entre el derecho de acceso y la protección de datos primaba el segundo. En fase de reclamación ante el CTBG, el Ministerio volvió a evacuar alegaciones que se centraban en argumentar que el "grupo de desescalada" no correspondía con un órgano formal de la administración y reiteraba la afectación a la protección de datos personales. Sin embargo, en el mismo escrito indicaba que la información había sido difundida por los medios de comunicación y ofrecía el listado de expertos con una breve referencia curricular.



Fuente: Agencia EFE 29/04/2020.

En su resolución, el CTBG ponía de manifiesto la contradicción del Ministerio al alegar, en un primer momento, el límite a la protección de datos y, posteriormente, manifestar que la información ya se había hecho pública, facilitando además la relación de los componentes. El CTBG no entraba a valorar si se trataba de un órgano formalmente constituido y se centraba en determinar si había colisión con la protección de datos, considerando para ello que previamente se había producido su difusión pública:

Es claro, a la vista de los hechos que han tenido lugar y que constan en el expediente, que no se produce vulneración de datos personales de personas de reconocido prestigio profesional cuyas reseñas personales, académicas y profesionales han sido voluntariamente hechas públicas por ellos mismos y que están al alcance de cualquiera que realizase una simple búsqueda en Internet. Tampoco se produce esta vulneración cuando el propio Ministerio aporta esta relación nominativa en sus alegaciones al presente procedimiento.

Además, concluye invocando el artículo 15.2 LTBG al prescribir expresamente que "con carácter general" y salvo que exista el límite de protección de datos, rige la concesión del acceso cuando se trata de información meramente identificativa:

Según dispone el artículo 15.2 de la LTAIBG, con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la

divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

En consecuencia, y toda vez que los integrantes del "grupo de la desescalada" lo hacían en su condición de expertos y, como recalca el Ministerio, de forma voluntaria, entendemos que la difusión de su identidad se enmarcaría en la previsión contenida en el precepto señalado y, en consecuencia, no resultaría de aplicación el límite de la protección de datos personales invocado inicialmente.

La resolución dictaminó la concesión del acceso por cuestiones formales al no haber obtenido la información en plazo, sino en vía de reclamación. En todo caso, cabe resaltar que es inverosímil la actuación del Ministerio, que denegaba la información en un primer momento mediante resolución de 1 de julio de 2020, cuando anteriormente ya la había difundido a través de la agencia EFE el 29 de abril de 2020.

#### b) Resolución 584/2020, sobre los técnicos que asesoraban a lo largo de la pandemia

El segundo caso se trata de un supuesto similar, porque la administración no había respondido en plazo al solicitante, ni había hecho alegaciones en vía de reclamación. Sin embargo, es el reclamante el que avisaba de la respuesta extemporánea del Ministerio de Sanidad, en la que se denegaba el acceso con base en que no se trataba de altos cargos, ni de personal directivo, además de que afectaría a la protección de datos personales.

El CTBG parte de la necesidad de suponer a qué comité o grupo de personas se hace referencia en la solicitud, ante las dificultades de su determinación y la falta de respuesta directa de la administración en el trámite de alegaciones:

Por el contenido de la solicitud de información, entendemos que estos expertos cuya identificación se reclama son los que asesoran al Ministerio de Sanidad durante la pandemia de la Covid-19, según se desprende del entorno y del contenido de la comparecencia pública llevada a cabo el día 6 de mayo de 2020 por D. Fernando Simón, director del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad.

A continuación, entraba a examinar la posible afectación a la protección de datos conforme a lo establecido en el artículo 15 LTBG y en el criterio interpretativo que el CTBG dictó junto a la Agencia Española de Protección de Datos para estos casos<sup>33</sup>. De nuevo, vendría a determinar que se trataba de datos meramente identificativos a los que sería de aplicación el artículo 15.2 LTBG, aunque fuesen de personal público que no ostenta altos cargos o posiciones directivas:

Debemos recordar que se trata de información personal -datos meramente identificativos- relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano por lo que, con independencia de si ostentan o no un puesto de alto cargo, su identificación se enmarcaría en el acceso que, con carácter general, dispone el precepto señalado <sup>34</sup>.

Como refuerzo a sus argumentaciones, el CTBG concluía destacando la importancia y trascendencia de la información con relación al Coronavirus para hacer efectivo el escrutinio de la actividad pública, tal y como se

<sup>33</sup> El Criterio interpretativo núm. 2/2015, de 24 de junio, prevé una serie de fases sucesivas para apreciar si existe afectación a la protección de datos personales. Estas son las siguientes: a) Determinar si la información contiene datos de carácter personal. b) En su caso, valorar si se trata de datos especialmente protegidos (en cuyo caso deben cumplir unos requisitos para especiales para la concesión del acceso). c) En su defecto, observar si son exclusivamente identificativos y relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública (la regla mencionada es la concesión del acceso salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales). d) 0 si no fuesen meramente identificativos efectuar la ponderación entre el derecho de acceso y la protección de datos (ex. art. 15.3 LTBG).

<sup>34</sup> Como actualmente se da por asentado por la doctrina y la interpretación del CTBG, los datos meramente identificativos —aun en su concepción restringida— abarcan a la identificación de autoridades y empleados públicos, sus cargos y direcciones, y con independencia de la consideración o no de alto cargo. Además, "la identidad de la persona no es un dato indiferente" a efectos de la transparencia pública, porque —como sucede en este caso— "permite comprobar si reúne los requisitos de cualificación necesarios para la actividad que desarrolla" (Guichot Reina y Barrero Rodríquez, 2020: 438).

subraya en la exposición de motivos de la LTBG y bajo la interpretación que ha ido emanando la jurisprudencia (citando de nuevo la STS 1547/2017, de 16 de octubre).

En definitiva, que se hagan públicos los nombres, apellidos y el número de los expertos pertenecientes a la Dirección General de Salud Pública que han realizado funciones en el marco de la gestión de la pandemia por la COVID-19, no solamente no atenta contra los datos personales de los afectados, sino que contribuye al control de la actividad pública y a que los ciudadanos conozcan el proceso de toma de decisiones relevantes en materia de salud pública, máxime en situaciones extraordinarias como la producida por la pandemia de la Covid-19.



Fuente: Publico.es (22/12/2020).

## 4.4

# Los informes y las actas existen, salvo que no existan

Parte de las solicitudes analizadas pedían las actas de reuniones, informes y documentos de los comités de expertos. Inicialmente y ante el completo silencio de la administración se concedía el acceso bajo la suposición de que los comités y sus actas existirían de algún modo (Res. núm. 386/2020), pero se iría matizando según se obtenía algún tipo de respuesta de la administración.

En las pocas respuestas de la administración que se produjeron en vía de reclamación, se ofrecían algunos datos sobre los informes que se habían hecho públicos y que constaban en los sitios web oficiales (el plan de desescalada, los boletines diarios de información sobre el COVID, los informes de progresión que se hicieron públicos paulatinamente, etc.). No obstante, la pauta común era confirmar que no se habían evacuado dictámenes, ni actas de las reuniones, ni se disponía de las convocatorias o de su orden del día porque se trataba de grupos informales que no habían actuado colegiadamente.

Por todas ellas, se toma la Resolución del CTBG núm. 440/2020, de 15 de octubre, en la que el Ministerio de Sanidad aseveraba que no existían las actas del Comité Técnico de Seguimiento del COVID y que, por tanto, no se podía entregar dicha información:

No consta ningún documento, por lo que resulta imposible su traslado para la consulta del contenido. Por tanto, debido a la inexistencia tales documentos, no cabría la aplicación del artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Así, el CTBG terminaba desestimando la solicitud de acceso a las actas y para ello, restaba credibilidad a las informaciones de prensa que afirmaban lo contrario —basadas a su vez en declaraciones públicas y origen de la polémica—, dando por válida la versión del Ministerio de Sanidad y que según la cual no habría objeto a la solicitud.

En este caso, y con independencia de las diversas informaciones que aparecido en los medios de comunicación sobre el Comité cuyas actas se solicitan, debemos tener en cuenta, al objeto de poder resolver la presente reclamación, que no se han podido aportar al procedimiento indicios suficientes que hagan poner en duda las manifestaciones del Ministerio acerca de la no existencia de las actas de este Comité que ahora se solicitan (...) En consecuencia, si una solicitud de información se dirige a obtener información que no existe, la misma carece de objeto y, en consecuencia, la presente reclamación no puede prosperar.



#### **Reflexiones finales**

El caso analizado ha mostrado una vez más la tensión entre la comunicación política, la actitud de la administración ante los mecanismos de transparencia y la demanda de información por la sociedad.

Haciendo balance de la polémica se observa que no hubiese sido de tal magnitud si hubiera existido una buena comunicación institucional. La falta de cuidado sobre la exactitud de las informaciones que se vertían sobre los comités, la tendencia a engrandecer su actuación, y las contradicciones en la que se incurría, fue lo que despertó la necesidad de saber más sobre su composición y funcionamiento.

No obstante, la transparencia no puede, ni debe ser sustituida por las declaraciones públicas o notas de prensa, ya que el valor que aporta es obtener la información formal y escrita, sin intermediarios, ni aderezos, y además, es un medio para conocer aquella información pública que se explica mal o se quiere ocultar.

A través de la reconstrucción de los acontecimientos y de las vías que se exploraron para obtener la información, se observa que los mecanismos de la *transparencia legal*—publicidad activa y derecho de acceso— no fueron tan eficaces como se podría esperar ante una prueba como esta.

El contexto despojó de agilidad al derecho de acceso por la paralización de los plazos administrativos, y la normativa actual sigue dando pie a que se diluya su efectividad. Se ha evidenciado que no existe un claro esquema de control de la publicidad activa fuera de la LTBG. Tampoco hay un mecanismo completamente disuasorio ante conductas escapistas o que desvirtúan el derecho de acceso, como sucede con la ampliación de los plazos para resolver cuando se realiza una interpretación forzada de la Ley de Transparencia, o cuando se produce la no respuesta de la administración pública como pauta de reacción ante las solicitudes de acceso.

Precisamente el absoluto silencio del Ministerio de Sanidad fue un indicador de la importancia que se ha podido otorgar a la transparencia durante esta crisis sanitaria, con una inercia tendente a la opacidad como regla sistemática. Hay que tener en cuenta que la gestión del coronavirus no está reñida con la transparencia, ni la salud pública se ve perjudicada por ella. Muy al contrario, la disposición de información puntual contribuye a que la ciudadanía confíe en sus instituciones y pueda hacer más caso a las recomendaciones sanitarias.

Para concluir, se vuelve la mirada a las primeras líneas de este texto, recordando que quizás la obtención de información sobre los Comités de Expertos no genera un beneficio inmediato y tangible para alguien en particular, pero si para toda la sociedad, porque tiene la utilidad práctica de ofrecer claridad ante una situación confusa que era de interés público, y que, además, va en el camino de afianzar que la gestión pública tiene que ser más abierta, transparente y confiable para los ciudadanos.

#### Bibliografía.

Blanes Climent, M.A. 2020. "La incidencia del COVID-19 sobre la transparencia de las instituciones públicas". Revista Española de la Transparencia, núm. 11: 13-20. DOI: https://doi.org/10.51915/ret.118

Díez Garrido, M. 2020. "Control vs. Pasividad. Los medios de comunicación y la transparencia de los partidos políticos". *Textual&-Visual Media*, núm. 13: 58-73.

Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J.M. 2017. El derecho de acceso a la información pública en España. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

Guichot Reina, E. y Barrero Rodríguez, C. 2020. El derecho de acceso a la información pública. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Ibáñez Peiró, A. 2020. "La actividad informativa del Gobierno español durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus, COVID-19". Revista Española de Comunicación en Salud, supl. 1: 304-318. DOI: https://doi.org/10.20318/recs.2020.5441

Martín Delgado, I. 2019. "El derecho de acceso a la información pública", en Martín Delgado, I. (dir.), *Transparencia y Acceso a la Información Pública: De la teoría a la práctica*. Madrid: lustel, pp. 107-145.

Martínez Isidoro, B.C. 2021. "La comunicación del Gobierno Español en situación de crisis: deberes y obligaciones para garantizar la transparencia y el derecho a la información veraz de la ciudadanía". Revista DERECOM. Derecho de la Comunicación, núm. 30: 117-139.

Valero Torrijos, J. y Cerdá Meseguer, J.I. 2020. "Transparencia, acceso y reutilización de información ante la transformación digital del sector público: enseñanzas y desafíos en tiempos del COVID-19". Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 19: 103-126.

#### JULIÁN PRIOR CABANILLAS

Coordinador de Área de Acceso a la Información. Dirección General de Gobernanza Pública. Ministerio de Política Territorial y Función Pública

## Derecho de acceso a la información, gobierno abierto y participación de la sociedad en los asuntos públicos





### El origen de la polémica

El relato que se presenta a continuación nos puede ayudar a identificar una cuestión nuclear en el ámbito de la transparencia: cómo se va asentando una verdadera "cultura de transparencia" en el seno de las Administraciones Públicas de nuestro país; en este caso, en el ámbito de la Administración General del Estado, mostrando a partir de una solicitud de información pública concreta cómo ha variado la situación desde los primeros meses de vigencia de la LTAIBG hasta la actualidad.

Esta crónica comienza en agosto de 2015, cuando la organización pro derechos humanos Access Info Europe¹ presentó a través del Portal de la Transparencia² de la Administración General del Estado una solicitud de información pública dirigida al entonces Ministerio de la Presidencia sobre la participación de España en la iniciativa internacional Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership³, OGP), iniciativa de la que forma parte nuestro país desde el año 2011 y que tiene como objeto ampliar y profundizar en las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas por parte de los Gobiernos, así como favorecer las vías de participación de los ciudadanos en la acción pública.

Antes de seguir adelante hay que señalar que los países que forman parte de la OGP funcionan según un ciclo de planes de acción (en principio bienales), durante el que ponen continuamente en práctica sus programas. El Gobierno debe elaborar informes de autoevaluación y comunicar regularmente a la Alianza sus progresos, y trabajar con la sociedad civil para seguir y culminar las reformas acordadas. Un investigador independiente nombrado por la OGP evalúa el progreso a intervalos regulares (*Independent Review Mecanism* o "Mecanismo independiente de Revisión", IRM).



- 1 https://www.access-info.org/es/
- 2 https://transparencia.gob.es/
- 3 https://www.opengovpartnership.org/es/

Desde la adhesión de España a la OGP se han desarrollado ya en nuestro país cuatro Planes de Acción<sup>4</sup>: I Plan, 2012-2014 (en el que el principal compromiso adquirido fue el de la aprobación de la LTAIBG); Il Plan, 2014-2016 (que incluía el compromiso de poner en marcha el Portal de la Transparencia); y Ill Plan, 2017-2019. Por su parte, el IV Plan de Acción de Gobierno Abierto 2020-2024, aprobado el 29 de octubre de 2020, por acuerdo del Pleno del Foro de Gobierno Abierto, recoge 10 compromisos que asumen las Administraciones públicas españolas para reforzar la transparencia y la rendición de cuentas, mejorar la participación, establecer sistemas de integridad pública y formar y sensibilizar a la ciudadanía y al personal empleado público en materia de Gobierno Abierto, con el objetivo de contribuir a una sociedad más justa, pacífica e inclusiva.



Retomando nuestro relato, la organización *Access Info Europe* solicitó los siguientes documentos al Ministerio de la Presidencia en el verano de 2015 (expediente de acceso a la información pública 001-002779):

- Copia de todos los documentos (informes, memorándum, cartas, e-mails, etc.) que el Ministerio de la Presidencia haya poseído, haya generado o haya recibido de otros ministerios, que hagan referencia a o traten de la OGP, entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de julio de 2015, en particular todos los informes generados por el Ministerio de la Presidencia y los informes entregados a este sobre la implementación de los dos planes de acción de la Alianza aprobados hasta ese momento (I Plan de Acción, 2012-2014; Il Plan de Acción, 2014-2016).
- Copia de cualquier documento elaborado por el IRM (informes, memorándum, cartas, e-mails, etc.) que trate o aborde el proceso de evaluación del desarrollo de los planes de acción por el Gobierno español durante 2014.

Aunque de acuerdo con el artículo 17 de la LTAIBG no es necesario motivar las solicitudes de información pública, *Access Info* señalaba en su petición que requería la información "para poder estar informada sobre el estado actual de la auto-evaluación por parte del Gobierno del cumplimiento de los compromisos [asumidos en el Il Plan de Acción de Gobierno Abierto], y así poder participar en el debate sobre este asunto desde la sociedad civil".

Mediante resolución del Director General de Relaciones con las Cortes de 14 de septiembre de 2015, el Ministerio de la Presidencia acordó conceder parcialmente la información solicitada, entregando a *Access Info Europe* varios informes (el II Plan de Acción de España, el Informe de autoevaluación del I Plan de Acción y el Informe IRM del I Plan de Acción); determinada correspondencia (carta de la OGP sobre contribuciones económicas de 27 de mayo de 2014, carta a la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia de marzo de 2015 y carta de 20 de marzo de 2015 de invitación a una reunión en Tiflis, Georgia); y varios documentos recibidos de la OGP (OGP 4 years strategy 2015-2018; OGP Timeline 2015-2018 relativa a España; OGP Calendar Guidance Note; OGP

 $<sup>4 \</sup>quad https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\_Home/index/Gobierno-abierto.html\\$ 

Self-Assessment Report Guidance Note; OGP: Articles of Governance June 2012 [updated March 2014 and April 2015]; European Region Government Point of Contact Conference, June 3-4, 2015. Draft Concept Note).

Sin embargo, el Ministerio de la Presidencia inadmitió la petición del resto de la información solicitada, considerando que tenían carácter de información auxiliar o de apoyo los informes internos remitidos por diferentes departamentos al Ministerio de la Presidencia para la elaboración definitiva de los planes de acción, así como para su evaluación. Según la resolución de Presidencia dichos informes tenían la consideración de notas y borradores de carácter auxiliar y preliminar a la elaboración de los planes de acción, y en la mayoría de los casos no se conservaban. Y, por el mismo motivo, entendió que no se podían facilitar las cartas y todos los e-mails de carácter interno, al tener igualmente carácter auxiliar (artículo 18.1 b) de la LTAIBG).

Respecto a la petición por parte de Access Info de los documentos que contuvieran información sobre el proceso de evaluación del II Plan de Acción de Gobierno Abierto de España por parte de la OGP, así como de su autoevaluación por parte del Gobierno, el Ministerio de la Presidencia consideró que era de aplicación lo previsto en el artículo 18.1 a) de la LTAIBG, que permite inadmitir las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general: según Presidencia, el proceso de evaluación del II Plan de Acción se estaba llevando a cabo en ese momento, y el documento de autoevaluación que habría de elaborar el Gobierno de España se encontraba también en curso de elaboración, y sería posteriormente objeto de publicación general con un proceso de consulta pública durante el mes de septiembre de 2015 abierto a la participación de la sociedad civil.

# 2

## La reclamación de Access Info Europe ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: los "alegatos" de las partes

Al no estar conforme con los plazos de tramitación de su solicitud de información pública y con la inadmisión de parte de la misma por el Ministerio de la Presidencia, *Access Info* interpuso reclamación ante el CTBG, basándose en que la información que había solicitado estaba relacionada con la OGP, una iniciativa internacional a la que se había adherido España de forma voluntaria y entre cuyos objetivos se encuentra precisamente el de fortalecer las relaciones entre la Administración Pública de los Estados miembros y la sociedad civil y el público en general. Por tanto, sostenía la asociación reclamante, la información solicitada revestía especial importancia, por lo que cualquier ciudadano debería poder acceder a los documentos que ilustran el funcionamiento del proceso de cumplimiento del Estado español de sus compromisos internacionales.

Además, Access Info Europe consideraba que la información facilitada por la Administración era manifiestamente insuficiente por los siguientes motivos:

• En primer lugar, respecto de la inadmisión de la solicitud por la causa prevista en el artículo 18.1 b) de la LTAIBG, el Ministerio de la Presidencia se estaría basando en una consideración genérica de la información solicitada como información auxiliar o de apoyo, debiendo haber concretado más, indicando cuáles eran estos documentos, cuántos había y de qué clase eran, incurriéndose así en una motivación escasa, vaga e insuficiente de la resolución administrativa. En particular, alegaba la organización no gubernamental, sería importante para poder recurrir la inadmisión tener un listado de documentos existentes con indicación sobre cuáles se consideraban "notas", cuáles "borradores" y cuáles "informes internos".

- En relación con el argumento de la Administración de no conservar muchos de los documentos solicitados,
   Access Info lo tachaba de inverosímil, al menos por lo que respectaba a los informes referentes a la evaluación y elaboración de un Plan de Acción que estaba en esos momentos en curso de implementación.
- Por lo que se refería a la inadmisión de determinados documentos por encontrarse en curso de publicación general (artículo 18.1 a) de la LTAIBG), la asociación indicaba que su solicitud incluía cualquier documento relacionado con la evaluación del Plan de Acción de Gobierno Abierto en marcha en ese momento, incluyendo también aquella documentación que contuviese información sobre el proceso aunque que no sirviera de base o apoyo a futuras publicaciones oficiales.

Y Access Info Europe concluía su reclamación insistiendo en que el objetivo de su petición era el de lograr un mayor conocimiento de los procesos de elaboración y evaluación de los planes de acción de Gobierno Abierto de España previamente a su publicación general, señalando expresamente que, desde el punto de vista de la transparencia y la rendición de cuentas de la acción de Gobierno, resultaba "inverosímil y preocupante" que toda la información o documentación sobre un tema concreto que no tenga como fin último la publicación general fuera inaccesible.

Hay que señalar también que, además de la reclamación ante el CTBG, la organización Access Info Europe formuló una queja formal ante la OGP<sup>5</sup> a raíz de la negativa de la Administración a dar acceso a la información, denunciando la falta de compromiso por parte del Gobierno español con los principios y valores defendidos por dicha Alianza internacional.



# 3

## La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

La reclamación presentada por parte de la organización no gubernamental fue estimada por el CTBG mediante resolución de 11 de noviembre de 2015 (R/0282/2015<sup>6</sup>), señalando como principal argumento el hecho de que los informes solicitados no podían calificarse de información auxiliar o de apoyo, debido a que los mismos "tienen

<sup>5</sup> https://www.access-info.org/es/blog/2015/10/16/access-info-presenta-una-queja-formal-sobre-la-falta-de-compromiso-de-espana-con-el-

<sup>6</sup> https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:b86e9911-e03e-4d16-94c6-fc457e37902a/0282-2015.pdf

indudable relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, son relevantes para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación. Se trata de informes que, sin duda alguna, ayudan a conformar el criterio final y definitivo del Gobierno que será posteriormente plasmado en el Plan de Acción de España en el Gobierno Abierto" (F.J. 4º).

De esta forma, el CTBG señalaba en primer lugar que la redacción del artículo 18 de la LTAIBG establece una serie de causas que permiten declarar la inadmisión de una solicitud de información que, al tener como consecuencia inmediata la finalización del procedimiento, habrán de operar, en todo caso, mediante resolución motivada. Por tanto, continuaba el CTBG, será necesario que la resolución por la que se inadmita una solicitud especifique las causas que la motivan y la justificación legal o material aplicable al caso concreto.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la redacción del artículo 18.1 b), el CTBG establecía que es la condición de información auxiliar o de apoyo la que permitirá, de forma motivada y concreta, invocar la aplicación de dicha causa de inadmisión, siendo la enumeración referida a "notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos administrativos" una mera ejemplificación que, en ningún caso, afecta a todos los conceptos enumerados sino a aquellos que tengan la condición principal de auxiliar o de apoyo.

El CTBG precisaba aún más estos conceptos, señalando que una solicitud de información auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, podrá ser inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siquientes circunstancias:

- Cuando contenga opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiesten la posición de un órgano o entidad.
- 2. Cuando lo solicitado sea un texto preliminar o borrador sin la consideración de final.
- 3. Cuando se trate de información preparatoria de la actividad del órgano o entidad que recibe la solicitud.
- 4. Cuando la solicitud se refiera a comunicaciones internas que no constituyan trámites del procedimiento.
- Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.

Por último, señalaba el CTBG en su resolución, debe tenerse en cuenta que la motivación que exige la LTAIBG para que operen las causas de inadmisión tiene la finalidad de evitar que se deniegue información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, que sea relevante para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación. Éstas en ningún caso tendrán la condición de informaciones de carácter auxiliar o de apoyo (hay que señalar que todos estos argumentos del CTBG se verían plasmados en un criterio interpretativo que el propio Consejo aprobó el día siguiente de dictar la resolución que comentamos, el Criterio Interpretativo 6/2015<sup>7</sup>, de 12 de noviembre de 2015, sobre "Causas de inadmisión de solicitudes de información: información de carácter auxiliar o de apoyo").

En el presente caso, concluía el CTBG, los informes solicitados por la reclamante y no proporcionados por la Administración (los informes remitidos al Ministerio de la Presidencia por el resto de departamentos para la elaboración del Plan de Acción de Gobierno Abierto y para su auotevaluación) tenían indudable relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, es decir, eran relevantes para la rendición de cuentas, el conocimiento de la toma de decisiones públicas y su aplicación:

https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:a9d46f67-8491-4abe-940b-a789604ce01b/C6\_2015\_causasinadmision\_caracterauxoapoyo. pdf

"Se trata de informes que, sin duda alguna, ayudan a conformar el criterio final y definitivo del Gobierno que será posteriormente plasmado en el Plan de Acción de España en el Gobierno Abierto. De hecho, estos informes que, no debe olvidarse, son relativos al grado de implementación de las medidas incorporadas en el Plan de Acción objeto de autoevaluación y, por lo tanto, deben responder a criterios principalmente objetivos, son imprescindibles para la elaboración del informe de autoevaluación. Por esta razón y porque no se da ninguna de las circunstancias que llevaría a afirmar que estamos ante información auxiliar o de apoyo en el sentido del artículo 18.1.b) [LTAIBG], consideramos que no es de aplicación dicha causa de inadmisión" (R/0282/2015, F.J. 4º).

Sin embargo, el CTBG sí consideró que podían tener ese carácter de información auxiliar o de apoyo los contenidos de los e-mails que traten o aborden el proceso de evaluación, ya que se trataría de comunicaciones internas que no constituyen trámites del procedimiento, del que pueden considerarse simplemente instrumentos de gestión o tramitación, y que no son incorporados como motivación a una decisión final.

Por lo que se refiere a si concurría o no en el caso que comentamos el límite argumentado por la Administración del artículo 18.1 a) de la LTAIBG, según el cual se inadmitirán las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general, el CTBG concluía que, teniendo en cuenta que el informe de autoevaluación del II Plan de Acción de España de Gobierno Abierto que se había solicitado estaba efectivamente en proceso de elaboración, sí sería de aplicación a este supuesto el artículo 18.1 a) de la LTAIBG, debiendo inadmitirse a trámite la parte de la solicitud referida a dichos documentos.

Hay que señalar también que el CTBG asumía en su resolución que la participación durante la elaboración de un Plan de Acción de Gobierno Abierto por parte de la sociedad civil, incluida la de Access Info Europe, si bien era conveniente y consecuente con la materia y el compromiso adquirido mediante la pertenencia al OGP, no era un requisito esencial para la elaboración del documento. Sin embargo, el Consejo finalizaba su reclamación con unas palabras bastante destacadas y que ponen de manifiesto la relación efectiva y directa entre la transparencia y los principios del Gobierno Abierto:

"Ello no obstante, sí parece a juicio de este Consejo que una mayor implicación de la sociedad civil daría una visión al documento solicitado más acorde con la finalidad pretendida con la aprobación de las medidas incluidas en el Plan de Acción" (CTBG R/0282/2015, F.J. 5º).



#### El debate en sede judicial

El Ministerio de la Presidencia recurrió la resolución del CTBG ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en una de las primeras ocasiones en que la propia Administración (en este caso se trataba del mismo Ministerio que había liderado la aprobación de la ley de transparencia poco tiempo antes) llevaba al CTBG a los Tribunales<sup>8</sup>.

En su escrito de interposición del recurso, además de invocar presuntas irregularidades formales en la presentación de la reclamación previa ante el CTBG por parte de *Access Info*, la Administración insistía en que la información no concedida era "meramente auxiliar o de apoyo" como prevé el artículo 18.1 b) de la ley de transparencia, entrando además dentro del concepto de "borradores", "notas" o "comunicaciones e informes internos" que ejemplificativamente maneja el citado precepto, puesto que lo remitido al Ministerio de la Presidencia por el resto de los departamentos ministeriales no eran sino "propuestas o sugerencias" de cara a la elaboración del borrador del II Plan de Acción, "meras sugerencias que el Ministerio puede o no tener en cuenta" (y argumentaba que las informaciones se remitían esencialmente vía e-mail, adjuntando fichas en formato Word).

<sup>8</sup> https://www.consejodetransparencia.es/ct\_Home/Actividad/recursos\_jurisprudencia/Recursos\_AGE/2016/6\_Presidencia\_1.html

Por su parte, en su escrito de contestación a la demanda, el CTBG recordaba que, de acuerdo con el preámbulo de la LTAIBG, el derecho de acceso "solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad".

Argumentaba el CTBG que la norma introduce de esta forma un principio general favorable a la transparencia y al acceso a la información, que obliga a considerar las limitaciones al mismo como excepciones, susceptibles, por tanto, de interpretación restrictiva. Así, afirmaba que solo aquellos e-mails que se refirieran a comunicaciones internas podrían ser considerados información auxiliar, el resto no, por lo que su resolución ahora impugnada era totalmente coherente: se "debe proporcionar información sobre todos los informes sobre la implementación de los dos planes de acción de la Alianza", sin hacer referencia a su formato.

Por otro lado, en su correspondiente escrito de respuesta a la demanda, la representación de *Access Info Europe* partía de un entendimiento amplio del derecho de acceso a la información pública y de la excepcionalidad de las limitaciones de dicho derecho, insistiendo en que las causas de inadmisión han de ser motivadas, como lo corrobora el carácter excepcional y restringido de las mismas, debiendo motivarse la inadmisión en razón al contenido de la información solicitada, y no a su forma, de conformidad con el Criterio Interpretativo 6/2015, de 12 de noviembre de 2015, del propio CTBG, citado más arriba.

En este sentido, la organización de derechos humanos recordaba que la carga debe estar en la autoridad pública que intente limitar el acceso a la información, que tiene que demostrar que la información solicitada se encuentra comprendida en el ámbito del sistema de excepciones, considerando que en el supuesto concreto que nos ocupa, esto es, en el caso de la implementación y planificación de las políticas y planes de acción de Gobierno Abierto por parte de España, el conocimiento por parte del público de la información remitida por los diferentes Ministerios al Ministerio de la Presidencia (como departamento responsable en la materia en el seno de la Administración General del Estado) es esencial para entender el proceso: esta información no sólo serviría de antecedente y fundamento a la decisión última de aprobación del II Plan de Acción de Gobierno Abierto de España, sino que es imprescindible para la rendición de cuentas sobre cómo se ha adoptado la decisión y sobre los criterios que se han tenido en cuenta para tomarla.

Señalaba además *Access Info Europe* que la información solicitada hacía referencia al proceso de implementación del primer Plan de Acción de Gobierno Abierto de España, así como a la planificación y creación del segundo Plan, por lo que por la propia naturaleza del proceso de la OGP ya debería ser pública, al tratarse de una iniciativa multilateral que busca que, de manera sostenida, los Gobiernos sean más transparentes, rindan cuentas y mejoren la capacidad de respuesta hacia sus ciudadanos. Y que, ante la ausencia de comunicación a la sociedad civil por parte del Ministerio de Presidencia sobre la implementación del primer Plan así como sobre la elaboración del segundo Plan, *Access Info* había presentado la solicitud de acceso a la información con el objetivo de informarse sobre el proceso, para poder así participar en el mismo y expresar sus opiniones.

Entendía Access Info por tanto que la denegación de la información por parte del Ministerio de Presidencia no solo suponía una interpretación no acorde a los fines y objetivos de la LTAIBG, sino que además vulneraba el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había reconocido en varios de sus fallos (como por ejemplo en la sentencia 48135/06<sup>9</sup>, de 25 de junio de 2013, Case of Youth Initiative For Human Rights v. Serbia) que dicho artículo 10 del Convenio aplica al Derecho de acceso a Información, que forma parte fundamental del derecho a la libertad de expresión. También contravendría el

• •

<sup>9</sup> http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-120955

artículo 20.1 a) de la Constitución Española de 1978, que reconoce la libertad de expresión, y se vulneraría su derecho a participar en el debate público establecido en el artículo 23.1 de la Constitución.

Afirmaba asimismo la organización que resultaba inverosímil, tal y como argumentaba la Administración, que no hubiera intercambio de información de relevancia para el proceso de implementación y planificación entre el Ministerio de Presidencia, el resto de Ministerios implicados y al Alianza de OGP entre julio de 2014 y julio 2015. Y añadía que, a pesar de que el Gobierno de España había adquirido compromisos respecto a la transparencia y participación del proceso de la OGP, no se habían cumplido los mismos, puesto que en la fase previa a la adopción y durante la implementación del II Plan de Acción de Gobierno Abierto se realizaron diversas actuaciones que no fueron participadas con la sociedad civil, que son precisamente las que se habían solicitado en este caso. Además, no estuvieron disponibles para consulta los detalles del proceso de aprobación del II Plan de Acción ni su temporalización, no hubo aviso previo a la consulta, no hubo actividad de difusión y sensibilización, no estuvo disponible un resumen de la consulta pública y dicha consulta se realizó únicamente "por invitación", en palabras de *Acces Info.* 

Y añadía Access Info que el Gobierno de España se había comprometido, de acuerdo con los documentos de gobernanza de la OGP, a crear un foro regular para la consulta durante la implementación de los Planes de Acción con la sociedad civil y los diferentes departamentos involucrados, lo que reforzaba el argumento de que en este caso concreto la información relativa a la implementación de los planes de Gobierno Abierto no debía ser considerada como irrelevante o auxiliar, al formar parte de los propios mecanismos previstos para el funcionamiento de la OGP.

A la vista de los argumentos ofrecidos tanto por la Administración recurrente como por el CTBG y por *Access Info Europe*, el Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid entendió que el núcleo central del proceso judicial era el de si la documentación no entregada al solicitante (todos los informes generados por el Ministerio de la Presidencia y los entregados a éste sobre la implementación de los dos planes de acción de España hasta ese momento) se encontraba o no incluida en la causa de inadmisión recogida en el artículo 18.1 b) de la LTAIBG, que entiende como información auxiliar o de apoyo, entre otra, la contenida en los informes internos o entre órganos.

Señalaba el Juzgado que a la hora de interpretar qué se entiende por información auxiliar o de apoyo no se pueden considerar como tal, sólo y sin más, los supuestos reseñados en la aludida causa de inadmisión, sino que se ha de determinar si los informes generados por el Ministerio de la Presidencia y los entregados a dicho Ministerio sobre la implementación de los dos planes de acción de la OGP han de entenderse como secundarios e irrelevantes en el establecimiento, desarrollo e implementación del plan de acción pública en la materia.

Razonaba el Juzgado que estamos ante conceptos indeterminados que han de integrarse a la luz de la normativa reguladora del derecho pretendido y demás disposiciones de aplicación, donde no puede dejar de tenerse en cuenta la finalidad y naturaleza de la información solicitada, en este caso referida a la OGP, concluyendo lo siquiente en su sentencia de 6 de abril de 2017 (sentencia 41/2017<sup>10</sup>):

"[España forma parte de] La Alianza para Gobierno Abierto (OGP) (...), cuyo objeto es dar participación a la sociedad civil y ciudadanía en el desarrollo de la acción pública; para lo que se hace imprescindible contar con la oportuna información a fin de emitir opiniones, propuestas, mejoras, en la planificación de las políticas públicas y conocer los criterios tenidos en cuenta en la toma de decisiones, y, en suma, cumplir la propia finalidad de la OGP.

Mal se puede cumplir con los compromisos adquiridos en el ámbito de la OGP de la participación de la ciudadanía si no se cuenta con la información necesaria elaborada por el Ministerio recurrente y la procedente de otros, a fin de poder determinar sobre la corrección de la planificación de la actividad pública, objetivos, criterios y

<sup>10</sup> https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:7f9a26a6-9b93-4e99-a7ae-035352ce224e/r6\_sentencia\_41\_2017\_0GPPresidencia.pdf

circunstancias concurrentes en la toma de decisiones. Aquí cabe aplicar la máxima "información es poder"; es posibilidad de participación.

De lo expuesto, se llega a la conclusión que los informes, tanto los generados por el Ministerio de la Presidencia, como los entregados a dicho Ministerio, relativos a la implementación de los planes de acción de la Alianza, son relevantes para la participación ciudadana, toda vez que, sólo si se conocen tales informes, se puede participar" (F.J. 4º).

En suma, a la luz de lo referido y teniendo presente la propia naturaleza y finalidad de la OGP, el Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 5 de Madrid entendió que los aludidos informes solicitados por *Access Info* no se incluían en la causa de inadmisión analizada, lo que conducía a la desestimación del recurso presentado por el Ministerio de la Presidencia y a la confirmación de la resolución del CTBG.

El Ministerio de la Presidencia apeló el fallo judicial ante la Audiencia Nacional, que mediante sentencia de 25 de julio de 2017<sup>11</sup> (recurso 46/2017) confirmó la sentencia de primera instancia y dictaminó que el Gobierno español debía entregar a *Access Info Europe* los documentos relacionados con la participación en la OGP, tal y como había resuelto originariamente el CTBG.

La Audiencia Nacional aceptó íntegramente los razonamientos jurídicos expuestos por el órgano judicial de primera instancia, rechazando los argumentos vertidos en el recurso de apelación por parte del Ministerio de la Presidencia, que fueron en esencia los mismos expuestos en vía administrativa para denegar el acceso a los informes procedentes de otros Ministerios y que confluyen en el informe final del Ministerio de la Presidencia sobre el Plan de Acción de Gobierno Abierto: consideraba la Abogacía del Estado que dicho Ministerio es el portavoz de la actuación del Estado español en el cumplimiento de los compromisos con la OGP, por lo que los demás informes tendrían el carácter instrumental que se refiere el artículo18.1 b) de la LTAIBG como motivo de inadmisión: información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.

La Audiencia Nacional falló que, en tales términos, el recurso de apelación debía ser desestimado, compartiendo la decisión de la magistrada de primera instancia en el sentido de que lo instrumental o accesorio no depende de su carácter formal sino de su verdadero contenido material, puesto que "información auxiliar" no es el equivalente a información de valor provisional. Por consiguiente, afirmaba la sentencia de apelación, los informes que puedan provenir de otros Ministerios pueden resultar altamente relevantes para conocer de forma sectorial el cumplimiento de los compromisos con la OGP. Así, los informes a los que se refiere el artículo 18.1 b) de la LTAIBG son los que tienen un ámbito exclusivamente interno, pero no los que pretenden objetivar y valorar, aunque sea sectorialmente, aspectos relevantes que han de ser informados.

Por otro lado, la sentencia recordaba el carácter restrictivo que tienen las limitaciones de la información conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y de la misma forma señalaba el carácter amplio que tiene el concepto de "información pública" en el artículo 13 de la LTAIBG, afirmando que, de admitir la tesis mantenida en su recurso por la Abogacía del Estado, para conocer la elaboración de una norma reglamentaria bastaría con acudir a su texto final, sin poder conocer todos los informes evacuados durante la misma, cuya relevancia en modo alguno puede ponerse en entredicho para conocer el espíritu de la norma.

Y, añadía el Tribunal, así había que entender que el artículo 15.1 b) del Proyecto de Ley de transparencia (antecedente del artículo 18.1 b) fuese objeto durante el debate parlamentario de numerosas enmiendas por parte de varios grupos políticos, que ponían de relieve la contradicción con el concepto amplio de información pública que ofrecía el propio proyecto de ley, así como con los compromisos internacionales acordados por España, e igualmente

• •

<sup>11</sup> http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0ccb998d35c47e82/20170817

las dificultades que implica tal supuesto de inadmisión para conocer las razones que justifican la toma de las decisiones de las Administraciones Públicas.

Por tanto, concluía la Audiencia Nacional en su sentencia de apelación de 25 de julio de 2017,

"El hecho de que no fuesen aprobadas las enmiendas de supresión de ese precepto no quiere decir que no deba realizarse una interpretación de la Ley [de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno] acorde con su espíritu y finalidad, conjuntamente con el artículo 13 de la misma y el artículo 105 de la Constitución Española, así como con la interpretación hecha en los convenios internacionales.

Por consiguiente, si se pretende conocer la motivación seguida por las Administraciones Públicas en su toma de decisiones habrán de ser conocidos los informes por ella evacuados que resulten ser relevantes, hayan sido o no de apoyo a la decisión final, y no esperar al resultado de esta última" (F.J.  $2^{\circ}$ ).

Por todo ello la sentencia de la Audiencia Nacional procedía a confirmar la sentencia impugnada así como la resolución administrativa del CTBG, imponiendo las costas a la Administración recurrente.

Finalmente, tras la firmeza de la sentencia de la Audiencia Nacional, el Ministerio de la Presidencia entregó a *Access Info Europe* la información solicitada (documentos que pueden consultarse en el siguiente enlace de la propia web de la organización reclamante: https://drive.google.com/drive/folders/164AT\_IS8kolslkZwDbGLNmaCTvMHG60).

# 5

#### El impacto en los medios

En un primer momento el caso únicamente tuvo eco a través de la página web de la propia *Access Info Europe*, lo que seguramente era un reflejo del escaso conocimiento que se tenía en el año 2015 (pocos meses después de la entrada en vigor de la LTAIBG) sobre la pertenencia de España a la OGP y sobre la aprobación y desarrollo de los Planes de Acción de Gobierno Abierto, como pusieron de manifiesto en el caso que nos ocupa tanto el CTBG como los órganos judiciales que conocieron de los recursos contencioso-administrativos que hemos comentado.

Así, una entrada del blog de Access Info de 2 de diciembre de 2015 se titulaba "Los documentos utilizados en la toma de decisiones no son "internos" según el Consejo de Transparencia<sup>12</sup>", y en ella Helen Darbishire, Directora de la organización, recalcaba que la resolución del CTBG "reduce el alcance del concepto de 'documentos internos', muy criticado por la sociedad civil y uno de los puntos débiles de la ley de transparencia española".

Posteriormente, Access Info publicó otra entrada en su blog tras la sentencia de primera instancia de 6 de abril de 2017 que le daba la razón, titulada "Victoria en los tribunales: El Gobierno deberá ser transparente sobre sus políticas de Gobierno Abierto<sup>13</sup>". Allí remarcaba que la sentencia contribuía al desarrollo de jurisprudencia en derecho de acceso a la información en España, estableciendo que para que la sociedad civil pueda participar en la toma de decisiones relativas al Gobierno Abierto es imprescindible tener acceso a la información relevante sobre las mismas. Y destacaba que el Tribunal enfatizaba en la sentencia, "con cierta ironía, que teniendo en cuenta la naturaleza de la Alianza para el Gobierno Abierto resulta especialmente importante que el Ministerio sea transparente sobre sus acciones".

<sup>12</sup> https://www.access-info.org/es/blog/2015/12/02/los-documentos-utilizados-en-la-toma-de-decisiones-no-son-internos-segun-el-consejode-transparencia/

<sup>13</sup> https://www.access-info.org/es/blog/2017/05/04/victoria-en-los-tribunales-el-gobierno-debera-ser-transparente-sobre-sus-politicas-de-gobierno-abierto/



Más llamativo fue ya para los medios que el propio Ministerio de la Presidencia apelara ante la Audiencia Nacional la sentencia de primera instancia que había confirmado la resolución del CTBG, instando a la Administración a entregar la información a *Access Info*, hecho sobre el que en junio de 2017 aparecieron un artículo en el periódico online *elDiario.es* y una columna de opinión en *El País*.

El titular de la información publicada en *elDiario.es* el 6 de junio de 2017 fue "El Gobierno recurre la sentencia que le obliga a publicar sus políticas sobre transparencia<sup>14</sup>", y en ella el noticiero destacaba que, a pesar de su derrota inicial en los tribunales, el Ministerio de Presidencia había insistido en pleitear para no revelar documentos relativos a la implementación de los planes de acción sobre Gobierno Abierto en España solicitados por *Access Info Europe*. Y añadía que, de esta manera, "el Gobierno sigue en su campaña de ir a los tribunales para evitar responder a solicitudes de información amparadas en la Ley de Transparencia, norma que el mismo Ejecutivo impulsó y que entró en vigor en diciembre de 2014", destacando que "Lo más paradójico en este caso es que el Ministerio de *Presidencia persiste* en recurrir ante los tribunales para no revelar sus políticas en materia de transparencia".

En el mismo sentido, el artículo de opinión del diario *El País* de 13 de junio de 2017, que lleva como sugestivo título "La Ley de Mortadelo<sup>15</sup>" (y clarificador subtítulo "*Necesitamos un cambio urgente de cultura en nuestras Administraciones hasta conseguir que facilitar la información sea la norma y no la excepción*"), era muy crítico con la actuación del Gobierno en materia de transparencia. En la columna, firmada por el politólogo Víctor Lapuente, se resume de manera muy elocuente y directa el desarrollo del caso que estamos comentando:

"A veces, la Ley de Transparencia parece estar en manos de Mortadelo y Filemón. Un particular, o una entidad como Access Info Europe, pide información a un organismo público sobre cuestiones relativamente inocentes como los gastos del festival de Eurovisión o las políticas de Gobierno Abierto.

 $<sup>14 \</sup>quad https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-sentencia-publicar-politicas-transparencia\_0\_651285035.html$ 

<sup>15</sup> https://elpais.com/elpais/2017/06/12/opinion/1497274876\_475064.html

La Administración se niega a facilitar la documentación. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) le da la razón al solicitante de información. Pero el Gobierno invierte los recursos de todos en llevar esa decisión a los tribunales. Estos fallan a favor del particular y del CTBG, una institución que, a su vez, ha tenido que gastar dinero público para pagar abogados privados que argumenten contra la propia Administración a la que pertenece.

Insistiendo en el absurdo, el Gobierno no tira la toalla, sino más medios públicos, y recurre la sentencia. Todo por conseguir objetivos tan incoherentes como mantener secreta la mismísima estrategia de Gobierno Abierto...".

Finalmente, recaída la sentencia en apelación que volvía a darle la razón, Access Info Europe publicó una nueva entrada en su blog en septiembre de 2017 sobre este asunto, con el título "La Audiencia Nacional ordena la publicación de documentos sobre la Alianza para el Gobierno Abierto<sup>16</sup>", resaltando que la sentencia ya firme rechazaba por segunda vez el intento del Gobierno de considerar los informes de avance sobre el Plan de Acción de la OGP como documentos internos de carácter "auxiliar" y, por tanto, vetados del escrutinio público. En este sentido y desde su punto de vista, la Directora de la organización entendía que el fallo suponía "un importante avance hacia la transparencia en España, puesto que limita la aplicación discrecional del polémico artículo 18 LTAIBG sobre documentos auxiliares -utilizado de forma frecuente para denegar acceso a la información- y confirma que no puede considerarse como tal la información relevante sobre la toma de decisiones y para poder participar en el debate público".

Además, Access Info destacaba que la Audiencia Nacional citaba en su sentencia jurisprudencia internacional que resultaba "clave para reforzar el argumento de que el concepto de 'información pública' debe interpretarse de forma amplia, en consonancia con el espíritu de la ley [de transparencia], y que cualquier límite al derecho de acceso a la información debe ser restringido y motivado".



#### La repercusión sobre la gestión pública

En el documento titulado "España. Informe de avance 2012-2013"<sup>17</sup>, el IRM recordaba que los países participantes en la OGP deben seguir un proceso de consulta con la sociedad civil para el desarrollo e implementación de sus Planes, para a continuación apuntar lo siquiente (p. 10):

"El Gobierno de España preparó el primer Plan de Acción [2012-2014] sin realizar proceso de consulta pública y, al hacerlo, no cumplió las recomendaciones de la OGP. La autoría del Plan en su totalidad recayó en el Ministerio de la Presidencia, quien ha indicado que esta ausencia se debió a falta de tiempo, al tratarse de un Gobierno recién llegado y cuyo equipo de colaboradores tomó posesión de sus cargos a finales de 2011.

Posteriormente, el Gobierno de España evitó abrir la participación durante la implementación del Plan. El investigador local IRM no encontró evidencia de esfuerzos gubernamentales orientados a promover un mayor conocimiento sobre la OGP en la ciudadanía, o para implicarse con la sociedad civil, el sector privado u otros actores relevantes en esta fase.

Aunque se abrió un periodo de consulta pública para ofrecer comentarios al borrador de la autoevaluación [del desarrollo del Plan de Acción], sus resultados fueron bastante limitados dada la falta de publicidad y del conocimiento ciudadano respecto de las acciones llevadas a cabo por el Gobierno de España en materia de Gobierno Abierto".

<sup>16</sup> https://www.access-info.org/es/blog/2017/09/21/la-audiencia-nacional-ordena-la-publicacion-de-documentos-sobre-la-alianza-para-el-objerno-abierto/

<sup>17</sup> https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2001/01/Spain\_Final\_2012\_0.pdf

En el siguiente ciclo de planes de acción el IRM volvía a insistir en la misma idea de falta de participación de la sociedad civil en la elaboración del II Plan de Gobierno Abierto de España, que debía desarrollarse durante los años 2014 a 2016:

"Al igual que el primer ciclo, no hubo cocreación en la definición del segundo plan de acción. Aunque se incorporaron herramientas básicas de consulta, no se cumplió con la mayoría de los criterios definidos para desarrollar el plan de acción OGP. A su vez, el Gobierno de España no desarrolló ni identificó espacios en donde los ciudadanos, el sector privado y las OSC [organizaciones de la sociedad civil] dieran seguimiento, junto con el Gobierno, a la implementación del segundo Plan de Acción" ("España. Informe de avance 2014-2015"18, p. 16).



En este sentido, las principales recomendaciones propuestas por el IRM de cara a la elaboración de los futuros planes de acción de Gobierno Abierto estaban relacionadas directamente con la participación ciudadana en el proceso, destacando las siguientes: conformar un órgano de coordinación intergubernamental y social para articular las estrategias y acciones de Gobierno Abierto; articular un espacio participativo en la web del Portal de la Transparencia como un espacio virtual permanente de seguimiento y evaluación del proceso OGP; realizar una campaña de promoción de la OGP apoyada en el uso de redes sociales, asociada a la conformación del próximo plan, la política de Gobierno Abierto y la política de transparencia ya impulsada (ídem, pp. 23-24).

Hay que señalar que el órgano responsable del diseño, redacción, presentación y seguimiento de los compromisos asumidos tanto en el I Plan de Acción de Gobierno Abierto de España (2012-2014) como en el II Plan de Acción (2014-2016) había sido el entonces Ministerio de la Presidencia, a través de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes.

En un primer momento tales labores recayeron concretamente en su Subdirección General de Propuestas Normativas y Documentación Parlamentaria, hasta que a principios de agosto del 2015 (coincidiendo con el momento en que la organización *Access Info Europe* solicitó la información que estamos comentando en este relato) la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes transfirió la labor de seguimiento del II Plan a la Oficina para la Ejecución de Reforma de la Administración (OPERA), a través de su Oficina de Transparencia y Acceso a la Información (OTAI). En ese momento el Gobierno de España habilitó un *microsite* específico de Gobierno Abierto dentro del Portal de Transparencia, donde se podía acceder a información relevante sobre el

 $<sup>18 \</sup>quad https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2001/01/Spain\_2014- \\ 15\_IRM.pdf$ 

proceso, micrositio que, aunque tuvo habilitado un formulario general de comentarios disponible, mantuvo un carácter mayormente informativo.

Posteriormente, con la aprobación de los Reales Decretos 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, y 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, se produjo una nueva distribución de funciones entre el Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y el Ministerio de Hacienda y Función Pública: se asignaron las competencias en materia de administración territorial al Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, mientras que se atribuyeron al Ministerio de Hacienda y Función Pública las relativas a la Función Pública, la Administración Digital y la Gobernanza Pública, incluyéndose en particular dentro de esta última las competencias en materia de transparencia.

En este sentido, el hoy derogado Real Decreto 769/2017<sup>19</sup>, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, establecía en su artículo 1 que dicho Ministerio era el encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de transparencia y Gobierno Abierto (primera vez que aparece en un Real Decreto de estructura ministerial una alusión expresa al "Gobierno Abierto"), recayendo tales competencias en la Secretaría de Estado de Función Pública, concretamente en la Dirección General de Gobernanza Pública.

En la actualidad, las competencias en materia de transparencia y Gobierno Abierto siguen encomendadas a la Dirección General de Gobernanza Pública (que cuenta con una Subdirección General específica de Gobierno Abierto), integrada ahora en la Secretaría General de Función Pública del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, de acuerdo con lo establecido por el Real Decreto 307/2020<sup>20</sup>, de 11 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Política Territorial y Función Pública.

En este nuevo marco competencial, a partir de finales de 2017 y tras la entrega a *Access Info* de la información sobre la OGP solicitada en el verano de 2015 en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2017, la Dirección General de Gobernanza Pública incluyó en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado un espacio propio para el Gobierno Abierto, en el que se informa puntualmente de todos los avances en la materia y se pone a disposición de los ciudadanos toda la información generada durante el procedimiento de elaboración de los Planes de Gobierno Abierto de España. Dicha página puede consultarse en el siquiente enlace: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\_Home/index/Gobierno-abierto.html

Y es que, como recordaba la misma Dirección General de Gobernanza Pública en octubre de 2019 en el "Informe de Autoevaluación del III Plan de Acción de España 2017-2019"<sup>21</sup>, junto al objetivo de fortalecer en nuestro país los valores del Gobierno Abierto, el diseño del III Plan de Acción (que por las circunstancias políticas de nuestro país hubo de elaborarse durante el año 2017 y no en 2016) debía abordar otros dos retos: por un lado, el establecimiento de un sistema eficaz de cooperación entre todas las Administraciones españolas en esta materia y, por otro, la imprescindible creación de mecanismos específicos de participación y colaboración con la sociedad civil en las políticas de Gobierno Abierto.

Y ello, señalaba el informe citado, no solo porque ambos objetivos estuvieran contemplados entre las recomendaciones del IRM tras la evaluación de los planes de acción anteriores, sino también porque la organización territorial del Estado español así lo justificaba para dotar de coherencia a las políticas públicas de Gobierno Abierto.

<sup>19</sup> https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/07/28/769/con

<sup>20</sup> https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/02/11/307/con

<sup>21</sup> https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:a82285e4-a7e0-41ee-9b74-af98bd7b3b5b/InformeAutoevaluaci%C3%B3n\_IIIPlanGobiernoAbierto\_2017-2019\_vdef.pdf

De esta forma, el documento asume que el III Plan de Acción de España (2017-2019) debía impulsar la participación ciudadana y la colaboración social en el desarrollo de los valores de Gobierno Abierto, mediante la creación de espacios *ad hoc* que permitieran reunir, en igualdad de condiciones, a los representantes de todas las Administraciones españolas con las organizaciones de la sociedad civil. Y concluye que ambos objetivos habían sido alcanzados plenamente,

"de modo que el III Plan de Gobierno Abierto puede ser calificado como el plan de la cooperación entre las Administraciones Públicas y de éstas con la sociedad civil. La constitución de la Comisión Sectorial, que reúne a los tres niveles de las Administraciones españolas, estatal, autonómico y local, así como la creación y puesta en marcha del Foro de Gobierno Abierto, de composición paritaria entre aquéllas y la representación de la sociedad civil, constituyen la evidencia más significativa del esfuerzo desarrollado por España para promover la colaboración y la participación ciudadana" ("Informe de Autoevaluación del III Plan de Acción de España 2017-2019", p. 5).

Para incorporar en este nuevo sistema de gobernanza a distintos representantes de la sociedad y configurar así un foro multiactor de carácter multisectorial, la Dirección General de Gobernanza Pública publicó una convocatoria a la que concurrieron distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajan en el ámbito de la transparencia y del Gobierno Abierto, interesadas en formar parte del foro. Además, contactó con representantes del mundo académico y de otras organizaciones representativas de intereses colectivos. Y así, en febrero de 2018 se constituía formalmente el Foro de Gobierno Abierto, con la finalidad de institucionalizar la colaboración y fortalecer el diálogo permanente entre las Administraciones Públicas y la sociedad civil en materias relacionadas con la colaboración, la transparencia, la participación y la rendición de cuentas (Orden HFP/134/2018, de 15 de febrero<sup>22</sup>), si bien sus integrantes ya habían venido colaborando en el diseño del III Plan y en el seguimiento de las primeras actuaciones en marcha.

Por último, hay que señalar que el IV Plan de Gobierno Abierto de España 2020-2024, aprobado el 29 de octubre de 2020 por acuerdo del Pleno del Foro de Gobierno Abierto, recoge 10 compromisos que asumen las Administraciones públicas para reforzar la transparencia y la rendición de cuentas, mejorar la participación, establecer sistemas de integridad pública, y formar y sensibilizar a la ciudadanía y al personal empleado público en materia de Gobierno Abierto, con el objetivo de contribuir a una sociedad más justa, pacífica e inclusiva<sup>23</sup>.

En definitiva, a la vista de cómo se ha llevado a cabo la elaboración del IV Plan de Acción de Gobierno Abierto y del contenido detallado y exhaustivo de la información sobre las actuaciones de la Administración General del Estado en materia de Gobierno Abierto, actualmente puesta a disposición de todos los ciudadanos a través del Portal de la Transparencia, puede comprobarse la evolución que ha habido en la materia desde aquella primera solicitud de información pública sobre la OGP presentada por *Access Info Europe* en el verano de 2015, inadmitida entonces por la Administración y llevada a los tribunales para no conceder la información.

Nos encontramos, en definitiva, ante un ejemplo de cómo va calando en las Administraciones Públicas una "cultura de transparencia", en este caso en una materia especialmente relevante como es la de la participación de la sociedad en los asuntos públicos.

<sup>22</sup> https://www.boe.es/eli/es/o/2018/02/15/hfp134/con

<sup>23</sup> https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia\_Home/index/Gobierno-abierto.html

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas



Técnico jurídico. Síndic de Greuges de la Comunidad valenciano

# El sistema de vigilancia de productos sanitarios



#### Introducción

La transparencia y un acceso adecuado a la información son esenciales para proteger la salud pública, hacer que los pacientes y los profesionales de la salud puedan decidir con conocimiento de causa, proporcionar una base sólida para la adopción de decisiones reguladoras y crear confianza en el sistema sanitario.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece la obligación de que los importadores, fabricantes y profesionales sanitarios comuniquen los efectos adversos causados por los productos sanitarios, cuando en ellos pueda derivarse un peligro para la vida o salud de los pacientes (artículo 99).

En desarrollo de esta obligación, el artículo 32 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, señala que dicha comunicación deberá realizarse a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, AEMPS), tan pronto tengan conocimiento de cualquier funcionamiento defectuoso o alteración de las características o de las prestaciones del producto, así como cualquier inadecuación del etiquetado o de las instrucciones de utilización que pueda dar lugar o haya podido dar lugar a la muerte o al deterioro grave del estado de salud de un paciente o de un usuario.

Cada centro sanitario designará un responsable de vigilancia, que comunicará los datos a las autoridades sanitarias de la correspondiente Comunidad Autónoma y a la AEMPS, quien evaluará y registrará, de forma centralizada, todas las notificaciones, adoptando las medidas necesarias de protección de la salud.

El artículo 87.10 del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, obliga a las autoridades competentes de los Estados miembros a adoptar medidas, como la organización de campañas de información específicas, para animar a los profesionales de la salud, los usuarios y los pacientes a informar a las autoridades competentes sobre presuntos incidentes graves, y también impone la obligación de llevar registros centralizados a escala nacional de los informes que reciban de los profesionales de la salud, los usuarios y los pacientes.

El Sistema de Vigilancia de Productos Sanitarios se refiere, por tanto, en la notificación de los incidentes adversos acaecidos con productos sanitarios, a su registro y evaluación, a la adopción de las medidas oportunas en orden a la protección de la salud y a la transmisión de estas medidas a los agentes interesados.

El objetivo de este sistema es muy claro. Mejorar la protección de la salud y seguridad evitando la repetición de incidentes graves, mediante la recogida, evaluación y difusión de la información sobre los citados incidentes y la adopción de las medidas correctivas apropiadas.

# 2

# Antecedente del caso: la solicitud de información pública

Un periodista solicita a la AEMPS, mediante escrito presentado con fecha 4 de mayo de 2018, detalle de todos y cada uno de los incidentes adversos notificados por los profesionales sanitarios al punto de vigilancia de productos sanitarios, desde el 1 de enero de 2012 hasta el 4 de mayo de 2018.

En concreto, respecto a cada incidente, solicitaba los siguientes datos:

- a) fecha de la notificación del incidente adverso;
- b) tipo de producto/descripción;
- c) nombre comercial:
- d) fabricante;
- e) importador/distribuidor;
- f) localización del producto: centro sanitario o fabricante/distribuidor;
- g) se ha informado de este incidente al fabricante y/o distribuidor: sí o no; y al responsable de vigilancia de su centro: sí o no:
- h) fecha del incidente; consecuencias para el paciente: muerte, amenaza para la vida, ingreso hospitalario, prolongación de la hospitalización, incapacidad importante, necesidad de intervención para evitar lesiones o incapacidad permanente, sin consecuencias, otros.

## 3

## La respuesta negativa de la AEMPS

La contestación denegó la información solicitada. Se opusieron dos motivos. Por un lado, el apartado k) del artículo 14.1 de la LTAIBG: "el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión".

Y por otro lado, la disposición adicional primera de la referida ley, que prevé que "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."

La AEMPS argumentó que la información que se solicitaba se refería a productos sanitarios y productos sanitarios implantables activos, que se encuentran regulados por el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios y el Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos.

En este sentido, la AEMPS consideraba que el artículo 7 de ambas normas aplican el régimen de confidencialidad en materia de productos sanitarios y productos sanitarios implantables activos, fijado en las Directivas europeas de productos sanitarios productos sanitarios implantables activos.

Dichos preceptos prevén que la AEMPS debe garantizar la confidencialidad de la información obtenida en el ejercicio de su función y, precisamente a fin de evitar conflictos interpretativos sobre lo que entra dentro del ámbito de la información confidencial, cita expresamente en el apartado 2 b) del artículo 7 lo que debe considerarse

"información no confidencial" en materia de vigilancia (artículo 32 del Real Decreto de productos sanitarios y artículo 28 del Real Decreto de productos sanitarios implantables activos).

La información que se solicita no figura entre las materias citadas como no confidenciales, por lo que la AEMPS considera que se trata de información confidencial y concluye que no es posible facilitar la información solicitada.



## La resolución favorable del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

Durante la tramitación de la reclamación presentada por la persona solicitante de la información, la AEMPS amplió sus explicaciones sobre la imposibilidad de facilitarla debido a su confidencialidad. Por un lado, insistía en que se trata de incidentes adversos notificados por los profesionales relacionados con productos sanitarios, sobre los cuales, de acuerdo con lo establecido en la reglamentación, la AEMPS tiene que realizar una investigación, conjuntamente si es necesario con el fabricante, para confirmar o descartar que existe una relación de causalidad del producto con el incidente notificado.

En esta fase de comunicación del formulario de incidentes no está demostrada dicha relación de causalidad y en ocasiones las investigaciones terminan sin que haya podido establecerse el nexo, por lo que la difusión de esta información no solamente no es de interés general, sino que puede tener efectos perjudiciales para:

- a) la propia investigación que debe realizar la AEMPS para adoptar la decisión en materia sanitaria que corresponda;
- b) la empresa relacionada con los productos objeto de los incidentes, ya que pueden verse afectadas su imagen y sus intereses económicos y comerciales sin que se haya establecido de forma fehaciente la implicación de sus productos en los hechos producidos;
- c) los centros sanitarios y los profesionales sanitarios que han notificado los incidentes que pueden ver dañada su imagen ante la difusión de informaciones no contrastadas;
- d) los pacientes y la población en general, en los que pueden crearse alarmas injustificadas que pueden conducir a la toma de decisiones equivocadas o perjudiciales para su salud.

Asimismo, la AEMPS recordaba que los incidentes notificados por los profesionales sanitarios constituyen solamente una parte de las notificaciones de incidentes que llegan al Sistema de Vigilancia y además, como hemos visto, se trata de información inicial que debe ser evaluada y confirmada o descartada. La difusión de esta información resulta en consecuencia parcial, incompleta y no contrastada, pudiendo dar lugar a interpretaciones o tratamientos deficientes desde el punto de vista técnico o científico que alteren la realidad sobre la seguridad y los riesgos asociados a los productos sanitarios.

Pues bien, finalizada la tramitación de la reclamación, el CTBG, en su Resolución de fecha 1 de octubre de 2018 (R/397/2019)¹, la estima íntegramente, basándose en unos antecedentes (R/0398/2018 y R/425/2018), en los que ya se utilizó los siguientes argumentos.

Los datos solicitados están disponibles. La propia AEMPS afirma que la información sobre reacciones adversas forma parte de la ficha técnica de la gran mayoría de medicamentos en uso, a disposición de los profesionales sanitarios. Dichas fichas técnicas son accesibles, si bien parcialmente y no en su totalidad, a través de una

۰

<sup>1</sup> Resolución de fecha 1 de octubre de 2018 (R/397/2019).

búsqueda individualizada por medicamento, en el registro CIMA -Centro de información online de medicamentos de la AFMPS-.

Dicho en otros términos, la información es parcialmente pública, si bien, los datos -como decimos, no todosse encuentran no articulados en los apartados mencionados por la solicitud y su accesibilidad partiría de una pormenorizada labor de búsqueda en cada ficha técnica que hubiera sido publicada.

En cuanto al límite de la confidencialidad, el CTBG tiene en cuenta su Criterio Interpretativo CI/002/2015, de 24 de junio, para recordar que los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos. Deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable.

Además, la limitación no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información. Asimismo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público).

El CTBG se hace eco, también, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, dictada en el Recurso de Casación nº 75/2017, en la que se señala que 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 (...) 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 (...)".

Efectuada una interpretación conjunta e integradora de la reglamentación sanitaria específica, el CTBG entiende que no se considera confidencial la información destinada a los usuarios remitida por el fabricante, el representante autorizado, el importador o el distribuidor, los profesionales sanitarios y las autoridades en relación con una medida de las establecidas con arreglo al artículo 32 a) del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre.

Las medidas a que se refiere el precepto anterior, son las que puedan dar lugar o haya podido dar lugar a la muerte o al deterioro grave del estado de salud de un paciente o de un usuario.

En cuanto al segundo motivo opuesto por la AEMPS para no facilitar la información, esto es, la existencia de un régimen propio y específico del derecho de acceso en el ámbito de los productos sanitarios, el CTBG también lo rechaza, aplicando la doctrina sentada en el Criterio Interpretativo nº 8/2015, a saber:

"sólo en el caso de que una norma concreta establezca un régimen específico de acceso a la información pública en una determinada materia o área de actuación administrativa, puede entenderse que las normas de la Ley 19/2013, de transparencia, no son de aplicación directa y operan como normas supletorias. En opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso etc. Por ello, sólo cuando la norma en cuestión contenga una regulación específica del acceso a la información, por más que regule exhaustivamente otros trámites o aspectos del procedimiento, podrá considerarse a la Ley 19/2013 como supletoria en todo lo relacionado con dicho acceso.

La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedarán exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la Ley 19/2013, siendo ésta, como es, una ley básica y de general aplicación (...)".

Analizados tanto el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, como el Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, sobre productos sanitarios implantables activos, el CTBG entendió que esta normativa no consagra una normativa específica en materia de acceso, puesto que no establece de manera expresa la forma de acceso, ni la forma de dar el acceso, ni la forma de resolver sobre el mismo ni los recursos administrativos o contencioso-administrativos de aplicación.

Y, por último, el CTBG aplica un razonamiento definitivo para estimar la reclamación, y es que estamos ante un asunto que afecta de manera directa a la salud de los usuarios y consumidores finales, de manera que existe un indudable interés público en conocer la información que se solicita, ya que están en juego derechos fundamentales como la salud o la propia vida de las personas, derivado de efectos perniciosos de medicamentos al alcance del público o de uso público.

En consecuencia, y a pesar de la falta de confirmación del nexo causal entre la administración del medicamento y la reacción adversa, el CTBG entendió que existe un interés público en conocer los casos en que los profesionales sanitarios, atendiendo a su conocimiento y juicio especializado, han constatado tales reacciones.

5

# La sentencia nº 131, de fecha 3 de diciembre de 2019, dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 4

No satisfecha con la resolución dictada por el CTBG, la AEMPS decidió impugnarla, no siendo su recurso estimado por la referida sentencia.

El razonamiento utilizado por la magistrada se apoya en la sentencia de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 21 de marzo de 2019, dictada en el recurso de apelación nº 78/2018, en la que se dijo que "para que pueda aplicarse lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, la regulación específica debe señalar con claridad que la información sobre la materia que regula sólo podrá obtenerse en la manera que en ella se específica".

En consecuencia, no se advierte que la confidencialidad prevista en el artículo 7 del Real Decreto 1591/2009, constituya una normativa específica sobre la materia, que regule el procedimiento, la legitimación y los plazos de acceso a la información, de manera que la LTAIBG es aplicable a la solicitud formulada por la persona interesada.



# La publicación de noticias sobre el caso en distintos medios de comunicación

El caso real que estamos analizando fue recogido por los distintos medios de comunicación. Así, por ejemplo, en el periódico El Confidencial<sup>2</sup>, se publicó la siguiente noticia el 27 de noviembre de 2018: "Sanidad recurre a la Justicia para ocultar los incidentes causados por implantes en España".

<sup>2</sup> https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2018-11-27/implant-files-sanidad-aemps-transparencia-tribunales\_1657510/



En la noticia se daba cuenta de que "la AEMPS quiere que los ciudadanos sigan sin conocer los incidentes notificados en España por fallos en los productos sanitarios. La AEMPS, a través del Ministerio de Sanidad, ha bloqueado en los tribunales la publicación de estos datos, tal y como ha defendido el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG). Es la quinta ocasión en que la AEMPS demanda al CTBG para no acatar una de sus decisiones en pos de la transparencia".

El mismo periódico también se hizo eco de la sentencia dictada por el Juzgado, en la noticia publicada el 27 de diciembre de 2019<sup>3</sup>: "Una sentencia avala la publicación de los incidentes causados por implantes médicos".

En la noticia se narra que "los 20.500 incidentes adversos causados por productos sanitarios defectuosos en España desde 2012 (más de nueve al día) dejarán de ser secretos. Así lo ha dictaminado una sentencia del Juzgado Central contencioso-administrativo número 4 de Madrid, que ha desestimado integramente el recurso presentado por el Ministerio de Sanidad en representación de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) contra tres resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) en las que instaba a la AEMPS a facilitar esta información a El Confidencial y La Sexta en el marco de la investigación internacional The Implant Files".



## El impacto del caso en la gestión pública

Como consecuencia de todo lo ocurrido, el Ministerio de Sanidad ha habilitado un nuevo sistema digital<sup>4</sup> denominado "Notificación de incidentes con productos sanitarios", para que tanto los pacientes como los profesionales sanitarios puedan notificar por internet cualquier fallo o problema que haya tenido lugar con un producto sanitario, durante su uso o posteriormente, y que pueda o haya podido tener consecuencias graves para la salud.

<sup>3</sup> https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2019-12-27/sentencia-transparencia-sanidad-aemps-implant-files\_2391108/

<sup>4</sup> https://notificaps.aemps.es/enviotelematico/notificaps/notifica/inicio.do



El aviso de estos incidentes permite a la AEMPS identificar cualquier problema o defecto relacionado con los productos sanitarios.

Las comunicaciones de incidentes constituyen un elemento esencial para permitir un mejor conocimiento del funcionamiento del producto sanitario en su uso habitual, e identificar señales que hagan sospechar de la existencia de problemas con un producto sanitario. Esto permitirá investigar estas señales y adoptar las medidas necesarias para disminuir el riesgo asociado a su uso.

Hay que tener en cuenta que los productos sanitarios y las tecnologías en las que se utilizan no están exentos de riesgos y pueden ocasionar efectos secundarios sin que los mismos supongan un fallo del producto.

El hecho de disponer de un mayor número de notificaciones puede permitir la asociación de incidentes con un determinado producto, la valoración de la repercusión de los hechos y la disposición rápida de las medidas correctoras pertinentes.

En la nueva plataforma digital se ponen a disposición de los posibles usuarios dos formularios electrónicos distintos, uno para los profesionales sanitarios, y el otro para los pacientes. También se ha habilitado un enlace para consultar el estado de tramitación de la notificación del incidente.

Los incidentes relacionados con productos sanitarios se comunicarán al portal de notificación de la AEMPS y se redirigirán al punto de contacto de vigilancia de productos sanitarios de la Comunidad Autónoma. Una vez enviada la notificación, se recibe por correo electrónico un acuse de recibo con un localizador que permitirá consultar la información aportada.

La AEMPS, en determinados casos, puede solicitar al fabricante del producto sanitario que lleve a cabo una investigación sobre el hecho notificado. Si el paciente o profesional sanitario lo autoriza en su notificación, el fabricante o el distribuidor del producto se pueden poner en contacto con usted para efectuar la investigación. Si no se autoriza, los datos de la notificación se transmitirán de forma anónima y sólo se trasladaría la información proporcionada sobre el producto y el incidente.

La notificación es considerada en el contexto de todas las demás notificaciones recibidas de los pacientes y de los profesionales sanitarios, por lo que, de forma general, no se emitirá un informe final individualizado por cada caso.

Por otra parte, el resultado de todo lo acontecido también ha provocado que la AEMPS haya potenciado otra herramienta digital<sup>5</sup> con la finalidad de publicar todas las alertas sanitarias en España. El buscador detalla 2.096 alertas desde enero de 2018 hasta diciembre 2020.

Junto a cada alerta, se publican también, en su caso, varios archivos: información de la AEMPS, una nota de aviso de la empresa, datos sobre el producto y una nota de seguridad.

Existe un buscador avanzado que permite utilizar los siguientes criterios: número de alerta, producto, fabricante, asunto o texto libre y publicación en la web.

El inquietante Auto del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 2020

En un asunto distinto al aquí analizado, y anterior en el tiempo, el Tribunal Supremo, mediante dicho auto, ha admitido a trámite el recurso de casación n.º 1975/2020 preparado por el Abogado del Estado, en representación de la AEMPS, contra la Sentencia de 18 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso de apelación n.º 51/2019.

El Alto Tribunal considera que existe un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia y que consiste en interpretar la disposición adicional primera, apartado 2, de la LTAIBG en relación con el artículo 7 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, a fin de determinar si el citado artículo 7, donde se contempla la confidencialidad, prevé o no un régimen jurídico específico de acceso a la información.

En el caso que está ahora pendiente de resolución por el Tribunal Supremo, el CTBG estimó parcialmente la reclamación y obligando a la AEMPS a facilitar la siguiente información al solicitante:

Número de casos notificados y en investigación en la AEMPS hasta la fecha, en qué centros sanitarios y en qué comunidades autónomas.

Copia del informe o informes sobre los resultados de los análisis toxicológicos realizados por el Instituto Universitario de Oftalmobiología Aplicada (IOBA) de la Universidad de Valladolid.

Copia de los informes sobre los ensayos químicos (análisis sobre composición e impurezas) que se realizaron en la Universidad de Valladolid.

Nombre de los expertos que formaron parte del panel de expertos para la evaluación clínica individualizada de los casos.

Número de casos evaluado por este panel y resultado de esas evaluaciones.

Copia del informe en el que se resumen los resultados de los ensayos realizados por el fabricante a petición de la AEMPS.

El Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 3, en el procedimiento n.º 25/2018, consideró que el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, no pretende una regulación exhaustiva del derecho de acceso a la información pública en la materia, por lo que resulta aplicable la LTAIBG.

Además, efectuaba el siguiente razonamiento: "la información solicitada concernía y concierne a aspectos que afectan no solamente a la salud de la solicitante y de otras personas concretadas en esos casos, sino de un indudable interés público puesto que tiene un alcance general en orden a la protección del derecho fundamental

<sup>5</sup> https://sinaem4.aemps.es/alertas/alertasPublicadas.do

a la protección y prevención de la salud humana y a la integridad física de otros posibles afectados por estas incidencias; así pues, entendemos existe una justificación debidamente proporcionada y adecuada para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública a la que se refiere la resolución impugnada con la facilitación de los datos solicitados".

La sentencia de 18 de diciembre de 2019, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, confirma la sentencia del Juzgado Central, razonando al efecto lo siguiente:

"El régimen contenido en el Real Decreto 1591/2009 no excluye la aplicación de la Ley 19/2013, pues si bien contempla un criterio de confidencialidad, lo hace con carácter de previsión general en relación con los productos sanitarios y sus accesorios de conformidad con las previsiones establecidas en su artículo 1, estableciendo, como señala la exposición de motivos, un sistema de vigilancia sobre los mismos con objeto de evaluar los incidentes adversos que puedan producirse, adoptar las medidas necesarias para la protección a la salud y establecer, en su caso, un conjunto de de obligaciones a fin de reforzar las garantías sanitarias".

En definitiva, la Audiencia Nacional considera, a mi juicio con buen criterio, que el citado Real Decreto 1591/2009 no contiene una regulación exhaustiva del derecho a la información ni puede entenderse que la disposición sobre confidencialidad que contiene sea incompatible ni limite el acceso a la información en los términos de la LTAIBG.

De hecho, el artículo 7 del Real Decreto 1591/2009 ya establece que la previsión de confidencialidad "no afectará a las obligaciones de información que incumban a las personas interesadas", lo que permite considerar que nada impide obtener la información solicitada y a la que ha accedido el CTBG.

Esperemos que el Tribunal Supremo desestime el recurso de casación y confirme la postura mantenida por el CTBG, el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y la Audiencia Nacional, teniendo en cuenta las poderosas razones de interés público que existen en conocer la información relacionada con los productos sanitarios defectuosos, que pueden afectar a la salud de las personas.

En consecuencia, es necesario seguir avanzando en mejorar la transparencia de la información puesta a disposición del público y evitar que se produzcan retrocesos que puedan incrementar los riesgos derivados de la utilización de los productos sanitarios.

Once relatos sobre cómo	el <b>acceso a la información</b>	impacta sobre <b>nuestras vidas</b>

Directora del Servicio de Gobierno Abierto y Atención a la Ciudadanía. Vocal del Consejo de Transparencia de Navarra.

## Agenda de trabajo de los altos cargos: del derecho de acceso a la obligación de publicidad activa



Este relato muestra cómo el interés de la ciudadanía por una determinada información resalta el valor de ésta como elemento determinante, fundamental o básico, para ejercer el debido escrutinio sobre la actividad y la gestión de los altos cargos en el ámbito de sus competencias y funciones, llegando a transformar esta información pública -que lo es- en una obligación de publicidad activa. No se trata solo de una información reiteradamente solicitada, sino que resulta de interés para la ciudadanía y ha llegado a incorporarse expresamente dentro del catálogo de obligaciones de publicidad activa, exigible a los sujetos obligados en un importante número de leyes autonómicas.

¿Con quién se reúnen nuestros dirigentes?, ¿con qué finalidad? La respuesta a estas preguntas conforma una información que debe ser transparente y conocida por la ciudadanía para que ésta pueda ejercer un control real sobre la gestión que aquellos hacen de lo público.



### El origen de la transformación

Desde la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG) hasta nuestros días se ha presentado un número importantísimo de solicitudes de derecho de acceso a la información sobre las agendas de trabajo de los altos cargos, tanto la referida a los miembros del Gobierno, como al resto de altos cargos de nuestras Administraciones y del resto de sujetos obligados.

En ocasiones, se ha solicitado el acceso a la agenda del alto cargo, mientras que en otras se ha requerido el acceso a la relación de peticiones de reuniones recibidas por los altos cargos, así como de las realmente celebradas con indicación del motivo de cada reunión y los temas tratados, los documentos compartidos o los acuerdos alcanzados. Todas son solicitudes que se han presentado ante el Presidente, Vicepresidente de España, Ministros y Ministras de los Gobiernos de España y ante diversos altos cargos de todos los Departamentos de la Administración General del Estado.

A continuación, se destacan algunas de las solicitudes e incorporamos los argumentos utilizados por la Administración en respuesta a éstas.

#### a) Solicitud de 3 de julio de 2015 ante el Ministerio de Fomento.

El 3 de julio de 2015 se presentaron dos solicitudes ante el Ministerio de Fomento que pretendían conocer:

"... número de reuniones, comités y actos que han contado con la presencia tanto del Ministro de Fomento como de Secretario de Estado de Infraestructuras" (años 2007 a 2014)

"Adicionalmente, si existe un registro para ello, las personas y colectivos con los que se ha entrevistado y el motivo del encuentro" El Ministerio inadmitió las solicitudes aduciendo la concurrencia de las siguientes causas:

- Solicitud referida al Secretario de Estado. Se alegaba la concurrencia de la causa contemplada en el artículo 18.1
   c) de la LTAIBG, por requerir una labor previa de reelaboración, puesto que la información no se encontraba recogida en ningún documento por ser una información extensa y prolija, que se encontraba dispersa en distintos expedientes y, por tanto, habría que acudir, no solo a fuentes propias del Ministerio, sino a fuentes externas y sin garantías de poder disponer de todos los datos necesarios para su completa descripción. Además, el Ministerio informaba que no existía un registro de personas y colectivos con quienes se hubiera entrevistado el Secretario de Estado.
- Solicitud referida a la Ministra de Fomento. Se adujo la concurrencia de la causa de inadmisión contenida en el artículo 18.1 a) de la LTAIBG, pues según indicaba el Ministerio, la información estaba en proceso de elaboración o publicación general para su incorporación en la Agenda de la Ministra, disponible en la página web de la Moncloa.
- El Ministerio informaba de la inexistencia de un registro de personas y colectivos con los que se haya entrevistado el Secretario de Estado.

La respuesta del Ministerio fue objeto de reclamación ante el CTBG (R200/2015, bis) y resuelta el 25 de septiembre de 2015.

#### Solicitudes de 03/02/2015 y de 9/06/2015 las Reuniones de la Ministra de Industria, Energía y Turismo.

Mediante solicitudes con fecha de 3 de febrero y 9 de junio de 2015 se requirió el acceso a las reuniones de la Ministra de Industria, Energía y Turismo celebradas entre 2007 y 2014. En esta ocasión, se inadmitió la solicitud de 3 de febrero por considerar que se trata de una información de **publicidad general** y la solicitud presentada el día 9 de junio fue inadmitida por considerarla **manifiestamente repetitiva** a la primera de las presentadas.

La respuesta del Ministerio dada a la solicitud de 9 de junio fue objeto de reclamación ante el CTBG (R 200/2015) y resuelta el 29 de septiembre de 2015.

#### c) Solicitud de 27 de octubre de 2015 presentada ante el Ministerio de Sanidad.

El solicitante requería el acceso a información sobre el listado de reuniones del Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad durante la legislatura, indicando fecha de la reunión, persona o entidad con la que se reunió, lugar y asunto tratado. Así mismo, se solicitaba que le facilitasen la información en un formato reutilizable, preferiblemente en formato csv o xls y, si no fuera posible, en el formato original en el que se encontrara la información solicitada.

En esta ocasión, se estimó el acceso, informando al solicitante que la agenda del Ministro era **pública en la página web de La Moncloa y se le dirigía a la dirección de la web de la página citada.** 

La agenda publicada en la web de La Moncloa contenía únicamente información relativa a la agenda institucional del Ministro, es decir, su asistencia a actos oficiales, conferencias, presentaciones y visitas, no alcanzando, en modo alguno, al conjunto de información solicitada, quedando fuera del escrutinio de la ciudadanía la manera, forma y finalidad con la que el Ministro desarrollaba la actividad propia de su competencia. Por este motivo, este acceso y estimación de la solicitud fue objeto de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La respuesta del Ministerio fue objeto de reclamación ante el CTBG (R 405/2015) y resuelta el 4 de febrero de 2016.

#### d) Solicitud de 7 de abril de 2017 presentada ante el Ministerio de Ciencia y Competitividad.

Con esa fecha se presenta una solicitud de acceso ante el Ministerio de Ciencia y Competitividad requiriendo el acceso a la siguiente información:

"Toda la información enviada, recibida o intercambiada desde el Ministerio con la empresa Telefónica o sus representantes respecto a la propuesta de la Unión Europea relativa a la regulación de los mercados mayoristas de itinerantica en la UE (los Wholesale Roamina Markets)."

La solicitud, entre otras cuestiones, pretendía el acceso a:

- "- Cartas, e-mails e informes intercambiados entre ambas partes con contenido relevante para la regulación de los mercados mayoristas de itinerantica en la UE.
- Listado de todas las reuniones mantenidas sobre el tema mencionado en las que estuviera presente algún representante de telefónica, órdenes del día v actas de las mismas."

El Ministerio inadmitió la solicitud amparándose en la causa de inadmisión a trámite prevista en el párrafo b) del artículo 18.1 de la LTAIBG, sobre las solicitudes "referidas a información que tenga **carácter auxiliar o de apoyo** como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas".

La respuesta del Ministerio fue objeto de reclamación ante el CTBG (R 226/2017) y resuelta el 22 de agosto de 2017.

#### e) Solicitud de 17 de mayo de 2017 presentada ante el Ministerio del Interior.

Con fecha 17 de mayo de 2017 se presentó solicitud de acceso al amparo de la LTAIBG, dirigida al Ministerio del Interior, con el siguiente contenido:

- "- Me gustaría conocer todas las peticiones de reunión recibidas por sus altos cargos desde el inicio de la presente legislatura, con indicación del solicitante, y que son tramitadas en su departamento de acuerdo a las declaraciones del secretario de Estado, ante la prensa, el pasado día 23 de abril (1).
- Además, me gustaría saber qué reuniones fueron finalmente celebradas, con quién y cuándo. Por último, si fuera posible, me gustaría saber más sobre el motivo de cada reunión así como los temas tratados, los documentos compartidos o los acuerdos alcanzados."

Mediante Resolución de fecha 14 de junio de 2017, el Ministerio del Interior respondía:

- -"Toda la información relativa a las Agendas del Presidente y demás Ministros del Gobierno se encuentra disponible en el siguiente enlace http://www.lamoncloa.qob.es/qobierno/agenda/
- Efectivamente, existe, desde el año 2012, una Agenda del Gobierno y del Presidente del Gobierno en la que se recogen los actos institucionales de cada uno de los miembros del Gobierno. Esta Agenda, que se viene publicando desde entonces en la página de la Moncloa, contiene actos de todo tipo: actos institucionales, reuniones y visitas que reciben los diferentes Ministros y el Presidente del Gobierno. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, "se entiende por información pública 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". Por lo tanto, sobre la base de tal concepto, debe señalarse que en el ámbito ministerial no hay más información pública que la recogida en la página web de la Moncloa, que hasta el momento es la única agenda que ha permanecido en el tiempo.
- Respecto del resto de altos cargos conviene señalar que en España, a diferencia de otros países, no existe una regulación específica de la Agenda, en la que deberían incluirse los elementos y aspectos esenciales de la misma. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no regula la agenda de los altos cargos. En su texto no aparece citada la Agenda ni como categoría de información exigida ni como requisito explícito ni implícito de transparencia.

Por ello no existe en el ámbito de este departamento una información que responda al concepto de información pública en esta materia, en los términos del artículo 13 ya citado. Y la obligada existencia de dicha información debería establecerse, en su caso, por una disposición legal, sin que de la citada Ley 19/2013, de 9 de diciembre, o de otra norma pueda inferirse la existencia de una suerte de obligación implícita en este sentido.

- Cabe señalar que, si se quisiera hacer un análisis de las reuniones mantenidas por los altos cargos del departamento consultando el registro de visitas del mismo, en relación a los datos que, en su caso, pudieran existir en los controles de seguridad, no debe olvidarse que, conforme a la Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios, los datos de carácter personal así obtenidos no podrán ser utilizados ni cedidos para otros fines distintos a la seguridad y control, y deberán ser destruidos cuando haya transcurrido el plazo de un mes, contado a partir del momento en que fueron recabados.
- Por todo lo expuesto, se señala que no hay más información pública sobre Agendas del Gobierno, a los efectos del artículo 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que la recogida en la página web de la Moncloa. Ello sin perjuicio de que, desde la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, se esté trabajando en ampliar día a día las categorías de información que se muestran al ciudadano, categorías en las que las Agendas, no solo de los miembros del Gobierno, sino también de los altos cargos, deberían ocupar un lugar relevante, y así se está avanzando. Deberían ser incluidas, tan pronto como se requie la materia de la forma que corresponda."

La respuesta del Ministerio fue objeto de reclamación ante el CTBG (R 0284/2017) resuelta tras revocación de la inicial el 27 de marzo de 2018.

#### f) Solicitud de 17 de agosto de 2018 ante el Ministerio de Ciencia Innovación y Universidades.

Con fecha de 17 de agosto se solicitó al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "conocer todas las peticiones de reunión a sus altos cargos desde el 1 de junio de 2018, fecha de nombramiento de, como Presidente del Gobierno. Nótese que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ya ha instado la entrega de esta información en su resolución R/0284/2017, puesto que las solicitudes de reunión son atendidas y tramitadas por personal a cargo de la administración pública y contienen información de especial interés público.

Ello conforme a su criterio interpretativo Cl/002/2016, de 5 de julio y otras resoluciones similares, como la R/0171/2015.

Por tanto, y en resumen, solicito:

- Las peticiones de reunión recibidas por sus altos cargos desde el inicio de la presente legislatura, con indicación del solicitante.
- Qué reuniones fueron finalmente celebradas, con quién y cuándo.
- El motivo de cada reunión así como los temas tratados, los documentos compartidos o los acuerdos alcanzados.

Nótese también que, en ningún caso, la llamada Agenda del Gobierno publicada en la página web de La Moncloa cumple con el objeto de esta solicitud. De hecho, estos tres puntos solicitados son los mismos exigidos por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en la citada resolución R/0284/2017."

El Ministerio acordó fuera de plazo dar acceso a la información y remitió un archivo Excel con los datos solicitados. Asimismo, informaba al entonces solicitante que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.5 de la LTAIBG, cualquier tratamiento que efectuara sobre los datos personales contenidos en la información a la que se da acceso, debería someterse a la normativa de protección de datos personales, en particular al 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 a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); y a la Ley Orgánica 15/1999, de 13

de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

La respuesta del Ministerio fue objeto de reclamación ante el CTBG, (R 762/2018), por dar acceso incompleto a la información solicitada y, fue resuelta el 8 de marzo de 2019.

# 2

# Posicionamiento de la Administración ante las reclamaciones presentadas ante el CTBG

La Administración destinataria de las solicitudes de acceso relativas a las Agendas de trabajo de los altos cargos vienen actuando de manera diferenciada, según si se refieren aquellas al Presidente, Vicepresidente y miembros del Gobierno por un lado, o si se refieren al resto de Altos Cargos de la Administración.

#### a) Solicitudes dirigidas al Presidente, Vicepresidente y otros miembros del Gobierno.

En este caso, la Administración adoptó distintas posiciones en su respuesta:

- Se inadmitió la solicitud en aplicación de la causa contemplada en el artículo 18.1. a) considerando que se referían a información que estaba en curso de elaboración o de publicación general.
- Se permitió el acceso y remitiendo a la página web de La Moncloa donde se publican los actos, institucionales, oficiales, públicos de los miembros del Gobierno.
- En algún caso se inadmitió por considerar que se trataba de una solicitud repetitiva de otra anterior.

En todos estos supuestos, el solicitante presentó la correspondiente reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. A continuación, se describen algunas de las argumentaciones aducidas por la Administración reclamada.

La Ministra de Fomento, en el seno de la reclamación R 200/2105 Bis, alegó, por ejemplo, que la información se publicaba en la web de Moncloa y que era accesible a través de la dirección que refería en su escrito, además añadió que "se trata de información en curso de elaboración o de publicación general, por lo que se debe inadmitir la solicitud, conforme al artículo 18.1 a) de la LTAIBG.

En otro caso,

#### b) Solicitudes dirigidas al resto de altos cargos de la Administración.

Cuando la solicitud se dirige a otros altos cargos de la Administración distintos de los componentes del ejecutivo, la Administración ha alegado:

- La concurrencia de la causa de inadmisión contenida en el artículo 18.1 c) por considerar que se trataba de información para cuya divulgación era necesaria una acción previa de reelaboración.
- La concurrencia de la causa de inadmisión contemplada en el artículo 18.1 b), al considerar que la información solicitada poseía carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes, siendo éstos de carácter interno o entre órganos y entidades administrativas.

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

 Inexistencia de información pública relativa a las agendas, cuando no existe norma que establezca esta obligación de transparencia, ni tampoco determine el contenido y alcance que debieran tener las agendas de trabajo de los altos cargos.

Resulta curioso que en 2017, después de que el CTBG ya hubiera dictado numerosas resoluciones resolviendo las reclamaciones planteadas y hubiera aprobado, junto con la Agencia Española de Protección de Datos, el Criterio 02/2016, e incluso se dictara la Recomendación 01/2017, los Ministerios siguieran utilizando los mismos argumentos para imposibilitar, o dificultar, el acceso a la información pretendida. Así, el Ministerio del Interior el 21 de junio de 2017, en sede de reclamación R 0284/2017, alegaba lo siguiente:

"Respecto al fondo de la reclamación ahora planteada, procede significar que los altos cargos de la SES reciben anualmente infinidad de solicitudes de reunión de muy distintos ámbitos: sociales, policiales, penitenciarios, técnicos, administrativos estatales, autonómicos, locales, europeos, internacionales, funcionariales, diplomáticos, institucionales, jurídicos, económicos, empresariales, sindicales, periodísticos, asociativos, políticos, deportivos, fundacionales, de organizaciones no gubernamentales, particulares, escolares, universitarios, etc.

Estas solicitudes de reunión se efectúan, de muy diversas maneras: verbalmente, por carta, por correo electrónico, telefónicamente, por el registro, por redes sociales,... y a muy diversos destinatarios: bien directamente al alto cargo, bien a algún miembro de su gabinete, bien mediante la secretaría correspondiente, bien genéricamente al Ministerio del Interior, al órgano competente...De todas las solicitudes recibidas de alguno de los distintos modos, de las que no existe un registro donde se recojan las mismas, algunas de ellas se priorizan respecto a otras, otras se descartan, se posponen, se retrasan a un momento más adecuado o se adelantan en función de la importancia, la relevancia del momento y de la Agenda del alto cargo.

Respecto a las peticiones de reunión antes citadas, éstas se recogen y tramitan en notas, borradores, comunicaciones e informes internos, todas ellas de carácter auxiliar y de apoyo, que únicamente se validan cuando se incorporan a la Agenda del alto cargo. Es por ello que la información solicitada sería objeto de inadmisión conforme a lo establecido en el artículo 18 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, que señala lo siguiente: 1. Se 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 o entre órganos o entidades administrativas." No obstante, al interesado se le facilitó la información que, relativa a la Agenda se facilita desde este Ministerio, ya que de otro modo habría dado lugar a la inadmisión directa de la misma.

Asimismo, es preciso destacar que lo señalado anteriormente relativo a la inadmisión se aplicaría sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, relativo a la protección de los datos personales y del artículo 14 de la citada Ley, ya que determinadas reuniones y su trascendencia podría afectar a la seguridad nacional y pública al amparo de lo dispuesto en los apartados a) y d) entre otros, del mencionado artículo 14.

En definitiva, se considera que sí tuvo acceso a la información que solicitó al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y que este Departamento actuó conforme a derecho."

# Posicionamiento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

#### 3.1 Estamos o no ante información pública

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha sido rotundo en este aspecto y en todas sus resoluciones ha destacado el carácter de información pública en los términos contenidos en el artículo 13 de la LTAIBG.

El CTBG, en muchas de sus resoluciones, entre ellas cabe citar la R.0405/2015, manifiesta que "Si bien es cierto, que los contenidos de las agendas de los Altos Cargos no están afectados por las obligaciones de publicidad activa de los artículos 5 y siguientes de la Ley 19/2013, que obliga a publicar de oficio, determinada información de carácter institucional, organizativo, de planificación, de relevancia jurídica, económica, presupuestaria o estadística, no es menos cierto que las Agendas sí constituyen, con carácter general, documentos y contienen información que entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información pública, ya que obran en poder de Organismos Públicos obligados por la Ley y han sido elaboradas o adquiridas en el ejercicio de sus funciones."

Además, el CTBG considera a esta información pública no como cualquier otra, sino que, entre otras, en la R.200/2015 Bis destaca que "[...] la Agenda de trabajo de los responsables públicos es un elemento esencial para conocer cómo se desempeñan las funciones que estos tienen encomendadas y, derivado de ello, cómo se adoptan las decisiones que afectan a los ciudadanos. Es, asimismo, un mecanismo imprescindible para una adecuada rendición de cuentas por los actos de dichos responsables públicos, así como, no olvidemos, una información esencial para cumplir la máxima de que la transparencia no es sino la gestión de lo público en público."

Por tanto, se trata de información pública en los términos establecidos en el artículo 13 de la LTAIBG y, además, se trata de información pública esencial para que la ciudadanía pueda ejercer el debido escrutinio sobre la gestión de lo público.

En la resolución señalada, R.200/2015 Bis, avanza en esta consideración y añade que, además de ser esencial para el citado escrutinio de lo público, especifica que esa información contenida en la agenda de trabajo debe ser publicada de forma clara, detallada, completa y comprensible.

Tras la entrada en vigor de la LTAIBG, las agendas de los actos institucionales se deben tornar en agendas de rendición de cuentas, donde deben quedar reflejadas todas las actuaciones con transcendencia pública, es decir, aquella que resulte determinante en la toma de decisiones, la que genere compromiso de gasto público, genere acuerdos, asigne cuotas de responsabilidad y, en general, toda aquella información que pudiera tener un impacto significativo en el orden jurídico, económico, social e institucional.

No obstante, si analizamos las agendas de trabajo que se publican en las páginas a las que han sido remitidos los distintos solicitantes, podemos concluir que las agendas oficiales publicadas sustraen de su publicación importante información relativa al proceso ordinario de toma de decisiones y asunción de responsabilidad, limitándose a hacer público actos institucionales que en gran medida se desarrollan de manera pública, lo que son agendas para los medios de comunicación social.

#### 3.2 Concurren o no las causas de inadmisión

Ante las distintas solicitudes de información recibidas, tal y como hemos señalado ya en este trabajo, la Administración ha aducido la concurrencia de las siguientes causas de inadmisión para imposibilitar el acceso a la información solicitada:

- a) Por tratarse de información que esté en curso de elaboración o de publicación general.
- b) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.
- c) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.
- d) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

Principalmente, la Administración ha alegado la concurrencia de las dos primeras causas, si bien, también ha hecho uso del carácter auxiliar de la información y del carácter repetitivo de la solicitud para inadmitir las solicitudes e imposibilitar de ese modo el acceso a la información pública solicitada:

#### a) Por tratarse de información que esté en curso de elaboración o de publicación general.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha venido rechazando la concurrencia de la causa de inadmisión contemplada en el artículo 18.1 a) de la LTAIBG. Cierto es que la agenda debe actualizarse diariamente, pero también es cierto que la información ya publicada o elaborada no se está elaborando diariamente. Es decir, la información correspondiente hasta el día de la fecha de la solicitud ya existe, ya está elaborada.

#### b) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.

El Consejo ha resuelto caso por caso, atendiendo a las circunstancias que se planteaban en cada uno de los supuestos. Así, sí ha admitido la causa de inadmisión, al menos en parte, cuando la información se encuentra en diversas fuentes y no todas ellas resultan de competencia del órgano o entidad que debe resolver la solicitud, o no sea posible obtener la información haciendo un uso racional de los medios disponibles. Ahora bien, en el caso de que concurra esta causa debidamente justificada, esta no se extiende a la totalidad de la información solicitada. Si entre la información solicitada se encuentra información, que no resulte afectada por esta causa de inadmisión, debe ponerse a disposición del solicitante.

#### Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos, o entre órganos, o entidades administrativas.

El CTBG en este caso ha sido claro. Ya en la Resolución 017/2015 negó categóricamente que pueda concurrir esta causa de inadmisión cuando se trata de requerir el acceso a la información contenida en las agendas de trabajo de los altos cargos. El CTBG ha interpretado el concepto de información auxiliar o de apoyo como aquella información que: a) contiene opiniones o valoraciones personales del autor que no manifiestan la posición del órgano o entidad; b) solicita un texto preliminar o borrador sin consideración de final; c) es preparatoria de la actividad del Órgano o entidad; e) se refiere a comunicaciones internas que no constituyen trámites del procedimiento; e) se trate de informes que no son incorporados como motivación en la decisión final.

No parece que el contenido de una agenda de trabajo de un alto cargo, la relación de reuniones mantenidas, las personas o colectivos con quienes éste se haya reunido y la finalidad de las reuniones, pueda encontrar acomodo en ninguno de los supuestos que otorgan, a juicio del Consejo, la naturaleza de una información auxiliar o de apoyo.

Tal y como se ha manifestado en reiteradas ocasiones el CTBG, el contenido de la agenda de trabajo de los altos cargos constituye información pública esencial para conocer cómo se desempeñan las funciones que éstos tienen encomendadas, cómo se adoptan las decisiones que afectan a los ciudadanos y, es un mecanismo imprescindible para una adecuada rendición de cuentas por los actos de dichos responsables públicos.

Nuevamente, el CTBG ha rechazado en su resolución R.226/2017 la aplicación de esta causa de inadmisión para no facilitar el acceso al listado de reuniones mantenidas dado que esa información afecta de manera directa a la forma en que se toman las decisiones dentro de la Administración. El conocimiento de dicha actuación pública y los motivos que la sustentan conforman el eje en el que se basa la transparencia y el derecho de acceso a la información garantizados por la LTAIBG, tal y como se señala en el Preámbulo de la norma:

"Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos Así, el listado de reuniones debe entenderse encuadrado dentro del acceso a información relacionada con las reuniones celebradas por miembros del Gobierno, Altos cargos o empleados públicos y la identificación de quienes asistieron a las mismas. En este sentido, debe tenerse en cuenta el Criterio Interpretativo CI/002/2016, de 5 de julio, de este Consejo de Transparencia en colaboración con la Agencia Española de Protección de Datos"

# d) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley

Resulta curioso cómo en alguna ocasión la Administración ha venido a inadmitir una solicitud de acceso a la información pública contenida en la agenda de trabajo de un alto cargo, por resultar repetitiva respecto de una formulada anteriormente, cuando la primera fue inadmitida por considerar que se trataba de información de publicación general. El 3 de febrero de 2015 se presentó ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo una solicitud de acceso a información pública, en la que se pedía conocer el "número de reuniones, comités y actos que han contado con la presencia del Ministro de Industria para cada uno de los años comprendidos entre 2007 y 2014. Adicionalmente, si existe un registro para ello, las personas y colectivos con los que se ha entrevistado." Esta solicitud fue inadmitida por, considerar el Ministerio, que se trataba de información de publicidad general.

El 9 de julio de 2015, cinco meses más tarde, aquel solicitante volvió a presentar ante el Ministerio una nueva solicitud con idéntico contenido que la presentada el 3 de febrero, que fue inadmitida por esta causa. El CTBG, en su Resolución R 200/2015, de 29 de septiembre, desestimó ese motivo de inadmisión dado que la primera solicitud presentada por el reclamante había sido inadmitida por tratarse de información de publicación general.

El ahora reclamante no pudo acceder a la información pública solicitada, porque el Ministerio aplicó a la primera solicitud una causa de inadmisión que, como ya ha quedado patente en este artículo, ha sido totalmente rechazada por el CTBG.

# 3.3

# Criterio 2/2016, del CTBG y la AEPD sobre la información relativa a las agendas de los responsables públicos

Como ya hemos visto, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno recibió diversas reclamaciones referidas a la denegación, por parte de diversos sujetos obligados por la LTAIBG, del acceso a información relacionada con las reuniones celebradas por miembros del Gobierno, altos cargos o empleados públicos y la identificación de quienes asistieron a las mismas. En unos casos, la información solicitada se refería únicamente a los datos relacionados con el cargo o posición de los asistentes dentro de su organización, mientras que en otros incluía también la identificación de los mismos mediante sus nombres y apellidos, en tanto que son representantes de la Administración, por razón de su cargo, o de entidades de carácter privado, en su calidad de representantes o personal del equipo de dirección.

Ante la problemática planteada, el Consejo y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) consideraron conveniente formular un criterio de interpretación uniforme que solventara de modo adecuado los casos planteados, permitiendo a los distintos órganos, organismos y entidades públicas competentes en materia de acceso a la información pública, aplicar una solución unívoca y coherente a las solicitudes o reclamaciones que debieran resolver. Y establecieron conjuntamente los siguientes criterios interpretativos:

- El acceso a la información relativa a las reuniones celebradas por los sujetos incluidos en el criterio deberán
  referirse a aquellas que tengan lugar en ejercicio de las funciones públicas que tienen conferidas y en su
  condición de responsable público. Es decir, se excluye las que se realicen a título privado y no afecten a
  sus competencias.
- 2. Los criterios se refieren a la información que efectivamente se encuentre disponible. De acuerdo con ello, se entenderá disponible toda aquella información que pueda obtenerse mediante un proceso o tratamiento proporcional a la importancia del interés público existente en la divulgación de la información, aunque implique un esfuerzo o un tiempo de trabajo superior al ordinario, siempre que el mismo no perjudique gravemente el funcionamiento del órgano del que se requiere la información.
- 3. Cuando se solicite información identificativa de los participantes en las reuniones, siendo estos personas físicas, ya sea por la mera indicación de su cargo o posición en una organización, ya sea con indicación de su nombre y apellidos, deberá considerarse que la petición incluye datos de carácter personal, debiendo estar a los siguientes criterios interpretativos:
  - 3.1 En caso de que la información pudiera contener datos personales especialmente protegidos, en particular en atención a la naturaleza de las entidades participantes en la reunión, habrá de estarse a las reglas previstas en el artículo 15.1 LTAIBG.
  - 3.2 Si la información no contuviera datos personales especialmente protegidos y se refiriese a miembros del Gobierno, altos cargos, directivos públicos profesionales, empleados públicos, o personal de sujetos obligados por la LTAIBG, se facilitarán únicamente los datos personales identificativos de los participantes que tuvieran, al menos, la condición de titulares de responsabilidades administrativas hasta el nivel de Subdirecciones Generales o unidades asimiladas, de las Subdelegaciones del Gobierno en las provincias, los titulares de los órganos directivos de las Agencias Estatales, Entes y otros organismos públicos que tengan atribuida la condición de directivos en los Estatutos o normativa reguladora de éstos, así como personal eventual que desarrolle funciones que incidan en el proceso de toma de decisiones de la entidad.

- 3.3 Tratándose de entidades de derecho privado, la información identificativa se limitaría a quienes ostentasen la condición de administradores, o miembros del órgano de gobierno o dirección -en su caso-, o altos directivos o asimilados.
- 3.4 Cuando los participantes en la reunión fuesen asesores o consultores de una entidad de derecho privado, la información se limitaría a indicar esta circunstancia, sin incluir otra información identificativa del asesor o consultor.
- 3.5 En los restantes supuestos, la información se limitará, en cuanto a los sujetos obligados por la LTAIBG, a la indicación del Órgano, Organismo o Departamento en que los participantes presten sus servicios y, en cuanto a las entidades de derecho privado, la información se limitará a indicar la entidad concreta o, tratándose de entidades que no tengan la condición de PYMES, el Departamento o Área en que se prestan los servicios.

Cuando las reuniones se celebren con personas físicas deberá ponderarse en cada caso la procedencia del otorgamiento del acceso, atendiendo a la condición de dicha persona y la condición en que asiste a la reunión (persona experta, particular, etc.), sin que sea posible establecer un criterio general de ponderación en estos casos.

Igualmente, podría facilitarse la información referida a otras personas no incluidas en los anteriores criterios si las mismas hubieran prestado con carácter previo su consentimiento, debiendo aquél cumplir las exigencias contenidas en la normativa de protección de datos.

4. En todo caso, deberán tenerse en cuenta la posible aplicación posterior de los límites establecidos en el artículo 14 de la LTAIBG, el sometimiento a la normativa de protección de datos de cualquier tratamiento ulterior de los datos, conforme al artículo 15.5 de la LTAIBG y los restantes extremos a los que se refiere al apartado 3.

#### 3.4

# Recomendación 1/2017, de 23 de abril, sobre información de las Agendas de los responsables públicos

El CTBG en esta recomendación, además de determinar qué datos e información relativa a las reuniones, visitas y actividades de los altos cargos constituyen información pública, instaba a la publicación de oficio, en los portales de transparencia, de lo que viene a denominar "Agenda para la Transparencia" de los responsables públicos para facilitar la rendición de cuentas y garantizar, además, la unidad, coherencia y tratamiento de la información.

La Agenda para la Transparencia -así llamada por la Recomendación 1/2017, de 23 de abril-, debía incluir la totalidad de los datos e informaciones referidas a la actividad oficial de los responsables públicos, que reflejen su actividad relacionada con la toma de decisiones en las materias de su competencia, la gestión y manejo de fondos o recursos públicos, y la delimitación de criterios de actuación, con aplicación en su caso, de los límites que establece el artículo 14 de la LTAIBG.

En esta recomendación, el CTBG considera que la Agenda debe contener las siguientes actividades:

a) Visitas oficiales realizadas o recibidas en el ejercicio de su cargo.

- b) Actos institucionales en que participe, tales como celebraciones o conmemoraciones oficiales; apertura o clausura de periodos de actividad o sesiones; campañas de divulgación o suscripción de acuerdos, protocolos o convenios.
- c) Eventos, actos, conferencias o foros, públicos o privados, nacionales o internacionales, en los que participe en ejercicio de su cargo.
- d) Recepciones, comidas oficiales, y actos sociales y protocolarios de cualquier tipo a los que asista en ejercicio de su cargo.
- e) Comparecencias ante organismos o entidades públicas.
- f) Ruedas de prensa y entrevistas concedidas a los medios de comunicación, así como comparecencias que realice ante éstos.
- g) Reuniones mantenidas en ejercicio de sus funciones públicas con el personal a su cargo o con otras personas, físicas o jurídicas, tales como representantes de medios de comunicación, empresas públicas o privadas, organismos administrativos, instituciones, fundaciones, corporaciones, partidos políticos, sindicatos o entidades con o sin ánimo de lucro, al objeto de definir o desarrollar las acciones que corresponda realizar en ejercicio de sus funciones.
- h) Viajes y desplazamientos oficiales realizados por el responsable público.

El Consejo en su recomendación dispone también las reglas para proceder a la publicación de las Agendas. Debe hacerse de oficio en los portales de transparencia, de manera clara, estructurada, en formato reutilizable, con lenguaje comprensible, y de manera que resulte accesible. La recomendación dispone un sistema de transparencia de la Agenda que se concreta en los siguientes aspectos:

- Se establece una periodicidad de publicación semanal, siendo el lunes o el siguiente día hábil, el primer día de publicación.
- Deben especificarse los cambios producidos sobre la agenda prevista.
- Revisión periódica de las actividades no reflejadas por aplicación de los límites del artículo 14 de la LTAIBG.
- En su caso, dejar constancia en la Agenda de la inactividad del cargo.

Resulta destacable que la Recomendación 1/2017, de 23 de abril, está destinada y dirigida, en primer término, a los miembros del Gobierno y a los Secretarios de Estado o equivalentes, y en un segundo momento o fase, extensible a todos los responsables públicos de la Administración General del Estado y del sector público institucional estatal, esto es, a los altos cargos, así como los máximos responsables de las autoridades y entidades de ámbito estatal incluidas en el artículo 2 de la LTAIBG.



## Impacto en los medios

Además de la presencia en los medios de noticias y artículos sobre la situación planteada, a raíz de las solicitudes de información pública en esta materia que hemos comentado en este capítulo, se han publicado diversos artículos de opinión de expertos en materia de transparencia en medios como Compromiso Empresarial<sup>1</sup>, El Confidencial<sup>2</sup> u otros medios locales<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> https://www.compromisoempresarial.com/transparencia/2017/05/el-consejo-de-transparencia-recomienda-la-publicacion-de-las-agendas-de-los-responsables-publicos/

 $<sup>2 \</sup>quad \text{https://confilegal.com/} 20170428\text{-el-consejo-de-transparencia-recomienda-publicar-las-agendas-de-altos-cargos-publicos/} \\$ 

<sup>3</sup> https://www.tribunasegovia.com/noticias/la-nueva-ley-de-transparencia-desnuda-las-agendas-de-los-altos-cargos-y-acaba-con-las-reuniones-discretas/1574241545

También cabe destacar las recomendaciones sobre la transparencia de las agendas de los altos cargos llevadas a cabo por alguna entidad de la sociedad civil comprometida con la transparencia, como es el caso de Civio. Esta fundación ya solicitó en 2015 información sobre las agendas completas de trabajo y el registro de reuniones de altos cargos de 15 ministerios. No se trataba de la agenda de actos institucionales que publica el Gobierno en la web de Moncloa. Requerían acceso a la fecha, el lugar, los participantes, los temas tratados, los compromisos adquiridos y los documentos intercambiados en todas las reuniones que puedan tener impacto en cualquier política pública. Los 15 ministerios respondieron textualmente lo mismo: sí, se "concede acceso a la información solicitada", pero no existe más información sobre la agenda de los ministros que la que figura en la web de Moncloa. No hay más "información pública" disponible. ¿Y de otros altos cargos? La LTAIBG no contempla la publicidad de las agendas, responden, así que "eso es todo".



En octubre de 2018, se publicaba en algunos medios de comunicación que el ejecutivo se preparaba para hacer públicas sus agendas de trabajo, para dar a conocer con quién se reúnen sus miembros<sup>4</sup>. En ese momento, se indicaba que se estaban perfilando los criterios a observar para mantener en secreto ciertas reuniones.



No obstante, y a pesar de las manifestaciones públicas realizadas, en el sentido de confirmar los trabajos que se estaban llevando a cabo para la implementación efectiva de la reiterada Recomendación, lo cierto es que en ese momento y en fechas posteriores, se han seguido presentando reclamaciones en materia del derecho de

<sup>4</sup> https://www.20minutos.es/noticia/3457558/0/los-visitantes-de-ministros-publicacion-agendas-trabajo/https://www.europapress.es/nacional/noticia-batet-anuncia-haran-publicn as-agendas-altos-cargos-estado-noviembre-ganar-transparencia-20181003100258.html

acceso ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con el fin de poder acceder a las agendas de trabajo y a las reuniones que mantienen los altos cargos de la Administración General del Estado.

# 5

## Impacto en la gestión

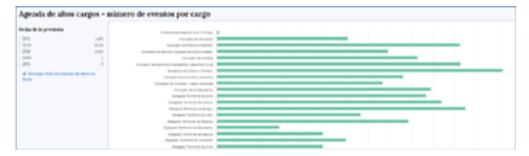
El primer impacto que ha suscitado el debate sobre este tema, lo es a nivel normativo, ya que en un número nada despreciable de normas autonómicas reguladoras de la publicidad activa, este contenido ha pasado a formar parte del elenco de los que deben ser obligatoriamente difundidos a través de los portales de transparencia. He aquí una buena muestra de ellas:

- Andalucía: Ley 1/2014, de 24 de junio.
- Aragón: Ley 8/2015, de 25 de marzo.
- Castilla-La Mancha: Ley 4/2016, de 15 de diciembre.
- Cataluña: Ley 19/2014, de 29 de diciembre.
- Comunidad Valenciana: Ley 2/2015, de 2 de abril.
- Galicia: Ley 1/2016, de 18 de enero.
- Murcia: Ley 12/2014, de 16 de diciembre.
- Navarra: Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo.

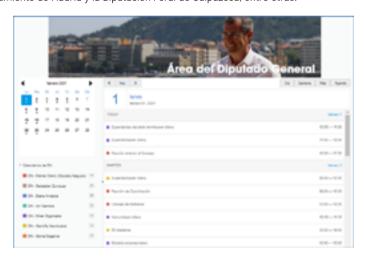
En otras Comunidades Autónomas cuyas leyes de transparencia no reconocen como obligación de publicidad activa este contenido, sus Gobiernos han adoptado acuerdos reconociendo esa obligación. Un ejemplo sería el Acuerdo 185/2019, de 14 de noviembre, de la Junta de Castilla y León de 14 de noviembre de 2019 que ha tenido, también, su traducción en herramientas y visualizaciones interesantes.



https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/agenda-trabajo-altos-cargos.html



Asimismo, resulta destacable la publicación de las agendas que vienen realizando algunas entidades locales, como el Ayuntamiento de Madrid y la Diputación Foral de Guipúzcoa, entre otras.



https://www.gipuzkoairekia.eus/es/aldundiko-goi-karguak

A fecha de diciembre de 2020, el Portal de Transparencia del Gobierno de España sigue publicando la Agenda Institucional del Presidente del Gobierno y del resto de los miembros del Gobierno, tal y como venía haciéndolo desde 2012, sin que se hayan hecho efectivas las recomendaciones dictadas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, para la publicación de las Agendas de trabajo, cuyo seguimiento se anunció en octubre de 2018, y, sin que además, se haya incorporado en la página del Portal de Transparencia, ninguna información referida al resto de Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Once relatos sobre	cómo el <b>acceso a</b>	a la información im	pacta sobre <b>nuestras</b>	vidas

# El derecho de acceso al código fuente y a los algoritmos públicos. El «Caso Civio». Esperando a Godot





# Automatización e «inteligencia» en la actividad administrativa

Las Administraciones y sus entidades dependientes o vinculadas están implementando soluciones tecnológicas basadas en sistemas de aprendizaje automatizado basados en analítica Big Data y algoritmos de Inteligencia Artificial (IA), tipo machine learning (ML) de aprendizaje automatizado y Deep Learning (DL).

La realidad es que estas tecnologías disruptivas están siendo utilizadas en la determinación del perfil de interesados que podrían solicitar un determinado tipo de ayudas públicas (VAN ECK, 2017); la predicción de lugares y momentos de riesgo de comisión de delitos e identificación de potenciales sujetos criminales (CESEDEN, 2013; BABUTA, OSWALD & RINIK, 2018); la identificación de establecimientos que deben ser objeto de inspección administrativa, o el control de semáforos para optimizar el tráfico de las ciudades (COGLIANESE & LERH, 2017); los procedimientos de movilidad del profesorado del sistema público de educación (Mancosu, 2019); o la predicción de riesgo de que familias sin hogar acudan de forma sistemática a los albergues municipales, a fin de elaborar políticas sociales y asistenciales específicas que faciliten el acceso a estas familias a una vivienda permanente (O'NEIL 2017).

Las decisiones urbanísticas son un claro ejemplo donde la Administración dispone de grandes cantidades de datos, personales y no personales, para «arrojar luz» en el proceso decisorio. En este sentido, si un municipio considera implementar políticas sociales de viviendas para colectivos vulnerables como las personas mayores, ¿no es consciente de que dispone de "innumerables fuentes de datos que pueden informar sus decisiones"? –se pregunta AUBY (2018), retóricamente claro. De hecho, la Administración ¿no dispondrá ya de algoritmos previamente diseñados que "triturarán esos datos para deducir propuestas de opciones políticas"?

En nuestro país, de hecho, las políticas públicas de desarrollo y despliegue de las Smart Cities y de los «objetos inteligentes de ciudad» han constituido el eje de las iniciativas contempladas en el Plan Nacional de Ciudades Inteligentes (2015-2016) y en el Plan Nacional de Territorios Inteligentes (PNTI, 2017-2020), y sus correspondientes convocatorias de desarrollo de proyectos. De esta forma, edificios públicos y residenciales se conciben como nodos loT que obtienen información de múltiples sensores interconectados procedentes de fuentes diversas; almacenan y analizan los datos de interés, identifican sus variaciones; y ponen esta información a disposición de la plataforma de Ciudad Inteligente. A su vez, las Plataformas de Ciudades Inteligentes gestionada analiza los datos de salida de los Edificios Inteligentes, su localización geográfica, así como otras variables, los combina, e identifica patrones de interés para mejorar y optimizar los servicios públicos ofrecidos por la ciudad o, en

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Constitucional de la Sección Departamental de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias de la Información en la Universidad Complutense de Madrid.

su caso, generar acciones correctivas en forma de respuesta específica a eventos concretos (por ejemplo. un incendio en un edificio), transformando la ciudad en un entorno predictivo, en lugar de reactivo. Un vistazo a los Proyectos asociados a la Convocatoria del Plan Nacional de Territorios Inteligentes de la Agenda Digital (2017-2020) muestran acciones específicas y casos de uso concretos que contemplan el uso de análisis Big Data y tratamientos algorítmicos. Hay casos de uso ilustrativos como algunas de las acciones de resiliencia previstas en el *Proyecto Smart Building Terrassa* consistentes en la "obtención de patrones de consumo con el objetivo de frenar las pérdidas energéticas en la distribución del sistema, mediante técnicas de analítica de datos y generación de modelos de clasificación y predicción que se basen en el análisis del historial de los datos de consumo del domicilio, el número de residentes del mismo y otras posibles variables que puedan incidir en un incremento de consumo anómalos" (AYUNTAMIENTO DE TERRASSA, mayo 2020).

Un análisis de los expedientes de contratación pública, y particularmente, de los pliegos de las licitaciones que se vienen realizando en los últimos años ponen de relieve cómo cada vez más las Administraciones españolas y su sector público institucional están licitando soluciones tecnológicas que buscan la implementación de sistemas expertos o de aprendizaje automatizado basados en algoritmos inteligentes.

Soluciones tecnológicas «inteligentes» contratadas por el sector público		
Entidad contratante	Solución IA contratada	
EGARSAT. Mutua Colaboradora de la Seguridad Social (2020)	Diseño, implantación y mantenimiento de sistemas de información de soporte a la toma de decisiones basados en aprendizaje automático y análisis avanzado de datos, con el objetivo de facilitar la incorporación de servicios y funciones de predicción de la duración de bajas por accidente, enfermedad profesional o contingencias comunes, número de visitas a realizar para optimizar recursos y reducir duración de las bajas, número y tipo de bajas por tipo y segmentadas por diagnóstico o causa y mes. Los algoritmos de aprendizaje automático realizarán tareas de regresión, clustering, clasificación, recomendación-predicción y optimización, a partir de modelos de redes neuronales artificiales, bayesianos, random forest, máquina de soporte vectorial SVM, entre otros.	
Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencia (2018)	Desarrollo y validación de sistema experto basado en algoritmos ML de tipo Bayesiano o redes neuronales que clasifique demanda sanitaria de urgencias, emergencias extrahospitalarias y llamadas al 112, determinando su gravedad, a partir base de datos CORDEX (Sistema de Coordinación de Emergencias y Urgencias Extrahospitalarias).	
Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid (2018)	Prestación de servicios de diseño, desarrollo, implantación, mantenimiento y soporte de sistemas de información analíticos, basados en Inteligencia Artificial, Big Data, ML Tradicional, DL. Dichos servicios analíticos facilitarán la transformación digital de la Comunidad de Madrid para una visión completa del ciudadano, optimizar la gestión administrativa de la Comunidad de Madrid y diseñar los servicios en función de los datos analizados.	

Entidad contratante	Solución IA contratada
Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (2015)	Servicio para la investigación del empleo de técnicas avanzadas de semántica latente, propuesta de algoritmos y su realización, para la ayuda a la decisión en las áreas de ayudas públicas al sector TIC con la finalidad de extraer la información significativa para que los responsables de elaborar políticas públicas puedan tomar las decisiones más adecuadas. Las tareas a realizar incluyen:
	Definición de casos de uso.
	<ul> <li>Proponer e implementar algoritmos ML para dar respuesta a las necesidades identificadas.</li> </ul>
	Definir los casos de prueba, conjuntos de entrenamiento y de validación.
	<ul> <li>Realizar pruebas necesarias para demostrar eficacia y eficiencia de algoritmos propuestos.</li> </ul>
	<ul> <li>Identificar posibles mejoras ulteriores de los algoritmos y nuevas líneas de investigación.</li> </ul>

Fuente. Elaboración propia a partir de Plataforma de Contratos del Estado y Perfiles del Contratante

Claro que para el ciudadano medio, simplemente acceder a la Plataforma de Contratación o a los Perfiles del Contratante y buscar licitaciones de soluciones tecnológicas avanzadas, del tipo descrito a partir del «código CPV», resulta claramente una «misión imposible», como así lo ha advertido el Consejo de Transparencia de Aragón, en alguna resolución, al señalar que el sistema de búsqueda avanzada mediante el correspondiente CPV, "única opción que en principio posibilitaría obtener la información demandada [...] no resulta «asequible» a un ciudadano no especialista en contratación pública" (CTAR. Resolución 3/2017, de 27 de febrero).

En este contexto, resulta claro que el derecho de acceso a la información pública puede resultar una opción alternativa para conocer qué soluciones tecnológicas avanzadas implementan nuestras Administraciones, y hasta qué punto las decisiones públicas que nos afectan las toma una máquina, cómo las toma y si existe algún hueco para la llamada «reserva de humanidad».

En Francia, la propia «Enmienda Belot» al *Proyecto de Ley de República Digital* por la cual se incluyó el «código fuente» en la enumeración de documentos administrativos sujetos al derecho de acceso ya subrayaba que las solicitudes de acceso al código fuente utilizado por una Administración y "que hace intervenir a los algoritmos" en la toma de decisiones individuales se han convertido en una "cuestión recurrente".

La combinación de algoritmos y normas jurídicas, en realidad, no es ni mucho menos ajena a nuestro Derecho, y así nuestra legislación de contratos del sector público prevé que, ante la pluralidad de criterios de adjudicación, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse automáticamente mediante "la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos". Normalmente, esas fórmulas se identifican en los Pliegos con un algoritmo matemático.

Pero la implementación de un algoritmo en la toma de decisiones administrativas puede ser mucho más compleja... y el algoritmo y sus usos sí que importan.

En el Reino Unido, gracias a una resolución de estimación parcial del Information Commissioner's Office (ICO) pudimos saber que la Policía de Norfolk utilizaba un algoritmo de regresión logística para determinar la probabilidad de resolver denuncias por delitos de robo. La regresión logística es un algoritmo de aprendizaje supervisado

que clasifica binariamente en función de la probabilidad de que un resultado sea 1 ó 0, sí o no, verdadero o falso. Pues bien, sobre la base de 29 variables diferentes, el algoritmo de solvencia se venía utilizando como apoyo a la decisión policial de archivo de las denuncias, o su asignación para una ulterior investigación. A resultas de la resolución del ICO, fue posible conocer que, de los 971 casos de robo evaluados por el algoritmo, el modelo había determinado el archivo de 362 casos en el periodo comprendido entre enero y septiembre de 2018.

Gracias a tres solicitudes de acceso presentadas en 2011 y 2015 al amparo de la Ley de Libertad de Información de 1966 por la asociación de derechos civiles, *Electronic Privacy Information Center* («EPIC»), se conocieron detalles relevantes de la implementación por el Departamento de Seguridad Nacional (DHS) norteamericano del Programa «FAST», *Future Attributes Screening Technology*, que evaluaba atributos psicológicos y comportamentales para determinar la probabilidad de que un individuo, no sospechoso y sin antecedentes, pudiera cometer en un futuro actos criminales. Ante el silencio de la Administración, en su resolución ordenando la puesta a disposición de los reclamantes de los documentos que se ajustasen al objeto de la solicitud, resulta muy elocuente que el Programa en cuestión fuese calificado por la Tribunal del Distrito de Columbia como "iniciativa estilo «Minority Report»", incidiendo en la analogía entre FAST y el «Programa Pre-Crimen» de la conocida película de ficción de Spielberg.

De regreso a nuestro ámbito interno, la casuística del derecho de acceso a la información pública ha evidenciado cómo la automatización de procedimientos sancionadores en materia de seguridad vial, es una realidad inexorable. Así, por ejemplo, a raíz de una reclamación presentada ante el Consejo de Transparencia estatal, queda documentado todo el procedimiento automatizado implementado por el Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas (CTDA) de la Dirección General de Tráfico (DGT) desde que un cinemómetro detecta una posible infracción de exceso de velocidad, captura, compacta, encapsula y encripta las imágenes digitales y el fichero de texto con la información referente a la infracción, se remiten al CTDA donde nuevamente se tratan los ficheros y se cotejan matrícula y modelo de vehículo de la imagen con el que consta en el Registro de Vehículos, hasta que finalmente se genera un expediente sancionador en la DGT (CTBG, R/0051/2017, de 25 de abril).



# «BOSCO». No el pintor, sino el programa informático del «bono social»

En este contexto de líneas de código y secretos algoritmos, «Bosco» no es el autor del «Jardín de las Delicias», sino el «nickname» de un programa informático puesto en marcha por la Subdirección General de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo que permitía al comercializador energético de referencia, comprobar que el solicitante del bono social cumplía los requisitos para ser considerado consumidor vulnerable.

Pues bien, la Fundación CIVIO comprobó que la aplicación de marras excluía sistemáticamente a personas que, con independencia del nivel de renta, cumplían los requisitos legales previstos para ser beneficiarios del bono social. Fuera de las bondades de BOSCO quedaban, pues, las familias numerosas y los jubilados con pensiones mínimas.

La Fundación presentó entonces una solicitud de acceso con el objeto de conocer la especificación técnica de la aplicación; el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que la aplicación implementada cumplía la especificación funcional; el código fuente de la aplicación; y cualesquiera otros entregables que permitieran conocer el funcionamiento de la aplicación. Se trataba de comprobar los errores del programa. «Silence is Golden», que cantaban *The Tremoloes*.

Ya en trámite de alegaciones ante el Consejo de Transparencia, el Ministerio de Transición Ecológica desestimó el acceso al entender que concurrían razones de seguridad pública, y derechos de propiedad intelectual e industrial, al tiempo que consideraba la solicitud inadmisible por entender que el código fuente no era información pública.

Este fue el origen del periplo que, a día de hoy, sigue hoy en el limbo, pues a la resolución parcialmente desestimatoria del Consejo, en los términos que veremos más adelante, le siguió un recurso judicial que continúa aún pendiente de resolución, desde mediados de 2019, en el Juzgado Central Nº 8 de lo Contencioso-Administrativo.

El caso recibió la atención de la prensa generalista. Y así el diario *Público* (04/07/2019) titulaba «El Gobierno no quiere publicar cómo funcionan sus aplicaciones y algoritmos, pero ahora deberá explicar por qué». Por su parte, *El Mundo* (03/07/2019) decía: «El algoritmo secreto del Gobierno que decide si te llevas una subvención para la factura de la luz». Incluso algunas publicaciones online más especializadas se hicieron eco de la judicialización del asunto. *Compromiso empresarial* escribía en agosto de 2018 «Civio denuncia falta de transparencia en la asignación del bono social eléctrico». Y en la publicación online especializada en temas tecnológicos, *Xataca*, Francisco Rouco se refería a «La corriente que pide el código fuente de los programas que deciden las ayudas al ciudadano: que el algoritmo no discrimine».

Más recientemente, el propio letrado firmante del recurso contencioso-administrativo, Javier de la Cueva, escribía en el *Notario del S. XXI* (Nº 94, Noviembre-Diciembre 2020) un interesantísimo artículo sobre «El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos», donde volvía a sostener, al igual que lo hacía en el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo de Transparencia, que "un código fuente no comprobable por la ciudadanía equivaldría a la imposibilidad de verificar la aplicabilidad de una norma jurídica así como la motivación de una decisión".

Estamos en 2021 y seguimos esperando, como Vladimir y Estragón, a que llegue el pronunciamiento judicial.



# El código fuente y los algoritmos como información pública. Francia, «PA, Progresa Adecuadamente»; España, «Necesita Mejorar»

Como bien ha señalado la Autoridad Catalana de Acceso a la Información Pública (GAIP), resulta preciso no confundir el algoritmo informático con el código fuente que lo implementa (GAIP. Resolución de 21 de septiembre de 2016). Aunque conceptos relacionados, sin embargo, no deben confundirse, sobre todo a efectos de determinar si pueden considerarse o no información pública, en el sentido de la legislación de transparencia estatal y autonómica concordante.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de acotar el significado del «código fuente» y otras formas de expresión de un programa informático. En el ciclo de vida completo de un programa, el «código fuente» constituye una de las primeras etapas del material informático que debe producirse, y puede definirse como un conjunto de instrucciones escritas, más o menos en lenguaje natural, siguiendo una gramática, una sintaxis y unas reglas determinadas por un lenguaje de programación (Asunto Evropaïki Dynamiki/Comisión, de 19 de marzo de 2010), y que, para ser ejecutadas, deben ser compiladas (Conclusiones del Abogado General SR. PAOLO MENGOZZI, Asunto Belgian Electronic Sorting Technology, de 21 de marzo de 2013), en «código objeto», es decir, en instrucciones expresadas en lenguaje binario legibles por la máquina e ininteligibles para los humanos

(WALDEN, 2013). Por tanto, teniendo en cuenta que el software, generalmente, comprende estas dos formas escritas, tanto el «código fuente» como «el código objeto» de un programa de ordenador constituyen formas de expresión de éste (Asunto Bezpečnostní Softwarová Asociace, de 22 de diciembre de 2010).

En el contexto específico de las solicitudes de acceso a la información pública, la Autoridad francesa de acceso a la información pública, la Commission d'Accès aux Documents administratifs (CADA) ha venido definiendo el «código fuente» como "un conjunto de ficheros informáticos que contienen las instrucciones que deben ser ejecutadas por un microprocesador", al tiempo que ha calificado tales ficheros informáticos como documentos administrativos comunicables (Opiniones de 8 de enero de 2015; de 23 de julio de 2016; de 6 de septiembre de 2018, entre otras).

Por su parte, para la GAIP, el código fuente sería "el conjunto de instrucciones escritas -en el lenguaje de programación que corresponda- del programa informático empleado para implementar el algoritmo" (Resolución de 21 de septiembre de 2016).

Y el CTBG entiende por «código fuente» "el archivo o conjunto de archivos que tienen un conjunto de instrucciones muy precisas, basadas en un lenguaje de programación, que se utiliza para poder compilar los diferentes programas informáticos que lo utilizan y se puedan ejecutar sin mayores problemas" (CTBG. R/0701/2018, de 18 de febrero de 2019).

La Autoridad Catalana también ha definido los «algoritmos» como el "conjunto finito de reglas que, aplicadas de manera ordenada, permiten la resolución sistemática de un problema, el cual se utiliza como punto de partida en programación informática" (Resolución de 21 de septiembre de 2016).

En el contexto de litigios en materia de protección de secretos comerciales, la jurisprudencia norteamericana ha precisado que los algoritmos comprenden una serie de órdenes diseñadas para ejecutar una tarea determinada, o resolver un problema particular. Dado que cada algoritmo establece un orden específico de consultas, algoritmos diferentes pueden conseguir el mismo resultado. La arquitectura del algoritmo se refiere a su organización conjunta, y consiste en una serie de bloques funcionales, donde cada cual realiza una consulta independiente y representa un paso concreto del algoritmo. Naturalmente, la incorporación de sucesivos bloques funcionales tendrá como resultado un algoritmo más complejo. Al diseñar un software, el programador utilizará normalmente un diagrama de flujo esquemático del algoritmo; y, después, desarrollará su arquitectura especificando los bloques funcionales y los parámetros de diseño. Una vez que el diagrama de flujo está completo, el algoritmo se convierte en código fuente, que los programadores son capaces de leer y comprender. Después, ese código fuente es convertido mediante un compilador en código objeto o código máquina que, a su vez, el ordenador es capaz de leer y comprender.

En el ámbito europeo, Francia ha sido uno de los primeros países en reconocer positivamente en su legislación el derecho de acceso al código fuente de los programas informáticos utilizados por la Administración y, por derivación, el acceso a las reglas que rigen los tratamientos algorítmicos subyacentes en dicho código, cuando tales tratamientos constituyan el fundamento de decisiones administrativas individuales. Dicho reconocimiento vino a consolidar así la doctrina que ya había consolidado la Commission d'Accèss aux Documents Administratifs (CADA).

En efecto, la Autoridad francesa de acceso estimó el acceso a un programa informático desarrollado por una empresa privada, relacionado con un contrato público para la construcción del Musée des Confluences de Lyon, con eliminación de aquellas partes que pudieran verse afectadas por el secreto en materia industrial o comercial (Opinión 16 de octubre de 2014). También se ha estimado el derecho de acceso de un ciudadano al código fuente de un software elaborado por la Dirección General de Finanzas que simulaba el cálculo del impuesto sobre la renta, para poder reutilizarlo en un trabajo de investigación universitario, pues se consideró que los archivos

informáticos que constituían el código fuente solicitado, producido por la Administración como parte de su misión de servicio público, tenían el carácter de documentos administrativo (Opinión de 8 de enero de 2015). Y finalmente, la CADA consideró que el algoritmo desarrollado por el Ministerio de Educación francés, conocido como «APB» (Admission Post-Bac) para la tramitación de las solicitudes de admisión en Universidades Públicas a los grados universitarios tenía también la consideración documento administrativo y, por tanto, era accesible (Opinión de 23 de junio de 2016).

A partir de esta posición de la CADA, la llamada *Ley Lemaire* de 2016 incorporó una nueva redacción del art. L300-2 Código de Relaciones entre el Público y la Administración (CRPA) calificando el código fuente utilizado por una Administración como «documento administrativo»; al tiempo que el art. L311-3-1 del mismo texto legal disponía: "las decisiones individuales adoptadas sobre la base de un tratamiento algorítmico incluirán una mención explícita al informar a la parte interesada. Las reglas que definen este tratamiento y las características principales de su implementación serán comunicadas por la Administración a la parte interesada si así lo solicita."

En coherencia con lo anterior, la CADA ha calificado como «documentos administrativos» que pueden ser objeto del derecho de acceso, no sólo el código fuente (Opiniones de 6 de agosto de 2018 y de 23 de junio de 2016), sino también la documentación técnica relativa al código fuente, como puede ser el documento de especificación de requisitos de software (ERS).

Así, por ejemplo, en su Opinión de 6 de septiembre de 2018, la Autoridad francesa ha estimado el derecho de acceso al código fuente de la plataforma Parcoursup habilitada para la gestión automatizada del procedimiento nacional de preinscripción en el primer año de enseñanza universitaria pública, junto con las especificaciones del software "presentadas sintéticamente" y el algoritmo de procesamiento, si bien la Autoridad francesa recordaba que esta información es objeto de publicidad activa obligatoria exigida por el Código de Educación francés. De hecho, el Ministerio de Enseñanza Superior y de Investigación francés (MESRI) viene publicando en la plataforma de software colaborativo «Gitlab» (<a href="https://framagit.org/jrfaller/algorithmes-de-parcoursup">https://framagit.org/jrfaller/algorithmes-de-parcoursup</a>) las distintas actualizaciones de los algoritmos y código Java que permiten el cálculo del orden de llamada, de las propuestas de formación, de las propuestas de alojamiento en residencias universitarias, la aplicación del esquema "Mejores bachilleres", y la aplicación del contestador automático.

Asimismo, el código fuente del programa utilizado por el Fondo Nacional de Subsidio Familiar (CNAF) para el cálculo completo de prestaciones legales (ayudas financieras de carácter familiar o social) administradas por la red de cajas locales de asignación familiar, ha sido calificado también por la CDA como «documento administrativo», junto con los archivos SQL de dicho código fuente y las especificaciones funcionales utilizadas para calcular las ayudas a la vivienda, la renta solidaria activa, las asignaciones familiares y a la prima de actividad (Opinión de 18 de julio de 2019).

También la Autoridad de Transparencia francesa ha reconocido el acceso al código fuente, la documentación técnica, las calibraciones del modelo y los escenarios de simulación prospectiva de los modelos estadísticos de simulación de ingresos familiares en Francia metropolitana y la transferencias de efectivo por prestaciones sociales y deducciones obligatorias («Saphir»); de evaluaciones de impacto *ex ante* de medidas de política económica en el empleo, el producto interior bruto o los precios («Mésange») y de pronóstico de las principales variables macroeconómicas, como por ejemplo, el crecimiento del PIB, el consumo, o la inversión (Opinión de 19 de abril de 2018).

La CADA también ha considerado los algoritmos implementados por una Administración como documentos administrativos en numerosas resoluciones (Opiniones de 6 de septiembre de 2018, de 30 de noviembre de 2017, y de 23 de junio de 2016).

Frente a esta casuística relevante y creciente de nuestro vecino galo, más allá del Caso Civio, pendiente de resolución, y de algunas resoluciones de la GAIP, la realidad es que una cuestión tan crucial ha merecido más bien poca atención de nuestras Autoridades de Transparencia, seguramente por la escasez de solicitudes en esta materia y por la complejidad técnica de estas cuestiones. Asimismo, las pocas resoluciones de las Autoridades de Transparencia que han abordado esta clase de solicitudes no han podido ser más dispares.

La Autoridad catalana, con una línea interpretativa muy abierta, ha considerado que el concepto de información pública "trasciende el tradicional de documentos y es sustancialmente equivalente al de conocimiento", de manera que el derecho de acceso se proyecta no sólo sobre los documentos en poder de la Administración, sino también sobre otros soportes de conocimiento detentados por la Administración como pueden ser "las bases de datos informáticas, los algoritmos o conocimiento material no formalizado en documento alguno o registro determinado" (Resolución 93/2019, de 22 de febrero).

En coherencia con lo anterior, la GAIP se ha pronunciado sobre el derecho de acceso al código fuente de la aplicación, empleado por la Administración para la designación de los miembros de los tribunales correctores de las pruebas de acceso a la universidad (PAU) y que condiciona el orden en el listado de miembros correctores de las PAU, mediante una relación inequívoca entre el valor numérico del número aleatorio extraído en el sorteo, el número del solicitante y el número de la posición en la lista resultante, con la finalidad de comprobar que el programa está correctamente diseñado y que la selección de los miembros de los tribunales se hace realmente por sorteo. Se ha considerado así que tanto el código fuente como el algoritmo implementado por un programa informático empleado por la Administración, constituyen información pública a los efectos tanto del artículo 2.b de la Ley 19/2014, del 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña (LTAIBG-Cat) como del art. 13 LTAIBG estatal. En efecto, para la Autoridad catalana, ambos preceptos legales incluyen en el concepto de «información pública» toda aquella información que la Administración elabore o tenga en su poder en ejercicio de sus funciones, con independencia del lenguaje o forma en que se exprese, lo que incluye, entre otros, el lenguaje matemático o el informático (Resolución 200/2017, de 21 de junio).

En el caso del Consejo estatal, aunque reconoce implícitamente que el código fuente de una aplicación implementada por la Administración constituye información pública en el sentido previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –extremo que niega el Ministerio para la Transición Ecológica (CTBG. Resolución 701/2018, de 18 de febrero de 2019), sin embargo, y como se verá más adelante, desestima el acceso al considerar que concurre el límite relativo a la protección de la propiedad intelectual.



## No sólo cosas de informáticos... El interés público en el control de la actividad administrativa automatizada

Entre los argumentos a favor del despliegue de la automatización de las decisiones administrativas, se dice que la «datificación» y la «algoritmización» pueden facilitar procesos de mejora en la gestión y redefinición de los servicios públicos; contribuir al ahorro de recursos, dotar de una mayor coherencia al proceso de toma de decisiones, control y evaluación de políticas públicas (RAMIÓ, 2018); facilitar instrumentos de lucha contra la corrupción y prevención de irregularidades en determinado tipo de procedimientos administrativos, por ejemplo, los de contratación (CAPDEFERRO, 2019); o, incluso, reducir situaciones de abuso de poder (GT29, 2018).

Las críticas principales que se hacen a estos sistemas automatizados de toma de decisiones es que pueden favorecer la reglamentación oculta y *contra legem*, como consecuencia de la traducción de la norma jurídica en lenguaje de código (BOURCIER & DE FILIPPI, 2018), socavando del derecho del interesado un procedimiento administrativo debido, amplificando de las desigualdades sociales ya existentes, o desviando las políticas públicas de los fines de interés general a los que deben servir al traducir la norma jurídica en código, con sus sesgos, queridos o no (CITRON & CALO, 2019).

Otros efectos adversos adicionales serían la complacencia de la Administración con los resultados generados por el algoritmo sin entrar a evaluar la adecuación, validez y justicia del modelo y sus resultados, así como la imposibilidad de interpretar las decisiones adoptadas total o parcial mediante algoritmos ML (BINNS & GALLO, 2019), lo que puede limitar seriamente el control judicial de las decisiones administrativas basadas en los resultados de estos sistemas (AUBY, 2018).

En este contexto, se viene considerando, especialmente en el Derecho comparado, que las leyes de transparencia y, en particular, el derecho de acceso a la información pública, constituyen una de las posibles formas de control de la actividad administrativa automatizada, formalizada o no (DESAI & KROLL, 2017).

# 4.1 Riesgos de reglamentación oculta contra legem y otros bugs en el sistema

El primer y más inmediato riesgo inherente a la actuación administrativa automatizada se produciría con la traducción de la norma jurídica en lenguaje de código, pues esta operación implica que el diseñador de un sistema automatizado, ya sea de soporte a las decisiones administrativas o de adopción autónoma de tales decisiones, "debe analizar el discurso legal para representar no solo la información (las proposiciones) sino el razonamiento (el motor de inferencia) que implica el texto (legal)" (BOURCIER & DE FILIPPI).

Los sistemas automatizados de decisiones administrativas serían así "el resultado de super-complejos procesos de interpretación y representación de la normativa relevante, y es esta representación algorítmica –y no la auténtica norma– la que es aplicada a los casos individuales y la que decide los resultados". Tal representación en líneas de código de las normas puede resultar inadecuada cuando se trata de traducir en lenguaje de programación conceptos jurídicos indeterminados, preceptos en blanco (que deben ser integrados por la norma de remisión), lagunas legales, o potestades discrecionales contenidas expresa o implícitamente en la norma, puesto que el significado de estos conceptos o los márgenes de apreciación de soluciones igualmente justas raramente aparecen como tales en la literalidad de la misma. Asimismo, las operaciones tradicionales de interpretación, integración y aplicación de las normas jurídicas se vuelven mucho más opacas e ininteligibles en este proceso (SCHARTUM, 2016).

El recurso contencioso-administrativo de la fundación CIVIO contra la Resolución del Consejo de Transparencia en el asunto del «bono social» explica claramente los eventuales problemas que genere la traducción de la norma en código informático:

"Si un informático no incluye en la aplicación de la declaración del impuesto sobre la renta la casilla para poder ejercer la deducción por descendientes, dicho informático ha cambiado la ley y el reglamento del impuesto sobre la renta. Y si un informático modifica el código que regula la sincronización de dos radares para el tramo para el control de velocidad, entonces está alterando la realidad de la velocidad medida. Estas actividades de gestión y de control, en manos de personas que escriben códigos formales es a lo que asistimos hoy en día".

Entre los argumentos que justificarían precisamente el acceso al código fuente estaría la legalidad administrativa, puesto que "cuando el código fuente de un programa informático es ley, porque mediante su ejecución se generan derechos y obligaciones, el ciudadano tiene tanto derecho a inspeccionar su funcionamiento como lo tiene con respecto a cualquier otra norma jurídica."

Por si no fuera poco lo anterior, la fundación pone como ejemplo adicional alguno de los quebraderos de cabeza que ha generado el sistema LexNET:

"[...] El programa de gestión utilizaba en su mensaje en pantalla el término «notificado», que supone una diferente nomenclatura del término «efectuado» que es utilizado por el artículo 151 apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuando un LAJ evacuaba un trámite, el software le informaba en un momento posterior que dicho trámite estaba ya «notificado». Este equívoco producía que las notificaciones se tuvieran por hechas antes de cuando realmente se realizaron, con lo que escritos que se presentaban dentro del plazo correcto desde su verdadera notificación podían resultar inadmitidos con causa de presentarse después de la fecha de vencimiento. La solución a este problema fue la de modificar el mensaje que recibían los LAJ en sus pantallas y adecuar la terminología utilizada por los informáticos a la existente en la LEC".

De hecho, el código fuente de LexNET también ha sido objeto de solicitudes de acceso a la información pública... Y ha corrido la misma suerte que la aplicación del bono social.

Con fecha de 11 de abril de 2016, tuvo entrada en el Portal de Transparencia del Gobierno una solicitud que tenía objeto el acceso al código fuente de LexNET. Argumentaba el solicitante que, ante el elevado número de incidencias que había generado la aplicación, la finalidad de su petición era "comprobar con ayuda de un perito que [dicha aplicación] se encuentra bien desarrollada técnicamente y no genera problemas de seguridad". Respuesta de la Secretaría de Estado para la Administración de Justicia: "[...] LexNET es una marca registrada por el Ministerio de Justicia en el Registro de Propiedad Industrial, por lo que dicha petición incurre en el límite del derecho de acceso regulado en el artículo 14.1.j) de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, que dispone que «el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para (...): j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial»". Fin de la cita.

Sin embargo, conviene aclarar que las palabras marcadas en negrita son originales de la respuesta desestimatoria dada por la Administración. Como acertadamente se ha señalado, el objeto de la solicitud no era la utilización de la marca LEXNET para comercializar programas de ordenador, que es lo que podría justificar la invocación del derecho de marca y de la protección de la propiedad industrial, sino el acceso al código fuente por los motivos expresados en la solicitud (ESTEVE PARDO, 2017).

Desafortunadamente, no hay pronunciamiento de fondo sobre el asunto, pues el recurso ante el Consejo contra la resolución desestimatoria del acceso al código fuente de LexNET fue finalmente objeto de archivo al no subsanarse en plazo por el reclamante las deficiencias en la presentación de la reclamación ante el Consejo durante el trámite correspondiente<sup>2</sup>.

Con relación a los sistemas automatizados utilizados para la adopción de decisiones administrativas, resulta relevante considerar, además, "la eventual existencia de errores en el modelo base para la construcción del algoritmo o de los datos que se toman en cuenta en relación con su inadecuación al fin que se pretende o la licitud del fin" (DE LA QUADRA-SALCEDO, 2018).

Más aún, la licitación de soluciones tecnológicas que buscan la implementación de sistemas expertos o de aprendizaje automatizado, al incorporar soluciones y *know how* desarrollados y licenciados por el contratista sujeto a derechos exclusivos de propiedad intelectual o industrial, o al secreto comercial, genera riesgos adicionales,

<sup>2</sup> Vid. CTBG. R/0275/2016, de 22 de agosto. c

dado que "los responsables públicos y funcionarios carecen del necesario entendimiento de cómo funcionan esos sistemas y cómo mitigar los daños causados por los errores o sesgos embebidos en el sistema" (AINOW INSTITUTE, 2018).

Precisamente, con relación a los tratamientos automatizados de detección de infracciones por exceso de velocidad por el CTDA y generación de los expedientes sancionadores en la DGT, una de las cuestiones que se plantean en el trámite de audiencia al interesado, para verificar si la respuesta de la Administración ha satisfecho el objeto de la solicitud, tiene que ver con las consecuencias de los errores embebidos («bugs») en los sistemas automatizados de toma de decisiones y su influencia en un acto administrativo de naturaleza sancionadora. En el Antecedente núm. 5 el reclamante señala que la respuesta dada por la Administración no ha determinado ni cuál es el margen de error en el aparato de medida (cinemómetro); ni cómo se procede a identificar una velocidad a partir de un dato registrado en un equipo de medida, cuya incertidumbre se desconoce o no se informa; ni cómo se ha trasladado al expediente sancionador ese margen de error; y, finalmente, tampoco "cómo se ha aplicado hasta llegar a la velocidad reflejada de 72 km/h, objeto de la sanción". Sin embargo, el CTBG considera que la respuesta proporcionada en el trámite de alegaciones ha dado "cumplida respuesta a la información solicitada", considerando que la vía de la reclamación ante el Consejo "no es la adecuada para contravenir los argumentos utilizados en la imposición de una sanción por exceso de velocidad, ni para solicitar de detalles aclaraciones sobre el caso concreto de un expediente sancionador" (CTBG. R/0051/2017, de 25 de abril de 2017).

En este contexto, el acceso al código fuente de un programa informático empleado por la Administración posibilita comprobar si dicho programa está correctamente diseñado o no y, por ende, si los parámetros funcionales del programa en cuestión –traducidos a un lenguaje de programación concreto– cumplen o no con las finalidades previstas en la norma jurídica que implementa dicho programa.

Una vez más, en el recurso contencioso-administrativo presentado contra la resolución del Consejo de Transparencia en el asunto del bono social, CIVIO ilustra claramente cuáles son los riesgos inherentes de los errores embebidos en los sistemas automatizados implementados por la Administración en su toma de decisiones:

"En el caso que nos ocupa, a la Fundación Ciudadana Civio se le ha hecho entrega de las funcionalidades del programa solicitado, que es a través del cual se decide si se tiene derecho al bono social de la energía eléctrica. Y, lo que se evidencia de lo entregado es que el programa comete un error. Tal y como consta en el Anexo II, los posibles resultados de la aplicación son: concedido (vulnerable, vulnerable severo), no cumple [con los requisitos] y en algunos casos da como respuesta «Imposibilidad de cálculo»: esto se debe a que, tal y como está diseñada la aplicación, siempre exige comprobar el nivel de renta de la unidad familiar y cuando no puede comprobarlo devuelve la respuesta de «Imposibilidad de cálculo». El problema es que hay casos en los que el solicitante tiene derecho al bono social independientemente de su nivel de renta (por ejemplo, jubilados con pensiones mínimas o familias numerosas) y la aplicación en vez de otorgarles el bono les responde con «Imposibilidad de cálculo»."

El interés público en el acceso al código fuente utilizado en el ámbito de actividad administrativa, formalizada o no, ha sido el criterio mantenido por la Autoridad catalana, al estimar el acceso al código fuente de un programa informático empleado por el Consejo Interuniversitario de Cataluña para la designación de los miembros de los Tribunales evaluadores de las pruebas de acceso a la universidad (PAU). Entiende la GAIP que "existe un interés público y privado –de los interesados que participan en las diversas convocatorias– evidente en poder comprobar que el programa informático está correctamente diseñado para garantizar la igualdad de todos los participantes y que la designación de los miembros de los tribunales ajusta a los criterios establecidos por la normativa que los regula". Tal interés público y privado se concreta en verificar si el código fuente se ha limitado "a recoger y aplicar correctamente las variables antes mencionadas (requerimientos de paridad entre hombres y mujeres y de porcentajes mínimos de profesores universitarios y de bachillerato, etc.), de forma reglada", de acuerdo con la norma jurídica específica que regula el procedimiento de selección de los miembros de los tribunales correctores. Pues, a mayor abundamiento, "no se tiene que olvidar que los miembros de los tribunales

correctores de las PAU ejercen una función pública relevante y que son retribuidos con dinero público" (GAIP. Resolución 200/2017, de 21 de junio, F.J.2).

## 4.2 Peligro. «Black Boxes» a la vista...

Con Cathy O'Neil (2017) hemos aprendido que los algoritmos pueden ser auténticas "armas de destrucción matemática", y que los modelos algorítmicos de aprendizaje automatizado son "por diseño, black boxes inescrutables" que escapan a la comprensión del ciudadano medio, a la de juez que debe examinar la validez de las decisiones automatizadas e incluso a la del experto que diseñó el sistema.

La herramienta desarrollada en 2009 por el Distrito de Columbia para evaluar, a partir de un modelo algorítmico, el desempeño del profesorado de los colegios públicos en función de los resultados académicos de los alumnos, pone en evidencia los riesgos y el impacto individual y social de esta clase de tecnologías. La herramienta, en realidad, buscaba "optimizar" el sistema escolar público y reducir las tasas de abandono escolar, desarrollando un modelo algorítmico que calculaba la contribución de un profesor al aprendizaje de un alumno comparando los resultados académicos actuales de sus alumnos en matemáticas y lengua, con los resultados de esos alumnos en cursos académicos anteriores y con los de otros alumnos del mismo curso. La consecuencia inmediata de la aplicación de esta herramienta fue el despido de más de 200 profesores en el curso académico 2010-2011, con la paradoja de que, entre los despedidos no eran pocos los profesores con encuestas de evaluación docente muy positivas por parte de los alumnos y del propio centro. Cuando los docentes afectados cuestionaron la arbitrariedad e injusticia del sistema, la respuesta oficial era: "Es el algoritmo y es muy complejo". Desde luego, el nombre de pila asignado a la herramienta, «IMPACT», hacía verdadero honor a sus consecuencias.

Así, la "priorización" de determinados datos en detrimento de otros puede implicar prácticas discriminatorias; la "clasificación individualizada" a partir de un conjunto de datos de entrenamiento puede generar falsos positivos o negativos; la "asociación o clusterización" puede establecer correlaciones estadísticas erróneas sin que exista una causalidad real; o el "filtrado" que conlleva incluir o excluir información de acuerdo con unos criterios o reglas que no siempre garantizan el interés público (DIAKOPOULOS, 2016).

Especialmente, en los sistemas de aprendizaje automatizado, donde las reglas que rigen el código son inherentemente dinámicas y adaptativas, replicando así la flexibilidad y ambigüedad del lenguaje natural, la evolución autónoma de esos sistemas, redefiniendo constante y autónomamente las reglas a partir de los inputs recibidos o recabados, customizando y adaptando el perfil de los destinatarios individuales de la toma de decisiones automatizada, puede quebrar el principio básico de igualdad ante ley y de no discriminación (HASSAN & DE FILIPPI); y, en consecuencia, producir efectos *contra legem* al limitar o impedir el ejercicio de derechos que están amparados en la norma jurídica, como nos ha recordado el letrado firmante del recurso del Caso Civio (DE LA CUEVA, 2020).

A pesar de la escasa casuística jurisprudencial y administrativa en la materia –desde luego así es en España, la crítica habitual a estos sistemas es que el ciudadano no puede entender las decisiones adoptadas mediante sistemas automatizados, precisamente porque "el proceso de toma de decisiones es un *black box*" (DESAI & KROLL, 2017). El problema de la «caja negra» se identifica así con "la incapacidad para comprender totalmente un proceso de toma de decisiones mediante IA y la incapacidad de predecir las decisiones o resultados de un sistema de IA", incluso para el experto humano que diseña y/o implementa el modelo (BATHAEE, 2018).

A la hora de hacer comprensibles para un humano los resultados obtenidos por los modelos algorítmicos de aprendizaje automatizado y, particularmente, los de «caja negra», desde el ámbito de las Ciencias de la

Computación se viene distinguiendo entre la transparencia del modelo («transparencia algorítmica»), su nivel de interpretación («interpretability») y las posibles explicaciones que admite el mismo («explainability).

La interpretación se asocia al grado de comprensión humana que permite un determinado modelo o decisión de 'caja negra'. La explicación se refiere a las diferentes metodologías de facilitar información sobre la funcionalidad de un modelo de lA difícilmente interpretable o los fundamentos y criterios de la decisión producida por dicho modelo a distintos grupos de interés (por ejemplo, la sociedad, los afectados por la decisión, una Autoridad administrativa de control, auditores externos) en función de los objetivos pretendidos por la explicación (por ejemplo, escrutinio público del algoritmo y rendición de cuentas, análisis del código para la subsanación de errores de programación, mitigación de los posibles sesgos discriminatorios del algoritmo, etc). Por último, la transparencia algorítmica implica que los sistemas de lA deben diseñarse e implementarse de tal manera que la supervisión humana de sus operaciones sea posible durante todo el ciclo de vida del sistema de lA. La transparencia a lo largo del ciclo de vida de un sistema de lA significa precisamente la apertura externa («openness») a través de los procesos de diseño, desarrollo e implementación del modelo en cuestión. La transparencia algorítmica permite conocer cómo funciona internamente un modelo en tres niveles: a nivel global, es decir, de todo el modelo en su conjunto, con relación a los componentes individuales del modelo (por ejemplo, los datos utilizados, los parámetros aplicados) y con relación al algoritmo de aprendizaje empleado (BERKMAN KLEIN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY AT HARVARD UNIVERSITY, 2020; MITTELSTADT, RUSSELL y WACHTER, 2019).

En el Reino Unido, el ICO y el Instituto Alan Turing han elaborado una interesante clasificación de los algoritmos de aprendizaje automatizado según el nivel de interpretación y explicación que permite el modelo o su opacidad. Así, por ejemplo, mientras que los algoritmos bayesianos, de regresión logística o de árbol de decisión se caracterizan por "buen nivel de comprensión", en el caso de la máquina de soporte vectorial (SVM) y del bosque aleatorio (*random forest*) presentan niveles muy bajos de comprensión, y por lo que respecta a las redes neuronales se consideran el "epítome de las técnicas de blackbox" (ICO & ALAN TURING, 2020).

Si echamos la vista atrás a los expedientes de contratación que ilustrábamos anteriormente, veremos que, en algunos de ellos, al definir la solución tecnológica, bien se busca específicamente la implementación de esta clase de algoritmos de caja negra, bien se deja libertad al contratista para que defina y desarrolle el modelo algorítmico a implementar.

De hecho, el principal foco de preocupación para los juristas franceses es la aparición más que probable de limitaciones relevantes en el control judicial de las decisiones administrativas basadas en los resultados de un algoritmo. En términos generales, el juez de lo contencioso no estará mucho mejor capacitado que el ciudadano medio para comprender los complejos procesos de decisión algorítmica y, difícilmente, las técnicas que habitualmente se utilizan para controlar la causa del acto administrativo, su motivación y su racionalidad resultarán siempre adecuadas para efectuar el control de legalidad de las decisiones basadas en algoritmos inteligentes (AUBY, 2018).

Lo anterior significa que la verificación de la corrección y, en última instancia, de la validez de las decisiones automatizadas puede quedar seriamente limitada en aquellos sistemas que implementan algoritmos de caja negra.

Una vez más, el Derecho comparado nos ilustra. En el asunto *K.W. v. Amstrong* (2016), el Tribunal de Distrito de Idaho concluyó que la implementación por el Estado de un algoritmo de caja negra para calcular las prestaciones para la ayuda a la dependencia de personas con discapacidad mental, correspondientes al Programa público de asistencia sanitaria, vulneraba su derecho al procedimiento legalmente establecido al reducir de forma arbitraria e injustificada la cuantía de la prestación, impidiendo la impugnación efectiva de las resoluciones administrativas que asignaban la cuantía de la prestación final.

Por eso, resultan tan relevantes resoluciones como la Sentencia de 17 de agosto de 2018, dictada por el Tribunal Supremo de los Países Bajos (el *Hoge Raad*), donde se consideró que un contribuyente tenía derecho a conocer los datos y parámetros utilizados por el programa informático utilizado por la agencia tributaria en la valoración de un inmueble de su propiedad a efectos del devengo del correspondiente impuesto. El Tribunal estimó que efectivamente esta información "fáctica y relevante" forma parte del expediente administrativo al que debe tener acceso el interesado y constituye una "garantía específica" del correspondiente control jurisdiccional de la decisión administrativa. Para el Hoge Raad, con independencia de que la decisión administrativa sea total o parcialmente el resultado de un sistema automatizado, el interesado tiene derecho a comprobar y, en su caso, impugnar, la corrección de los datos, parámetros y elecciones realizadas por el modelo, para lo cual el órgano administrativo deberá garantizar la transparencia y la verificación de tal información. En particular, en el caso de los sistemas automatizados, en todo o en parte, que implementan algoritmos de caja negra, el interesado no puede verificar sobre qué base se toma una decisión particular que le afecta. Sin esta transparencia y verificabilidad, se produce una posición desigual de las partes en el proceso. Por tanto, la obligación de la Administración es facilitar el acceso a dicha información de una manera "transparente y verificable".

¿Sería posible aquí una resolución tal como la del *Hoge Raad*, teniendo en cuenta el concepto restrictivo de expediente administrativo que contempla nuestra Ley de Procedimiento Administrativo y replicado por la Ley de Transparencia estatal y otras legislaciones autonómicas al definir las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso?



# Límites al derecho de acceso al código fuente y a los algoritmos públicos

De la casuística comparada e interna existente sobre el ejercicio de derecho de acceso al código fuente y algoritmos de los programas implementados por la Administración, entre los límites habitualmente invocados para denegar el acceso deben destacarse, entre otros, la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos; la protección de los intereses comerciales o el derecho de propiedad.

A la hora de determinar si el acceso al código fuente de un programa implementado por la Administración puede afectar a intereses públicos como la «seguridad pública», debe tomarse en consideración la naturaleza y la finalidad del programa informático solicitado con relación al posible daño o perjuicio que la divulgación del código fuente pudiera comportar. Ahora bien, teniendo en cuenta que el software generalmente comprende dos formas escritas, el código fuente y el código objeto, "[s]i de lo que se trata es de evitar que el código fuente pueda ser manipulado por terceros, esto no se garantiza –ha señalado la GAIP– impidiendo su conocimiento sino adoptando las medidas de seguridad necesarias para evitar que terceras personas puedan acceder –presencialmente o de forma remota– a los ordenadores y sistemas informáticos que lo utilizan".

Pero la realidad es que el examen del código fuente sí que puede revelar vulnerabilidades que podrían ser aprovechadas por terceros para causar daños.

Con relación a las solicitudes que tienen por objeto el acceso al código fuente de programas informáticos implementados por la Administración, es muy frecuente la invocación sistemática del límite relativo a la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Desde luego, no parece razonable la invocación de este límite cuando el código fuente objeto de la solicitud haya sido desarrollado con software libre. Es más, es habitual que buena parte de los sistemas algorítmicos de *machine learning* utilizan librerías públicas *open-source*. No sólo lo anterior, sino que los pliegos de muchas

soluciones licitadas precisamente requieren el desarrollo de estos sistemas utilizando software libre. Más aún, conviene recordar que algunas leyes de transparencia autonómica (Aragón, Madrid, Navarra, Galicia) acogen el principio de neutralidad tecnológica, que se identifica con la adquisición, utilización y promoción de software de «código abierto» en su funcionamiento y el uso de «estándares abiertos» y neutrales materia tecnológica e informática, favoreciendo así las soluciones abiertas, compatibles y reutilizables.

En Francia, la casuística parece decantarse por la aplicación de este límite sólo en aquellos casos en que la Administración no es titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el código fuente. Aunque lo hace con reticencias. La CADA ha lamentado en el Asunto del Observatorio Francés de las Coyunturas Económicas (OFCE) que los derechos de propiedad intelectual de un tercero puedan ser un "obstáculo" para el ejercicio del derecho de acceso a un código fuente que ha sido desarrollado con fondos públicos. Es más cuando esto es así, invita a las Administraciones a que revisen sus modelos contractuales con terceros para que la propiedad intelectual no sea una limitación al acceso público al código fuente (Opinión de 31 de mayo de 2018).

En clave interna, en la escasísima doctrina de nuestros Consejos de Transparencia se advierten, sin embargo, dos líneas interpretativas diferenciadas, dependiendo de si la entidad reclamada es titular en concepto de autoría de los derechos de propiedad intelectual del software o si sólo es mero cesionario de los derechos de explotación del software, o en su caso, licenciatario.

Cuando la Administración concernida o entidad reclamada es pleno titular del programa informático en cuestión, al haberlo desarrollado con sus propios recursos materiales y humanos y financiado con dinero público, algunos Consejos de Transparencia parecen no estimar procedente la aplicación del límite relativo a los derechos de propiedad intelectual, siempre que el acceso al código fuente tenga por finalidad verificar el correcto diseño del programa para garantizar el cumplimiento estricto de los requisitos previstos en la norma jurídica que implementa el sistema de decisión automatizado.

Así, por ejemplo, la Autoridad Catalana señala que:

"Tampoco se ha invocado el límite relativo a los derechos de propiedad intelectual o industrial [...], seguramente porque, como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, el programa informático en cuestión es de titularidad de la Generalitat." (GAIP. Resolución de 21 de septiembre de 2016, FJ 3).

En estos casos, para limitar la explotación no autorizada del código fuente cuyo acceso sea estimado y conciliar el derecho a saber del ciudadano y los derechos de propiedad intelectual de la Administración una solución plausible es el acceso condicionado:

"Por todo lo expuesto, se tiene que declarar el derecho de la persona reclamante a que le sea facilitado el código fuente solicitado, por correo electrónico, tal como pidió. Atendida la finalidad de control de la petición de acceso, se restringe el acceso a esta finalidad y no se permite la difusión o la utilización del código fuente para otras finalidades sin la autorización expresa de la Administración de la Generalitat" (lbidem).

Sin embargo, existen ocasiones en que el acceso condicionado al código fuente y a las bases de datos asociadas no puede impedir la indebida explotación por un tercero, incluido el propio solicitante, de los derechos de propiedad intelectual de su titular. En el asunto del «software Cysgliad» de la Universidad de Bangor, la Autoridad de transparencia en el Reino Unido toma en consideración una serie de criterios concurrentes para realizar la ponderación entre el interés público en el acceso y la protección adecuada del interés comercial en la legítima explotación de los derechos de propiedad intelectual de su titular cuando el acceso condicional no resulta factible (ICO. Resolución de 18 de julio de 2019).

En este sentido, aunque exista un evidente interés público en la transparencia y en la rendición de cuentas con relación al funcionamiento de un software desarrollado por una institución pública, así como en el escrutinio público de la calidad y las debilidades de dicho software, deben tenerse en consideración otros factores

concurrentes: (i) el esfuerzo, tiempo e inversión en recursos humanos y materiales realizados por la entidad reclamada para el desarrollo y actualización del código fuente del software; (ii) el hecho de que versiones anteriores del código fuente se hayan distribuido mediante licencias *open source* o de código abierto; (iii) el alto valor comercial del código fuente, por ser fuente exclusiva de financiación de la actividad realizada por la entidad reclamada en el interés público, a través de acuerdos de licencia con terceros; (iv) la pérdida de confianza y credibilidad frente a aquellos terceros con los que mantiene acuerdos de licencia para la explotación comercial de sus derechos legítimos (iv) la existencia de un riesgo real de que dicho código fuente pueda ser explotado por el propio solicitante o por terceros para el desarrollo de software propietario en directa competencia con el software de la entidad reclamada.

En la ponderación de los intereses en conflicto, el ICO consideró que la divulgación de los códigos fuente objeto de la solicitud, en este caso concreto, permitiría a otros copiar un producto en el que la Universidad había invertido sus esfuerzos, tiempo y dinero, resultando extremadamente complejo para la entidad reclamada controlar la explotación indebida que terceros pudieran hacer de sus derechos de propiedad intelectual. Lo que, a su vez, pondría en peligro sus ingresos futuros y el propio sistema de autofinanciación de la Unidad, y conduciría a una pérdida de la confianza y del crédito obtenido en sus acuerdos con terceros. En consecuencia, se estimó el evidente interés público en el acceso a la información reclamada no podía prevalecer sobre el interés privado en la protección del bien jurídico amparado por el límite –el interés comercial derivado de la legítima explotación de los derechos de propiedad intelectual de su titular.

En el ya recurrente Caso CIVIO, el CTBG ha tenido ocasión de analizar la aplicación de del límite relativos a la propiedad intelectual del código fuente objeto de la solicitud. El CTBG considera procedente la aplicación del límite relativo a la propiedad intelectual al código fuente, ya que el software "puede ser protegido por el derecho de autor como obra literaria" al amparo de la normativa internacional y comunitaria sobre la protección jurídica sobre los programas de ordenador.

En cambio, el CTBG considera que, la protección de los programas de ordenador prevista en la normativa de propiedad intelectual no comprendería ni las especificaciones técnicas de la «aplicación bono social», ni el resultado de las pruebas realizadas para comprobar que dicha aplicación cumple la especificación funcional. En este sentido se argumenta que:

"Las primeras [las especificaciones técnicas] pueden incluir aspectos, entre otros, como si es un sistema operativo de código abierto, cómo realiza el almacenamiento de datos, cuál es su lenguaje de programación o si incluye herramientas para depuración de memoria y análisis del rendimiento del software. Existen multitud de especificaciones técnicas de programas de ordenador expuestas al público en Internet. Las segundas [las pruebas] no inciden en el hardware protegido y sirven a nuestro juicio al propósito perseguido por la LTAIBG de controlar la acción pública y el proceso de toma de decisiones".

Sin embargo, el argumento diferenciador no resulta convincente para hacer tal distinción entre el código fuente y sus especificaciones técnicas. A efectos de invocar la aplicación del límite en cuestión, cabe recordar que nuestra Ley de Propiedad Intelectual protege no sólo los programas de ordenador, "cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación", sino también "su documentación preparatoria", así como "la documentación técnica y los manuales de uso de un programa". De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aclarado que el objeto de la protección conferida por la normativa comunitaria al software "abarca el programa de ordenador en todas sus formas de expresión, que permiten reproducirlo en diferentes lenguajes informáticos, tales como el código fuente y el código objeto"; y, en general, todas "las formas de expresión de un programa de ordenador así como los trabajos preparatorios de concepción que pueden llevar respectivamente a la reproducción o a la creación ulterior de tal programa". (Asunto Bezpečnostní Softwarová Asociace, de 22 de diciembre de 2010). La protección dispensada a los programas de ordenador por la normativa de propiedad intelectual tampoco alcanzaría "ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los

archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones constituyen una forma de expresión de tal programa" (Asunto SAS Institute, de 2 de mayo de 2012).

Dicho de otro modo, si el límite de la propiedad intelectual es procedente y aplicable al código fuente igual suerte deberían haber corrido las «especificaciones técnicas». A menos que las especificaciones técnicas a las que se refiere el CTBG tengan un significado diferente que la «documentación técnica» que protege también la legislación de propiedad intelectual, junto al código fuente.



# Seguimos esperando a Godot

Desde el año 2017, la policía de Durham en el Reino Unido ha venido testando el sistema HART («Harm Assessment Risk Tool») que, a partir de un algoritmo «random forest» y de 34 variables distintas, clasifica a los detenidos bajo custodia policial, según la probabilidad (alta, moderada y baja) de que cometan un delito violento en los dos años siguientes, con la finalidad de remitirlos o no a un programa de rehabilitación, descongestionando así el sistema judicial. Sin embargo, en un estudio publicado donde se evaluaban los riesgos de la implementación del sistema HART, se comprobó que la variable relativa al código postal correspondiente al domicilio de los detenidos acababa determinando una mayor probabilidad de reincidencia, lo que a su vez condicionaba una mayor intensidad de la acción policial en unas zonas frente a otras (OSWALD y otros, 2018). El algoritmo fue desarrollado por la Universidad de Cambridge. No parece muy razonable que los posibles derechos de propiedad intelectual de la Universidad prevalecieran sobre el afectado por una clasificación de alto riesgo en caso de que el modelo tuviera errores.

En el caso del bono social, CIVIO ha rechazado en su recurso contra la Resolución del Consejo que la propiedad intelectual pueda operar como límite al acceso al código fuente cuando la Administración sea titular del código, "puesto que nada hay en la legislación que permita ocultar la motivación de los actos con los que se nos gobierna"; no así cuando el titular del código fuese un tercero. Tampoco parece un argumento convincente esta distinción porque eso significaría que las motivaciones de ese mismo acto permanecerían ocultas para el interesado, cuando la decisión administrativa fuese adoptada mediante un programa cuyos derechos detenta un tercero.

El derecho a conocer las razones de las decisiones que afectan a los ciudadanos debería tener el mismo alcance con independencia de quien sea el titular de hecho o de derecho de la información. Si como explicaba Javier de la Cueva en una entrevista, "la aplicación de medios tecnológicos no puede impedir el ejercicio de los derechos fundamentales y, para permitir tal ejercicio, hemos de tener el derecho de inspeccionar su correcto funcionamiento" (Público, 04/07/2017), el aserto debería ser válido siempre al margen de la titularidad de la aplicación cuando tal aplicación ha sido utilizada por la Administración para adoptar una decisión con efectos jurídicos en el interesado. Lo contrario, por otro lado, sería generar indefensión y limitar, además, el control y el control judicial de la decisión administrativa.

No está claro si el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo en el que haya recaído el asunto vaya a entrar en tantas consideraciones. Lo que no admite discusión es que la resolución, al margen de eventuales recursos, es un claro ejemplo de *hard case* o caso difícil.

Parece que la Justicia se está tomando su tiempo, quizás por las mismas razones que la Administración tardó en contestar la solicitud original y ya en el trámite de alegaciones ante el Consejo de Transparencia: "La respuesta a nuestra petición de información estaba tardando una barbaridad y nos admitieron que la razón de ese retraso es que la petición iba de ministerio en ministerio, ya que entendían que entregarnos el código fuente de una aplicación podría desembocar en una obligación de hacer lo mismo con todos los programas públicos cada vez que alguien hiciese una solicitud de información", explicaba Eva Belmonte de CIVIO al periodista Pablo Romero (Público, 04/07/2019).

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

Por si hubiera alguna duda de por dónde van los derroteros en los dominios de nuestro vecino próximo, la legislación francesa no se quedó ni mucho menos en incluir el código fuente entre las categorías de documentos administrativos comunicables por la Administración. Tal previsión ha sido objeto posteriormente de desarrollo reglamentario por parte del Consejo de Estado francés.

Y así se ha establecido que las decisiones administrativas individuales adoptadas sobre la base de un tratamiento algorítmico deberán contener una "mención explícita" a la "finalidad perseguida por el tratamiento algorítmico".

Ello implica el "derecho a obtener la comunicación de las reglas que definen el tratamiento y sus principales características de aplicación, así como las modalidades de ejercicio de este de derecho a la comunicación y de revisión, si corresponde, ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos".

A su vez, la ley francesa identifica la información específica que debe facilitarse al interesado que haya sido objeto de una decisión individual fundamentada en un tratamiento algorítmico en caso de que el interesado así lo reclame. Esta información deberá facilitarse de una "forma inteligible" y, sin perjuicio de la ponderación que corresponda en caso de eventual concurrencia con los límites legales tasados. En particular, dicha información deberá incluir: "1º El grado y el modo de contribución del tratamiento algorítmico a la toma de decisión; 2º Los datos tratados y sus fuentes; 3º Los parámetros de tratamiento, y si procede, su ponderación, aplicados a la situación de interesado; 4º Las operaciones efectuadas por el tratamiento."

Otro aspecto fundamental que configura el alcance de este derecho de acceso a la información relativa a los tratamientos algorítmicos que sirvan de fundamento de las decisiones administrativas individuales es que puede ser ejercido tanto por las personas físicas como por las personas jurídicas, en su condición de interesados y afectados por la decisión administrativa. No existe en el Derecho español ninguna norma similar.

**Nota final de la autora**. Este trabajo ha sido objeto de un desarrollo más exhaustivo en GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella (mayo 2021). «Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales». Derecom, 30, 143-228. Disponible en http://www.derecom.com/recursos/jurisprudencia/item/433-administraciones-inteligentes-y-acceso-al-codigo-fuente-y-los-algoritmos-publicos-conjurando-riesgos-de-cajas-negras-decisionales.

Secretaria del Gobierno Local. Ayuntamiento de Vigo (Pontevedra)

# Acceso a la información relacionada con los incidentes asociados al uso de ALA OCTA

El caso que analizamos a continuación aborda el ámbito del derecho fundamental a la protección de la salud y a la integridad pública. Derecho recogido en los artículos 15 y 43 de la Constitución, que es de especial interés y análisis tras la declaración en marzo de 2020 por la OMS de la pandemia por el coronavirus COVID-19 y como consecuencia del impacto que ha tenido esa situación en el ejercicio del acceso a la información y en la transparencia en sus múltiples dimensiones.

Dentro de los aspectos que se examinarán debemos llamar la atención sobre dos de ellos, en particular. Por una parte, el pretendido deber de confidencialidad, que se pone como límite frente al derecho de acceso a la información pública en el caso en cuestión. Y, por otra, el conflicto entre el derecho a la protección de datos personales y el acceso a la información pública, aplicado a una casuística: la identidad de los miembros de un panel de expertos. Este tema ha despertado gran interés en los últimos tiempos, en relación con los trabajos de este tipo de comités en el ámbito de la gestión de la pandemia y que, como veremos, se encuentra de máxima actualidad.

# 1

## El origen de la polémica

El objeto de análisis en este estudio versa sobre una solicitud de información sobre Ala Octa, un producto que se usaba en cirugía de desprendimiento de retina. En 2015 este producto se utilizó en varios hospitales españoles, pero varios lotes del mismo estaban en mal estado y centenares de personas se vieron afectadas: Sanidad registró 102 casos de afectados en diez Comunidades autónomas, 41 de ellos con diferentes grados de ceguera o daños oculares graves.

El 20 de noviembre de 2017 se solicita ante la Agencia Española del Medicamento (AEMPS), entidad adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno



Edición del 20 de marzo de 2016

(LTAIBG), información relacionada con los incidentes asociados a la utilización en los hospitales españoles, de un producto que se usaba en cirugía de desprendimiento de retina, Ala Octa. En particular se pregunta por el

número de casos asociados al producto Ala Octa, análisis toxicológicos, ensayos químicos, nombre de los expertos e informes de resultados, alertas sanitarias, etc., desglosado en la siguiente información:

- Número de casos notificados y en investigación en la AEMPS hasta la fecha, en qué centros sanitarios y en qué comunidades autónomas se han producido.
- Copia del informe o informes sobre los resultados de los análisis toxicológicos realizados por el Instituto Universitario de Oftalmología Aplicada (IOBA) de la Universidad de Valladolid.
- Copia de los informes sobre los ensayos químicos (análisis sobre la composición e impurezas) que se realizaron en la Universidad de Valladolid.
- Nombre de los expertos que formaron parte del panel de expertos para la evaluación clínica individualizada de los casos.
- Número de casos evaluado por el panel de expertos y el resultado de estas evaluaciones.
- Copia del informe en el que se resumen los resultados de los ensayos realizados por el fabricante a petición de la AEMPS.
- Copia del informe enviado al Grupo de Vigilancia de Productos Sanitarios de la Unión Europea de los avances de la investigación.
- Copia del informe final, si ya está redactado, sobre el caso Ala Octa.

Con fecha de 20 de diciembre de 2017, la AEMPS remitió a la persona solicitante una notificación de ampliación del plazo para dictar resolución por un mes adicional.

El 22 de enero de 2018, la AEMPS dicta resolución sobre la solicitud formulada concediendo acceso parcial a la información solicitada, aplicando la salvedad establecida en el segundo apartado de la disposición adicional primera de la LTAIBG. Esta salvedad dispone que "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". A dichos efectos, la AEMPS considera que, ya que el artículo 7 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, transpone a la legislación española el régimen de confidencialidad en materia de productos sanitarios fijado en la Directiva europea de productos sanitarios, ésa es la norma que resulta de aplicación, por la especialidad de la materia.

¿Qué dice dicho precepto? La norma prevé que, sin perjuicio de las disposiciones existentes en materia de secreto profesional, la AEMPS debe garantizar la confidencialidad de la información obtenida en el ejercicio de su función. Para evitar conflictos interpretativos sobre lo que entra dentro del ámbito de la información confidencial, la normativa define lo que debe considerarse "información no confidencial" [a sensu contrario, lo no incluido debe entenderse protegido por la confidencialidad].

En este sentido, en relación con la información obtenida en el ejercicio de las funciones correspondientes al Sistema de Vigilancia, solamente se considera no confidencial lo siguiente:

- a) La información sobre el registro de personas responsables de la puesta en el mercado de los productos con arreglo al artículo 24.
- b) La información destinada a los usuarios remitida por el fabricante, el representante autorizado, el importador o el distribuidor en relación con una medida con arreglo al artículo 32.
- c) La información recogida en los certificados expedidos, modificados, completados, suspendidos o retirados.

Ahora bien, la AEMPS toma en consideración que ya ha hecho pública determinada información sobre los casos notificados relacionados con el producto Ala Octa, como es el caso de las investigaciones realizadas por la AEMPS

y los resultados de dichas investigaciones, estima oportuno conceder el acceso a dicha información y, para ello, adjuntan a la resolución las Notas Informativas que fueron emitidas hasta la fecha relacionadas con estos casos e incluyen la parte de la información solicitada.

Por otra parte, en relación con la pertinencia de otorgar acceso a los informes e información relacionada con los casos de afectados, relativos a cuestiones del Sistema de Vigilancia, se rechazaba dicho acceso con base en el citado precepto del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, al tratarse de información confidencial, según apuntaba la AEMPS, de acuerdo con la normativa aplicable, que superponía así dicho real decreto a la regulación en materia de transparencia. En la parte sobre la que no se concede el acceso, se denegaba la petición de información relativa a la entrega de los informes solicitados sobre resultados de los análisis toxicológicos y de ensayos químicos realizados en la Universidad de Valladolid. Se rechaza también el acceso a los propios informes de la AEMPS sobre los resultados de los ensayos del fabricante y el informe enviado al Grupo de Vigilancia de Productos Sanitarios, porque se consideraron confidenciales.

En relación con la solicitud de acceso al informe final, AEMPS alegaba que estaba en fase de elaboración y que existía una normativa específica de acceso aplicable con preferencia a la normativa en materia de transparencia. Asimismo, la Agencia aludía a que la difusión de dicha información tendría "efectos perjudiciales" para empresas, médicos y pacientes, y que podría generar "alarmas injustificadas".

Este caso, en particular, resulta de gran interés debido a la actualidad generada por la COVID-19, en relación con cuestiones como el acceso a la identificación del comité de expertos. Sobre este tema el CTBG ha dictado ya varias resoluciones, como la Resolución 492/2020¹, de 6 de noviembre de 2020, resolviendo una reclamación frente a la solicitud presentada ante el Ministerio de Sanidad sobre la "Relación de miembros del comité de expertos que asesora al Gobierno en la desescalada y copia de la declaración de intereses de los miembros", así como otra serie de información relacionada con este tema. Esta reclamación es estimada argumentando, en cita de Resolución 400/2020², de 3 de septiembre, la no aplicación de la protección de datos personales para preservar su identidad y que ha tenido una gran repercusión en medios.

Ya con anterioridad a este caso en particular, el CTBG había tenido ocasión de pronunciarse en relación con la problemática detectada en los incidentes producidos en relación con el producto de Ala Octa. Concretamente la Resolución 62/2016<sup>3</sup>, de 3 de mayo, resolvió la reclamación de la solicitud de acceso a la información, relativa al



procedimiento de investigación y evaluación individualizada de los incidentes comunicados por los centros y profesionales sanitarios, que han utilizado el producto Ala Octa. En este caso la reclamación fue desestimada porque, a pesar de reconocer expresamente que existía un interés privado, su satisfacción podía suponer un perjuicio a las labores de investigación que aún se estaban desarrollando, y en este caso debía prevalecer por el interés público superior que recomienda aplicar el límite fijado por la normativa.

<sup>1</sup> https://www.consejodetransparencia.es/ct\_Home/dam/jcr:bb33d7c3-f163-4a9d-b82b-f9d555bd5105/R-0492-2020.pdf

<sup>2</sup> https://www.consejodetransparencia.es/ct\_Home/dam/jcr:7b5dba1b-6098-463d-83e7-51ffd51292e0/R-0400-2020.pdf

<sup>3</sup> https://www.consejodetransparencia.es/dam/jcr:4e0f7cfa-8efc-4c21-ae5b-51a0e03abffc/R-0062-2016.pdf

# 2

## El impacto en los medios

La investigación ha sido desarrollada por The Implant Files y coordinada por el Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación (ICIJ) en la que han participado España, El Confidencial y La Sexta. La investigación se ha desarrollado mediante la presentación de solicitudes de acceso a la información en aplicación de las distintas normativas, nacionales e internacionales, sobre transparencia. El alcance de la investigación periodística puede observarse en el dato de que durante 1 año de investigación 252 periodistas han remitido más de 1.500 peticiones, en las que solicitanban el detalle de los incidentes adversos notificados, las alertas sanitarias, así como otros documentos. En esta monografía, dedicamos íntegramente un capítulo a esta información. Solo en España se presentaron 30 solicitudes, no solo ante la AEMPS, sino también ante las Comunidades autónomas, solicitudes relativas a incidentes adversos en la utilización del producto de Ala Octa.

El tema y su gravedad generó distintos impactos en prensa, entre los que se puede destacar la información publicada bajo los siguientes titulares: "Sanidad recurre a la justicia para ocultar los incidentes causados por implantes en España". En esa publicación se hacía eco del "bloqueo en los tribunales" de la publicación de los datos relativos a los incidentes causados, en particular, una de las solicitudes de información afectaba a los 20.500 incidentes notificados en España en 2012. Este bloqueo se producía en el marco de un patrón de impugnación frecuente por parte de la Abogacía del Estado de las resoluciones del CTBG que obligan a la Administración General del Estado a conceder acceso a la información.

El impacto se producía también por la dimensión internacional de los incidentes investigados, tal y como se constata en la noticia "Francia investiga dos cegueras en relación con el líquido sospechoso", pues el producto también fue retirado en Francia, donde ha sido investigado por la Agencia Francesa del Medicamento (ANSM). De igual modo sucedía en Alemania, donde Ala Octa informaba a la agencia del medicamento alemana de que le constaban 30 casos de procesos degenerativos de retina en España y que no podían garantizar la seguridad de los pacientes al cien por cien. El acceso a la información era fundamental, además, para que los afectados pudiesen ejercer sus derechos y reclamar, tal y como recogían los propios medios, porque se desconocía cuántos lotes del producto estaban en mal estado, ya que ésa parecía ser la causa del daño y no el producto original.

Además de la dimensión sobre el derecho fundamental a la salud que presenta este caso, existe una derivada de gran interés público, como es la relativa al conocimiento de la identidad de los miembros del panel de expertos, y la dimensión mediática que alcanzan este tipo de cuestiones, que sigue concentrando la atención pública. En 2020 ha podido comprobarse esta proyección mediática a raíz de diversas solicitudes de acceso a la información sobre la identidad de los miembros de los distintos Comités de Expertos que, en el marco de la gestión COVID-19 se han constituido. Esta solicitudes, no resueltas o denegadas, sí han sido avaladas por resoluciones del CTBG, que las estimó y obligó a su difusión. Estas resoluciones han provocado numerosos titulares como "El Gobierno valorará la resolución que obliga a destapar el Comité de Expertos", o "Transparencia obliga al Ministerio de Sanidad a revelar la identidad del Comité de expertos". Titulares que siguen produciéndose una vez cumplida parcialmente la obligación de proporcionar dicha información, si bien de forma parcial al proporcionar solo los nombres de los expertos de la COVID-19. A esta información también dedicamos un capítulo de esta obra.

La relevancia de la investigación periodística puede advertirse porque con la información recopilada se ha creado la primera base de datos global de alertas sanitarias. Gracias a esta base de datos los pacientes de todo el mundo cuentan, desde el 25 de noviembre de 2018, con una nueva herramienta para consultar información sobre implantes, marcapasos, desfibriladores y otros productos sanitarios que hasta la fecha estaba diseminada en varios países. La herramienta facilita una serie de información sobre alertas de seguridad, ceses de comercialización o notificaciones de mal funcionamiento que en muchos países, como España, Finlandia o México, ni siguiera son de acceso público.

La importancia de contar con esta información a través del procedimiento de acceso a la información, se advierte en el dato de que menos del 20 por ciento de los países del mundo publican estos datos 'online'. La ciudadanía no tiene forma de conocer si un producto ha sido retirado del mercado y cuándo ha sido, es decir, no hay un ejercicio de publicidad activa sino que la única vía de conocimiento se produce a través del ejercicio del derecho de acceso. De hecho, en España, la información que El Confidencial y La Sexta han conseguido gracias a la LTAIBG, incluye todas las alertas relacionadas con productos sanitarios que Sanidad ha remitido a las Comunidades autónomas entre 2012 y mayo de 2018.

En algunos países, como Estados Unidos y Canadá, la información se hace pública y se incluye la peligrosidad del hecho de retirar un determinado producto, pero no es el caso de España. La investigación cruzó los datos obtenidos por transparencia con los norteamericanos, y descubrió 12 casos que la FDA etiqueta como 'clase l', esto es, que "con toda probabilidad" causarán "serios problemas de salud o el fallecimiento". Ninguno de ellos está disponible en la web de la AEMPS.

Obtener la respuesta adecuada a este tipo de solicitudes de acceso a la información permite mejorar la calidad de la información, que varía mucho según el país. En España, por ejemplo, solo disponemos de la fecha de la alerta y de la descripción mínima del producto -a menudo, ni siquiera de las razones por las que se retira-, por lo que la existencia de esta base de datos y su sistematización facilitará mejorar la calidad de la información y su reutilización.



## La reclamación ante el Consejo de Transparencia: los alegatos de las partes

El solicitante presentó reclamación ante el CTBG con fecha del 5 de febrero de 2018, que la envía a la AEMPS a través de la Unidad de Información de Transparencia del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con el fin de que efectúe alegaciones y que, en síntesis, se resumen en lo siguiente:

#### a) Carácter confidencial de la información

La AEMPS recuerda la aplicación de la disposición adicional primera de la LTAIBG, y aplica el artículo 7 del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se transpone a la legislación española el régimen de confidencialidad en materia de productos sanitarios, fijado en la Directiva europea de productos sanitarios, y que impone a la AEMPS la obligación de preservar la confidencialidad en el ejercicio de su función, más allá de las obligaciones en materia de transparencia.

La resolución considera que se debe rechazar el acceso al tratarse de información confidencial por ser confidencial tal y como señala la norma:

#### Artículo 7. Confidencialidad.

- Sin perjuicio de las disposiciones existentes en materia de secreto profesional, las autoridades sanitarias velarán porque todas las partes a las que concierne la aplicación de este real decreto mantengan la confidencialidad de cualquier información obtenida en el ejercicio de su función. Ello no afectará a las obligaciones de las autoridades competentes ni de los organismos notificados con respecto a la información recíproca y a la difusión de advertencias, ni a las obligaciones de información que incumban a las personas interesadas, tanto ante las autoridades sanitarias como ante los órganos jurisdiccionales.
- 2. No se considerará confidencial la siguiente información:

- a) La información sobre el registro de personas responsables de la puesta en el mercado de los productos con arreglo al artículo 24;
- b) la información destinada a los usuarios remitida por el fabricante, el representante autorizado, el importador o el distribuidor en relación con una medida con arrealo al artículo 32: ni
- c) la información recogida en los certificados expedidos, modificados, completados, suspendidos o retirados.

No obstante, toman en consideración que la AEMPS había hecho pública determinada información sobre los casos notificados relacionados con el producto Ala Octa, las investigaciones realizadas y el resultado de las mismas, y se decidió conceder el acceso, con las Notas Informativas emitidas en relación con estos casos, incluyendo parte de la información solicitada.

En este caso, hay que conectar la garantía de confidencialidad con la protección de los intereses comerciales y económicos que se contemplan como límite en la LTAIBG, marco de referencia para el secreto comercial e industrial. Estos límites deben examinarse de un modo restrictivo, pues de lo contrario tendrían un potencial limitado de anulación de las posibilidades de transparencia, tal y como señala el propio CTBG; de ahí que no operen ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos.

Asimismo, es necesaria una aplicación justificada y proporcional, atendiendo a la circunstancia del caso concreto y siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o el acceso (test del interés público). Sobre ese extremo puede citarse numerosa jurisprudencia, que recalca el papel que corresponde a la administración o entidad a la que se solicita la información, que no es el de arrogarse una potestad discrecional para limitar el acceso. Al contrario, la limitación establecida en el artículo 14.1 h) de la LTAIBG no opera cuando quien la invoca no justifica que facilitar la información solicitada puede suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales (por todas, la STS de 16 de octubre de 2017, dictada en el Recurso de Casación núm. 75/2017).

#### b) Información auxiliar

La entidad reclamada esgrime la consideración de información auxiliar en relación con los informes cuyo acceso se solicita. Aplica así la causa de inadmisión contemplada en el artículo 18.1 b) de la LTAIBG, que contempla la 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, o entre órganos o entidades administrativas.

Es preciso recordar que los informes que soportan los datos proporcionados por las autoridades públicas para los procesos de toma de decisión, no tienen carácter auxiliar, tal y como ha recordado la jurisprudencia. En este caso, en particular, los informes y ensayos clínicos a los que se solicita acceso fueron elaborados en el marco de la investigación que afectaba al producto Ala Octa y mencionados específicamente por nota informativa emitida por la AEMPS. Se desarticula así el carácter de información auxiliar siguiendo la jurisprudencia aplicable (por todas, sentencia de la sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2017, dictada en el recurso de apelación nº 46/2017, cuando señala que "si se pretende conocer la motivación seguida en las Administraciones Públicas en su toma de decisiones, habrán de ser conocidos los informes por ella evacuados que resulten ser relevantes, hayan sido o no de apoyo a la decisión final, y no esperar al resultado de esta última").

#### c) Existencia de datos personales protegidos

La solicitud también se extiende a la petición de los nombres de los expertos que formaron parte del panel de expertos para la evaluación clínica individualizada de los casos. Señala que dichos expertos son miembros de la Sociedad Española de Retina y Vitreo y que, en consecuencia, resultan idóneos a tal fin. Y a continuación, indica que los nombres de los expertos tienen la consideración de datos personales sometidos a protección, por lo que

antes de conceder acceso público a dicha información, sería necesario pediir un informe a la Agencia Española de Protección de Datos sobre la procedencia o no de facilitarlos.

En relación con este tema, el artículo 15.2 de la LTAIBG dispone que, con carácter general y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales, u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano



## La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El CTBG resolvió la reclamación presentada en su Resolución 46/2018, de 30 de abril de 2018, resolución que es parcialmente estimatoria e insta a la AEMPS a proporcionar la información indicada en el fundamento jurídico 13, con el siguiente alcance:

- Número de casos notificados y en investigación en la AEMPS hasta la fecha, y que indique en qué centros sanitarios y en qué Comunidades autónomas.
- Copia del informe o informes sobre los resultados de los análisis toxicológicos realizados por el IOBA de la Universidad de Valladolid.
- Copia de los informes sobre los ensayos químicos (análisis sobre la composición e impurezas) que se realizaron en la Universidad de Valladolid.
- Nombre de los expertos que formaron parte del panel de expertos para la evaluación clínica individualizada de los casos.
- Número de casos evaluado por este panel y resultado de estas evaluaciones.
- Copia del informe en el que se resumen los resultados de los ensayos realizados por el fabricante a petición de la AFMPS.

El CTBG estima parcialmente el acceso con la consideración de que deben eliminarse de la información que se proporcione, todos los datos que eventualmente contenga el informe y que vengan relacionados con la metodología que hubiese sido utilizada en los ensayos, correspondiente al laboratorio fabricante y que pudiera comprometer secretos comerciales, que se vieran perjudicados con el acceso.

#### a) Aplicación del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios.

El CTBG aplica su Criterio interpretativo 8/2015 y recuerda que la disposición adicional primera de la LTAIBG vincula la aplicación supletoria de la ley a la existencia de una norma específica, que prevea y regule un régimen de acceso a la información, también específico. Sin embargo, el CTBG no llega a esa conclusión en relación con el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, al entender que no consagra una normativa específica en materia de acceso. La resolución argumenta la entrada en vigor de la LTAIBG en diciembre de 2014 y la interpretación de la misma que realiza, tanto el propio CTBG como los Tribunales de Justicia, sin dejar de reconocer el límite que supone la confidencialidad,

El CTBG afirma que el citado real decreto no cumple las condiciones o circunstancias descritas en el criterio citado para estar ante una normativa específica de aplicación que implique la supletoriedad de la LTAIBG. Esa visión

produciría el efecto de que sectores enteros de la actividad pública, -en este caso la desarrollada por la AEMPS-, quedarían excluidos del conocimiento público, en contra de la configuración del régimen de transparencia, con una ley básica y de general aplicación. En este caso, sin duda, no existe un régimen de acceso a la información que haya que preservar, en cuanto que tenga en cuenta las características de la información que se solicita, delimite los legitimados a acceder a la misma, prevea condiciones de acceso, etc.

#### b) Confidencialidad de la información

El CTBG entiende aplicable la LTAIBG, y entra a valorar en qué medida el deber de confidencialidad de la AEMPS opera como límite que impide el acceso a la información solicitada. Para ello, en primer lugar, recuerda cómo la propia norma invocada por la entidad hace referencia a que la reserva de confidencialidad debe entenderse sin perjuicio de las obligaciones de información que incumban a las personas interesadas.

De este modo, frente a la genérica referencia al deber de confidencialidad, el CTBG recuerda que la aplicación de los límites establecidos en el artículo 14 de la LTAIBG exige que la invocación de motivos de interés público esté ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo. Para ello, la resolución realiza el análisis individualizado de cada uno de los extremos de información solicitado determinando la presencia del interés público superior en el acceso a la información.

#### c) Información pública y no auxiliar

Analizada la información solicitada por el reclamante, el CTBG considera que, respecto de todos los puntos que comprende, existe información pública tal y como se configura en el artículo 13 de la LTAIBG, salvo el informe final que todavía estaba en proceso de elaboración, al margen de la resolución concreta en la que se pronuncia sobre cada uno de los extremos solicitados.

Del mismo modo, la resolución rechaza la consideración de la información solicitada como información auxiliar, criterio aplicado reiteradamente tanto respecto de los informes que, no siendo preceptivos, se incorporan como motivación de la decisión final (R/0198/2016, de 22 de julio), como cuando han sido relevantes en la toma de decisión por el órgano competente (R/0229/2015, de 21 de octubre) y permiten conocer la motivación de la decisión, para evitar la discrecionalidad en el ejercicio de la entidad.

#### d) Identidad de los miembros del panel de expertos y protección de datos personales

La solicitud preguntaba expresamente el nombre de los expertos que formaron parte del panel de expertos para la evaluación clínica individualizada de los casos, pero la entidad ofreció tan solo información general sobre el panel, y no la identidad de los expertos para evitar una posible vulneración de su derecho a la protección de datos. Frente a ello, el CTBG apela a lo dispuesto en el artículo 15.2 de la LTAIBG a la hora de regular la relación entre el derecho de acceso a la información y a la protección de datos de carácter personal. El órgano de control entiende que, en este caso, hablamos de datos que tienen naturaleza meramente identificativa, que hacen referencia a un panel de expertos específicamente constituido para atender a la situación que se había planteado con el medicamento Ala Octa, cuyo uso no solo ha tenido consecuencias de salud pública, sino de alarma social, circunstancia que debe tenerse en cuenta.

En dicho sentido, la asunción de la actuación por la entidad del empleado público tampoco impide acceder a la información sobre la identidad de quienes hayan participado en la actuación. Tal y como recoge la sentencia núm. 61/2018, del Juzgado de lo Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid, de 4 de mayo de 2018, procedimiento 21/2016, que anula la Resolución 433/2015, de 15 de febrero de 2016, "la transparencia consiste cabalmente en la visibilidad de lo que hay y de los que están detrás de las declaraciones formalizadas de conocimiento o de voluntad de las Administraciones y, singularmente, en la posibilidad de conocer la identidad

de las personas que, integradas en su organización o incluso desde fuera de ella, han tomado parte o han influido en su elaboración". Debemos recordar que la noción de datos meramente identificativos en el ámbito de la transparencia remite a aquéllos que únicamente suministran información para determinar la identidad de la persona física concernida, pero sin incorporar otro tipo de información personal.



## El debate en sede judicial

A continuación analizamos brevemente los litigios de los que a esta fecha tenemos conocimiento que se han ido sustanciando sobre el asunto debatido. El recurso presentado por la Abogacía del Estado fue resuelto por sentencia núm. 77/2019, de 19 de junio de 2019, del Juzgado Central Contencioso-Administrativo núm. 3, posteriormente recurrida ante la Audiencia Nacional, que dictaba sentencia núm. 5148/2019, de 18 de diciembre de 2019.

#### a) Sentencia Juzgado Contencioso-Administrativo

El juzgado rechaza la posibilidad de excluir la aplicación de la LTAIBG frente a la solicitud de información sobre el producto de Ala Octa, con la finalidad de restringir el derecho de acceso a la información mediante la supuesta aplicación directa y excluyente del Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre. Esta argumentación se apoya en la aplicación directa de la LTAIBG al caso particular por varias razones: por razón del tiempo de su vigencia (norma posterior), por razón de su regulación general, por razón de su posterioridad a la normativa anterior que es de inferior rango normativo y porque si no lo fuera, lo sería con carácter supletorio.



Del mismo modo la sentencia rechaza los argumentos de que la información solicitada concierne únicamente a aspectos que afectan a la salud de la solicitante y de otras personas concretadas en esos casos. Afirma que nos encontramos en presencia de un indudable interés público, puesto que tiene un alcance general para la salvaguarda del derecho fundamental a la protección y prevención de la salud, y para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Finalmente, en relación con la existencia de un posible conflicto entre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, la sentencia descarta la vulneración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Concluye que el artículo 15 de la LTAIBG ampara perfectamente la facilitación de estos datos de identificación personal de los componentes del órgano competente en atención del interés público a salvaguardar y de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

#### b) Sentencia de la Audiencia Nacional 5148/2019, de 18 de diciembre de 2019, que desestima el recurso presentado por la Abogacía del Estado

Contra la sentencia de primera instancia, la Abogacía del Estado interpone recurso de apelación que, avanzamos ya, confirma la sentencia dictada en primera instancia.

El tribunal juzgador entiende que el régimen contenido en el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre no excluye la aplicación de la LTAIBG, pues aunque contempla un criterio de confidencialidad que puede operar como límite, lo hace como previsión de carácter general que no resulta aplicable al caso concreto que nos ocupa. La Sala tampoco considera que la norma de rango reglamentario contenga una regulación exhaustiva del derecho a la información, ni que pueda entenderse que la disposición relativa a la confidencialidad sea incompatible, ni limite el acceso a la información. De hecho, la sentencia subraya el hecho de que el propio Real Decreto disponga que la previsión sobre confidencialidad debe entenderse que no afecta a las obligaciones de información que incumban a las personas interesadas.

Igualmente, la Audiencia Nacional refrenda la sentencia de instancia en relación con la inexistencia de limitación en el acceso a la información relativa a la identidad de los miembros del panel de expertos por supuesta vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales, siempre y cuando dicha identificación se refiera y se limite a su actividad como componentes o participantes en el panel, lo que no supone facilitar una información universal o indiscriminada.

# 6

#### La repercusión sobre la gestión pública

Las cuestiones relativas a las gestión pública sanitaria tienen siempre una gran relevancia, pero especialmente en el contexto generado por la COVID-19 relacionada con la información sobre las vacunas y su adquisición, los equipos de protección individual, la contratación de emergencia, así como la relativa a la identificación de los miembros de los Comité de expertos, que han estado asesorando en los procesos de toma de decisiones. Estas cuestiones desvelan la importancia que tiene instrumentar correctamente los canales de información, tanto en la dimensión de la publicidad activa como en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

El conocimiento de la información solicitada en el caso que nos ocupa presenta dos derivadas claras en cuanto a su impacto en la gestión pública: salud y legitimidad de la actuación. Legitimidad de la actuación desde la perspectiva del conocimiento de la identidad de los expertos del panel, pues la rendición de cuentas por la actuación pública exige el conocimiento de los responsables no solo de la gestión de la alerta, sino de los expertos en los que se confía para abordar los aspectos técnicos de la misma, por lo que su conocimiento resulta esencial.

Igualmente, el acceso a la información sobre este tipo de cuestiones presenta un claro impacto en la salud pública, no solo de las personas directamente afectadas por los incidentes en relación con un determinado medicamento a las que pueda apoyar en sus eventuales reclamaciones de responsabilidad, sino para conocer lo acertado o no de la decisión en primera instancia, y las actuaciones subsiguientes en el proceso de investigación. El contexto actual de puesta en marcha de un proceso de vacunación mundial con diferentes tipos de vacunas, con múltiples incidencias y acceso muy limitado a la información sobre los procesos de adquisición y suministro, nos ofrece un escenario en el que pueden fácilmente traducirse las conclusiones expuestas en el presente análisis.

Director General de Transparencia y Buen Gobierno. Junta de Castilla y León. Coordinador de la obra

# Los concesionarios de los aparcamientos municipales y su obligación de suministro de información

El relato que alberga este capítulo nos ayuda a identificar algunas de las cuestiones clave que, aún hoy, siguen generando intensos debates: el concepto de información pública, las obligaciones de suministro de información que recaen sobre los contratistas o colaboradores de la administración pública, el momento en que nacen éstas y la fuente de la obligación. También aborda otras cuestiones de interés compartidas con otros relatos, como el límite relativo a los intereses económicos y comerciales –como demuestran las estadísticas, uno de los más alegados en el ámbito del derecho de acceso a la información– o la causa de inadmisión que afecta a las solicitudes abusivas. Sin lugar a dudas, el debate sobre gran parte de estas cuestiones tiene su origen, en buena medida, en la redacción ciertamente ambigua de algunos preceptos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información púbica y buen gobierno (LTAIBG), en concreto su artículo 4.

Curiosamente, este episodio narra uno de esos casos donde la propia Administración, como sujeto obligado por la normativa de transparencia, es la convencida de que la información demandada debe ser conocida, al menos, por el solicitante, pero también para su uso interno (con el fin de mejorar la toma de decisiones públicas), y se ve abocada a "encararse" con sus colaboradores más pertinaces, para defender una apertura mayor de la información pública. Por este motivo, este capítulo nos sirve para contar que el logro de una mayor transparencia en la gestión de lo público no solo es una batalla que se libra en el terreno de las Administraciones, sino en toda la sociedad: la transparencia siempre es una virtud que identificamos perfectamente en "los otros", pero una pesada carga con la que ninguno queremos acarrear.



### El origen de la polémica

El 3 de enero de 2018 un periodista presenta en el registro municipal de Madrid una solicitud de acceso a la información pública al amparo de la (LTAIBG) en la que se interesa por los datos desagregados de afluencia de vehículos, tasa de ocupación y recaudación de los aparcamientos municipales de rotación y mixtos, correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017.

Como consta en la resolución de 5 de marzo de ese año de la Secretaría General del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, responsable de dar respuesta a la petición, la Dirección General de Gestión y Vigilancia de la Circulación emite un informe en el que incluye varios archivos en formato Excel, con los datos de afluencia y tasa de ocupación de los aparcamientos municipales mixtos y de rotación. Respecto de la recaudación, el informe citado señalaba que no disponía de estos datos, que obraban en poder de la Empresa Municipal de Transportes (EMT), en el caso de los aparcamientos en régimen de gestión directa mediante empresa pública, y de los distintos concesionarios en los de gestión indirecta.

A la vista de dicho informe, la Secretaría General solicitó a la EMT que le facilitase los datos de recaudación de los aparcamientos que gestionaba, datos que la empresa remitió de inmediato. En lo que tocaba a los aparcamientos en régimen de gestión indirecta, el Ayuntamiento requirió la información a los concesionarios, al amparo de lo previsto en el artículo 4 de la LTAIBG, y en los artículos 3.2 y 24.4 de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid, de 27 de julio de 2016 (OTCM, en adelante), para que en un plazo de 15 días hábiles se la enviaran. Hay que destacar que ni una ni otra norma, prevén la suspensión del plazo para resolver en caso de que se efectúe este requerimiento, esta cuestión no deja de llamar la atención, dado que es evidente que tal trámite puede demorar sensiblemente la resolución de la solicitud. Ante tal circunstancia, la Secretaría General recurrió a la ampliación del plazo para resolver por un mes más, prevista tanto en la ley estatal, como en la ordenanza municipal, para aquellos casos en los que por el volumen o complejidad de la información sea necesario hacerlo.

El resultado de este requerimiento fue que se recibieron respuestas de los concesionarios en relación a 27 de los 45 parkings identificados, todas ellas dispares, y en concreto, algunos de ellos manifestaron que no estaban obligados a suministrar la información. A esta altura del relato merece la pena que nos detengamos un instante para identificar las posibles reacciones ante un requerimiento de información de este tipo: por un lado, quienes consideran que el requerimiento debe ser atendido en virtud de su obligación como concesionarios, a la vista de lo que dispone el artículo 4 ya citado; los que consideran que, además de estar obligados a la remisión de la información, se consideran terceros afectados por la solicitud y, por ese motivo, efectúan alegaciones a la vista del derecho, que entienden les pertenece de acuerdo con el artículo 19.3 de la LTAIBG; y, finalmente, aquellos que se niegan a la remisión de la información por considerar que no están obligados a hacerlo por diferentes razones.

La segunda de las alternativas, la posición del concesionario/interesado es, sin duda, llamativa dado que la normativa de transparencia no hace referencia expresa a ella. Cuando estos sujetos son mencionados en la LTAIBG, lo son como sujetos obligados a suministrar información, no como interesados en el procedimiento de acceso; si bien cabe imaginar supuestos en los que, por ejemplo, si la solicitud de acceso puede alcanzar a información sujeta a secreto comercial, o propiedad intelectual o industrial, parezca razonable que el sujeto obligado pueda hacer alegaciones, y ser tenido al mismo tiempo en el procedimiento como interesado. Así sucedió en este caso a la vista de la decisión que adopta finalmente el Ayuntamiento y, en cualquier caso, nada parece obstar en la normativa, a que al mismo tiempo que se remite la información, se pueda aducir por los sujetos obligados al suministro de la información lo que se estime oportuno, circunstancia esta que hasta puede resultar recomendable por cuanto ayuda a la Administración, que debe resolver a afinar mejor la obligada ponderación, que debe llevar a cabo como tarea previa a la decisión sobre el acceso.

Pues bien, en este caso todos los concesionarios acabaron facilitando los datos, aunque algunos dejaron claro que los suministraban para conocimiento exclusivo de la Administración. Esto es, se negaban a que la información se le entregara al solicitante. Bien está decir que algunos de ellos suministraron los datos tras la advertencia expresa, de que se les iba a imponer las multas coercitivas previstas en el artículo 48 de la OTCM. La cuantía de las multas es de 1.000, 2.000 y 3.000 euros, por cada periodo de 15 días que transcurra, siendo de 3.000 euros a partir del cuarto periodo. Recordemos que la cuantía de las multas coercitivas es independiente de la sanción que pueda imponerse y compatible con ella, según dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y lo reitera la propia ordenanza madrileña. Una cosa es aplicar una multa para "forzar" al cumplimiento de una obligación, y otra distinta, una multa impuesta por la comisión de una infracción tras la instrucción de un procedimiento sancionador. Ambas son compatibles y pueden considerarse una doble sanción por los mismos hechos. En el caso del Ayuntamiento de Madrid la imposición de estas multas coercitivas estaba ya prevista con carácter general en el artículo 52 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid y lo que hace la OTCM es incorporarlas a su sistema de garantías de la transparencia.

El expediente concluyó con una resolución del Ayuntamiento por la que se estimaba la solicitud del periodista, si bien no se le facilitaron los datos de los concesionarios que se habían opuesto expresamente a la entrega. Con

ello se aplicaba la previsión legal de los artículos 20.2 y 22.2 de la LTAIBG: "si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo, sin que se haya formalizado o haya sido resuelto, confirmando el derecho a recibir la información".

Por tanto, la resolución municipal fue estimatoria a pesar de la oposición de parte de los concesionarios, lo que demuestra, como reconoce implícitamente el artículo 20.2 de la ley estatal, que la oposición de los terceros interesados a que se facilite una información que puede afectarles, no vincula o condiciona a la Administración en su decisión final, aunque si determina ineludiblemente una demora en la materialización del derecho, es decir, la entrega de la información.

La Secretaría General del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad partió en su resolución del reconocimiento del servicio de estacionamiento, como un servicio público local que se corresponde con la competencia propia de los municipios en materia de "estacionamiento de vehículos y movilidad", -artículo 25.2 g (de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local)-. Los datos que se solicitaban (ocupación, afluencia y recaudación) son datos básicos del servicio público de estacionamiento que se presta a los ciudadanos y, por tanto, se trataba de información pública en el sentido del artículo 13 de la LTAIBG. En consecuencia, y por lo que se refería a los aparcamientos municipales en régimen de gestión indirecta, resultaba de aplicación lo dispuesto en el artículo 4 ya citado, que era el fundamento legal del requerimiento llevado a cabo a los concesionarios. En efecto, estas empresas prestan un servicio público municipal, lo que les obliga a facilitar al Ayuntamiento los datos que este necesite para cumplir con las obligaciones que le impone la normativa de transparencia.

En la tramitación del expediente, algunos concesionarios en sus escritos de respuesta al requerimiento de información, manifestaron que consideraban aplicable la causa de inadmisión relativa a las solicitudes que "tengan un carácter abusivo" [artículo 18.1 e) de la LTAIBG]. Atendiendo a su objeto, el Ayuntamiento no apreció que la solicitud pudiera calificarse de abusiva, ni por lo que se refería a su alcance objetivo o material (afluencia, ocupación y recaudación), ni por su alcance temporal (se pedían datos de tres años). En cuanto a la recaudación, solo se solicitaba una cifra anual y bruta, no el desglose por meses o días, ni otro tipo de detalles. A ello se une, decía la resolución, que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) tiene establecido que "las causas de inadmisión deben aplicarse de manera restrictiva" (Criterio interpretativo 3/2016, de 14 de julio de 2016), por lo que no procedía sino rechazar la aplicación de esta causa de inadmisión.

También algunos concesionarios alegaron el límite del artículo 14.1 h) de la LTAIBG, relativo a "los intereses económicos y comerciales", a lo que el Ayuntamiento contestó haciendo uso de nuevo de la doctrina del CTBG, el Criterio 2/2015, de 24 de junio de 2015, según el cual la interpretación de los límites previstos en el artículo 14 de la LTAIBG debe estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo, la aplicación de los límites no puede ser automática, sino justificada y proporcional, y debe atender a las circunstancias del caso concreto.

Estimada la solicitud, como ya sabemos, y en el ejercicio de la posibilidad a la que ya hicimos referencia más arriba, esto es, la de reaccionar ante la resolución estimatoria del acceso, dos de los concesionarios, SABA APARCAMIENTOS S.A. y ACVIL APARCAMIENTOS S.L., presentaron una reclamación ante el CTBG contra la resolución municipal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG. Otros dos concesionarios, INTERPARKING HISPANIA, S.A. e INDIGO INFRA ESPAÑA, S.A., decidieron presentar directamente el recurso contencioso-administrativo, sin interponer previamente la reclamación potestativa ante el Consejo.

# 2

### El impacto en los medios

Interpuesta la reclamación pero antes de la resolución del CTBG, el asunto de la concesión de los aparcamientos

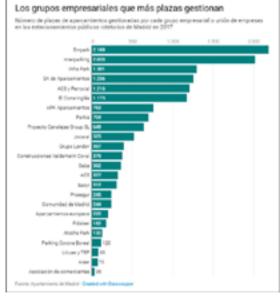
saltó a los medios de comunicación, aunque de la mano de un medio al que no pertenecía el solicitante de acceso. Los días 3¹ y 4 de agosto² de 2018, *elDiario.es* publicó un reportaje en dos entregas sobre "el negocio de los aparcamientos públicos", basado en una información facilitada por el Ayuntamiento a los periodistas Yuly Jara y Raúl Sánchez.

Bajo los títulos "El negocio de los aparcamientos públicos de Madrid: las empresas concesionarias pagan 160 euros al año por cada plaza" y "Multinacionales, constructoras y grandes fortunas: quién está detrás del negocio de los aparcamientos públicos madrileños", dos periodistas del medio analizaban las grandes empresas que, en aquel entonces, se hacían cargo de la explotación de un buen número de aparcamientos públicos municipales, del canon que se satisfacía por plaza, los plazos de vigencia de cada concesión y otros datos de gran interés sobre la explotación de estas infraestructuras municipales.

Aparte del interés de la investigación periodística, el trabajo es un espléndido ejemplo de reutilización de la información pública y del valor social y económico que aportan los datos públicos, cuando se ponen a disposición "en abierto" a cualquiera que quiera explotarlos. A lo largo de este relato, utilizaremos las visualizaciones elaboradas por *elDiario.es* en estos dos trabajos.

Algunas de las cuestiones interesantes que esta publicación pone encima de la mesa es que la inmensa mayoría de los aparcamientos municipales fueron construidos mediante contratos de concesión de obra y servicio o de obra pública, y, por ello, la gestión es asumida por la empresa concesionaria durante un plazo que se puede alargar hasta los 75 años. Desde





<sup>1</sup> https://www.eldiario.es/madrid/negocio-aparcamientos-gestion-madrid-empresas\_1\_2021723.html

<sup>2</sup> https://www.eldiario.es/madrid/multinacionales-constructoras-gestionan-aparcamientos-madrilenos\_1\_2018889.html

el Ayuntamiento, se alude, reconocen que muchas de esas obras que se hicieron hace tres décadas, ya están amortizadas.

Cuentan estos artículos que en el caso del aparcamiento de República Dominicana, por ejemplo, el contrato para la construcción y concesión del estacionamiento se firmó en 1993, hace más de 20 años. Un contrato que se extenderá durante medio siglo más, hasta 2070, según las condiciones en las que se adjudicó la concesión. Durante ese periodo seguirán pagando poco más de 8 euros por plaza. Un precio que solo se actualizará con el IPC. Según relatan los periodistas, teniendo en cuenta el precio fijado en 2017, los clientes pagaban por dejar su coche durante una hora, 2,16 euros según la cantidad fijada por el Ayuntamiento. Con esas cifras, el mismo aparcamiento de República Dominicana, el más barato, habría ingresado 1.900 euros si todas las plazas estuvieran ocupadas (892) durante esa hora. Con el dinero obtenido de esos sesenta minutos ya habría pagado un 25% del canon que tiene que satisfacer al Ayuntamiento (7.629 euros). Frente a este análisis, en general los concesionarios responden en el mismo artículo que, además del pago del canon por plaza que corresponda, deben incluirse más variables: "Hay que pagar al personal, hacer el mantenimiento de las máquinas, cambiar las máquinas y repintar", enumeran.

En el trabajo periodístico hay numerosos análisis y datos de interés, algunos de ellos, llamativos. Por ejemplo, se revela que "entre todos estos aparcamientos hay uno de ellos que difiere del resto: el de la Plaza de Las Descalzas, a pocos minutos de la Puerta del Sol y paralelo a la calle Preciados. No es precisamente por no conseguir sacarle partido al negocio; al contrario. Desde la firma del contrato en 1962 y su construcción cuatro años después, la empresa no habría pagado nada al Ayuntamiento por él y todos los ingresos habrían ido directamente a manos privadas. Esta gratuidad se debe a que el consistorio y la empresa acordaron la construcción y la explotación del lugar durante 50 años sin "fijación de canon alguno a favor del Ayuntamiento". Así consta en la respuesta obtenida por transparencia y en el informe de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid".



## La reclamación de los concesionarios ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: los "alegatos" de las partes

Como anticipamos, SABA APARCAMIENTOS S.A. y ACVIL APARCAMIENTOS S.L., presentaron reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de las que dio traslado al Ayuntamiento de Madrid para efectuar alegaciones y que, en síntesis, se resumen en lo siguiente:

#### a) Respecto del carácter de información pública de los datos solicitados.

Los concesionarios afirman en varias ocasiones que los datos de la recaudación anual de los aparcamientos gestionados en régimen de concesión "no son públicos", sino "datos económicos de una empresa privada". Resulta curiosa esta alegación y que al tiempo no se plantee el mismo argumento con respecto al resto de los datos que se solicitan: la afluencia de vehículos o la tasa de ocupación. El Ayuntamiento reitera aquí lo que ya dijo al resolver la solicitud: que el estacionamiento es un servicio público local, que se corresponde con la competencia propia de los municipios en materia de "estacionamiento de vehículos y movilidad", y que partiendo de esa base, resulta indudable que la recaudación obtenida por la gestión de los aparcamientos es un dato esencial de la prestación de este servicio municipal -cualquiera que sea la forma de gestión-, lo que conduce a afirmar que se trata de información pública en el sentido de la LTAIBG. A estos efectos, el Ayuntamiento alega que la modalidad de gestión, directa o indirecta, no puede hacer mejor o peor el derecho de acceso, dado que es factor neutral que ningún impacto o influencia puede tener sobre aquel. La conclusión que se deduce es que el Ayuntamiento está

obligado a facilitar al ciudadano la información sobre la recaudación de los aparcamientos municipales y para ello, las empresas reclamantes, en tanto que concesionarias de aparcamientos municipales, están obligadas, a su vez, a suministrar al Ayuntamiento los datos que este debe facilitar al solicitante.

Es importante destacar que no se pide ninguna información relativa a la "vida social privada" de la empresa o a sus relaciones con otros sujetos que no sea el Ayuntamiento. La solicitud –el requerimiento y la posterior resolución-solo se limitan a la explotación de un bien público municipal por parte de una empresa privada. Nada más.

#### b) En relación a la obligación de suministrar la información.

Los reclamantes alegaban lo siguiente:

• Que los contratos de concesión no obligan a las empresas a suministrar información sobre la recaudación anual.

Las empresas invocan los artículos 4 de la LTAIBG y 3.2 de la OTCM, de los que concluyen que no están obligadas a proporcionar la información requerida porque no está previsto en el contrato de concesión del aparcamiento municipal que gestiona. Se refieren concretamente a que ambos artículos establecen que la obligación de suministrar información se extiende a los adjudicatarios de contratos del sector público "en los términos previstos en el respectivo contrato". El Ayuntamiento no entra a valorar si, en efecto, las cláusulas del contrato prevén la obligación de facilitar la información requerida, debido a que dicho extremo resulta irrelevante. La obligación deriva directamente de la ley, abstracción hecha de lo que prevea la documentación contractual, y cita para ello las resoluciones del CTBG 193/2016, de 27 de diciembre y 377/2016, de 15 de noviembre.

En ambas, el Consejo manifiesta que: "a pesar de la ausencia de una cláusula específica en el contrato que desarrolle la obligación de transparencia de los adjudicatarios de contratos respecto de las solicitudes de información que reciban los organismos públicos con los que hayan formalizado un contrato, no es menos cierto que la intencionalidad de la Ley es permitir que se pueda acceder a información relativa o que afecte a las entidades y organismos incluidos en su ámbito de aplicación generada u obtenida en ejecución de contratos que hayan firmado. Y ello, previo requerimiento a los prestatarios de dicha información".



A esta misma conclusión se llega si se analiza la redacción del artículo 4 citado. que distingue entre los concesionarios y los demás contratistas. La disposición consta de dos frases, separadas por un punto y seguido. La primera, referida a los concesionarios (personas "que prestan servicios públicos"), que les obliga a suministrar a la Administración, previo requerimiento, "toda la información necesaria", sin añadir condición alguna relativa a los términos del contrato. Es la segunda Frase, referida a otros contratistas (distintos de los concesionarios, se entiende, porque alude a los adjudicatarios de los contratos públicos a los que "se extenderá" la obligación), la que indica que se proceda "en los términos previstos en el respectivo contrato".

 Que los ingresos de explotación nada tienen que ver con las obligaciones de transparencia del Ayuntamiento de Madrid.

Según las empresas, la información sobre sus ingresos de explotación es ajena a las obligaciones de transparencia que el Ayuntamiento de Madrid debe atender en su condición de entidad integrante de la Administración local. Esta afirmación del fundamento primero guarda estrecha relación con la que efectúa en el fundamento cuarto, al considerar que la entrega de los datos de recaudación anual no se justifica por la finalidad de la ley.

A juicio del Ayuntamiento, en cambio, la información sobre la ocupación y de recaudación de los aparcamientos municipales contribuye a conocer mejor el servicio público y, con ello, a la fiscalización de la actividad pública, el escrutinio de la actuación de los responsables públicos, el manejo de los fondos públicos (recaudación de los aparcamientos en régimen de gestión directa, percepción del canon en los de gestión indirecta) y los criterios de las instituciones; esto último, en la medida en que dichos criterios se plasman en decisiones acerca de las formas de gestión de los servicios públicos.

#### c) Concepto de información pública.

Las empresas reclamantes afirman que los datos de recaudación no son "información pública" a tenor de lo establecido por el artículo 13 de la LTAIBG porque, si el Ayuntamiento se los ha tenido que solicitar, obviamente ello se debe a que no "obran en su poder". Sin duda en este extremo, las reclamantes olvidan que en una interpretación sistemática del precepto hay que ponerlo en relación, entre otras disposiciones, con el artículo 4 de la ley estatal, que obliga a las personas que presten servicios públicos (y a otros adjudicatarios de contratos públicos) a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculados, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia por parte de aquella.

#### d) Derecho de acceso a la información y publicidad activa.

Las reclamantes señalan que la recaudación anual de los aparcamientos en régimen de concesión no está incluida dentro de la "información económica" que el artículo 8 de la LTAIBG obliga a hacer pública, a lo que el Ayuntamiento aduce que el hecho de que la recaudación de los aparcamientos municipales no deba ser objeto de publicidad activa es irrelevante a efectos de determinar si debe ser facilitado a un solicitante de información pública.

No existe ámbito material alguno sobre el que pueda recaer el derecho de acceso siempre que encaje en el concepto del artículo 13. Una cosa es la publicidad activa, sobre la que tampoco hay estrictamente una enumeración cerrada de materias, ya que toda información "relevante" para el control de la gestión pública sería "publicable", y otra el derecho de acceso a la información pública.

#### e) Aplicación de la causa de inadmisión relativa al carácter abusivo de la solicitud de información (artículo 18.1 e) de la LTAIBG).

Las empresas consideran que la solitud de información pública, en lo referido a los datos de recaudación, tiene carácter abusivo y, en consecuencia, se debería haber acordado su inadmisión sobre la base del artículo 18.1 e) de la LTAIBG. El Ayuntamiento alega que la solicitud se refiere a la prestación de un servicio público municipal y puede reconducirse a cualquiera de las finalidades de la ley estatal, si atendemos a su artículo 1 y su preámbulo, por lo que no cabe admitir esta causa de inadmisión.

#### f) Aplicación del límite al derecho de acceso previsto en el artículo 14.1 h) de la LTAIBG.

Frente a la alegación de las empresas de que el acceso a la información de recaudación puede perjudicar a "los intereses económicos y comerciales", entre otros bienes y derechos protegidos suyos, el Ayuntamiento manifiesta que el hecho de que se facilite al solicitante el dato de la recaudación bruta anual de los aparcamientos

municipales que gestionan los concesionarios, no puede ocasionar ningún perjuicio que reúna la condición de "daño concreto, definido y evaluable". Precisamente el hecho de que se solicite solo un dato y no la información económica "completa" de la empresa, abunda en la idea de que ese daño no se produce. Un daño que, por lo demás, las empresas mencionan pero no concretan.

Al tratarse de un dato esencial de un servicio público municipal, sí existe un evidente interés público que justifica el acceso, lo que decanta la ponderación de los intereses en juego en el sentido de facilitar la información solicitada.

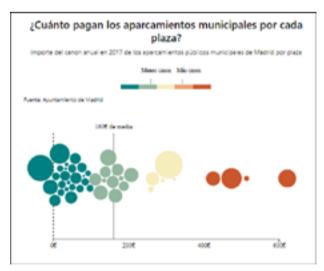
Es a raíz de esta fundamentación de la reclamación, donde el Ayuntamiento madrileño se extiende más en sus alegaciones, dado que una de las reclamantes hace reposar sus argumentos en la Directiva (UE) 2016/943, la Resolución 511/2016, de 28 de febrero de 2017 del CTBG, el artículo 133.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006 y la Comunicación 2005/C 325/07 de la Comisión Europea. Veamos brevemente esta argumentación:

 Definición del secreto comercial en la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016.

La reclamante se acoge al secreto comercial en varias ocasiones a lo largo del escrito de alegaciones. Los secretos comerciales han sido regulados por la Directiva (UE) 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

En su artículo 2, "definiciones", la Directiva define los secretos comerciales como la información que reúna todos los requisitos siguientes:

- d) Ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para éstas.
- e) Tener un valor comercial por su carácter secreto.
- f) Haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control".



Para aplicar el párrafo b), es decir, para determinar si la información a la que se pretende atribuir carácter secreto tiene "valor comercial", es preciso recurrir a los considerandos de la Directiva que lo asocian a términos como "conocimientos técnicos", "innovación" y "ventaja competitiva". En particular, para la delimitación del concepto El Ayuntamiento opina que es especialmente relevante el considerando 14 de la Directiva, que dice lo siguiente:

"Es importante formular una definición homogénea del término «secreto comercial», sin restringir el objeto de la protección contra la apropiación indebida. Dicha definición debe construirse pues de forma que incluya los conocimientos técnicos, la información empresarial y la información tecnológica, siempre que exista un interés legítimo por mantenerlos confidenciales y una expectativa legítima de que se preserve dicha confidencialidad. Además, dichos conocimientos técnicos o información deben tener valor comercial, ya sea real o potencial. Debe considerarse que esos conocimientos técnicos o información tienen valor comercial, por ejemplo, cuando sea probable que su obtención, utilización o revelación ilícitas puedan perjudicar los intereses de la persona que ejerce legítimamente su control, menoscabando su potencial científico y técnico, sus intereses empresariales o financieros, sus posiciones estratégicas o su capacidad para competir. Se excluye de la definición de secreto comercial la información de escasa importancia, así como la experiencia y las competencias adquiridas por los trabajadores durante el normal transcurso de su carrera profesional y la información que es de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión".

Aplicando este concepto al dato de la recaudación anual de un aparcamiento, se obtienen dos conclusiones:

1ª) Dicho dato no forma parte de los "conocimientos técnicos" ni de la "información tecnológica", de modo que solo podría tener cabida en la "información empresarial".

2ª) Por la naturaleza de esa información, no resulta probable que su revelación pueda perjudicar los intereses del concesionario que gestiona el aparcamiento, "menoscabando su potencial científico y técnico, sus intereses empresariales o financieros, sus posiciones estratégicas o su capacidad para competir".

La reclamante afirma lo contrario argumentado que sus competidores "al disponer de información concreta de otro competidor, pueden realizar variaciones de precio y de productos a tenor de la información recibida". Y que "igualmente pueden arbitrar precios más altos en los momentos de mayor demanda de aparcamientos públicos y cerrar sus instalaciones en los horarios de demanda contrastada, por los datos, como baja". En cambio, el Ayuntamiento no comparte que el conocimiento del puro dato de la recaudación anual de un aparcamiento –que es la "información concreta" de que se trata- pueda otorgar una ventaja a sus competidores, o influir en sus decisiones sobre precios, horarios y demás componentes de su oferta.

Por ello, el Ayuntamiento descarta que la información de la recaudación anual pueda tener "valor comercial" en el sentido del apartado b) del artículo 2 de la Directiva (UE) 2016/943, de modo que, sin necesidad de analizar si concurren los otros dos requisitos (recordemos que tienen que concurrir tres condiciones para que la información pueda considerarse secreto comercial), no cabe incardinar dicha información en la definición dada.

Resolución 511/2016, de 28 de febrero, del CTBG:

El Ayuntamiento aduce que el caso actual poco o nada tiene que ver con el analizado en la resolución citada. El objeto de la solicitud de acceso sobre la que recayó aquella resolución era "la contabilidad analítica desagregada por aeropuerto". El Consejo subraya "la especial naturaleza de la información que se solicita, dado que la contabilidad analítica analiza cómo se distribuyen los costes y los ingresos que genera una empresa". Acto seguido, afirma que "su conocimiento por posibles competidores a nivel global puede suponer un perjuicio para los intereses económicos de la entidad y, por ende, de sus accionistas". Esta es la razón por la que el Consejo desestima la reclamación y confirma la denegación de la información acordada por la Administración.

En este caso, sin embargo, lo solicitado es tan solo el dato de recaudación anual obtenida en la gestión de los aparcamientos. El solicitante de información no pretende acceder a la contabilidad analítica de las empresas que gestionan los aparcamientos mixtos y de rotación. Solo quiere saber la recaudación anual que obtienen por la prestación de dicho servicio público.

Artículo 133.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP):

El párrafo primero del artículo 133.1 de la LCSP establece que "los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta". El carácter confidencial "afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores".

De acuerdo con este tenor, y dada su ubicación sistemática dentro de las disposiciones aplicables a la adjudicación de los contratos, el Ayuntamiento manifiesta que la confidencialidad se refiere a la documentación presentada por la empresa en el seno del procedimiento de adjudicación del contrato, no a la información elaborada por la empresa posteriormente durante la ejecución de dicho contrato, que es el caso de los datos de recaudación anual de un aparcamiento.



Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006:

En cuanto a este auto, que señala que "los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo", de nuevo el Ayuntamiento se remite a las argumentaciones ya dadas, de las que se infiere que la información sobre la recaudación anual no entra en la categoría de los "secretos comerciales".

Comunicación de la Comisión 2005/C 325/07:

Se trata de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo.

Como es sabido, las comunicaciones no forman parte del sistema de fuentes del Derecho Comunitario y su valor es meramente interpretativo. A ello se une el hecho de que esta comunicación se refiere al acceso a los expedientes tramitados por la Comisión Europea, lo que obviamente no es el caso del expediente que nos ocupa. Aun así, por su carácter orientativo puede resultar útil analizar su contenido.

El apartado 18 de la comunicación, que no deja de tener únicamente efecto interpretativo como hemos dicho, se refiere a los "secretos comerciales" en estos términos:

"Cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial, cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas".

Según destaca el Ayuntamiento, es evidente que el dato de la recaudación anual de los aparcamientos no guarda relación alguna con los conocimientos técnicos de la empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, la estrategia comercial, los ficheros de clientes y distribuidores, la estructura de costes y precios o la estrategia de ventas. La única información mencionada por la comunicación que se podría considerar relacionada con dicho dato sería la referida a "las cantidades producidas y vendidas", pero esto solo es un "ejemplo", entre otros, de lo que puede considerarse secreto comercial. Lo determinante para esta calificación es que "la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave", cuestión esta que no comparte el Ayuntamiento.

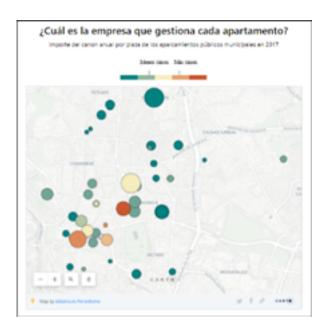
Tras estas alegaciones el Ayuntamiento vuelve a insistir en la necesidad de efectuar una ponderación motivada y proporcionada, de donde se deduce que los perjuicios alegados son más que hipotéticos, mientras que el interés público que justifica el acceso sí es claro y evidente.



#### Las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El CTBG resolvió las reclamaciones planteadas con sus resoluciones RT 167/2018 y RT 168/2018, ambas del 10 de octubre. Las dos resoluciones son desestimatorias y confirman la resolución municipal, esto es, el derecho del solicitante a obtener la información que en su día pidió.

Las resoluciones del Consejo abordan las cinco cuestiones que ya se han expuesto en este capítulo: el carácter de información pública de los datos solicitados; el alcance de la obligación de los concesionarios de facilitar información; la interpretación de la causa de inadmisión relativa a las solicitudes abusivas y del límite relativo a los intereses económicos y comerciales; y la relación entre el derecho de acceso a la información pública y publicidad activa.



Estas son las principales conclusiones del Consejo:

La información relativa a la ocupación y afluencia, así como recaudación derivada de la gestión de dicho servicio público, se configura como información pública de acuerdo con el artículo 13 de la LTAIBG. El carácter de información pública deriva precisamente de la prestación de un servicio público de titularidad municipal. Este extremo es expresamente reconocido por la ahora reclamante respecto a los datos de afluencia al afirmar: "[...] sí puede entenderse que los datos de afluencia de vehículos (que se proporcionan al Ayuntamiento con regularidad, y por ello este ha podido ofrecérselos al solicitante) sí pueden considerarse ligados a la prestación del servicio público". Sin embargo, prosigue "[...] no alcanza a ver esta parte, ni tampoco se ha justificado por el Ayuntamiento de Madrid, en qué medida sus ingresos de explotación pueden servir al cumplimiento de las obligaciones que le atañen como concedente, que no son otras que las necesarias 'para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública'."

Y es que, como así reconocen las reclamantes, dichos ingresos proceden de la gestión de un servicio público, aun cuando dicho servicio se preste indirectamente por el Ayuntamiento de Madrid. Dado que el objeto de la solicitud viene referido a una materia de competencia municipal, esta información puede entenderse comprendida en el ámbito de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, tendente a reforzar la transparencia de la actividad pública. La modalidad de gestión del servicio no puede ser un impedimento al ejercicio de dicho derecho ni determina la naturaleza de la información solicitada.

Las empresas reclamantes son sociedades titulares de concesiones administrativas para la explotación de aparcamientos de titularidad municipal. Consecuentemente, son las encargadas de la gestión de dicho servicio público, y por tanto, se encontrarían sometidas a lo dispuesto en el artículo 4 de la LTAIBG. Por su parte, las reclamantes parecen condicionar la obligación de suministrar información a los términos del contrato suscrito con la Administración. Así, indican expresamente que el contrato concesional no contempla ninguna obligación de suministrar información al Ayuntamiento. El CTBG, no obstante, descarta estos argumentos ratificando las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento: los concesionarios tienen la obligación de atender

el requerimiento con independencia de lo que prevea la documentación contractual (el pliego y el contrato de la concesión), es decir, tanto si recoge dicha obligación como si no.

De ser como las reclamantes invocan, los documentos concesionales o contractuales podrían condicionar el cumplimiento de la LTAIBG, y por tanto, el ejercicio del derecho de acceso reconocido a terceros quedaría sometido a la voluntad de las partes firmantes del contrato. De este modo, la ausencia de previsión específica no puede entenderse como una exoneración del cumplimiento de lo previsto en la ley. Más aún, si se tiene en cuenta que los contratos de concesión ahora considerados son previos a la entrada en vigor de la LTAIBG. Sostener lo contrario sería tanto como afirmar que cualquier obligación establecida, mediante norma posterior a la fecha de formalización de un contrato, resultaría inaplicable a las partes por no contemplarse entre las obligaciones recogidas en él.

- Con respecto al pretendido carácter abusivo de la solicitud alegado por las reclamantes, el CTBG aplica el
  criterio interpretativo sobre esta causa de inadmisión ya citado en este trabajo, y descarta su aplicación
  dado que la información sobre la recaudación obtenida en la gestión del servicio público de estacionamiento
  contribuye a la finalidad de someter a escrutinio la acción de los responsables públicos.
- Las empresas tampoco logran especificar en qué consiste el daño a sus intereses económicos y comerciales, escudándose en ventajas genéricas derivadas para otras empresas competidoras no titulares de concesiones, que no se encontrarían sometidas a dicha obligación. A juicio del Consejo y al objeto de preservar el espíritu y letra de la LTAIBG, tal y como ha sido interpretada jurisprudencialmente, en el sentido de que el derecho de acceso es de configuración amplia y escasos límites, para aplicar el límite invocado debe probarse el daño concreto, lo que no se ha realizado correctamente. Adicionalmente, no es posible pasar por alto que el objeto de la solicitud se limita a los ingresos de las mercantiles, derivados de la prestación de un servicio público. Este último aspecto es el que determina la existencia de un interés público en el conocimiento de dicha información.
- Finalmente, es irrelevante que la recaudación de los aparcamientos no forme parte de la información, que el Ayuntamiento debe "colgar" en su portal de transparencia o web, para cumplir las obligaciones de publicidad activa. Ni el ejercicio del derecho de acceso queda limitado a la información que haya sido publicada previamente, ni tampoco la obligación de suministro a la que hace referencia el artículo 4 de la LTAIBG. Este último artículo se refiere a toda la información "necesaria" para dar cumplimiento a las obligaciones de la ley, por lo que el CTBG no comparte el razonamiento efectuado por las contratistas cuando afirman que no existiría obligación de suministrar los datos de recaudación, al no quedar estos comprendidos entre la información económica, presupuestaria y estadística, objeto de publicidad, de acuerdo con el artículo 8 de la LTAIBG.

Como todo parecía indicar, las resoluciones del Consejo fueron recurridas en vía contencioso-administrativa por los concesionarios que habían presentado las reclamaciones, coincidiendo de alguna manera con los recursos que se habían interpuesto por otros dos concesionarios sin acudir previamente al CTBG.



# 5

### El debate en sede judicial

Analizamos brevemente los litigios de los que a esta fecha tenemos conocimiento que se han ido sustanciando sobre el asunto debatido. El recurso presentado por INDIGO INFRA ESPAÑA, S.A. fue resuelto por la sentencia núm. 56/2019, de 20 de febrero de 2019, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid, que desestima el recurso y confirma la resolución municipal, basándose en dos argumentos. En primer lugar, los datos solicitados deben considerarse información pública, ya que nos encontramos ante un servicio público local (estacionamiento de vehículos y movilidad), que en este caso se presta de forma indirecta, mediante un contrato concesional. No aprecia el juzgado infracción del procedimiento, ni omisión del trámite de alegaciones previsto en el artículo 19.3 de la LTAIBG, ni vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia.

En segundo término, el juzgado rechaza la alegación referida al carácter secreto de la información por su valor comercial, al no haberse acreditado el posible daño que acarrearía el suministro de la información y, en segundo término, porque la solicitud recae sobre los ingresos derivados de la prestación de un servicio público. Esto es lo que evidencia la existencia de un interés público en el conocimiento de dicha información, que se sitúa sin duda por encima de los posibles intereses privados hechos valer por la demandante.

La sentencia no es firme al haberse interpuesto un recurso de apelación todavía no resuelto.

El 4 de octubre de 2019 se dicta la sentencia núm. 105/2019 por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 9, por la que se resuelve el recurso interpuesto por ACVIL APARCAMIENTOS S.L., una de las concesionarias que había acudido previamente al CTBG (SABA APARCAMIENTOS S.A. también recurrió la resolución del CTBG, desestimándose por sentencia 25/2020, de 10 de marzo, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Madrid, sentencia que ya es firme). El fallo desestima el recurso al confirmar los argumentos ya conocidos: se trata de información pública y la obligación de suministro deriva directamente de la ley, y no de lo dispuesto en los pliegos contractuales.

Los límites de acceso a la información pública deben interpretarse de una manera restrictiva y en este sentido se viene pronunciando el Tribunal Supremo (sentencia de 16 de octubre de 2017 recaída en el recurso de casación núm. 75/2017), que habla de que no pueden aceptarse limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. En el presente supuesto, lo que se solicita son los datos de recaudación, esto es, los ingresos de la actora derivados de la prestación del servicio público, que no se corresponde con el beneficio real obtenido. Los datos de recaudación en bruto no tienen la consideración, ni de conocimiento técnico, ni información tecnológica de cara a integrar el concepto de secreto comercial, y por lo que se refiere a la información empresarial, sí podría tener encaje en este concepto, pero de una manera al final forzada, porque no se le está pidiendo que revele su forma de proceder en el mercado, su estructura de costes o análisis que realice sobre el sector en el que opera. La recurrente se limita a hablar de perjuicios posibles, que no reales, que el acceso a la información podría causar, pero tendría que concretarlos y no hablar de hipótesis.

Esta sentencia es firme al no haberla recurrido ACVIL APARCAMIENTOS S.L.

La última sentencia dictada hasta la fecha sobre este conflicto es la Sentencia núm. 52/2020, de 18 de febrero, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 25 de Madrid, en el recurso presentado por INTERPARKING HISPANIA, S.A. El fallo es, igualmente, desestimatorio sobre la base de los fundamentos que ya se han reiterado y conocemos. La sentencia es firme.





## La repercusión sobre la gestión municipal

El impacto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública siempre es importante, al menos para quien lo solicita, pero lo es aún mayor cuando lo que se pide es información de relevancia social, y se reutiliza en los medios de comunicación a través de la publicación de buenos trabajos de investigación y periodismo de datos. La información manejada por elDiario.es y contrastada por el Ayuntamiento a través de una nueva solicitud de acceso a la información, da cuenta de que en el año 2018 pasó a gestión directa municipal el aparcamiento de Plaza Mayor, y en el año 2019, los aparcamientos de Fuencarral y Olavide. Además, el Ayuntamiento ha pasado a recabar información periódica sobre la recaudación y ocupación de la mayoría de los aparcamientos

municipales rotacionales. Parece claro que los mayores recursos que puede obtener la Administración a través de la explotación directa de estas infraestructuras podrían revertir en futuras inversiones en esa u otras políticas públicas.

Según la información periodística de 2018, fuentes del Ayuntamiento de Madrid señalaban que "la política municipal es que todo pase a gestión directa" y así "adaptarla a las necesidades de la ciudad como sacar más plazas para los residentes". Como resultado de la gestión de lo público, cuentan que en 2017 el Ayuntamiento ingresó cinco veces más (11 millones de euros) por los trece aparcamientos gestionados de forma directa³, que de los 44 públicos gestionados de manera privada. Las empresas que los explotaron solo aportaron al consistorio dos millones de euros en canon.

Como resulta obvio, estas decisiones dependen en buena medida de la política de gestión de este servicio público en cada momento y mandato, dependiendo de múltiples circunstancias, pero es decisiva la opción que se tome a la finalización de cada concesión, con el fin de comprometer o no, el modelo de gestión durante largas décadas sin opción al rescate del servicio dado el alto coste de hacerlo.



Como manifestaba al medio una de las concesionarias: "el [aparcamiento] de Plaza Mayor (por el que pagaban 18.259 euros de canon) era de 60 años y ahora la tendencia es dar concesiones a menos años; luego depende del Ayuntamiento si quieren asumir ellos la gestión o sacarlos a concurso". Según también elDiario.es, finalizar los contratos antes de tiempo es una opción no contemplada por el Ayuntamiento: "rescindir contratos es un proceso muy complicado que no sale gratis, y que suele acabar en los juzgados con la empresa pidiendo una indemnización".

<sup>3</sup> En marzo de 2020, el Ayuntamiento informaba de 22 aparcamientos municipales gestionados de forma directa a través de la EMT, en diferentes modalidades: rotacional, residencial, mixto y disuasorio.

Jefa del Área de Leaislación y Asuntos Jurídicos. Oficina Antifraude de Cataluña

## De cómo la forma en que se decida prestar los servicios públicos no debería perjudicar a la transparencia





#### Introducción

En los últimos tiempos nos hemos acostumbrado a que los medios de comunicación nos ofrezcan información bastante detallada sobre resoluciones administrativas y judiciales, incluso a menudo podemos acceder directamente a estas resoluciones a partir de la correspondiente noticia de prensa. Esto parece indicativo del interés creciente de un considerable sector de la población por asuntos que constituyen las materias de trabajo diario de los juristas, interés creciente que, entre otros, ha de constituir sin duda un acicate y un medio para impulsar la mejora de la gestión de los asuntos públicos.

En el concreto ámbito que ahora nos ocupa, el de la transparencia, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los organismos u órganos autonómicos de garantía de la transparencia aparecen a menudo como actores principales en investigaciones periodísticas con una marcada base jurídica, pero que, sin duda, también sirven a la imprescindible tarea de divulgación de las previsiones de la normativa sobre transparencia<sup>1</sup>.

En este artículo nos vamos a referir a una investigación periodística en Cataluña que concluyó específicamente en decisiones de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP), creada por la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIPBG-CAT), y en toda otra serie de actuaciones y decisiones que configuran una historia jurídica en que se mezclan, entre otros, alegaciones de deficiencias de publicidad activa, un procedimiento de acceso a la información pública, un detallado análisis relativo a la protección de datos personales, una oposición al acceso a la información por parte de terceras personas interesadas, unas medidas cautelarísimas acordadas en sede judicial no ratificadas posteriormente, y una interesante sentencia judicial.

Como quizás se ha podido intuir, al margen de los solicitantes de información pública y de la entidad pública a la que se solicitó la información, los actores principales de nuestra historia son la GAIP, la Autoridad Catalana de Protección de Datos y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Aunque este artículo no tiene una finalidad estrictamente jurídica, a los juristas nos permitirá, entre otros, hacer un repaso de algunas cuestiones relativas al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre transparencia<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> En una de las noticias publicadas en relación con el asunto que ahora nos ocupa se explicaban, por ejemplo, y en unos términos relativamente comprensibles para cualquier persona, dos cuestiones jurídicas de transcendencia: qué implicaba hablar de publicidad activa y en qué consistía el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Se explicaba que publicidad activa y derecho de acceso son cosas diferentes, que cuando se habla de publicidad activa se hace referencia a información que debe ser publicada directamente por un organismo, mientras que cuando se habla de derecho de acceso se hace referencia a información que se debe facilitar a solicitud de una persona.

<sup>2</sup> La Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG) determina de manera muy amplia su ámbito subjetivo de aplicación en el artículo 2, al cual habrá que sumar las previsiones sobre "otros sujetos obligados" del artículo 3 y las previsiones del artículo 4 sobre la "obligación de suministrar información".

Por otra parte, hablaremos de los diferentes entes del sector público a los que se aplica la normativa sobre transparencia, y de las diferentes obligaciones que pueden corresponder a cada uno de aquellos entes; a los efectos que se analizará posteriormente habrá que constatar que el

y al procedimiento de acceso a la información pública; y también volver a constatar la importancia de la doctrina que se vaya derivando de la intervención en estos asuntos de los órganos que velan por el cumplimiento y las garantías del derecho de acceso a la información pública, y de la que pueda ir estableciendo la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyas decisiones en materia de medidas cautelares también se presentan como absolutamente relevantes en materia de acceso a la información pública.

En cuanto a otras personas que quieran dedicar parte de su tiempo a leer este artículo, se pretende esencialmente incidir en esa tarea divulgativa que, como se ha dicho, también vienen desarrollando los medios de comunicación que, con sus investigaciones y las correspondientes noticias en los medios, están ayudando en la implantación de la nueva cultura sobre transparencia, que se ha impulsado recientemente a partir del nuevo cuerpo normativo sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

# 2

# Breve referencia al asunto e impacto en los medios

Sin más preámbulos, hacemos una breve referencia al concreto asunto al que nos referiremos de manera más detallada a continuación. Para mantener el interés del lector sobre determinadas cuestiones que, además, pueden ser complejas y conviene analizar con más calma, se omite información sobre el inicio y el fin de la historia.

Nos situamos en el verano del año 2016, cuando se celebró en la prensa que, a partir de una resolución de la GAIP dictada el 7 de julio de aquel año³, Transportes Metropolitanos de Barcelona (TMB en adelante), la empresa pública de transportes de Barcelona, debía facilitar determinada información y, específicamente (quizás esto era lo más transcendente), información relativa a la identidad y remuneración de sus directivos⁴.

La Resolución de la GAIP ponía el colofón en aquel momento a un laborioso trabajo anterior de un medio de comunicación, y constituía el punto de partida de un litigio que acabaría con una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

A todo ello se hará referencia en los siguientes apartados de este capítulo. En todo caso y dado que la aproximación a los diferentes procedimientos administrativos y judiciales puede no resultar demasiado sencilla, se avanza que se hará referencia a los siguientes actos y procedimientos:

concepto de "administraciones públicas" puede tener un alcance diferente en las diferentes leyes (el concepto se delimita en general en cada norma a los efectos de aquella ley). Advertimos, por ejemplo, que la definición de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas o de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, no coincide exactamente con la de la normativa sobre transparencia; la LTAIBG determina qué es administración pública a los efectos de esta ley en el artículo 2.2.

<sup>3</sup> Resolución disponible en la página web de la GAIP. Incluimos el enlace que, en la fecha en que se redacta este artículo, permite acceder a dicha resolución en su traducción al castellano. Este mismo enlace también permite acceder a las diversas resoluciones judiciales a que se hará referencia con posterioridad. Se incluye también el enlace a la resolución original, en catalán: http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2016-019 http://www.gaip.cat/ca/detall/normativa/2016-019

<sup>4</sup> Entre otros, se pueden consultar artículos sobre la decisión de la GAIP y sobre hechos posteriores a partir de los siguientes enlaces: https://www.eldiario.es/catalunya/barcelona/TMB-identidad-directivos-Catalunya-Plural\_0\_535097006.html https://www.eldiario.es/catalunya/barcelona/web-transparencia-TMB-incumple-Transparencia\_0\_537547043.html https://www.eldiario.es/catalunya/politica/centenar-directivos-TMB-empresa-Transparencia\_0\_565193866.html https://www.eldiario.es/catalunya/barcelona/TSJC-transparencia-TMB-directivos-superiores\_0\_577792525.html https://www.eldiario.es/catalunya/barcelona/sueldazos-Barcelona-directivos-reparten-millones\_0\_881652467.html https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Justicia-eldiarioes-directivos-Metro-Barcelona\_0\_998100521.html

- Una solicitud de acceso a la información pública presentada por Catalunya Plural<sup>5</sup>.
- La respuesta a esta solicitud, de la empresa pública TMB.
- Una reclamación contra esta respuesta, reclamación dirigida al órgano de garantía de la transparencia competente en este caso, la GAIP, órgano a que ya se ha hecho referencia con anterioridad.
- El procedimiento tramitado por la GAIP, en el cual emitió informe la autoridad que vela por la protección de datos en Cataluña, la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) y en el que se dictó resolución estimatoria de las pretensiones de la reclamante.
- La interposición de recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la GAIP por parte de terceras personas interesadas. En este recurso se dictaron diversas resoluciones de interés en la pieza separada de medidas cautelares, y también sentencia en fecha 12 de febrero de 2020.

Se advierte al lector de que la información que se maneja en este artículo proviene de las noticias publicadas en los medios de comunicación y también del análisis de resoluciones administrativas y judiciales, a las que se puede acceder a partir de la página web de la GAIP y también del buscador de jurisprudencia de la página web del Poder Judicial<sup>6</sup>.

En cuanto a las cuestiones de carácter más jurídico, nuestras referencias principales van a ser a la LTAIPBG-CAT. No obstante, se intentará facilitar también la referencia correspondiente de la LTAIBG. Habrá que tener en cuenta que algunas de las previsiones recogidas en la normativa catalana sobre transparencia a que haremos referencia, las podríamos encontrar, no en la normativa estatal sobre transparencia, sino en la normativa estatal sobre función pública u otra normativa estatal sectorial.



# Los antecedentes. El procedimiento tramitado por la GAIP: el informe de la APDCAT y la resolución del procedimiento

3.1

Como se ha anunciado, en este artículo se va a hacer referencia a una investigación periodística que arrancó a principios del año 2016, sobre diversas cuestiones relativas a tres empresas públicas locales, TMB, Ferrocarril

<sup>5</sup> El procedimiento a que se hará especial referencia en este artículo, lo promovió la Fundación Catalunya Plural; se puede encontrar información sobre esta entidad en su página web: https://catalunyaplural.cat/es/

Aunque en este artículo nos centraremos en la investigación periodística llevada a cabo por la entidad citada, hay que señalar que la solicitud y el procedimiento a que nos referiremos de manera principal coincidió en el tiempo con la presentada por otro medio de comunicación, LA VANGUARDIA, también resuelta en vía administrativa por TMB. La resolución sobre esta solicitud también fue objeto de reclamación ante la GAIP; se trata de la reclamación 266/2016, que resolvió la GAIP mediante Resolución de 10 de enero de 2017. Se hará una breve referencia a este otro asunto con posterioridad.

<sup>6 &</sup>lt;a href="http://www.gaip.cat/ca/inici">https://www.gaip.cat/ca/inici</a>
https://www.poderjudicial.es/capi/es/Poder\_Judicial

Metropolitano de Barcelona SA (FMB) y Transportes de Barcelona SA (TB), todas ellas de titularidad, directa o indirecta, del Área Metropolitana de Barcelona (AMB)<sup>7</sup>.

En concreto, durante el mes de febrero de aquel año la solicitante se dirigió a TMB, FMB y TB para pedir, en relación con cada una de las empresas citadas, la información siguiente:

- Plantilla, relación de puestos de trabajo y régimen retributivo de cada uno de los puestos de trabajo de la empresa; también la plantilla y relación de contratos temporales y de interinidades no vinculados a ningún puesto de trabajo de la relación de puestos de trabajo, todo ello a partir del 1 de enero de 2007.
- Adicionalmente, acceso en formato electrónico al nombre y a los apellidos de las personas que ocupaban los puestos de trabajo de la sociedad, incluida la relación de altas y bajas, a partir de la fecha citada.

El 18 de marzo de 2016 la directora del Área de Administración y Finanzas de TMB emitió una única respuesta en relación con las solicitudes citadas. Se justificó esta respuesta conjunta alegando que FMB y TB prestan servicios de transporte de viajeros de manera coordinada (hecho que se plasma empresarialmente, compartiendo estructuras corporativas y de gestión) bajo la denominación TMB.

Como recoge textualmente la Resolución de la GAIP, a que después se hará referencia, se dieron determinadas explicaciones y se vino a remitir la obtención de la información solicitada, de manera genérica, a diversas fuentes, concretamente al Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña y al portal de transparencia de TMB (se traduce al castellano del original en catalán):

"Finalmente, no facilita los datos que se pedían en la solicitud, pero tampoco los deniega expresamente, sino que, sin decirlo explícitamente, remite la obtención de la información solicitada a las fuentes siquientes:

- Por un lado, al Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña (DOGC), genéricamente (es decir, sin indicar ningún número o fecha determinados), donde han sido publicados los convenios de TB y de FMB. Sin que se indique en este escrito, los convenios citados también se pueden consultar fácilmente en la web indicada seguidamente.
- Por otro, al Portal de Transparencia de TMB, "en el que estamos trabajando para mejorar aún más la información", donde se puede encontrar un documento denominado "Política y práctica de retribución en TMB" (<a href="http://www.tmb.cat/portal-transparencia">http://www.tmb.cat/portal-transparencia</a>). Este documento incluye unas tablas, diferenciadas para TB y para FMB, que indican, agrupadas por categorías (caso del personal de FMB), por grupos profesionales (caso del personal de FMB) o por niveles salariales y puestos de trabajo (caso del personal de TB), las retribuciones máxima y mínima de cada categoría, grupo, nivel o puesto, sumando el sueldo fijo y los complementos. La información no es individualizada, sino por bloques y la diferencia entre los máximos y mínimos indicados puede oscilar entre poco más del 10 por ciento en algunos casos y más del 50 por ciento en otros."

La solicitante entendió que no se había dado respuesta satisfactoria a su solicitud e interpuso reclamación ante la GAIP, de acuerdo con las previsiones de la LTAIPBG-CAT<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Determinar la estructura de este tipo de entidades puede no resultar sencillo: a manera de introducción se indica, siguiendo la información que consta en la página web del AMB, que TMB es la denominación común de las empresas FMB y TB que gestionan, respectivamente, las redes de metro y de autobús por cuenta del Área Metropolitana de Barcelona, que es la titular del 100% de las acciones de ambas sociedades. FMB y TB prestan sus servicios de transporte de viajeros de manera totalmente coordinada bajo la denominación de TMB; esta coordinación se plasma empresarialmente compartiendo estructuras corporativas y de gestión.

https://www.tmb.cat/documents/20182/89788/Marc+societari+TMB\_CA+%28oct-18%29/b7c751f6-4546-480a-b52e-cca97afcd249

En la Resolución de la GAIP a que se ha hecho referencia se resumía, quizás de manera más sencilla, esta cuestión, y se indicaba que la reclamación se había presentado contra tres empresas públicas (TMB, TB y FMB) que eran de titularidad (100%) de una administración local de Cataluña (el Área Metropolitana de Barcelona, AMB).

<sup>8</sup> Artículos 39 y 72, entre otros; en cuanto a la LTAIBG y la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, específicamente artículo 24

Hay que señalar especialmente que en el curso de la tramitación procedimental la reclamante desistió parcialmente de su solicitud y la limitó en algunos puntos a los datos relativos al personal fuera de convenio.

3.2

La tramitación de las reclamaciones ante la GAIP viene regulada por la ley a que se acaba de hacer referencia y también por el Decreto 111/2017, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la GAIP.

Antes de abordar más pormenorizadamente el pronunciamiento de la GAIP en la reclamación citada, convendría hacer referencia a un trámite del concreto procedimiento que ahora nos ocupa, la solicitud de informe a la APDCAT. El informe se solicitó de acuerdo con las previsiones del artículo 42.8 de la LTAIPBG-CAT, y específicamente en relación con parte de la información solicitada, dado que una de las cuestiones que se planteaban era que la comunicación de información sobre la persona que ocupa cada puesto de trabajo juntamente con la información sobre la retribución íntegra de cada puesto podría vulnerar la normativa de protección de datos de carácter personal.

La APDCAT emitió informe en fecha 23 de mayo de 2016 (reclamación 19/2016, referencia: IAI 9/2016)9.

El informe emitido se presenta como muy relevante, ya que las conclusiones de la APDCAT sobre este caso concreto permiten hacer una reflexión general sobre la afectación o no al derecho a la protección de datos personales a partir del acceso a información de muy diverso tipo, referida, específicamente, a la estructura y organización de los entes del sector público. Por otra parte, su línea argumentativa nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de afectaciones indirectas a datos personales a partir de información que en principio podría parecer inocua. Finalmente, la APDCAT formuló una consideración de absoluta transcendencia: quien trabaja en el sector público en determinados puestos de responsabilidad, verá proyectada una exigencia de mayor transparencia sobre la información asociada a su puesto de trabajo.

Analicemos con más detalle el informe.

El informe partía del hecho de que, aunque la solicitud no se refería a datos especialmente protegidos (ya que se trataba de datos identificativos, datos relativos al puesto de trabajo y datos sobre la retribución (ntegra), sí afectaba a información de carácter personal. La APDCAT valoró, pues, si el derecho a la protección de datos de las terceras personas afectadas justificaba la limitación o no del derecho de acceso a la información pública. La cuestión que se planteaba como más problemática era la relativa al acceso a las retribuciones íntegras de los diferentes puestos de trabajo, ya que no se trata de una información meramente "numérica", sino que, de hecho, permitiría elaborar un perfil económico de la persona que ocupa el puesto.

En este contexto, del informe se pueden extraer determinadas consideraciones sobre las posibles afectaciones a cada una de las categorías de datos personales que, como se señalaba con anterioridad, posiblemente se podrían extrapolar del caso concreto y aplicar en general:

<sup>9</sup> Como aclaraba el propio informe, el informe se emitió exclusivamente en relación con la incidencia que el acceso solicitado podía tener respecto de la información personal de las personas afectadas, y quedaba fuera del objeto del informe cualquier otro límite o aspecto que no afectase a esos datos personales. Resulta de interés la definición que se incorporaba al informe a partir de la aclaración citada, sobre "información personal

de las personas afectadas" (se traduce al castellano del original en catalán):
"... este informe se emite exclusivamente en relación con la valoración de la incidencia que el acceso solicitado puede tener respecto de la información personal de las personas afectadas, entendida como cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo relativa a personas físicas identificadas o identificables sin esfuerzos desproporcionados (artículo 5.1.f) y 5.1.o) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, (RLOPD), aprobado por R. decreto 1720/2007, de 21 de diciembre)".

- Desde el punto de vista de la protección de datos personales, no plantea ningún problema que se facilite información sobre la plantilla, entendida como una agrupación que incluya los puestos de trabajo de cada categoría, o que se indique el número de interinidades o contratos temporales no vinculados a la relación de puestos de trabajo.
- En cuanto a facilitar una lista de puestos de trabajo de la entidad, con indicación de las características de cada puesto, que incluya también todos los puestos cubiertos de manera interina o temporal, y también las retribuciones de cada puesto (que se puede denominar relación de puestos de trabajo o no, dependiendo del tipo de ente del sector público a que nos refiramos), en principio esta información no es de carácter personal.

No obstante, se advertía de que, si se pone esta información en relación con las personas que ocupan un puesto de trabajo, cosa que puede ser relativamente fácil en relación con puestos de trabajo singulares, se puede acabar ofreciendo información bastante amplia sobre la persona que lo ocupa (titulación, retribución bruta aproximada, localidad donde trabaja, etc.), de manera que, indirectamente, sí se estaría ofreciendo información sobre esas personas.

La APDCAT consideró que, a pesar de esta circunstancia, desde el punto de vista de la evaluación de la eficiencia en la utilización de los recursos públicos y, en concreto en este caso, de las políticas de personal de la empresa, podía ser relevante conocer esa información. Añadía el informe que, de hecho, la normativa sobre transparencia, al regular la publicidad activa, establece la obligación de publicar esta información y, finalmente, que aunque esta obligación solo se impone a las administraciones públicas, las sociedades participadas mayoritariamente por los entes locales tienen la consideración de administración pública a los efectos de la LTAIPBG-CAT<sup>10</sup>.

Por tanto, desde el punto de vista de la protección de datos personales no habría impedimento para que se facilitase información relativa a la relación de puestos de trabajo y la relación de contratos temporales y de interinidades, no vinculados a ningún puesto de trabajo de esa relación de puestos.

En cuanto a la identificación con el nombre y apellidos de las personas que ocupaban o habían ocupado puestos de trabajo de las tres entidades desde el año 2007, después del desistimiento citado la solicitud se había concretado en la identificación de las personas que desde el año 2007 habían ocupado (o estaban ocupando) cualquier puesto de trabajo fuera de convenio.

La normativa sobre transparencia obligaba a hacer pública la identificación de los responsables de los diversos órganos y su perfil o trayectoria profesional; trasladando esta obligación a las características organizativas de las sociedades mercantiles citadas, la APDCAT concluyó que concurría la obligación de hacer pública la identidad de aquellas personas que ocupasen puestos que pudiesen calificarse de especial responsabilidad dentro de la organización; y a estos efectos consideró que no solo se trataba de las personas que formasen parte de los órganos de dirección, sino también de otros empleados como directores de área, directores de servicios o análogos, especialmente si tenían la capacidad de tomar decisiones que pudiesen afectar directamente a los derechos de las personas usuarias del servicio o de las personas trabajadoras de estas empresas.

Y a lo anterior, añadía la APDCAT un razonamiento que consideramos de absoluta relevancia y que de hecho hemos tomado prestado para dar título a este artículo: en cuanto al personal que presta servicios directamente a la administración, no parece que las garantías en materia de transparencia que se hayan de aplicar hayan de ser menores por el hecho de que una administración decida prestar un servicio bajo una forma jurídico-privada; de hecho la LTAIPBG-CAT, imponía la obligación de publicar las convocatorias y los resultados de los procesos selectivos de provisión y promoción profesional, también en cuanto a las sociedades de capital

<sup>10</sup> El informe hace referencia a la normativa catalana, específicamente el artículo 9.1.d) de la LTAIPBG-CAT, en relación con el artículo 3 y el artículo 2 f). En cuanto a la definición de "administración pública", la Ley catalana define este concepto (a los efectos de la ley) de manera diferente a la LTAIBG (ver en este punto la segunda nota a pie de página de este capítulo). En cuanto a la LTAIBG, los artículos más cercanos a los de la norma catalana serian los artículos 6.1 y 8.1.

mayoritariamente público, de manera que en este marco ya se habría identificado a la persona y se la habría relacionado con un puesto de trabajo concreto.

Finalmente, centrada la solicitud en los trabajadores fuera de convenio, teniendo en cuenta el carácter excepcional de estos puestos de trabajo, la obtención de la información solicitada era relevante para evaluar la actuación administrativa. Esto reforzaría la preferencia del derecho de acceso, sin perjuicio de que se diese audiencia a las personas afectadas, trámite que habría de permitir determinar si en alguna de esas personas concurría alguna circunstancia personal concreta que justificase la limitación del derecho de acceso.

Por tanto, al margen de las personas que ocupasen puestos directivos o de especial responsabilidad, que estaban afectadas por el deber de publicidad activa en cuanto a su identificación, en cuanto a los trabajadores que ocupaban puestos fuera de convenio, el derecho a la protección de datos no impediría acceder a la identificación, siempre que se hubiese podido llevar a cabo el trámite de audiencia previsto normativamente y de este trámite no resultase ningún motivo que pudiese llevar a denegarlo.

 Finalmente, en cuanto al acceso a las retribuciones íntegras de los diferentes puestos de trabajo, como hemos avanzado, este aspecto quizás sería el más delicado, ya que se trataría de una información que permite elaborar un perfil económico de la persona que ocupa el puesto de trabajo.

En todo caso, en cuanto al personal directivo de las sociedades, la normativa de transparencia ya impone la obligación de facilitar esta información de manera individualizada al determinar las obligaciones de publicidad activa<sup>11</sup>.

En cuanto al resto de trabajadores, las previsiones de publicidad activa implicaban únicamente la necesidad de publicar la información general sobre retribuciones (incluyendo indemnizaciones y dietas), agrupadas en función de los niveles y cuerpos. Facilitar la información identificando de manera directa a la persona que ocupa cada puesto de trabajo, constituía una medida intrusiva para la protección de datos personales que solo parecería justificada en determinados casos en que las características de los puestos de trabajo lo determinasen. Y en relación con estas personas:

- En cuanto al personal que ocupa puestos de confianza o de especial responsabilidad dentro de la organización (esté vinculado con la empresa por un contrato de alta dirección o de otro tipo), el informe constataba la singularidad de estos puestos y también el nivel retributivo que suelen llevar asociado, de manera que el conocimiento de sus retribuciones podía ser relevante para el control de la utilización de los recursos públicos. Si se solicitaba esta información vía derecho de acceso a la información pública, se podían hacer extensivas a este personal las consideraciones relativas al personal directivo; en este caso, resultaría justificado facilitar información individualizada sobre los puestos, incluso identificando a las personas afectadas.
- Por lo que respecta al resto de personal en que no concurran estas circunstancias, en principio, dado que se trata de puestos con menor nivel de responsabilidad y, en consecuencia, con menor nivel retributivo, la evaluación de la utilización de los recursos públicos podría hacerse sin necesidad de identificar a estas personas. En este caso teniendo en cuenta las previsiones sobre protección de datos personales no se consideró justificado dar acceso de manera generalizada a las retribuciones que percibe cada trabajador en concreto más allá de facilitar la información agrupada por categorías o según los diferentes puestos de trabajo<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La APDCAT se refirió en su informe a diversos preceptos de la LTAIPBG-CAT. En cuanto a la norma estatal sobre transparencia, podemos hacer referencia en este punto al artículo 8.1 f).

<sup>12</sup> Se advertía que, no obstante, podían concurrir circunstancias que justificasen que se facilitase el conocimiento de estas retribuciones, por ejemplo, si las retribuciones de algunos de estos puestos de trabajo pudiesen ser superiores a las de los directivos o personas que ocupaban puestos de confianza o de especial responsabilidad.

— Finalmente, en cuanto al hecho de que se solicitase información, no únicamente sobre las personas que ocupaban en aquel momento los puestos de trabajo, sino sobre las personas que los habían ocupado desde el año 2007, consideró la APDCAT que, en este caso, el transcurso del tiempo o el hecho de que una persona ya no ocupase el puesto de trabajo, no constituía un criterio que hubiese de restringir el derecho de acceso; incluso consideró la APDCAT que, en este caso, la afectación al derecho a la protección de datos sería menor que la incidencia que tiene en el derecho el conocimiento de la retribución actual.

3.3

Mediante Resolución de 7 de julio de 2016 la GAIP estimó la reclamación y declaró el derecho de la reclamante a que TMB le entregase diversa información relativa a TMB, FMB y TB, desde el 1 de enero de 2007 hasta aquel momento<sup>13</sup>. También hacemos una referencia más detallada al contenido de esta resolución y específicamente en cuanto a las cuestiones que parecen más relevantes y que pudieran servir a los efectos de ayudar en el análisis de cuestiones que se plantean a partir de las solicitudes de acceso a la información pública.



#### ¿Hay alguna diferencia si se solicita el acceso

a la retribución bruta anual o a la nómina de un empleado público?<sup>14</sup>

Aunque el pronunciamiento de la GAIP fuera incidental en este punto, se considera que su razonamiento resulta interesante desde el punto de vista jurídico.

Constató la GAIP que acceder a la nómina de un empleado público incluso podría implicar afectación indirecta de datos personales especialmente protegidos, a partir del acceso a alguno de los conceptos que se pueden incluir en la nómina, como las retenciones fiscales (que pueden variar en función del número de miembros de la unidad familiar), o información relativa a percepciones indiciarias de baja laboral, que se podrían conectar fácilmente con datos relativos a la salud.

<sup>13</sup> El enlace a la página web de la GAIP a partir del que se puede acceder a esta resolución se había incluido en una nota anterior de este artículo; se vuelven a incluir las referencias:

http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2016-019 http://www.gaip.cat/ca/detall/normativa/2016-019

<sup>14</sup> Fundamento jurídico segundo de la resolución.

Si se solicita, como en el caso que ahora nos ocupa, información sobre una retribución bruta anual total, es decir únicamente una cifra sin detalle de los conceptos que la componen, este dato ni contiene ni permite obtener datos personales especialmente protegidos.

# Publicidad activa y derecho de acceso: la información objeto del derecho de acceso incluye la que es objeto de publicidad activa pero tiene un contenido más amplio<sup>15</sup>

La Resolución de la GAIP que se comenta analizó de manera exhaustiva el hecho de que la información solicitada afectaba a dos tipos sustancialmente diferentes de datos, desde el punto de vista de los requerimientos de la normativa sobre transparencia, porque la solicitud implicaba el acceso a determinados datos que debían ser objeto de publicidad activa y a otros datos que no estaban sujetos a las obligaciones de publicidad activa.

A partir de esta constatación la GAIP también tuvo ocasión de analizar el diferente alcance que tienen las obligaciones de publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

Así, y como es sabido, las obligaciones de publicidad activa vinculan a los sujetos obligados a difundir en el portal de transparencia la información que determina la Ley; el derecho de acceso a la información pública puede tener por objeto cualquier información elaborada por la Administración, y la que tiene en su poder como consecuencia de su actividad o del ejercicio de sus funciones, incluida la que le suministran los otros sujetos obligados de acuerdo con la Ley de transparencia<sup>16</sup>. La información pública que puede ser objeto del derecho de acceso incluye la que ha de ser objeto de publicidad activa, pero tiene un contenido mucho más amplio.

Y esto lleva a la GAIP a un segundo razonamiento que quizás por lógico y claro podríamos olvidar, pero que puede ser de utilidad para quien tramita y resuelve procedimientos de acceso a la información pública: si determinada información claramente debe ser objeto de publicidad activa, en el procedimiento de tramitación de la solicitud de acceso sería innecesaria la ponderación a que obliga la normativa de transparencia, ya que, expresando la idea de manera llana, "esta ponderación ya la habría hecho el legislador", en palabras mucho más precisas de la GAIP: la determinación legal que impone la publicidad de esta información excluiría esta necesidad de ponderación en el caso de que la información claramente debió ser objeto de publicidad activa.

Y aún hace la GAIP otro razonamiento que resulta útil en la tramitación de los procedimientos de acceso a la información pública: si determinada información que afecta a terceras personas, pero que debe ser objeto de publicidad activa, se solicita mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sería innecesario el traslado a las terceras personas afectadas que pudiera venir impuesto por la normativa sobre transparencia, ya que el legislador ya ha venido a determinar que la publicidad debe prevalecer sobre lo que pudiese resultar de las alegaciones de las terceras personas afectadas.

En el caso que ahora analizamos, debía ser objeto de publicidad activa la plantilla de personal de las empresas citadas, entendida plantilla en el ámbito de estas sociedades mercantiles como el número de empleados y empleadas. También era el caso de la relación de puestos de trabajo (RPT). El supuesto específico que estudiaba la GAIP se refería a empresas públicas con forma de sociedades mercantiles, lo que obligó a delimitar qué se

• •

<sup>15</sup> Fundamento jurídico tercero y siguientes de la resolución.

<sup>16</sup> En este punto la Norma catalana considera información pública a que también se debe dar acceso la documentación que un sujeto obligado tenga en su poder pero que haya elaborado y le haya subministrado otro sujeto obligado (artículo 2).

La LTAIBG establece textualmente en el artículo 13 que "se entiende por información pública 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", pero en el artículo 19.4 establece que si la información objeto de la solicitud de acceso ha sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a este para que decida sobre el acceso.

había de considerar equivalente a la RPT en este caso. La GAIP concluyó que, a los efectos de la normativa sobre transparencia, en las empresas públicas el instrumento organizativo equivalente a la RPT debería ser un instrumento singularizado e individualizado que contuviese el mismo tipo de información que aquella.

La relación solicitada de contratos temporales e interinidades no vinculados a ningún puesto de trabajo también debía ser objeto de publicidad activa.

# Sobre el acceso a los diferentes tipos de datos personales. Necesidad y finalidad de un eventual traslado previo<sup>17</sup>

Al margen de la información que ya debía haber sido objeto de publicidad activa, como se había constatado desde el principio de la tramitación administrativa, el ejercicio del derecho de acceso en este caso implicaba la afectación a diversos tipos de datos personales, contemplados de manera diferente en la normativa sobre transparencia. Es por ello que se solicitó el informe de la APDCAT, que siguió la GAIP en su resolución.

En cuanto al acceso al nombre de las personas que ocupaban los puestos de trabajo y la relación de altas y bajas, en su resolución la GAIP concluyó lo siguiente:

- De acuerdo con la LTAIPBG-CAT, había que dar acceso a los datos meramente identificativos relacionados con la organización de la administración, y sin necesidad de ponderación previa, salvo que alguna circunstancia especial requiriese la protección de alguna de las personas afectadas<sup>18</sup>.
  - En cuanto a un traslado previo a estas personas, la GAIP precisó que este traslado tendría en este caso la finalidad de aflorar situaciones en que la difusión del nombre podría provocar un perjuicio a la persona afectada. En todo caso, este traslado no tendría sentido en relación con aquellas personas que ya es público que trabajaban en las empresas públicas citadas, por ejemplo, el personal que ocupa puestos de trabajo de cierta responsabilidad. De hecho, en estos casos el acceso a la identidad de estas personas y a la información sobre el respectivo puesto de trabajo podría derivarse del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa (en este razonamiento se hacía referencia a las consideraciones de la APDCAT sobre el personal fuera de convenio).
- En cuanto al personal directivo, la GAIP constató que la información referida a este personal está sujeta a un régimen especialmente intenso de transparencia y obligaciones de publicidad activa. Dado que en este caso se trataba de empresas públicas, y podría haber dudas sobre la definición de qué fuese en estas empresas "personal directivo", la GAIP entró a determinar qué caracterizaba al personal directivo: desde un punto de vista material o de contenido de sus funciones, es el personal que ejerce funciones de carácter superior y que lo hace con autonomía y responsabilidad, con dependencia directa de los máximos responsables de la entidad o de la empresa correspondientes, y solo limitado por los criterios e instrucciones de estos últimos.

De acuerdo con las consideraciones de los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de la resolución, se determinó que en el caso del personal que se pudiese definir como personal directivo, su retribución anual bruta singular debería haber sido objeto de publicidad activa y que no había límites legales que se pudieran oponer a su entrega inmediata, sin necesidad de traslado previo.

<sup>17</sup> Específicamente fundamento jurídico séptimo.

<sup>18</sup> Artículo 24.1 de la LTAIPBG-CAT. En cuanto a la LTAIBG, artículo 15.3.

#### Sobre "dobles incumplimientos" de los sujetos obligados<sup>19</sup>

Estamos viendo que mediante el ejercicio del derecho de acceso a que se refiere este artículo, en gran parte se estaba solicitando información que ya debía ser pública en cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa.

En este marco la GAIP también formuló una consideración importante en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones por parte de los sujetos obligados: si una determinada información debe ser objeto de publicidad activa y no lo es, y los ciudadanos que deberían poder acceder a ella deben solicitarla mediante un procedimiento de acceso a la información pública, y aun así no la obtienen, resulta que el sujeto público obligado a facilitar la información incumple doblemente la legislación de transparencia.

En base a los razonamientos a que se acaba de hacer referencia de manera sucinta, y los otros que constan en la resolución que se ha analizado, la GAIP estimó la reclamación presentada y determinó que la persona reclamante tenía derecho a que TMB le entregase diversa información relativa a TMB, y también a las empresas de su grupo FMB y TB, desde el 1 de enero de 2007 hasta aquel momento. Concretamente, se determinó la entrega de la información siguiente:

- a) La plantilla de las tres empresas; incluyendo la cubierta por contratos temporales y de interinidad no vinculados a ningún puesto de trabajo.
- b) La relación de puestos de trabajo; entendida como una lista que identifica cada uno de los puestos de trabajo e indica, para cada uno de ellos, una serie de datos: denominación y características esenciales, requisitos esenciales para ocuparlo, grupo, categoría profesional, régimen jurídico aplicable, forma de provisión y retribución íntegra bruta.
- c) La relación de contratos temporales y de interinidad suscritos no vinculados a ningún puesto de trabajo; para cada uno de estos contratos se debía indicar su duración y objeto, las funciones de la persona contratada, y la retribución bruta íntegra prevista; no se debía facilitar el nombre de la persona contratada.
- d) El nombre y los apellidos de las personas que ocupaban cada uno de los puestos de trabajo del apartado b) que tuviesen la condición de personal fuera de convenio, en el momento en que se presentó la solicitud correspondiente (26 de febrero de 2016), o la hubiesen tenido con posterioridad al 1 de enero de 2017, con indicación de las altas y bajas, si fuera el caso.

Determinado esto, se dirigieron diversos requerimientos al ente público correspondiente en relación con las decisiones anteriores, dado que se consideró necesario articular determinados trámites de alegaciones previas:

- Se requirió a TMB para que, en plazo máximo de quince días, entregase a la reclamante la información de los apartados a), b) y c) y también la del apartado d) que fuese relativa al personal del Consejo de Dirección y al resto de personal de las empresas del grupo TMB, que constase identificado en el organigrama publicado en su página web. Se requirió también para que informase inmediatamente a la GAIP del cumplimiento del requerimiento.
- Se requirió a TMB para que, antes del 1 de octubre de 2016, entregase a la persona reclamante y en formato electrónico, el resto de información indicada en el apartado d), después de trasladar la reclamación a las personas afectadas, de darles un plazo de diez días para formular alegaciones y comunicar estas alegaciones a la GAIP, a fin de que la GAIP pudiese valorar si, excepcionalmente, concurrían en algún caso concreto circunstancias que pudiesen implicar la prevalencia de la protección de datos personales o de otros derechos

.

<sup>19</sup> Fundamento jurídico tercero de la resolución.

constitucionalmente protegidos, en relación con el derecho de acceso a unos datos personales que eran meramente nominativos<sup>20</sup>.



https://www.eldiario.es/catalunya/barcelona/web-transparencia-tmb-incumple-transparencia\_1\_3900305.html

<sup>20</sup> Aunque no se entrará en este tema de manera detallada, hay que señalar que se dictaron diversas resoluciones en relación con la ejecución de la resolución que ahora nos ocupa; a partir de las alegaciones de personas afectadas por la resolución, se apreciaron circunstancias especiales en algunas de ellas, como personas adscritas al área de seguridad, y se resolvió que no se podía divulgar su identidad.

Tampoco se entrará en este tema de manera detallada en este artículo, ya que constituye una cuestión procedimental muy específica, pero cabe señalar que, comunicada la resolución de la GAIP a las personas afectadas, se impugnó mediante diversos recursos potestativos de reposición. La interposición de estos recursos planteó otro tema procedimental de interés, y es que las resoluciones de la GAIP se dictan en el marco de una vía especial de reclamación y la resolución correspondiente no puede ser objeto de nuevas impugnaciones ordinarias en vía administrativa sino únicamente de recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el órgano jurisdiccional competente de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este punto la norma catalana y la ley estatal llevan a la misma conclusión (artículo 42.10 de la LTAIPBG-CAT / artículo 24 de la LTAIBG); de hecho, la GAIP, que dictó resolución de inadmisión de estos recursos potestativos de reposición, citó el Informe de la Abogacía del Estado 434/2015, de 19 de junio, sobre las competencias del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre recursos de reposición, disponible en la página web del Consejo (específicamente Resolución de la GAIP de 28 de septiembre de 2016).



#### Interposición de recurso contenciosoadministrativo. Medidas cautelares

4.1

Un grupo de personas en relación con las cuales se iba a facilitar información (personal al servicio de las empresas citadas) interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la GAIP. El recurso se siguió ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con el número de actuaciones 420/2016.

Antes de entrar a analizar la sentencia dictada en el recurso citado, cabe señalar que, en el marco del recurso, se dictaron diversas resoluciones sobre medidas cautelares, que pueden ser de interés y a las que se hace referencia sucinta:

- La parte actora solicitó medida cautelarísima consistente en la suspensión de la ejecutividad de las resoluciones, objeto de impugnación al amparo de las previsiones del artículo 135 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio; en adelante LJCA), medidas que de acuerdo con la Ley están previstas en caso de especial urgencia, y se adoptan sin audiencia de la parte contraria.
  - Solicitadas estas medidas de urgencia, en este caso el órgano jurisdiccional consideró, en Auto de 28 de octubre de 2016, que, dado que se impugnaba una resolución que obligaba a que se hiciera pública determinada información que los actores consideraban que vulneraba el derecho a la protección de datos de carácter personal, la divulgación de la información podría hacer perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima. Se acordó, pues, suspender cautelarmente la resolución dictada por la GAIP de 7 de julio de 2016, de acuerdo con las previsiones del precepto citado anteriormente. Se determinó que la medida cautelar debía alcanzar al total contenido de la parte dispositiva de la resolución, sin perjuicio de lo que procediese con los nuevos datos resultantes de los trámites procesales subsiguientes.
- Según las previsiones de la LJCA, a partir de esta resolución sobre "medidas cautelarísimas", se inicia la pieza separada de medidas cautelares en la que se da audiencia a la parte contraria. Como consecuencia de estos trámites, el 2 de diciembre de 2016, se dictó un segundo auto que dejó sin efecto la medida suspensiva acordada mediante el auto anterior, salvo en cuanto a seis personas en que se había puesto de relieve que concurrían circunstancias específicas que implicaban no dar acceso a la información solicitada, cosa que había decidido la GAIP mediante Resolución de 28 de septiembre de 2016.
- La parte actora interpuso recurso de reposición contra el auto de 2 de diciembre de 2016, recurso que fue desestimado mediante auto de 28 de abril de 2017, en que el Tribunal dejó constancia de la preferencia del principio de transparencia, cuando no se justificaba adecuadamente el perjuicio a la protección de datos personales<sup>21</sup>. De acuerdo con esta nueva decisión de la Sala:

<sup>21</sup> Y a esta cita de resoluciones relativas a la adopción de medidas cautelares, cabría añadir una más. No nos referiremos a ella muy extensa pero la información en este punto no estaría completa si no se deja constancia de que la parte actora preparó recurso de casación contra el auto de 2 de diciembre de 2016 confirmado en reposición por el de 28 de abril de 2017. La Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó inadmitirlo a trámite en aplicación de las previsiones del artículo 90.4 b) de la LJCA en relación con la letra d) del artículo 89.2 de la misma ley porque en el escrito de preparación no se había justificado que las infracciones alegadas hubiesen sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada que se pretendía recurrir.

Como se ha señalado anteriormente, se puede acceder a esta resolución a partir del enlace que también nos lleva a la resolución de la GAIP analizada anteriormente.

"En lo que resulta propio de esta pieza separada, en su tercer incidente ante este Tribunal, se constata que no se acredita por la parte actora, en este momento procesal, la concurrencia de otros motivos de especial protección, aparte de los apreciados en el Auto recurrido, que justifiquen excepcionar en este caso la preferencia del principio de transparencia, con arreglo al artículo 7.2 de la LP 19/2014, de 29 de diciembre, dentro del ámbito de las Administraciones públicas configurado en el artículo 3.1 de la misma, cuando no están en juego, en relación con las personas recurrentes, los datos especialmente protegidos contemplados en el artículo 23 de dicha Ley, ni se han invocado razones que justifiquen suficientemente la restricción de los restantes de carácter personal, en los términos del artículo 24.2.

Sin que tampoco, del contenido del artículo 2b) de la Ley, resulten límites temporales al concepto de información pública sujeto a transparencia."

4.2

El 12 de febrero de 2020 se dictó sentencia en el recurso contencioso-administrativo en que el órgano jurisdiccional decidió la desestimación del recurso interpuesto y confirmó la resolución dictada por la GAIP<sup>22</sup>.



Como hemos hecho en relación con las resoluciones a que se ha hecho referencia de manera detallada con anterioridad, también se analizará esta resolución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a partir de los pronunciamientos que nos parecen de más relevancia:

# Sobre la inclusión de las tres empresas destinatarias de la reclamación en el ámbito de aplicación de la Ley de transparencia. Aplicación de determinadas previsiones de la LTAIPBG-CAT. Publicidad activa

La Sentencia dictada partió de la constatación de que las tres empresas destinatarias de la reclamación estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la LTAIPBG-CAT. Efectivamente, en este caso la norma citada determina que se aplica la ley a las sociedades con participación mayoritaria o vinculadas a las administraciones del artículo 3.1 a), entre las cuales los entes que integran la Administración local de Cataluña<sup>23</sup>.

El razonamiento posterior de la Sala es una conclusión del anterior: en razón de tal sujeción legal, resultan de aplicación al caso determinadas previsiones de la ley citada, específicamente determinadas previsiones

<sup>22</sup> Se puede acceder a la sentencia a partir del enlace que nos permite acceder a la resolución de la GAIP

<sup>23</sup> Hay que señalar que de acuerdo con las definiciones del artículo 2 de esta ley, estas empresas públicas incluso tendrían la consideración de administración pública a los efectos de la ley. La perspectiva de la Ley estatal de transparencia no es exactamente la misma en este punto; en relación con esto, el artículo 2 relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley incluye a las sociedades mercantiles en cuyo capital sea superior al 50% la participación directa o indirecta de las entidades previstas en el artículo, pero no las define como administraciones públicas a los efectos de la Ley (artículo 2.2).

sobre publicidad activa que obligan a los diferentes entes del sector público a hacer pública información sobre plantilla, relación de puestos de trabajo, régimen retributivo, identificación de los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesionales, convocatorias y resultados de los procesos selectivos de provisión y promoción del personal, relación de altos cargos, retribuciones, indemnizaciones y dietas, actividades y bienes de los altos cargos de la Administración pública y del personal directivo de los entes públicos, información general sobre las retribuciones, indemnizaciones y dietas percibidas por los empleados públicos, agrupada en función de los niveles y cuerpos.

Y en este contexto de aplicación de la normativa sobre transparencia, la Sala recogió en la sentencia la apreciación de la APDCAT, en el sentido de que la naturaleza societaria mercantil del grupo TMB no podía constituir obstáculo ninguno a sus deberes de transparencia como administración pública. Efectivamente, la elección sobre la forma de prestación de determinado servicio, que corresponde a la administración dentro de los parámetros establecidos por la ley, en ningún caso puede llevar de facto a flexibilizar las obligaciones en materia de transparencia; como ya había considerado la APDCAT, las garantías que se hayan de aplicar en materia de transparencia, no han de ser menores por el hecho de que una administración decida prestar un servicio bajo una forma jurídico privada.

#### Limitaciones derivadas de la protección de datos personales

En este punto, la Sala analizó la cuestión relativa a la protección de datos personales siguiendo los parámetros ya marcados por los órganos a cuyos informes y resoluciones se ha hecho referencia con anterioridad. La Sala identificó el núcleo de la cuestión controvertida como se había hecho anteriormente, es decir, que la combinación de la información sobre relación de puestos de trabajo y el listado de las personas fuera de convenio permitía identificar a los segundos, con su puesto de trabajo y su retribución bruta íntegra.

En relación con esta cuestión la Sala decidió de acuerdo con el criterio sostenido por la APDCAT, y añadió, en respuesta a las alegaciones de la actora, que las retribuciones íntegras percibidas de un ente público no constituyen un dato privado a los efectos del artículo 7.4 de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sino una información pública de interés público.

#### Retroactividad de la normativa sobre transparencia

La actora también fundamentaba sus pretensiones en la alegación de la nulidad de la resolución impugnada por aplicación retroactiva de la LTAIPBG-CAT, dado que se pretendía acceder a datos desde el año 2007 (anteriores a la entrada en vigor de la normativa sobre transparencia).

En relación con esta cuestión, la Sala la desestimó al entender que, de acuerdo con la dicción literal de la Ley, es información pública toda aquella de que disponga el ente obligado y que, de acuerdo con la normativa sobre transparencia, los límites del derecho de acceso a la información son temporales si así lo establece la ley que los regula, pero que en relación con esta cuestión no concurría limitación temporal normativamente establecida.

Finalmente y como argumento de fondo, la Sala recogió la constatación ya formulada anteriormente, en el sentido de que no parecía caprichosa o fruto del azar la elección de la fecha, sino que respondía perfectamente a un interés público a saber: 2007 fue año electoral a nivel local, de manera que el interés público podría estar perfectamente presente en el objetivo de comparar la información económica y de gestión de personal a lo largo de tres períodos de gobierno político diferente al frente del AMB (ente local de que depende TMB).

Como hemos señalado anteriormente, la sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo. En la fecha de redacción de este artículo no se tiene constancia de que se preparase recurso de casación contra ella.



https://www.eldiario.es/catalunya/politica/justicia-eldiarioes-directivos-metro-barcelona\_1\_1121627.html

5

## Breve referencia a otro asunto coincidente en el tiempo con el anterior y también dirigido al mismo sujeto obligado

Hemos centrado nuestra atención en el asunto a que se ha hecho referencia de manera más detallada, pero no se puede dejar de hacer referencia a otra investigación periodística paralela a la anterior, sin cuya mención la exposición no estaría completa dado el momento temporal en que se produce aquella otra investigación y su objeto.

En este caso, el 2 de mayo de 2016 el periódico LA VANGUARDIA se dirigió al Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Administración de la Generalitat de Catalunya, que trasladó la solicitud a TMB, para que se le facilitase información sobre el sueldo y las retribuciones del personal directivo de TMB (TB y FMB). Concretamente solicitó información sobre la retribución exacta desde 2007 hasta aquel momento, incluidas las retribuciones en especie, de las personas que habían ocupado los cargos que formaban parte de la Comisión Ejecutiva y del Consejo de Dirección<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> El detalle se puede consultar en la resolución de la GAIP. Posteriormente se aclara en la misma resolución que se debía entender que lo que se solicitaba eran las retribuciones de los miembros de la Comisión Ejecutiva y del Consejo de Dirección de TMB desde 2007 hasta aquel momento, teniendo en cuenta que la denominación de los cargos implicados había cambiado, plasmándose en las diversas denominaciones que se indicaban en los listados.

 $<sup>\</sup>underline{\text{http://www.gaip.cat/web/.content/pdf/Resolucions\_2017-pdf/20170110\_Resolucio\_002\_2017\_estimacio\_266\_2016.pdf}$ 

Hay que señalar que la respuesta recibida por el solicitante fue esencialmente que el acceso a la misma información estaba pendiente de resolución por parte de la GAIP, en el expediente 19/2016 (el que hemos analizado anteriormente). Se informó de que, por esta razón y por coherencia, tan pronto como se resolviese el asunto, se contactaría con el nuevo solicitante con el resultado.

El solicitante se dirigió a la GAIP que tramitó el asunto con la referencia de reclamación 266/2016 y en que se dictó resolución el 10 de enero de 2017 en que se concluyó que la persona reclamante tenía derecho a obtener la información solicitada, tanto la relativa a los cargos que formaban parte en aquel momento de la Comisión Ejecutiva, como del Consejo de Dirección de TMB, como la de las personas que habían integrado estos dos órganos desde 2007, en la medida en que la empresa la tuviese.

En la misma línea que en el asunto anterior, la información solicitada era información pública: efectivamente, se trataba de información relativa a la retribución de cargos directivos de una empresa pública, información claramente relevante a los efectos del control de la disposición de los recursos públicos y de los cargos de responsabilidad del sector público, que constituyen finalidades prioritarias de la transparencia y del derecho de acceso. Como retribuciones, indemnizaciones y dietas del personal directivo de las empresas públicas constituían datos que debían ser objeto de publicidad activa, por imperativo de la LTAIPBG-CAT y, con más motivo debían ser susceptibles del derecho de acceso a la información pública.

La empresa a que se había solicitado información había esgrimido diversas objeciones a las que la GAIP dio respuesta en su resolución, destacamos específicamente la respuesta a la alegación de que la obtención de la información solicitada relativa a los 10 años anteriores era una tarea extraordinariamente compleja; la GAIP consideró que la alegación no estaba fundamentada: se pedía información retributiva de un total de menos de 50 cargos directivos, a una empresa que gestionaba una plantilla de unas ocho mil personas; concluyó la GAIP que no era verosímil pensar que para los equipos de gestión de una plantilla de estas dimensiones fuese complejo obtener un número tan limitado de retribuciones, que además seguramente se habían gestionado con recursos informáticos.

Por otra parte, también se respondió a las alegaciones presentadas a raíz del traslado de la reclamación a las personas afectadas y la oposición manifestada por una persona a que se facilitasen los datos que le afectaban. En este punto la GAIP formuló una consideración que no por lógica deja de tener interés a los efectos de este artículo: esta simple oposición no tenía efectos impeditivos, ya que la cesión de la información solicitada por la reclamante venía determinada por la Ley y no por la voluntariedad de las personas afectadas.



## Impacto en la gestión pública. A manera de conclusión: un breve resumen sobre pronunciamientos relevantes

Como consecuencia de la actuación del medio de comunicación correspondiente y la resolución de la GAIP, se dio publicidad a determinada información que hasta aquel momento no se había hecho pública y, concretamente, información relativa a retribuciones de personal fuera de convenio de TMB. Las solicitudes de diversos periodistas y los procedimientos consiguientes también generaron un intenso debate público sobre las obligaciones de transparencia de TMB.

Finalmente, el lector podrá juzgar por sí mismo el impacto de todas las tramitaciones a que se ha hecho referencia a partir del portal de transparencia de TMB<sup>25</sup>.

En todo caso, a nuestro juicio lo más relevante en este asunto es que a través de los diversos pronunciamientos, de la APDCAT, de la GAIP y también del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se ha contribuido a la clarificación de algunas premisas básicas en materia de transparencia, y especialmente en cuanto a publicidad activa y derecho de acceso; protección de datos personales y exposición de datos asociados a un puesto de trabajo público según las responsabilidades (también remuneración) del puesto de trabajo; y también algunas cuestiones puramente procedimentales, por ejemplo, cómo condicionaría y simplificaría el procedimiento de acceso a la información pública el hecho de que la información que se solicita debió ser objeto de publicidad activa.

Aunque se ha ido recogiendo la doctrina derivada de cada uno de los informes o resoluciones judiciales que se han comentado, se traen aquí, a manera de conclusión de este capítulo, algunos de los pronunciamientos quizás más relevantes que nos dejan como herencia la tramitación de la reclamación presentada y el posterior procedimiento judicial, y que sin duda son una valiosa fuente de conocimiento en materia de transparencia.

Con todas las cautelas, nos permitimos la licencia de expresar estas consideraciones o decisiones en forma de "principios", ya que consideramos que estos diversos pronunciamientos podrían transcender del caso particular, y ayudarnos a tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información pública y, también, como se ha puesto en relieve, a determinar la información que, de acuerdo con la normativa, debe ser objeto de información pública.

Formulamos, pues, a manera de conclusión, cinco "principios", empezando por el que da título a este artículo, que quizás parecería el más relevante y que, de hecho, como otros de los que formularemos, viene a constituir una propuesta "de lege ferenda":

- Las garantías en materia de transparencia no deben ser menores por el hecho de que una administración decida prestar un servicio bajo una forma jurídico-privada.
- La información relativa a algunos puestos de trabajo de los entes del sector público es especialmente relevante
  para evaluar la actuación administrativa y para el control de la utilización de los recursos públicos, y por ello,
  si no lo está ya, debería estar sujeta a un régimen especialmente intenso de transparencia, concretado en
  específicas obligaciones de publicidad activa. Además de la información relativa a los máximos responsables
  de estos entes, se trataría de la información relativa al personal que ocupa puestos de confianza o de especial
  responsabilidad dentro de la organización.
- Si determinada información debe ser objeto de publicidad activa, la determinación legal que impone la publicidad de esta información, excluye que en el procedimiento de acceso a la información pública deba hacerse la ponderación sobre concurrencia de límites a que hace referencia la normativa sobre transparencia.
- Si determinada información que afecta a terceras personas, pero que debe ser objeto de publicidad activa, se solicita mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sería innecesario el traslado a las terceras personas afectadas que impone la normativa sobre transparencia, ya que el legislador ya ha venido a determinar que la publicidad debe prevalecer sobre lo que pudiese resultar de las alegaciones de estas terceras personas afectadas.
- El interés público puede estar especialmente presente en una solicitud de acceder a determinada información referida a un período temporal relativamente amplio, por ejemplo, por la finalidad de comparar la información económica y de gestión de personal, a lo largo de períodos de gobierno político diferente.

• •

<sup>25</sup> https://www.tmb.cat/es/portal-transparencia

Jefa del Servicio de Transparencia del Gobierno de Aragón. Secretaria del Consejo de Transparencia de Aragón.

# Contagiados y fallecidos en residencias por la COVID-19

Si la transparencia y la rendición de cuentas son dos ejes imprescindibles de la gestión pública, en momentos de crisis sin precedentes como los que hemos vivido y estamos viviendo se convierten en absolutamente esenciales. El papel de los datos abiertos durante la pandemia derivada del COVID-19 es fundamental, tanto para la toma de decisiones públicas como para el análisis de la situación por los medios de comunicación y por la ciudadanía en general. Nunca antes hubo tanta información ni tanta demanda de datos. En medio de un tsunami de desconcierto, ofrecer información fidedigna, clara, completa, accesible, usable y en tiempo real, es clave para recuperar la confianza de la ciudadanía.

Y ello sin olvidar que la gestión de la información en esta crisis ha sido un reto muy difícil de afrontar, sobre todo si pensamos que detrás de los datos hay muchas personas que han pasado o están pasando por los momentos más críticos de su vida. Factores que hacen más delicada y vital la labor de informar. Siendo esto así, es indudable que esta ha sido y es una oportunidad única para situar la transparencia en el lugar que se merece dentro de la gestión pública, pues la transparencia y el gobierno abierto en general, no solo hacen más plural y participado un gobierno, sino que también lo hacen más eficaz y eficiente.

El relato de este capítulo se refiere a una investigación periodística realizada en toda España dirigida a conocer el número de personas contagiadas y fallecidas en todas las residencias de mayores y de personas con discapacidad durante la denominada "primera ola de la pandemia" (1 de marzo a 30 de abril de 2020), desglosado por residencias.

El primer hecho que llama la atención, relativamente frecuente en solicitudes de información pública que se dirigen simultáneamente a varias Administraciones o sujetos obligados, es la diferente respuesta proporcionada, no solo derivada de la aplicación de las distintas leyes autonómicas de transparencia sino, como en este caso, de la interpretación que del concepto de información pública y de sus límites realizan los distintos sujetos, con resultados distintos que provocan en no pocas ocasiones la perplejidad y frustración de los solicitantes.

Otro hecho destacado y tampoco infrecuente, es la distinta "visión" que sobre el alcance de la información pública solicitada tienen los responsables de los datos concretos, los servicios jurídicos y los responsables de la transparencia de la Administración o institución. En esta ocasión, es el Comisionado de la transparencia autonómico con su especialización el que define finalmente este alcance, pero todo el análisis denota que, pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la normativa de transparencia en nuestro país, los servicios jurídicos adolecen de conocimientos especializados en la materia.

Este relato abordará, además, cuestiones de interés compartidas con otros relatos, como el límite relativo a los intereses económicos y comerciales; la protección de datos de carácter personal; la condición de información pública para la Administración de los datos de centros privados o concertados; el alcance del trámite de alegaciones; o cómo afecta la condición de periodista del solicitante, y nos permitirá comprobar que el ejercicio del derecho de acceso y el trabajo de los órganos garantes de la transparencia posibilitan, a la larga, disponer de un corpus de doctrina que oriente la actuación de los sujetos obligados y de una mejor información en publicidad activa.

Todo ello sin perder de vista que los profesionales de los medios de comunicación deben ser conscientes del importante papel y de la responsabilidad que asumen cuando trasladan a la sociedad la información que obtienen por esta vía.



#### El origen de la polémica

A principios de mayo de 2020, un periodista de infoLibre solicitó a todas las Comunidades Autónomas, Diputaciones Forales y a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla los datos de contagiados y fallecidos por COVID-19 en las residencias, desglosados por centros, al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información púbica y buen gobierno (en adelante LTAIBG). Algunas Comunidades los aportaron -entre ellas Andalucía, Baleares, Madrid y Cataluña-, pero otras no, en algún caso con el argumento de que hacerlos públicos podría dañar la imagen de las empresas (Castilla y León), en otros, con argumentos que van desde la protección de datos de los fallecidos, a la "consideración" con los familiares de las víctimas, o a evitar la "criminalización" de los centros. Siempre que el Gobierno autonómico no aportó la información, infoLibre presentó un recurso ante el Comisionado de transparencia competente. En el caso de Navarra, una de las residencias afectadas presentó un recurso contencioso oponiéndose a la entrega de los datos, por lo que será el Tribunal Superior de Justicia de Navarra quien resuelva el conflicto y determine si se puede hacer pública la información.

La información específica que se solicitaba en todos los casos era:

- a) Número de personas contagiadas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias.
- b) Número de personas fallecidas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias e indicando en cuántos casos existió positivo por COVID-19 y en cuántos casos se produjo el deceso con sintomatología compatible.
- c) Del número total de fallecidos de cada residencia, entre el 1 de marzo y el 30 de abril, con positivo confirmado o con sintomatología compatible, enumerar cuántos decesos se produjeron en la residencia y cuántos en el hospital".

Se va a analizar en particular la situación generada en la Junta de Castilla y León por la solicitud de derecho de acceso de infoLibre (que ha hecho pública su condición de solicitante) numerada como 262/2020, pues en otras Comunidades Autónomas en las que también se concedió acceso parcial a la información no se ha resuelto todavía la reclamación o reclamaciones derivadas.

Ante la solicitud de derecho de acceso del periodista, el 3 de junio de 2020, el Secretario General de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, por delegación de firma de la Consejera, concede acceso parcial a la información (datos relativos a los centros residenciales de titularidad de la Junta) y deniega el acceso a la información desagregada de cada uno de los centros residenciales que no son de su titularidad, por entender que dichos centros no han dado su consentimiento expreso para hacer públicos los datos solicitados, de acuerdo con la interpretación que hace del artículo 14.1 h) de la LTAIBG, el informe de los Servicios Jurídicos de la Junta de Castilla y León DSJ-28-2020, de 15 de abril.

En el fundamento de derecho cuarto de la Orden se señala lo siguiente:

"CUARTO.- A petición de la Gerencia de Servicios Sociales, los Servicios Jurídicos de la Junta de Castilla y León han emitido el Informe DSJ-28-2020 de 15 de abril, sobre «Información pública sobre el número de fallecimientos en residencias de personas mayores de la Comunidad de Castilla y León», según el cual, de acuerdo con el artículo 14.1 h) de la LTAIPBG concluye:

- La autoridad competente de la Comunidad Autónoma puede proporcionar datos numéricos de personas fallecidas en centros residenciales de titularidad autonómica, con la desagregación que considere oportuna, incluyendo el nivel de cada residencia o centro individualmente considerado, pero siempre salvaguardando la no identificación personal de los fallecidos.
- Sobre el resto de centros que no sean de su titularidad, incluidos los intervenidos públicamente, sólo podría trasladar la información de fallecimientos de forma agregada, de tal forma que se impida una relación de vinculación entre un número de fallecidos y la identificación y localización individual de caso concreto centro residencia (sic).
- Sólo en el supuesto de que los titulares de estos centros, ya sean públicos de las Administraciones Locales, ya sea privados, expresamente le den a la Consejería su consentimiento de información sobre dichos datos de fallecimientos y en su nombre, al proporcionárselos, sí podría hacerlos públicos".

En la Orden se comunica, además, que los datos disponibles solicitados relativos a cada uno de los centros residenciales de titularidad de la Junta de Castilla y León, ya han sido objeto de publicación en la web corporativa de la Junta, pudiendo acceder a través del siguiente enlace:

https://comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1284939308625/Comunicado/1284950073047/Comunicacion

Esta decisión se impugna ante el Comisionado de Transparencia de Castilla y León, que emite la Resolución 171/2020, de 23 de septiembre y estima la pretensión<sup>1</sup>.

Como puede comprobarse en la consulta a las resoluciones denegatorias y de inadmisión de la Junta de Castilla y León de 2020, accesibles en <a href="https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/resoluciones-denegatorias-inadmision-2020.html">https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/resoluciones-denegatorias-inadmision-2020.html</a>, entre mayo y agosto de 2020 se concede acceso parcial a varias solicitudes con peticiones análogas:

- Solicitud 328/2020, misma motivación que la 262/2020
- Solicitud 331/2020, misma motivación que la 262/2020
- Solicitud 337/2020, misma motivación que la 262/2020
- Solicitud 365/2020, misma motivación que la 262/2020
- Solicitud 366/2020, misma motivación que la 262/2020

## 2

#### El impacto en los medios

El 3 de mayo de 2020, antes incluso de presentar la solicitud de derecho de acceso a la Junta de Castilla y León, infoLibre publica un artículo<sup>2</sup> con este alarmante titular "Nueve Gobiernos autonómicos y dos forales ocultan a sus ciudadanos en qué residencias hay fallecidos por coronavirus". El periodista afirma haber "contactado" con las "16" Comunidades Autónomas y las tres Diputaciones forales vascas "para saber si estaban facilitando los datos sobre el número de muertes, desglosados por residencias y, en caso negativo, para conocer las razones del ocultamiento". Clasifica a las Administraciones en cuatro categorías: más transparentes, las que informan a

<sup>1</sup> Una solicitud con un contenido análogo a la de infoLibre se presenta en fechas cercanas por eldiario.es, que a su vez genera la interposición de una reclamación ante la Comisión de Transparencia de Castilla y León, que da lugar a la Resolución 172/2020, de 23 de septiembre.

<sup>2</sup> https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/05/04/nueve\_gobiernos\_autonomicos\_dos\_forales\_ocultan\_sus\_ciudadanos\_que\_residencias\_hay\_fallecidos\_por\_coronavirus\_106409\_1012.html

los medios, las que dan datos a medias y las que ocultan las cifras. Respecto a Castilla y León matiza, "Castilla y León sí informa sobre las residencias públicas, pero no de los centros privados, que son la inmensa mayoría (el 98% del total)".



https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/05/04/nueve\_gobiernos\_autonomicos\_dos\_forales\_ocultan\_sus\_ciudadanos\_que\_residencias\_hay\_fallecidos\_por\_coronavirus\_106409\_1012.html

A partir de ese momento se suceden en el medio de comunicación digital artículos de opinión basados en el análisis de los datos obtenidos en las distintas Comunidades Autónomas, como los siguientes:

- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/05/25/doce\_empresas\_embolsan\_madrid\_todo\_dinero\_publico\_para\_residencias\_acumulan\_135\_geriatricos\_106973\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/04/27/los\_verdaderos\_duenos\_las\_residencias\_espana\_106217\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/07/29/la\_hecatombe\_residencias\_madrid\_544\_muertos\_ orpea\_516\_amavir\_419\_domusvi\_217\_ballesol\_109443\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/03/los\_datos\_fallecidos\_residencias\_baleares\_muestran\_solidez\_del\_sistema\_publico\_endeblez\_domusvi\_109598\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/08/23/7\_abril\_2020\_dia\_verguenza\_913\_residentes\_mueren\_madrid\_110237\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/06/29/los\_datos\_desconocidos\_las\_residencias\_andaluzas\_ solo\_centros\_tuvieron\_diez\_mas\_fallecidos\_108242\_1012.html
- https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/12/30/los\_datos\_desconocidos\_las\_residencias\_castilla\_mancha\_centros\_fallecieron\_mas\_mayores\_por\_covid\_114940\_1012.html



Los datos desconocidos de las residencias de Castilla-La Mancha: en 28 centros fallecieron más de 20 mayores por covid (infolibre.es)

Una vez interpuesta la reclamación ante el Comisionado de Transparencia de Castilla y León, pero antes de su resolución, el 26 de junio infoLibre publica un artículo con este titular "Castilla y León oculta los datos de muertes por residencias para no periudicar los intereses económicos de las empresas"<sup>3</sup>. El artículo transcribe literalmente parte de la Orden de 3 de junio, por la que se concede acceso parcial a la información y da su particular visión sobre los concretos intereses que se protegen en la aplicación del límite de los intereses económicos y comerciales, grupos empresariales con posiciones hegemónicas en el territorio etc. En el artículo se advierte que el periodista ha interpuesto reclamación ante el Comisionado, que está en tramitación, y que en esta se recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo obliga a interpretar de forma "restrictiva" cualquier limitación al derecho de acceso a la información pública; argumenta que la transparencia en un tema de salud pública debe prevalecer frente a los "intereses económicos y comerciales" de las empresas y denuncia la "discriminación" que supone ofrecer los datos de ciertas residencias de titularidad pública mientras que se ocultan los de aquellos geriátricos de gestión privada. También destaca la "paradoja" de que la Junta asuma que desvelar un alto número de fallecidos en una residencia puede causar un perjuicio a los "intereses económicos y comerciales" de una empresa y no tenga en cuenta su corolario -que la inexistencia de muertes en un centro puede conllevar un beneficio para este-, lo que le hace concluir que la Junta está en realidad velando por los intereses de unas empresas (las que tienen un alto número de fallecidos) frente a otras (las que no sufrieron decesos).

Estimada la reclamación, el 25 de septiembre aparece un nuevo artículo bajo el titular "Transparencia recrimina al Gobierno de Castilla y León por ocultar los datos sobre fallecidos en residencias privadas"<sup>4</sup>-El periodista analiza la que califica de "minuciosa resolución" del Comisionado de Transparencia de Castilla y León, y entiende que la discrepancia puesta de manifiesto entre los informes de los Servicios Jurídicos de la Junta y el informe de la Dirección General de Transparencia y Buen Gobierno obedece a "la división existente en el Gobierno de coalición entre PP y Ciudadanos a la hora de abordar este asunto", como si la especialización de uno y otro órgano en materia de transparencia no fuera relevante.

<sup>3</sup> https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/06/22/castilla\_leon\_oculta\_los\_datos\_fallecidos\_por\_residencias\_para\_no\_perjudicar\_los\_intereses\_economicos\_las\_empresas\_privadas\_108013\_1012.html

<sup>4</sup> https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/09/26/transparencia\_recrimina\_gobierno\_castilla\_leon\_por\_ocultar\_los\_datos\_sobre\_fallecidos\_residencias\_privadas\_111392\_1012.html

El 7 de enero de 2021, una vez entregada la información por la Junta de Castilla y León, se publica un nuevo artículo<sup>5</sup> con el titular "Cinco Gobiernos autonómicos y dos forales siguen ocultando en qué residencias hubo fallecidos durante la primera ola". Respecto a la Junta de Castilla y León, el periodista afirma que "El 3 de junio, en una primera resolución, la Consejería de Familia ofreció los datos desglosados de los 15 centros propiedad del Gobierno autonómico y de gestión pública, pero rechazó facilitar la información de los 684 restantes de gestión privada. El argumento que utilizó es que podía "perjudicar los intereses económicos" de las empresas de residencias. Ante el recurso presentado, el Comisionado de Transparencia de Castilla y León resolvió que la decisión del Gobierno de Alfonso Fernández Mañueco (PP) adolecía "de vicios formales y materiales que la invalidan". Y recriminó a la Junta por no tener en cuenta "el interés público" de la divulgación de los datos que se solicitaban. La Junta aceptó que existían vicios formales -en vez de dar un simple trámite de audiencia a las empresas les pidió su consentimiento expreso para divulgar los datos-, retrotrajo el procedimiento y volvió a dictar otra Orden con fecha 1 de diciembre y de contenido prácticamente idéntico. De los 684 geriátricos de gestión privada, mantuvo oculta la información de 678 y facilitó datos parciales de los seis que fueron intervenidos por la Administración autonómica. A su declarada intención de proteger los intereses económicos de las empresas privadas, la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades añadió un nuevo argumento: en algunos centros, simplemente con facilitar el número de víctimas, se podría "identificar" a una persona física concreta y ello supondría hacer públicos "datos de carácter personal". En su extensa Orden de 45 páginas, donde se realiza incluso un análisis de artículos publicados en infoLibre sobre fallecidos en residencias, la Junta de Castilla y León llega a sostener que la demanda de la información solicitada por este periódico "es muy escasa y no genera un interés general, ni es demandada de manera significativa por los familiares de las personas afectadas.

Hay que señalar que, durante el procedimiento, el Gobierno de Castilla y León se mostró dividido. La Consejería de Familia, con María Isabel Blanco Llamas (PP) al frente, mostró siempre su oposición a facilitar los datos. En cambio, la Consejería de Transparencia, cuyo titular es el también vicepresidente de la Junta Francisco Igea (Cs), emitió de oficio otro informe en el que se discrepa de la decisión de mantenerlos ocultos. El departamento de Igea sí considera que la información tiene "relevancia pública e interés general para los ciudadanos", de forma que entiende que debe prevalecer el derecho a la información. Pero la última palabra la tenía Familia, que se mantuvo en el "no".

La única vía en este momento para intentar obtener la información es presentar un recurso contencioso ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. El plazo para ello termina el 31 de enero".

Otros medios de comunicación se han hecho eco de la cuestión. Así, por ejemplo:

- https://www.rtve.es/noticias/20200930/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.
   shtml
- https://www.eldiario.es/navarra/sociedad/coronavirus-residencias-navarra\_1\_6035646.html
- https://www.newtral.es/autonomias-fallecidos-residencias-rechazan-publicar-nombres-centros/20200703/
- https://www.elnortedecastilla.es/castillayleon/consejeria-igea-desmonta-20201003093445-nt. html?ref=https:%2F%2Fwww.elnortedecastilla.es%2Fcastillayleon%2Fconsejeria-igea-desmonta-20201003093445-nt.html

El trabajo de infoLibre sobre los datos en la Comunidad de Madrid ha merecido el premio de la Asociación de Periodistas de Madrid (APM) a Manuel Rico, director de investigación de infoLibre.

<sup>5</sup> https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/01/07/cinco\_gobiernos\_autonomicos\_dos\_forales\_siguen\_ocultando\_que\_residencias\_hubo\_fallecidos\_durante\_primera\_ola\_115129\_1012.html



#### La reclamación ante el Comisionado de Transparencia de Castilla y León

Como anticipamos, la Orden de 3 de junio de 2020, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, se impugna ante el Comisionado de Transparencia de Castilla y León, que adopta la Resolución 171/2020, de 23 de septiembre, y estima la pretensión.

Señala la Resolución 171/2020 que no se recibió el informe solicitado a la reclamación de infoLibre, pero sí el relativo a una reclamación análoga, en el que se alude al límite del perjuicio a los intereses económicos y comerciales previsto en el artículo 14 h) LTAIB; a la imposibilidad de garantizar la veracidad de los datos en residencias que no son públicas y a la necesidad de que los titulares de centros de las administraciones locales o privados den su consentimiento a la Consejería, para lo que se ha dirigido "consulta" a los casi 700 centros residenciales que hay en Castilla y León<sup>6</sup>.

También se remitió al Comisionado un informe de 16 de julio de la Dirección General de Transparencia y Buen Gobierno de la Junta (común a las dos reclamaciones), que realiza un completo análisis del Informe DSJ-28-2020 de los Servicios Jurídicos, en el que se fundamenta la decisión impugnada, discrepando de sus conclusiones.

El análisis de fondo de la Resolución puede sintetizarse así:

- a) En cuanto al carácter de información pública, el Comisionado concluye que la información solicitada es coincidente con una parte de la que debe ser utilizada por la Administración autonómica para elaborar la información publicada en el Portal de Transparencia sobre mortalidad relacionada con la COVID-19 en centros residenciales de personas mayores y de personas con discapacidad. Estos datos son publicados bajo la denominación "Situación en las residencias de mayores y de personas con discapacidad en relación al COVID-19" dentro de la "Información sobre el Coronavirus" a través de una tabla donde se incluyen, entre otros datos, los casos confirmados con COVID-19 desde el 14 de marzo de 2020; el número de fallecidos con COVID-19 confirmado; y el número de fallecidos con síntomas compatibles. Así mismo, es objeto de publicación también el lugar de fallecimiento (hospital o residencia) de los residentes.
- b) Respecto a que los datos generales publicados fueran proporcionados de forma desagregada por centros, el Comisionado analiza las exigencias contenidas en la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y la Orden SND/322/2020, de 3 de abril, que modificó la anterior, para concluir que entre la información que debe ser remitida por las autoridades competentes de las comunidades autónomas se encuentra la correspondiente al "N.º total de fallecimientos por COVID-19 confirmados en centros de servicios sociales de carácter residencial"; "N.º total de fallecimientos con sintomatología compatible con COVID-19 (no confirmados) en centros de servicios sociales de carácter residencial con expediente de intervención por COVID-19" (en todos los casos desde el 8 de marzo hasta la fecha de remisión de la información).

Por tanto, afirma el Comisionado "no cabe duda de que la información relativa a la mortalidad relacionada con

<sup>6</sup> En la Orden de 1 de diciembre de 2020, de la Consejería de Familia a Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, por la que se

<sup>6</sup> En la Orden de 1 de diciembre de 2020, de la Consejeria de Familia a Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, por la que se resuelve la solicitud nº 261/2020 (después de la retroacción de actuaciones acordada por la Resolución 171/2020 del Comisionado) se afirma que el 16 de julio se verificó el trámite de audiencia a los centros. Transcurridos los 15 días de plazo, de los 673 centros residenciales de personas mayores de la Comunidad, 170 manifestaros su consentimiento expreso para hacer públicos los desus centros.

la COVID-19 y a la incidencia de la enfermedad en centros residenciales de personas mayores y de personas con discapacidad, es una información que se encuentra en poder de la Administración autonómica y que ha sido obtenida por esta, de forma desagregada para cada centro, en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, se trata de "información pública" en el sentido dispuesto en el citado artículo 13 de la LTAIBG y resulta aplicable a la solicitud de esta información la LTAIBG".



https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/transparencia-considera-datos-fallecidos-covid-19-residencias-privadas-castilla-leon-oculto-son-especial-interes-publico\_1\_6247298.html

c) A juicio de la Comisión, en el Informe de los Servicios Jurídicos que fundamenta la decisión impugnada no se realiza la ponderación exigida entre el perjuicio causado a los "intereses económicos y comerciales" de los titulares de los centros, por la divulgación de la información que ha sido denegada y el interés público de su divulgación, sino que únicamente se tiene en cuenta el primero (exponiendo su materialización en términos generales a través de su vinculación con el derecho a la propia imagen y al honor de aquellos), y se presume, simplemente, que el segundo solo alcanza al conocimiento de los datos agregados pero no al de la información desagregada por centros.

Acomete el Comisionado la ponderación no realizada, para concluir que sí **concurre un interés público en la divulgación de la información desagregada que se ha denegado**, atendiendo a la hora de dimensionar el mismo a algunas de las pautas que se contienen en el Criterio Interpretativo 1/2019, de 24 de septiembre, del CTBG:

"Así, en primer lugar, la importancia de la información solicitada desagregada para la sociedad es alta, considerando la problemática a la que se refiere y la extrema gravedad del contexto sanitario en la que tiene lugar. En este sentido, la relevancia del derecho de acceso a la información pública en una situación como la generada por la crisis de la covid-19 ha sido reconocida, por ejemplo, en la Declaración Conjunta del Representante de la OSCE sobre Libertad de Prensa y de los Relatores sobre Libertad de Expresión de la ONU y la CIDH, de 19 de marzo de 2020, donde se señala que "el derecho a la libertad de expresión, que incluye el derecho a buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo, independientemente de las fronteras, a través de cualquier medio, se aplica a todos, en todas partes, y solo puede estar sujeto a restricciones estrictas"; o por la Conferencia Internacional de Comisionados de la Información que el

pasado 14 de abril recordaron que "la importancia del derecho de acceso a la información se mantiene" en el contexto de un estado de pandemia global.

En segundo lugar, el interés público en obtener la información desagregada también se encuentra relacionado con la importancia que tiene conocer la distribución de la mortalidad, no solo por titularidad de los centros sino también por localización geográfica, para poder realizar una valoración de la aplicación de las medidas y decisiones adoptadas por las administraciones públicas competentes durante la declaración del estado de alarma, facilitando de esta forma la rendición de cuentas de éstas ante la ciudadanía en un momento donde esta rendición es más importante, quizás, que nunca. No es baladí constatar que, según la información publicada por esa Administración autonómica, con fecha 15 de septiembre de 2020 de los 1.539 residentes en residencias de mayores, centros de personas con discapacidad y viviendas tuteladas en Castilla y León fallecidos con covid-19 confirmada, únicamente 135 eran residentes en residencias de mayores y centros de personas con discapacidad propios de la Junta de Castilla y León (si el dato se refiere a fallecidos con síntomas compatibles, fueron 1.105 en el primer caso y 117 en el segundo). Es decir, un amplio porcentaje de la mortalidad sobre la que se pide información se ha dado en centros de titularidad no autonómica, lo cual resulta coherente con el peso que los 25 centros de este tipo cuya titularidad corresponde a la Administración autonómica (cuyos datos sí se publican de forma desagregada) tienen sobre el número total de centros de la Comunidad. A este respecto, sin perjuicio de que la mayor parte de los centros cuyos datos de mortalidad desagregados han sido denegados sean de titularidad privada, no se pueden olvidar las competencias en el sector que corresponden a la Administración.

En tercer lugar, esta información desagregada podría aportar conocimiento sobre la aplicación de las decisiones administrativas que, indudablemente, han afectado a las vidas y a la salud de muchas personas y, por tanto, permitiría el cuestionamiento por la ciudadanía de tales decisiones y de la forma en la que aquellas se han llevado a la práctica.

Ponderado así el interés público en la divulgación de los datos desagregados solicitados y considerando además el amplio reconocimiento del derecho de acceso a la información pública al que antes hemos hecho referencia, parece prevalecer aquel, en términos generales, sobre el daño que supondría la divulgación de tal información sobre los intereses económicos y comerciales de los titulares de los centros".

- d) Respecto a la imposibilidad de garantizar la veracidad de los datos de mortalidad vinculados a la COVID-19 en centros que no sean de titularidad autonómica, el Comisionado considera que en virtud de las dos Órdenes ministeriales citadas en el apartado b) "son los titulares de los centros los que tienen la obligación primaria de garantizar la puesta a disposición de información veraz y ajustada al sistema de información vigente, si bien la autoridad competente de la comunidad autónoma debe remitir la información agregada al Ministerio de Sanidad. Por tanto, en cierto modo, también es responsable la Comunidad de que la información remitida al Ministerio de Sanidad integrada por la agregación de la proporcionada por los centros responda a la realidad.
  - En todo caso, la información solicitada en este caso coincide con una parte de la utilizada por la Administración autonómica para la elaboración de los datos agregados que son objeto de publicación, y esta es la que es proporcionada por los titulares de los centros. El incumplimiento por parte de estos de su obligación de garantizar la veracidad de esta información tendrá, en el caso de constatarse, las consecuencias jurídicas que correspondan, pero la posibilidad de que aquel incumplimiento tenga lugar no opera como impedimento para que se pueda divulgar la información".
- e) Reconoce el Comisionado que la información desagregada cuya denegación se impugna puede afectar a derechos e intereses de terceros, considerando como tales a las personas jurídicas titulares de los centros y, por tanto, con carácter previo a la adopción de una decisión relativa al acceso a aquella, debía realizarse el trámite de audiencia recogido en el artículo 19.3 de la LTAIBG. Como la Orden fue adoptada sin que tuviera

lugar el trámite de audiencia impuesto (se presumió una negativa general de este consentimiento) se ordena retrotraer el procedimiento de acceso a la información pública al momento en el cual tuvo lugar el vicio formal, de forma tal que se realice el trámite de audiencia a todos los titulares, públicos y privados, de centros residenciales de personas mayores y de personas con discapacidad de esa Comunidad, concediendo un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones oportunas e informando de esta circunstancia al solicitante.

f) Por último, la Resolución 171/20202 aborda también el análisis de la condición de periodista del solicitante, de tal manera que concluye en este punto que la condición de profesional de los medios de comunicación no es indiferente a los efectos de llevar a cabo la ponderación en la aplicación del artículo 14.1 h). En este sentido, recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido en numerosas sentencias, desde sus sentencias en el caso Barthold contra Alemania de 25 de marzo de 1985, y el caso Lingens contra Austria de 8 de julio de 1986, la importancia del papel de la prensa para reforzar su ejercicio a la libertad de expresión e información recogida en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Más en concreto, en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de noviembre de 2016 caso Magyar, se reconoce que "... el acceso a la información es fundamental para el ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión, en particular, de la libertad de recibir y difundir informaciones (artículo 10 CEDH) y su negación constituye una interferencia con este derecho" (§156). Sobre esta base, el Tribunal elabora un test o escrutinio de cuatro preguntas, cuya respuesta afirmativa en un caso de acceso a la información pública determina que este cuente con la protección "iusfundamental" de la libertad de expresión e información (§ 158-169). Una de estas cuatro preguntas es si quien pide la información desarrolla efectivamente un papel de "perro guardián" de la democracia frente a los abusos de poder, papel atribuido a la prensa y extendido por el Tribunal en esta Sentencia a "otros organismos de control social" u Organizaciones no Gubernamentales (§ 165).

Por tanto, se reconoce una posición cualificada de los periodistas en cuanto a su acceso a la información pública, al vincular este en determinados casos al derecho a la libertad de recibir y difundir informaciones reconocido en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el supuesto planteado en la reclamación, el resto de preguntas del test sistematizado por el TEDH en la citada Sentencia, relacionadas con el interés público de la información solicitada y con el hecho de que esta se encuentre disponible para ser facilitada, también obtendrían una respuesta positiva, motivo por el cual afirma que, de acuerdo con la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el TEDH, el acceso a la información pública que ha sido denegado, goza de la protección del derecho a la libertad de recibir y difundir informaciones recogido en aquel precepto, de aplicación en el orden nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española.

Concluye el Comisionado que la Orden de 3 de junio de 2020 adolece de vicios formales y materiales que la invalidan. Desde el punto de vista formal, haberse adoptado sin la realización del trámite de audiencia a los titulares de los centros exigido por el artículo 19.3 de la LTAIBG (trámite radicalmente distinto al llevado a cabo, dirigido a recabar el consentimiento de aquellos para la divulgación de la información). Desde el punto de vista material, la decisión denegatoria contenida en la Orden impugnada se ha adoptado aplicando de forma irregular el límite recogido en el artículo 14.1 h) de la LTAIBG, al no haberse ponderado adecuadamente el interés público en la divulgación de la información. Por tanto, una vez realizado el trámite de audiencia y a la vista de las alegaciones formuladas en este, se debe adoptar la decisión que corresponda, ponderando el interés público en la divulgación de la información desagregada, considerando la amplitud del derecho de acceso a la información pública reconocido en la LTAIBG, el carácter estricto cuando no restrictivo con el que deben ser interpretados sus límites, y la cualificación como periodista del solicitante de la información.



#### La ejecución de la Resolución 171/2020 del Comisionado de Transparencia de Castilla y León

En la Orden de 1 de diciembre de 2020, de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, por la que se resuelve la solicitud nº 261/2020, después de la retroacción de actuaciones acordada por la Resolución 171/2020 del Comisionado y en ejecución de ésta, se afirma que el 8 de octubre se publicó en el Boletín Oficial de Castilla y León la apertura del trámite de alegaciones, para garantizar la máxima difusión, y que transcurrido el plazo concedido, 154 centros presentaron alegaciones manifestando su negativa a facilitar el acceso a los datos solicitados.

Se menciona también en la Orden que el 10 de julio se consultó a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, sobre la posibilidad de facilitar datos individualizados. Ésta elevó la consulta a la Abogacía del Estado que emite un informe el 31 de julio, coincidente con los criterios de los Servicios Jurídicos de la Junta de Castilla y León, en el que aplica la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante Ley Orgánica 3/2018) a este supuesto.

Se incorpora al análisis y ponderación omitida en la Orden de 3 de junio una extensa argumentación sobre la **posible concurrencia de datos personales** (datos personales especialmente protegidos o categorías especiales de datos; derecho a la intimidad; "identificabilidad" de los residentes afectados; tratamiento de los datos; consentimiento de las personas afectadas etc.) que sorprende por varias razones:

- a) En primer lugar y pese a lo que afirma la Abogacía del Estado en su Informe de 31 de julio de 2020, es la normativa sobre acceso a la información y no la normativa sobre protección de datos la que se aplica a las solicitudes de información realizadas por un tercero distinto del afectado, como en este caso. Así lo establece con claridad la vigente normativa sobre protección de datos en su disposición adicional segunda: "La publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica".
- b) En segundo lugar, porque se están pidiendo datos numéricos, en ningún caso identificación de los residentes afectados, sin perjuicio de que el juicio ponderativo requiere en estos casos también asegurar que no se facilite información estadística que, por su grado de detalle, pueda permitir identificar a las personas físicas contagiadas o fallecidas por la enfermedad.
- c) Y en tercer lugar, porque no es adecuado incorporar en la Orden de ejecución de una resolución del Comisionado de transparencia la aplicación de un límite no tenido en cuenta en la Orden inicial, como tienen manifestado unánimemente los Consejos de Transparencia en nuestro país. Así, como señaló el CTBG en su Resolución 132/2015 y el Consejo de Transparencia de Aragón en sus Resoluciones 1/2017, de 27 de febrero, y 17/2017, de 27 de julio, 15/2018, de 12 de marzo "los límites al derecho de acceso no pueden ser alegados, por vez primera y sin que hayan constituido el fundamento para denegar la información en el marco de la solicitud, en la tramitación de la reclamación que se presente al amparo del artículo 24 de la LTAIBG".

En cuanto a la posible identificación de las personas físicas contagiadas o fallecidas, el argumento de la Orden se centra ahora en el tamaño de algunas de las residencias de Castilla y León ubicadas en municipios con pocos vecinos, lo que permitiría establecer una relación directa entre el fallecido y la causa de fallecimiento.

La Orden de 1 de diciembre realiza una pormenorizada ponderación de la concurrencia del límite de los intereses económicos y comerciales para concluir que el interés público se ve satisfecho con el acceso parcial que se concede.

En la Orden se incluyen, además, tres reflexiones de alcance jurídico respecto de la Resolución 171/2020 del Comisionado:

- Incoherencia entre la detección de un vicio procedimental, que obliga a retrotraer el procedimiento, y un análisis crítico de la decisión material adoptada.
- Que el trámite de audiencia concedido permitió a todos los interesados a realizar alegaciones. Pese a ello se ha verificado un nuevo trámite de audiencia sin solicitar ninguna clase de consentimiento.
- Que las órdenes de acceso se han fundamentado en tres informes jurídicos diferentes, elaborados por órganos de diferentes Administraciones que ostentan funciones consultivas y de asesoramiento técnico y jurídico de reputado prestigio.

La Orden incorpora un anexo con:

- a) Número de residentes contagiados por provincia, área y titularidad del centro.
- b) Número de residentes fallecidos por COVID-19 confirmado y posible, por lugar de fallecimiento y según provincia, área y titularidad del centro.
- c) Número de residentes contagiados y fallecidos por lugar de fallecimiento por COVID-19 confirmado y posible en cada uno de los centros residenciales de titularidad de Castilla y León, y de cada uno de los 6 centros residenciales privados que de manera excepcional fueron intervenidos durante la vigencia del estado de alarma.

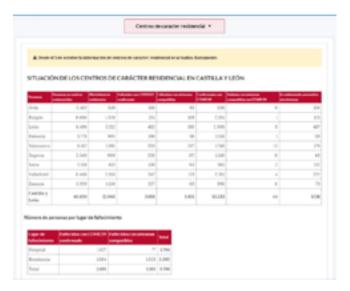
## 5

#### La repercusión en la gestión pública

A raíz de esta demanda de información son ya mayoría las Comunidades Autónomas que la proporcionan de manera desagregada y con actualización incluso diaria.

En concreto en el Portal de la Junta de Castilla y León se actualiza diariamente la información en dos enlaces:

 https://analisis.datosabiertos.jcyl.es/pages/test-coronavirus?seccion=centros-residenciales con actualización diaria desde el 5 de octubre.



 https://comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1284939308625/ <u>Comunicado/1285018765051/Comunicacion</u> en el que se descarga una tabla de actualización diaria con datos de coronavirus en residencias de mayores y centros de personas con discapacidad propios de la Junta de Castilla y León.



Además, el 31 de septiembre de 2020 se publicó en el Portal de Gobierno Abierto el informe "El impacto del COVID19 en las residencias de personas mayores de Castilla y león y medidas adoptadas", elaborado por la Junta de Castilla y León, que contiene información reutilizable por cualquiera de gran valor.

Desde el punto de vista de la repercusión en la gestión, se puede sostener que el hecho de hacer público el dato de contagios y fallecidos por residencia puede contribuir a que todos los centros extremen, más si cabe, el cuidado en el seguimiento de los protocolos para evitar en lo posible los contagios, pero en el análisis realizado por infoLibre en sus reportajes se aprecian matices y conclusiones simplistas, que no responden a la realidad, o que no tienen en cuenta todos los factores concurrentes.

Un ejemplo: afirmar que la discrepancia puesta de manifiesto entre los informes de los Servicios Jurídicos de la Junta y el informe de la Dirección General de Transparencia y Buen Gobierno obedece a "la división existente

en el Gobierno de coalición entre PP y Ciudadanos a la hora de abordar este asunto", es desconocer que ambos órganos hacen un análisis jurídico de la solicitud, aun cuando en el de los Servicios Jurídicos se omite cualquier referencia a la transparencia y a los fundamentos del derecho de acceso a la información pública, lo que permite concluir que el diferente alcance y conclusiones de los informes obedece a la muy distinta especialización en materia de transparencia de uno y otro órgano.

Es evidente que la transparencia exige un importante ejercicio de responsabilidad por parte de toda la sociedad y no solo de los poderes públicos, que son quienes generan gran parte de la información pública en los términos definidos por el artículo 13 LTAIBG. Aunque el derecho de acceso a la información pública pertenece a cualquier persona, tal como reza su artículo 12, es claro -tal y como han reconocido algunos Comisionados y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- que el ejercicio de este derecho, por parte de profesionales de los medios de comunicación, puede revestir ciertas características especiales, dada su vinculación a la garantía del derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz, derecho consagrado en el artículo 20.1 d) de la Constitución.

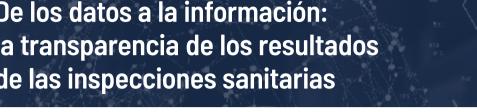
Para que esto sea posible, las Administraciones deben hacer una correcta gestión del derecho de acceso a la información pública e, igualmente, aquellos que la obtienen en ejercicio del derecho deberían hacer igualmente un uso responsable de ella, para asegurar una opinión pública libre que permita a las personas estar debidamente informadas para poder ejercer sus derechos en condiciones óptimas.

En algunas de las manifestaciones que se vierten en los distintos artículos publicados -como la que sugiere que aquellos centros residenciales que presentan un mayor número de personas fallecidas "lo han hecho peor" y, por el contrario, aquellas que presentan cifras más bajas "lo han hecho mejor" - son excesivamente simplistas y necesitadas de un mayor conocimiento y análisis, al que seguramente pudo contribuir la Junta realizando las consideraciones que estimase oportunas en las órdenes dictadas, para que la explotación y uso de la información obtenida mediante el acceso, evite manifestaciones equivocadas que puedan generar informaciones distorsionadas o erróneas.

Así lo afirma también el Comisionado de Transparencia de Castilla y León, cuando señala en su Resolución "la información desagregada puede proporcionarse por la Consejería competente acompañada de las matizaciones que considere necesarias, con la finalidad de poner de manifiesto todos los factores concurrentes que, además de la propia actuación de los titulares de los centros, expliquen los datos divulgados, a los efectos de contextualizar debidamente éstos (si procede) con el objeto de tratar de ofrecer una imagen de la actividad desarrollada que no se reduzca exclusivamente a las consecuencias en términos de mortalidad vinculada a la COVID-19".

En conclusión y como señala el Director General de Transparencia y Buen Gobierno en sus informes a las reclamaciones: "No debemos, pues, como Administración denegar el acceso a la información a la que puede tenerse derecho por el temor al incorrecto o mal uso que de ella se pueda hacer, e igualmente los profesionales de los medios de comunicación deben ser conscientes del importante papel y de la responsabilidad que asumen cuando trasladan a la sociedad la información que obtienen y efectúan análisis que pueden carecer del nivel de conocimiento previo deseable".

### De los datos a la información: la transparencia de los resultados de las inspecciones sanitarias



La publicación de los resultados de las inspecciones sanitarias de los establecimientos alimentarios<sup>1</sup> ha suscitado un alto grado de interés, no solo por su relevancia desde el punto de vista de la protección de los consumidores y de la salud pública (lo que de por sí ya es un motivo relevante) sino también, desde la óptica del sector y, sobre todo, del público en general. Si para los establecimientos, como reverso del control, la publicidad puede ser una oportunidad de posicionamiento frente a los competidores y un aliciente para la mejora de sus servicios, para su clientela, tener disponible esta información refuerza su capacidad y libertad de elección pues, sin duda, el cumplimiento o incumplimiento de los estándares sanitarios así como la evolución de su travectoria en este aspecto es un importante elemento decisorio a tener en cuenta<sup>2</sup>. A la hora de elegir un restaurante o un alojamiento ¿quién no consulta las valoraciones de otros viajeros o usuarios, o se quía por los medidores de revistas o web especializadas?

En la actualidad, son varios los países de nuestro entorno que no solo publican de manera ordinaria la información relativa a los resultados de la inspección sanitaria de este tipo de establecimientos, sino que han favorecido la puesta a disposición de los ciudadanos de esta información a través de programas y aplicaciones accesibles de iniciativa pública, sin perjuicio de la difusión de dichos resultados por entidades de carácter privado. En esta línea se puede mencionar la experiencia canadiense DineSafe<sup>3</sup>, puesta en marcha por el servicio de salud pública de Toronto, y otras similares que se pueden encontrar, entre otros países como Reino Unido<sup>4</sup>, Francia<sup>5</sup> (Alim'confiance) o Estados Unidos (por ejemplo, el programa ABCEats en el Estado de Nueva York)<sup>6</sup>. Se trata, en definitiva, no solo de afirmar el carácter público de los resultados de este tipo de actuaciones de inspección,

- Esta referencia a establecimientos alimentarios ha de entenderse en sentido muy amplio, y abarca desde bares y restaurantes hasta establecimientos de venta, pero también, comedores de centros como quarderías, colegios o residencias de ancianos.
- En su libro Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency, FUNG, GRAHAM y WEIL relatan como en el condado de Los Ángeles, desde 1998, los resultados de las inspecciones sanitarias no solo se publican en bases de datos en formato electrónico que los usuarios de los restaurantes de la zona pueden fácilmente consultar, sino que los gerentes de los establecimientos deben publicar en sus escaparates la calificación obtenida en la última inspección(calificaciones que van de la Á la C en función del grado de cumplimiento de los estándares sanitarios). De esta forma, los posibles clientes no necesitan llamar a la oficina de salud pública ni visitar una página web. Con un simple vistazo al escaparate del restaurante pueden apreciar las condiciones higiénicas e incorporar esa información a una de las más comunes decisiones diarias: averiguar dónde comer. Afirman que estos informes de higiene de restaurantes han creado poderosos incentivos para mantener la limpieza de los locales. También destacan otros dos importantes efectos derivados de este ejercicio de transparencia. En primer lugar (aunque quizá sea difícil establecer la correlación) dicen haber detectado un incremento de ganancia en los locales que obtuvieron la máxima calificación (A) y una disminución para los que obtuvieron la más baja(C). En segundo lugar, afirman haber apreciado una caída significativa en las hospitalizaciones por enfermedades relacionadas con intoxicaciones alimentarias.

En definitiva, estiman que las elecciones más informadas de los consumidores parecen haber mejorado la limpieza del restaurante, recompensando a los establecimientos que practican buena higiene y estimulando una nueva dimensión de competencia beneficiosa entre ellos.

- Cfr. Archon FUNG, Mary GRAHAM, and David WEIL: The Perils and Promise of Transparency, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 50.
- 3 Se puede consultar la reutilización de la información y su puesta a disposición en: https://www.toronto.ca/community-people/health-wellness-care/health-programs-advice/food-safety/dinesafe/#Explore
- 4 Se puede consultar en: https://ratings.food.gov.uk/
- 5 Alim'confiance se puede consultar en: https://www.alim-confiance.gouv.fr/
- 6 Sirva como ejemplo la herramienta ABCEats puesta a disposición por el Estado de Nueva York para ofrecer la información relativa a los resultados obtenidos por los distintos establecimientos alimentarios.
  - Se puede acceder a la herramienta en https://a816-health.nyc.gov/ABCEatsRestaurants/#/Search

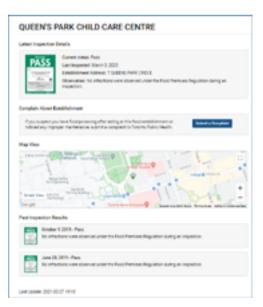
sino también, de hacerla efectiva facilitando que los usuarios puedan conocerla, lo que toca de lleno la cuestión la difusión y de la necesidad de desarrollar herramientas sencillas y adecuadas que lo hagan posible.

Las posibilidades de consulta que ofrece *DineSafe* permite acceder a los resultados de cada establecimiento, así como comprobar la calificación obtenida por los que se encuentran cercanos a una ubicación concreta:



DineSafe Toronto

La herramienta permite también conocer la evolución del cumplimiento de los estándares por un concreto establecimiento pues facilita el acceso a los resultados obtenidos con anterioridad:



 $\label{prop:local} Fuente: $$ $$ https://www.toronto.ca/community-people/health-wellness-care/health-programs-advice/food-safety/dinesafe/\#Explore $$ $$ dinesafe/\#Explore $$$ 

Herramientas de consulta fácil y accesible, similares a la anterior, se pueden encontrar también en Francia y Reino Unido. Así, por ejemplo:





Fuente: https://www.alim-confiance.gouv.fr/

Fuente: https://ratings.food.gov.uk/

En Nueva York, desde 2010, el Departamento de Salud exige a los restaurantes que exhiban en los escaparates la calificación de letras con los resultados de las inspecciones sanitarias. Actualmente esta obligación se extiende también a los establecimientos móviles, como carritos y camiones de comida.

Los resultados de la inspección son publicados en el sitio web del Departamento de Salud. Actualmente, el Departamento de Salud de Nueva York permite el acceso a una base de datos en Internet, como una herramienta de consulta para los consumidores, en la que se encuentran los resultados de inspección de salud para cada uno de los más de 24.000 restaurantes de la ciudad.



Fuente: https://a816-health.nyc.gov/ABCEatsRestaurants/#/Search

En España todavía llevamos un corto recorrido en la puesta en práctica del principio de transparencia. En relación con este asunto concreto, la puerta al acceso público a este tipo de información ha quedado abierta

con la reciente estimación de algunas demandas de información formuladas a través del ejercicio del derecho de acceso. Estas resoluciones han tenido un gran eco mediático porque, sin duda, no solo han roto la inercia y han clarificado la naturaleza pública de este tipo de información, sino porque también, de alguna forma, han "normalizado" la demanda y el suministro de estos datos que, hasta el momento, por diversas razones, no estaban accesibles para la ciudadanía.

Además, son muchos los medios de comunicación generalistas, pero también especializados, que sobre esos datos objetivos han podido elaborar informaciones más precisas y ofrecer instrumentos de acceso sencillo para todos los ciudadanos, que resultan de gran utilidad en la toma de decisiones, relacionadas con el consumo en este tipo de establecimientos. Es reseñable, por otra parte, que hayan sido precisamente periodistas quienes en el ejercicio de su labor informativa han promovido el acceso a estos datos, sin que ello signifique en modo alguno que su derecho de acceso sea privilegiado frente al del resto de los ciudadanos, aunque por su papel de intermediarios en el proceso de información, su labor tenga una particular relevancia.

De igual forma, la clarificación de los criterios y la determinación de los datos que son accesibles en materia de inspección sanitaria debería servir de estímulo para adoptar, también y sobre todo desde la óptica pública, las medidas precisas (de todo tipo), para hacer verdaderamente efectivo el derecho de acceso a esta clase de información, sobre todo, teniendo en cuenta, por su relación directa con la salud pública, la relevancia que este tipo de información comporta.



# Un *leading case* español en materia de transparencia de los resultados de las inspecciones sanitarias

A) En el mes de marzo de 2018, un particular registró en el Ayuntamiento de Madrid una solicitud de acceso a la información al amparo de la LTAIBG. En la solicitud se requería información relativa a los resultados de las inspecciones sanitarias en Madrid en materia de control de los establecimientos alimentarios (que incluye todos aquellos en los que se elaboren, vendan y sirvan alimentos); actividades de control oficial las realiza el Ayuntamiento de Madrid en el ámbito de sus competencias<sup>7</sup>.

En realidad, como hacía constar el demandante en el objeto de su solicitud, esta viene a reiterar otra anterior presentada en 2017 sobre el mismo objeto, que fue contestada con la remisión a una mejora de la base de datos que se estaba llevando a cabo, y que previsiblemente estaría lista en el mes de diciembre de 2017, coincidiendo con la aprobación del Plan de Actividades Programadas en materia de Seguridad Alimentaria para la ciudad Madrid.

En la nueva solicitud el demandante de acceso reclamó un listado, a ser posible en formato reutilizable (señala expresamente que se evite el formato PDF), en el que consten los resultados de "todas las inspecciones sanitarias realizadas por el Ayuntamiento de Madrid a establecimientos destinados a la elaboración, venta y servicio de alimentos y/o bebidas en los últimos 5 años". En su solicitud indicaba también los datos que, al menos, debieran figurar en dicho listado: nombre del negocio, dirección, fecha de la inspección, tipo de actuación, resultado, e infracciones registradas.

<sup>7</sup> Un asunto similar y muchas de las cuestiones planteadas fueron abordadas también en la Resolución del CTBG RT 0026/2017, de 24 de abril de 2017.

En su solicitud de acceso el demandante aclara que, a su juicio, debería serle entregada "una copia de la base de datos que se incorpora a la nueva herramienta de gestión".

La Gerencia del organismo "Madrid-Salud", mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2018, inadmitió la solicitud de acceso<sup>8</sup> basándose en la carencia de medios técnicos para atenderla y en lo dispuesto en el artículo 18.1 de la LTAIBG, que recoge como causa de inadmisión de la solicitud de acceso las "relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración".

Por tanto, el organismo requerido alegó, en primer lugar, una razón de carácter técnico para denegar la solicitud y se remitió al informe emitido en relación con la demanda inicial de información (2017), en el que se hacía constar que, aunque el programa informático con el que contaba el Ayuntamiento de Madrid (SIGSA), sí recogía los datos de las actuaciones inspectoras solicitados, la configuración actual de dicho programa no permitía la extracción informática de los datos solicitados, por lo que la solicitud solo podía atenderse llevando a cabo la extracción de forma manual, lo que requeriría, según señalaba: "una labor manual de casi imposible aplicación."

Madrid-Salud señaló que los desarrollos informáticos de los que había dado cuenta al solicitante de acceso en 2017, no se encontraban todavía finalizados en la fecha de la nueva solicitud (2018). Por este motivo Madrid-Salud reiteró la imposibilidad de obtener la información solicitada porque únicamente tenía disponibles los datos cuantitativos desagregados por Distritos y actividades.

Con este razonamiento, y alegando lo dispuesto en el precitado apartado c) del artículo 18.1 de la LTAIBG, el órgano requerido inadmitió la solicitud citando expresamente el criterio interpretativo CI/007/2015, de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), y sus resoluciones 181/2105, de 10 de septiembre, 253/2015, de 4 de noviembre, y 256/2015, de 23 de octubre, en las que se apreció la causa de inadmisión fundamentada en el artículo 18.1 c) de la LTAIBG. Esto es: la carencia de los medios técnicos necesarios para extraer y explotar la información; los casos en que no se pueda facilitar la información haciendo un uso racional de los medios disponibles (cuando no se dispone de una base informática de la que poder obtener los datos solicitados de acuerdo a campos o parámetros definidos, conllevaría la realización de una labor manual que sería casi de imposible cumplimiento); y los supuestos en los que la información no se encuentre desagregada en los términos de lo solicitado.

B) Contra la inadmisión, el solicitante (CIVIO) planteó su reclamación potestativa ante el CTBG9.

En la citada reclamación ante el CTBG, el recurrente se refiere a las resoluciones del Consejo alegadas por Madrid-Salud, destacando las diferencias fácticas entre los casos resueltos por las mismas y el supuesto planteado, lo que, a su juicio, impediría adoptar esa misma solución en el presente caso.

Por un lado, señala que los datos que se solicitan no son datos que no se encuentren informatizados (como ocurría en el caso resuelto en la Resolución 181/2015).

Por otro lado, y esta vez en relación con la Resolución 256/2016, sobre Revisiones de la Inspección Técnica de Vehículos, destaca una solución de adecuación que el CTBG ofreció para satisfacer el derecho a saber del solicitante. La solución partía de la existencia de dos bases de datos a disponibilidad del público que debían ser entregadas al solicitante sin ser cruzadas, para no caer en el supuesto de reelaboración, de manera que fuera el solicitante quien llevara a cabo esta función, si así lo deseaba.

<sup>8</sup> Resolución de la Gerencia Madrid-Salud, de 3 de mayo de 2018, nº expediente 213/2018/00311.

Accesible en: https://transparencia.madrid.es/FWProjects/transparencia/AcercaTransparencia/TransparenciaAlDia/Ficheros/20180503\_ResolucionMadridSalud.pdf

<sup>9</sup> Accesible en: https://transparencia.madrid.es/FWProjects/transparencia/AcercaTransparencia/Transparencia/AlDia/Ficheros/Reclamacion.pdf

En relación con esta resolución el reclamante pone de relieve que el propio Consejo declaró que "una solicitud no puede inadmitirse por el hecho de afectar a una pluralidad muy importante de registros y carecer de procedimientos informáticos que permitan obtener los datos solicitados, al no estar contempladas como tal entre las causas de inadmisión del artículo 18 de la LTAIBG", una interpretación estricta de la citada causa de inadmisión que excluye la posibilidad de una respuesta negativa de plano, como la obtenida.

Desde el punto de vista material, CIVIO puso de manifiesto cómo en el ámbito de la Unión, rige un intenso principio de transparencia en relación con la publicación del cumplimiento de los controles oficiales, efectuados para garantizar la verificación de la observancia de la legislación en materia de alimentos (Reglamento (CE) nº 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, actualmente derogado¹º). En dicho Reglamento se hacía constar que "las autoridades competentes velarán porque sus actividades se desarrollen con un nivel elevado de transparencia. Con tal propósito, la información pertinente que obre en su poder se pondrá a disposición del público lo antes posible".

Por último, la reclamación precisa su petición y cuestiona que existan impedimentos técnicos que obstaculicen la admisión de la solicitud.

Efectivamente, por un lado, se clarifica que la demanda de información se limitaba a los resultados de todas las inspecciones sanitarias realizadas por el Ayuntamiento de Madrid, sobre establecimientos destinados a la elaboración, venta y servicio de alimentos y/o bebidas en los últimos 5 años. Entre los resultados, se solicitaba que, al menos, constara el nombre del negocio, dirección, fecha de la inspección, tipo de actuación y resultado o infracciones registradas, pero no se reclama una copia de la base de datos en el que se incorporan los datos y resultados de estas inspecciones, entendiendo con ello que la Administración podría facilitar esta información en el formato en el que la tuviera disponible.

A juicio del reclamante, esta solicitud se podía haber satisfecho por dos vías. En primer lugar, exportando la base de datos (que acredita que es posible o reviste una complejidad asumible); en segundo lugar, a través de la remisión de las actas de inspección o los informes relativos a las mismas.

Tras la presentación de la Reclamación ante el CTBG, el Ayuntamiento de Madrid hizo las correspondientes alegaciones que fundamentó, principalmente, en dos argumentos, uno de carácter técnico y otro de fondo, introduciendo un nuevo elemento en el debate.

Tras una primera referencia a las dificultades de extracción de los datos solicitados (pero reconociendo la necesidad de facilitar esta información), el Ayuntamiento alude a su actuación dirigida a la implantación informática de un modelo de control orientado a clasificar los establecimientos según el riesgo alimentario y a la elaboración un "Censo de Locales y Actividades" para poder hacerlo visible a la ciudadanía. Se refiere también a que dicha aplicación está disponible y permite obtener los siguientes datos: fecha de la inspección, tipo de actuación, rótulo del local y su dirección, así como los resultados de las actuaciones con fecha de inspección posterior al 1 de enero de 2018, fecha a partir de la cual se registran, entre otros, los datos solicitados. En relación con las fechas alega también que los resultados solamente podían ser consultados de forma estadística a mes vencido, de manera que, a la fecha de la solicitud no se disponía de la información solicitada.

El segundo argumento, de más calado, tiene que ver con la confidencialidad de la información solicitada y la eventual protección de la misma por el deber de secreto profesional, por las limitaciones de la obligación, así como por el derecho a la protección de datos, elementos todos ellos que vendrían a modular la amplitud del deber de publicidad.

<sup>10</sup> Derogado por el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios, y por el que se modifican otros Reglamentos (CE).

• En primer lugar, el Ayuntamiento apela a la protección de la información por el deber de secreto profesional, que a su juicio se desprende de la normativa europea. En particular, del citado Reglamento (CE) Nº 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los "Controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales".

Según el Ayuntamiento, el artículo 7 de la norma europea (actualmente derogada) relativo a la "Trasparencia y confidencialidad", cubría la exoneración de publicidad de algunos de los datos relativos a los resultados de la inspección sanitaria.

Dicho precepto, que partía de una afirmación amplia del principio de transparencia y acceso por parte de la ciudadanía a las actividades de control efectuadas por las autoridades competentes, comprendía también aquellos datos cuya publicación está limitada por el deber de secreto profesional. Así, se acoge a la protección expresa que refiere la norma para "la confidencialidad de la instrucción o de procesos judiciales en curso y los datos personales, que determina su protección bajo el amparo del secreto profesional (artículo 7.3 del derogado Reglamento (CE)  $N^2$  882/2004) para tratar de justificar la no publicación de los datos.

Señala que "el acto de la inspección forma parte de todo el procedimiento administrativo que finaliza con una resolución administrativa bien por ausencia de infracciones o bien con algún tipo de posible inicio de expediente sancionador" y que, "en consecuencia, la publicación de los resultados de la actuación inspectora podría causar vulnerabilidad del inspeccionado que tiene reconocido su derecho de alegaciones a lo largo del procedimiento administrativo".

En esta misma línea, apela también al artículo 61.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que, con carácter potestativo establece que "las autoridades competentes podrán publicar, una vez firmes, las sanciones impuestas por las infracciones cometidas, los hechos constitutivos de tales infracciones, así como la identidad del infractor". De esta forma, sostiene que la publicación de los resultados de la actividad inspectora debe producirse una vez finalizado el procedimiento administrativo.

En segundo lugar, el Ayuntamiento apela a las obligaciones de confidencialidad y a las condiciones de la
publicación de los datos que impone a las autoridades competentes otra norma europea posterior: el
Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativo a los "Controles
y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos,
y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios".

El artículo 8 de este Reglamento<sup>11</sup> establece de forma expresa limitaciones a la publicidad que hacen referencia al deber de secreto profesional (anteriormente mencionado), pero también, a la concurrencia de eventuales

<sup>11</sup> Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativo a los Controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios.

Artículo 8: "1. Las autoridades competentes garantizarán que, con arreglo al apartado 3, no se divulgue a terceros la información obtenida en el desempeño de sus funciones en el contexto de los controles oficiales y otras actividades oficiales que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional con arreglo a la legislación nacional o de la Unión.

A tal fin, los Estados miembros garantizarán que se establezcan las obligaciones de confidencialidad adecuadas por lo que respecta al personal y a otras personas empleadas durante los controles oficiales y otras actividades oficiales.

El apartado 1 también se aplicará a las autoridades de control ecológico, los organismos delegados y las personas físicas en las que se hayan delegado funciones específicas de control oficial y a los laboratorios oficiales.

<sup>3.</sup> A menos que exista un interés público superior para la revelación de información amparada por el secreto profesional tal como se contempla en el apartado 1, y sin perjuicio de las situaciones en las que la legislación de la Unión o nacional la exija, esa información incluirá los datos cuya revelación sería perjudicial para:

a) el objetivo de las actividades de inspección, investigación o auditoría;

b) la protección de los intereses comerciales de un operador o de cualquier otra persona física o jurídica, o

c) la protección de procesos judiciales y de servicios de asesoramiento jurídico.

<sup>4.</sup> Cuando determinen que existe un interés público superior en la revelación de información amparada por el secreto profesional tal como se contempla en el apartado 1, las autoridades competentes tendrán en cuenta, entre otros elementos, los posibles riesgos para la salud humana, la salud animal, la sanidad vegetal, o para el medio ambiente, y la naturaleza, la gravedad y el alcance de dichos riesgos.

perjuicios que pudieran derivarse para "el objetivo de las actividades de inspección, investigación o auditoría; la protección de los intereses comerciales de un operador o de cualquier otra persona física o jurídica, o la protección de procesos judiciales y de servicios de asesoramiento jurídico".

A partir de ahí, el Reglamento de 2017 recoge un amplio régimen de publicidad que incluye la concurrencia de un "interés público superior" que puede justificar la excepción al secreto. Esta apelación es una fórmula abierta que permite un margen de interpretación que jugará de forma favorable a la publicidad.

En la necesaria labor de ponderación entre publicidad y secreto para determinar si la información debe ser publicada o puesta a disposición, el Reglamento señala algunos criterios que han de ser tenidos en cuenta como son, entre otros: "los posibles riesgos para la salud humana, la salud animal, la sanidad vegetal, o para el medio ambiente, y la naturaleza, la gravedad y el alcance de dichos riesgos."

Además de esta excepción general al deber de confidencialidad, el precepto recoge también las condiciones en que ha de llevarse a cabo la publicidad del resultado de los controles, es decir, la forma, las condiciones y el momento en que ha de realizarse. En este sentido, el apartado 5 del precitado artículo 8 del Reglamento, se refiere a que dicha publicidad se llevará a cabo garantizando que el operador interesado tenga la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la información que la autoridad competente se proponga publicar, y que en la información que se publique o se ponga de otra forma a disposición del público, se tengan en cuenta las observaciones presentadas por el operador interesado, o que esa información se publique o se ponga a disposición junto con dichas observaciones.

Lo cierto es que el propio Reglamento, en relación con la publicidad de las actuaciones inspectoras, detalla con precisión no solo los datos que se deben proporcionar al público, sino también otros aspectos relevantes como, por ejemplo, la frecuencia de la publicidad o la posibilidad de rectificación de las eventuales inexactitudes<sup>12</sup>.

Tras la prolija referencia a la normativa europea, en contestación a las dos vías que sugiere el reclamante para ofrecer la información solicitada, el Ayuntamiento alegó primeramente que se publicaron las estadísticas sobre el número de inspecciones a establecimientos alimentarios; en segundo lugar, que en las actas de inspección (según se establece en la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid) se incluyen datos de carácter personal como, por ejemplo, el DNI del inspeccionado o de las personas ante las que se levanta el acta y, en tercer lugar, que las actas no se encontraban digitalizadas.

<sup>5.</sup> Las obligaciones de confidencialidad establecidas en el presente artículo no impedirán que las autoridades competentes publiquen o pongan de otra forma a disposición del público información sobre el resultado de los controles oficiales relativos a operadores individuales, siempre que, sin perjuicio de las situaciones en las que la legislación de la Unión o nacional exija la revelación, se cumplan las siguientes condiciones:

a) que el operador interesado tenga la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la información que la autoridad competente se proponga publicar o poner de otra forma a disposición del público, con anterioridad a su publicación o su puesta a disposición teniendo en cuenta la urgencia del caso, y

b) que en la información que se publique o se ponga de otra forma a disposición del público se tengan en cuenta las observaciones presentadas por el operador interesado o que esa información se publique o se ponga a disposición junto con dichas observaciones."

<sup>12</sup> Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, Artículo 11:

<sup>&</sup>quot;1. Las autoridades competentes realizarán los controles oficiales con un elevado nivel de transparencia y, al menos una vez al año, pondrán a disposición del público, también mediante publicación en internet, información pertinente sobre la organización y la realización de los controles oficiales.

Asimismo, velarán por que se publique con regularidad y en tiempo oportuno información sobre:

a) el tipo, el número y el resultado de los controles oficiales;

b) el tipo y el número de casos de incumplimiento detectados;

c) el tipo y el número de casos en que las autoridades competentes hayan adoptado medidas de conformidad con el artículo 138, y

d) el tipo y el número de casos en que se hayan impuesto las sanciones a que se refiere el artículo 139

Las autoridades competentes establecerán procedimientos para garantizar que toda inexactitud en la información que se ponga a disposición del público se rectifique de manera adecuada.

<sup>3.</sup> Las autoridades competentes podrán publicar, o poner a disposición del público de otra forma, información sobre la calificación de los operadores individuales basándose en los resultados de uno o varios controles oficiales, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que los criterios de calificación sean objetivos, transparentes y estén públicamente disponibles, y

b) que se hayan adoptado las medidas apropiadas para garantizar la equidad, coherencia y transparencia del proceso de calificación."

## 2

#### Los precedentes de este caso

Sobre un caso similar de solicitud de información, ya existía un precedente estimatorio. La Resolución de 28 de septiembre de 2016 de la *Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP)*<sup>13</sup> abordó esta misma cuestión en relación a la actividad inspectora del Agencia de Salud Pública de Barcelona (ASPB).

En este caso, la reclamación tenía que ver con una solicitud de información relacionada con la actividad inspectora de la citada Agencia de Salud Pública de Barcelona, a la que se solicitaron datos sobre inspecciones sanitarias en los restaurantes de Barcelona. Se solicitó que la información fuera comunicada de forma desglosada por nombre del establecimiento, dirección y resultado de las últimas inspecciones de sanidad e higiene.

En esta resolución ya se dejan sentadas cuestiones como que la eventual concurrencia de causas de inadmisibilidad se tiene que invocar en el momento de dar respuesta a la solicitud presentada (estima cuestionable que se haga ex post), la necesidad de motivación de la apreciación de cualquier causa de inadmisibilidad, el reconocimiento de la relevancia o interés público de la información solicitada (que no se puede considerar como notas o documentos de trabajo interno) o la fundamentación del derecho de acceso a la información solicitada tanto en la LTAIBG como, por razón de la materia, en el Reglamento CE 882/2004.

Se considera también que la divulgación de los resultados de las inspecciones no puede obstaculizar la investigación o sanción de infracciones administrativas, y se cuestiona que merezcan protección los intereses económicos y comerciales, que se fundamentan en el incumplimiento de prescripciones determinadas por el ordenamiento jurídico. Por último, se determina la improcedencia de la aplicación del inciso final del artículo 23 de la LTAIBG, no solo porque la solicitud no abarca datos personales, sino porque, concluye la GAIP, las inspecciones señalan incumplimientos, sin llegar a calificar infracciones.

Un año después, esta vez en el ámbito de la Comunidad de Madrid, también el CTBG tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto similar (Resolución RT 0026/2017, 24 de abril de 2017). En esta ocasión, el Consejo abordó la solicitud de 25 de noviembre de 2016 sobre "información relativa a las inspecciones y controles higiénicosanitarios realizados en los restaurantes y bares de la Comunidad de Madrid por parte de la Dirección General correspondiente de la Consejería de Sanidad". Se solicitaba que la información se suministrara de forma desglosada por nombre del establecimiento, dirección y resultados de las últimas inspecciones sanitarias y de higiene que se hayan realizado. También se solicitaba copia de las actas en las que los inspectores hubieran detallado los posibles incumplimientos.



#### La resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)

Como se ha señalado, la cuestión fue resuelta por el CTBG en su Resolución RT/0279/2018 de 29 de noviembre de 2018<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Resolución de 28 de septiembre de 2016 de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP) de estimación de la Reclamación 119/2016.

Accesible en: http://www.gaip.cat/es/detall/normativa/2016-119

<sup>14</sup> Resolución RT/0279/2018, de 29 de noviembre de 2018.
Accesible en: https://civio.app.box.com/s/2hk9qtfpdzfqza08b44q0dx3wb0xv94b

#### 3.1

#### Precisiones sobre el contenido de la solicitud: los "resultados de las inspecciones"

En primer término, el Consejo entra a precisar el objeto de la solicitud e inadmite la pretensión de la entrega de la copia de las actas de inspección (una solicitud que se formula en el escrito de interposición del recurso, pero que no aparece en la solicitud inicial de acceso). Ello porque, según el criterio mantenido por el CTBG en resoluciones anteriores, no es posible modificar en la reclamación el objeto de la solicitud de acceso.

El contenido de la solicitud de acceso se ciñe, por tanto, a la obtención de un listado con los resultados de todas las inspecciones sanitarias realizadas por el Ayuntamiento de Madrid a establecimientos destinados a la elaboración, venta y servicio de alimentos y/o bebidas en los últimos 5 años donde figure, al menos el nombre del establecimiento (no se hace referencia a la solicitud de identidad del titular), dirección y resultados de las últimas inspecciones sanitarias y de higiene.

Sobre este último extremo, el Consejo trata de clarificar lo que se entiende por "resultado" de las inspecciones. Sobre este particular recuerda que es preciso diferenciar los actos de inspección de las consecuencias de dichos actos como, por ejemplo, la apertura de procesos sancionadores. Si los primeros son actos instrumentales o preparatorios de decisiones administrativas (por ejemplo, de imposición de sanciones) y reflejan una situación fáctica objetiva, los segundos reflejan el ejercicio de potestades administrativas, por ejemplo, la potestad sancionadora.

En relación con esta cuestión, en un sentido similar a como se planteó en una anterior Resolución de la GAIP, de 28 de septiembre de 2016, el Consejo realiza el análisis de la normativa reguladora de las inspecciones para definir lo que se entiende por "resultados de las inspecciones". Este régimen regulador se encuentra en normas europeas (los Reglamentos (CE) nº 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la Higiene de los productos alimenticios y nº 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre los Controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales), así como en normas nacionales estatales (Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública- y, finalmente) y autonómicas (entre otras, la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid).

Con base en esta última norma, por ser la regulación más específica sobre la materia tratada, el Consejo determina de forma precisa que por "resultados de las inspecciones" debe entenderse que son, "razonablemente, los contenidos en las correspondientes actas de inspección que se hayan podido elaborar por los inspectores en el ejercicio de sus funciones". En estos documentos, señala, "han de figurar, al menos, la identificación completa de la persona jurídica y de los inspectores actuantes, el lugar, fecha y hora del inicio y finalización de la actuación inspectora, los motivos de actuación, los hechos apreciados, circunstancias concurrentes o de interés y las manifestaciones que deseen formular quienes atienden a la inspección y, por último, las diligencias practicadas".

#### 3.2

Las razones de fondo: la eventual confidencialidad de los datos solicitados y la protección de los datos personales, la posibilidad de que se ocasione un daño con la revelación de información, y la causa de inadmisión del artículo 18.1 c) de la LTAIBG (la exigencia de "reelaboración")

Como se ha señalado anteriormente, en este caso la Administración local alegó como argumentos para denegar o inadmitir la solicitud de acceso, respectivamente, la confidencialidad de la información y la exigencia de reelaboración de los datos, como impedimentos materiales para facilitar la información solicitada.

a) El Consejo aborda, en primer término, la cuestión de la inadmisión de la solicitud de acceso basada en que esta lleva consigo la necesidad de reelaboración manual de la información, una tarea inasumible para la Administración requerida, según ella misma manifiesta.

Sobre lo que deba entenderse por "reelaboración" de la información, el Consejo se remite a su criterio interpretativo CI/007/2015, de 12 de noviembre. En dicho documento se refiere a un concepto literal de reelaboración como "volver a elaborar algo". Si por ello se entendiera, como dice el CI/007/2015, "la mera agregación, o suma de datos, o el mínimo tratamiento de los mismos, el derecho de acceso a la información se convertirá en derecho al dato o a la documentación, que no es lo que sanciona el artículo 12 cuando define el derecho como "derecho a la información". Efectivamente, el reconocimiento del derecho a la información lleva consigo algo más que el mero suministro de datos desagregados, cuya interpretación se deja totalmente en manos del solicitante. La información, en sentido estricto, requiere siquiera una mínima elaboración que dote de sentido o significado a los datos. Máxime, cuando el ciudadano medio puede no tener ni la capacidad ni los medios de obtener información del suministro "en bruto" de una relación de datos.

La dificultad se encuentra, por tanto, en la determinación del punto de equilibrio entre el mero suministro de datos y la reelaboración compleja que se adecue a las expectativas o a la demanda personalizada del solicitante, en definitiva, en la diferencia que existe entre "datos" e "información".

Efectivamente, según el criterio interpretativo citado, la reiterada causa de inadmisión podría entenderse aplicable cuando la demanda de información requiere una elaboración expresa de diversas fuentes de información para dar respuesta a una solicitud concreta o, también, cuando el organismo o entidad solicitado carezca de los medios necesarios para extraer y explotar la información que se solicita, haciendo imposible proporcionarla. En definitiva, la alegación debe basarse en elementos objetivables -señala la Resolución- de carácter organizativo, funcional o presupuestario.

En la medida en que "la reelaboración supone un nuevo tratamiento de la información", como señala el CTBG, habría que diferenciarla de otros supuestos que, no solo no justificarían la inadmisión de la solicitud de información, sino que constituyen alternativas de suministro de la información previstas en la propia Ley de Transparencia. Así, por ejemplo, no cabría entender como reelaboración a los efectos del artículo 18.1 c) de la LTAIPBG, el volumen o la propia complejidad de la información solicitada (artículo 20.1 de la LTAIPBG), la necesidad de facilitar un acceso parcial (artículo 16 de la LTAIPBG), o la comunicación de información anonimizada, disociada (artículo 15.4 LTAIPBG), por ejemplo.

A este respecto, en la resolución del presente caso, el CTBG utiliza de forma, a mi juicio mesurada, un criterio de ponderación entre los términos de la solicitud y el debido cumplimiento de la obligación de transparencia por parte de la Administración requerida.

La resolución de inadmisión de la solicitud de acceso recurrida, ofrece como fundamento una alusión a que "en su configuración actual dicho programa no permite extraer los datos solicitados, ya que la aplicación no tiene implementados los medios necesarios para extraer y explotar la información por lo que requeriría una labor manual de casi imposible aplicación".

Esta invocación, hace referencia a una causa material (carencia de medios técnicos), así como una valoración (la imposibilidad de realizar esta labor de forma manual) lo que, como señala el Consejo, "no parece que se haya justificado razonablemente en elemento jurídico alguno que lo sustente", pues "no se ha argumentado jurídica ni técnicamente los motivos que concurren para acreditar que para facilitar la información solicitada sea preciso llevar a cabo una compleja tarea de reelaboración, no acreditando, en ningún momento, la magnitud de la tarea de reelaboración que sería necesaria".

En ausencia de otra justificación o una de más calado que una mera invocación de la dificultad de hacerlo, admitir esta posibilidad sería tanto como dejar en manos del órgano solicitado la decisión última sobre la efectividad del derecho de acceso.

Como señala el CTBG en su resolución, lo esencial es determinar qué se entiende por "reelaboración" de la información para poder determinar la consecuencia de inadmisión de la solicitud prevista legalmente.

En el caso de referencia, el Consejo no aprecia esta necesidad atendiendo al contenido material de la solicitud que circunscribe su objeto a la obtención de "el nombre, la dirección y los resultados de las últimas inspecciones higiénico-sanitarias de bares y restaurantes de la ciudad de Madrid".

A juicio del Consejo, la información solicitada puede resultar voluminosa pero no puede apreciarse que precise "reelaboración". De hecho – señala - el solicitante pedía que le fuera suministrada en formato reutilizable, por lo que hubiera bastado para atender la solicitud que se le hubiera facilitado, por ejemplo, una hoja de cálculo en la que figurasen los datos demandados. Por otro lado, hace notar que la propia Administración reconoció que esos datos en la fecha actual pueden ser suministrados "a mes vencido".

Desde un punto de vista formal, en la medida en que las causas de inadmisión determinan la finalización del procedimiento, la solución que adopte debe ser motivada y ha de identificar expresamente los motivos que conducen a calificar la solicitud como de "reelaboración" excesiva.

b) En los fundamentos jurídicos de carácter objetivo, el Consejo aborda también (recogiendo las alegaciones formuladas por la administración autonómica), la cuestión del eventual perjuicio que podría derivarse para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios (artículo 14.1 e) de la LTAIBG).

En coherencia con la naturaleza fundamental del derecho de acceso y la configuración amplia con que se recoge en la Ley de Transparencia, el Consejo hace una interpretación estricta de los límites a este derecho de contenido fundamental. Así, de conformidad con la dicción expresa del Preámbulo de la ley, las limitaciones deben restringirse a "aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos".

De acuerdo con esta interpretación necesariamente estricta, los límites del artículo 14 de la LTAIBG no podrán ser aplicados automáticamente y, en cualquier caso, como señala la ley, será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atenderá a las circunstancias del caso concreto. La publicación de los límites

requiere una labor previa de valoración de las circunstancias concurrentes que, según criterio del propio Consejo, requiere una doble operación lógica, que se concreta en los denominados "test del daño" y "test del interés" 15.

A juicio del Consejo, esta comprobación justificativa de la limitación no se encuentra de forma suficiente en la alegación de que los datos solicitados "constituyen datos confidenciales y reservados que obran en ficheros protegidos de esta Dirección General", sin precisar el perjuicio concreto que ocasionaría facilitar el acceso a los datos solicitados.

Efectivamente, el límite que consagra el artículo artículo 14.1 e) de la LATIPBG tiene una finalidad concreta como es la de impedir que la divulgación de los datos solicitados pueda obstaculizar o hacer inútil "la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios" a través, por ejemplo, de la destrucción de pruebas u otras conductas, el entorpecimiento de la investigación u otras conductas adecuadas a ese fin. De forma que quien alega esta limitación debería acreditar, en el caso concreto, que efectivamente la comunicación de los resultados de inspecciones ya realizadas es susceptible de causar dichos daños.

En realidad, la necesidad de prevenir los posibles daños con limitaciones, como las mencionadas en expedientes de carácter penal, administrativo o disciplinario, principalmente, existe durante la tramitación de los mismos, que es cuando el daño puede producirse.

Además, en relación con la divulgación de la información, en el caso que nos ocupa, el Consejo puso de manifiesto también que, de manera ordinaria, en los procedimientos de inspección, se da traslado a los comparecientes de documentos como las actas, pero también otros documentos que se redacten durante la actividad inspectora (excepto cuando aquéllos tengan carácter meramente estadístico o informativo, a tenor del artículo 37.5 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid). Por tanto, razona, si de lo que se trata con la negativa de proporcionar la información es evitar que el conocimiento o la divulgación de la información perjudique la investigación o la eventual sanción de las posibles infracciones que se hayan cometido, en realidad no hay posibilidad de que esto ocurra porque los presuntos infractores son conocedores de la información que es objeto de esta reclamación desde que se ha concluido la inspección.

#### c) El Consejo, sin embargo, sí acoge y manifiesta su conformidad con la alegación de la entidad reclamada relativa a la confidencialidad de los datos.

La entidad reclamada en su momento alegó que los datos solicitados estaban sometidos a un doble deber de confidencialidad amparado por el secreto profesional, pero también, por la obligación de preservar la confidencialidad de la instrucción de procesos judiciales en curso, como mecanismo para la protección de su propia eficacia.

También, que el inspeccionado tiene derecho a presentar alegaciones a lo largo del procedimiento administrativo, de manera que la publicación de cualesquiera de los datos debería esperar a la finalización del procedimiento para no debilitar la posición del inspeccionado. Ahora bien, esta alegación tiene que ver, no tanto con la confidencialidad de los datos, como con el momento procesal en que puede hacerse pública sin riesgo para otros derechos o intereses superiores.

En relación con la confidencialidad, aunque desde un punto de vista muy distinto, se aborda la cuestión del derecho a la protección de datos y su eventual efecto limitador para la publicación de la información solicitada.

En relación con esta cuestión, el Consejo diferencia la eventual vulneración de datos de la empresa, o de terceras personas que pudieran verse afectadas. En relación con este último extremo utiliza para llevar a cabo

Esta doble verificación se refiere a la comprobación de que el acceso a la información ha producido el daño que la limitación trata de evitar que se produzca y, en segundo término, la existencia o inexistencia de un interés superior, de mayor peso, que lo justifique (CI/002/2015, de 24 de junio).

la ponderación los mismos criterios que dejó sentados en un Criterio Interpretativo anterior (CI/002/2015, de 24 de junio de 2015)<sup>16</sup> donde establecía las pautas a seguir.

El punto de partida de este análisis es lógicamente, el contenido de la solicitud que, como se ha precisado, se refería al "nombre del establecimiento -bar o restaurante-, dirección y resultado de las últimas inspecciones higiénico-sanitarias que se hayan realizado".

Sobre este extremo, el Consejo valora que la información solicitada, en principio, no contiene estrictamente datos personales. Ello, porque, el nombre del establecimiento es una marca comercial y las personas jurídicas carecen de la garantía que proporciona la legislación de datos personales contenida en la entonces vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. En esta misma línea, y por lo que respecta a la dirección del establecimiento, remarca que no se trata de la dirección del domicilio de una persona física y, por tanto, tampoco tiene esa protección. Por último, respecto de los resultados de la "inspección" considera que, en la medida en que constituyen una descripción de situaciones de hecho referidas al local o a la actividad inspeccionados, y que se refiere al cumplimiento de las determinaciones sanitarias y de higiene aplicables, no es probable que contenga datos personales susceptibles de protección.



# El impacto de la resolución en la información ofrecida por los medios de comunicación

La publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca de los resultados de las actas de inspección sanitaria sobre bares y restaurantes, fue relevante en relación con el asunto anteriormente mencionado resuelto por la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP).

En particular, este asunto tiene interés no solo porque dio lugar a una resolución pionera, sino porque fue el propio diario el que hizo la solicitud en el contexto de una labor de investigación periodística.



El diario de EL PAÍS dio cuenta de esta noticia en su edición del 19 de diciembre de 2016, bajo el titular "Los resultados de las inspecciones de sanidad en los establecimientos de restauración de Barcelona son públicos

<sup>16</sup> CI/002/2015, de 21 de mayo de 2015 Accesible en: https://www.consejodetransparencia.es/ct\_Home/Actividad/criterios.html

por primera vez gracias a una petición de información mediante la Ley de Transparencia de Cataluña hecha por este diario", firmado por Neus Vidal.

En el relato de hechos no solo se refiere el proceso, los términos de la solicitud o la referencia a la base de datos obtenida como consecuencia de la reclamación, sino que una vez ordenada la información ofrece un buscador con un sistema de consulta sencilla.



Fuente: https://elpais.com/ccaa/2016/12/16/catalunya/1481907654\_148804.html

La Resolución del CTBG RT/0279/2018, de 29 de noviembre de 2018 en relación con las inspecciones sanitarias en Madrid, tuvo una gran repercusión mediática por su carácter novedoso, así como por el amplio alcance de la resolución en la medida en que se refiere a "establecimientos alimentarios", y esto incluye todos aquellos en los que se elaboren, vendan y sirvan alimentos y abarca, por tanto, no solo bares y restaurantes, sino comedores escolares, pastelerías, churrerías, etc.

Así se hace constar en la noticia que ofrece CIVIO y firma Miguel Ángel Gavilanes, promotor de la solicitud y la reclamación de la que trae causa la Resolución.





Cabe destacar que CIVIO reelabora la información y ofrece una información gráfica interactiva de gran utilidad

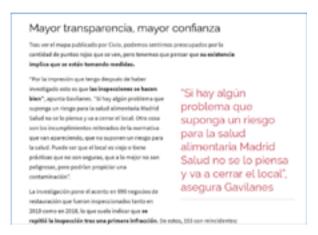
Fuente: https://civio.es/tu-derecho-a-saber/2019/10/10/consulta-los-locales-de-tu-barrio-que-suspendieron-en-la-ultima-inspeccion-sanitaria/

Esta reutilización de la información por su interés y accesibilidad ha sido recogida por diversos medios periodísticos que se hicieron eco de este resultado y del instrumento de consulta ofrecido por CIVIO:



Fuente: https://www.elindependiente.com/vida-sana/2019/10/10/estos-son-los-restaurantes-madrilenos-que-no-superan-las-inspecciones-de-sanidad/

Por su parte, la prensa especializada ha destacado no solo el resultado y la herramienta de consulta, sino también el efecto que la transparencia de los datos tiene en relación con la confianza en los establecimientos.



Fuente: https://www.directoalpaladar.com/actualidad-1/uno-cada-tres-bares-restaurantes-madrid-ha-tenido-inspeccion-sanitaria-desfavorable-ahora-puedes-saber-cuales

A partir de los resultados de las actuaciones de inspección, los distintos medios de comunicación han reelaborado esta valiosa información para trasmitirla o para dar a conocer sus conclusiones o valoraciones en función de diversas variables como el tipo de establecimiento de que se trate, las zonas en las que se concentran, por ejemplo, los establecimientos mejores o peor puntuados, etc.

Otras referencias se encuentran en:

https://www.publico.es/sociedad/consulta-locales-comidas-madrid-fallaron-control-seguridad-alimentaria.html https://as.com/deporteyvida/2019/10/16/portada/1571206103\_017754.html

https://www.businessinsider.es/bares-restaurantes-madrid-suspensos-inspeccion-sanitaria-508075

https://elpais.com/ccaa/2019/10/30/madrid/1572465732\_481898.html

https://www.elplural.com/oxigena2/planes/locales-poco-higienicos-sanidad-madrid\_225834102



# Las repercusiones de estas resoluciones en otros casos posteriores

Con posterioridad a la Resolución comentada se han sucedido muchas otras resoluciones del Consejo con un contenido muy similar para atender este tipo de solicitudes (por todas, RT 0376/2018, de 4 de febrero de 2019, sobre "todas y cada una de las inspecciones de sanidad hechas en bares, restaurantes, cafeterías, discotecas, pubs y clubs de Madrid entre el 1 de enero de 2016 y el 20 de julio de 2018; RT/0037/2020, de 10 de junio de 2020 en relación con inspecciones higiénico-sanitarias 2016-2019 realizadas por la Consejería de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de la Ciudad Autónoma de Ceuta; la RT 0135/2020, de 22 de junio, en relación con el Principado de Asturias, etc.).

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

Desde un punto de vista material, como he señalado anteriormente, también se han producido solicitudes en diversos ámbitos particularmente sensibles como los colegios y guarderías, o las residencias de ancianos (por todas, la Resolución 440/2019, de 23 de septiembre de 2019, sobre sanciones a residencias de ancianos en la Comunidad de Madrid, sobre la cual se ha elaborado, por ejemplo, un mapa de las residencias sancionadas<sup>17</sup>; o la Resolución 478/2020, 5 de noviembre de 2020, relativa a una demanda de información sobre la inspección en residencias de mayores en la Ciudad Autónoma de Melilla).

<sup>17</sup> Vid. "El mapa de las residencias de ancianos de Madrid sancionadas", El País, 18 de octubre de 2019. Accesible en: https://elpais.com/ccaa/2019/10/18/madrid/1571410756\_517394.html

11

#### RUBÉN GARCÍA LÓPEZ

Secretario de la Comisión de Transparencia de Castilla y León

# El acceso a la información sobre publicidad institucional

En su ensayo *Verdad y Política* (1964), expresaba Hannah Arendt que "la libertad de opinión es una farsa si no se garantiza la información objetiva y no se aceptan los hechos mismos". Así de relevante es para las sociedades democráticas garantizar una información alejada, tanto como sea posible, de veleidades partidistas y que no responda, o al menos no de una forma preponderante, a satisfacer a grupos de interés determinados. Aquel aserto de una de las grandes pensadoras del siglo XX parece en la actualidad más vigente que nunca, cuando asistimos con demasiada frecuencia a una auténtica labor de creación de los hechos como presupuesto de la construcción de una opinión que trata de ser impuesta a la sociedad.

Es una evidencia que el papel de los medios de comunicación como garantes de una información objetiva se antoja indispensable en un entorno democrático. De su actuación independiente y rigurosa, en el marco actual de una multiplicidad de redes de comunicación de difusión inmediata, depende, en gran medida, que la comunidad ciudadana pueda conocer los hechos más relevantes para el desenvolvimiento de su vida en sociedad y las circunstancias en las que estos tienen lugar. De ahí que la relación entre los medios de comunicación y los poderes públicos haya sido siempre, y lo siga siendo hoy en día, uno de los elementos más sensibles y cruciales para el correcto desarrollo de la vida en democracia.

Uno de los cauces a través de los cuales tiene lugar esta relación es la publicidad institucional que, además de ser el instrumento utilizado por las instituciones para difundir un mensaje de interés público, también es, y no debemos olvidarlo, una vía de financiación de las empresas de comunicación, tanto más importante para estas cuanto menor sea su tamaño. Ese es el motivo de la importancia de que los ciudadanos conozcan cómo se desenvuelve esta relación en todos sus extremos, como garantía de la independencia de los medios respecto al poder político. Como ocurre en otros muchos ámbitos, la transparencia es la mejor medicina frente a la corrupción y un eficaz mecanismo preventivo de la apertura de grietas en el sistema.

Aquí, a través de un supuesto concreto que tuvo lugar en la Comunidad de Castilla y León, vamos a exponer de qué forma la publicación de la información relativa a la publicidad institucional y el ejercicio del derecho de acceso a esta información son aspectos que, como siempre ocurre, lejos de ser independientes se encuentran interconectados, de forma que ambas caras, activa y pasiva, de la transparencia se retroalimentan e igual que pueden contribuir conjuntamente a dar luz a la información correspondiente a un determinado ámbito material, es posible también que se alíen para impedir el conocimiento por los ciudadanos de una materia. Igualmente, a través de este caso concreto, observaremos cómo la labor de los responsables públicos, de los organismos de garantía y de los medios de comunicación ha ido logrando con el paso del tiempo que lo que, en un primer momento, era oposición y dificultades para acceder a la información, se transformara en claridad informativa y, al fin y al cabo, en mejora de la calidad democrática.

Recorreremos un camino desde la negativa, casi absoluta, al acceso a la información relativa a la publicidad institucional hasta una publicación, casi completa, de esta que permite conocer cómo se gasta el dinero invertido en este ámbito por la Administración de la Comunidad de Castilla y León.



#### El planteamiento de la cuestión

La solicitud de acceso a la información pública que nos va a ocupar se presentó en un determinado contexto normativo que, obviamente, condicionaba su resolución. En el ámbito estatal, la Ley de Publicidad y Comunicación Institucional de 2005 incluía expresamente en su preámbulo como uno de sus objetivos prioritarios el de garantizar la transparencia en el desarrollo de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación "mediante la habilitación de fórmulas que den a conocer todas las actividades de publicidad y de comunicación que prevea desarrollar la Administración General del Estado, incluidas las de las entidades que le están adscritas". Sin embargo, en el articulado de la norma apenas si existe alguna medida concreta dirigida a lograr el citado objetivo de la transparencia, más allá de la obligación del Gobierno de elaborar un informe anual de publicación y de comunicación donde han de incluirse todas las campañas institucionales, que debe ser remitido a las Cortes Generales y puesto a disposición de todas las organizaciones profesionales del sector.

En Castilla y León, en 2009 se aprobó una Ley autonómica de publicidad institucional. También en la exposición de motivos de esta Ley se señalaba la pretensión de esta norma de que la publicidad institucional "se desarrolle con plena eficacia y transparencia", pero de nuevo esta declaración general no se concretó en medidas específicas dirigidas a conseguir este objetivo. En su redacción original también se preveía la elaboración de un informe anual sobre todas las actuaciones desarrolladas por una Comisión Autonómica de publicidad institucional, informe del que debía tomar conocimiento la Junta de Castilla y León y que, además, debía ser remitido a las Cortes regionales. Sin embargo, desde el año 2014 la planificación anual de la publicidad institucional se lleva a cabo por la Comisión de Secretarios Generales y se circunscribe a la Administración autonómica y a sus entes adscritos, eliminándose en ese año la obligación de remitir esta planificación al órgano legislativo.

Por su parte, a pesar de la existencia previa de propuestas legislativas para que se publicara en internet el gasto público realizado en campañas de publicidad institucional, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), no hizo ninguna referencia específica a esta cuestión. Por tanto, sin perjuicio de que los contratos de publicidad institucional se encuentren sujetos a las obligaciones de publicidad activa previstas en esta Ley para todos los contratos, la norma reguladora de la transparencia de ámbito estatal no prevé ninguna obligación específica de publicación en la Web de información detallada sobre las campañas de publicidad y promoción institucional. Obviamente, también la información relativa a la publicidad institucional tendrá la consideración de información pública en los términos previstos en la LTAIBG y, por tanto, todos los ciudadanos pueden acceder a su conocimiento a través del ejercicio de este derecho. Pero lo cierto es que la LTAIBG no ofrece facilidades especiales para conocer cómo reparten los poderes públicos entre los medios de comunicación el dinero invertido en campañas de publicidad institucional.

Por el contrario, las leyes autonómicas que se han ido aprobando por las Comunidades Autónomas sí han incorporado previsiones específicas relativas a la transparencia de la información correspondiente a su publicidad institucional, pudiendo diferenciar al respecto dos grupos. Un primer grupo de leyes autonómicas prevén la publicación de la cifra global del gasto público, sin exigir mayores detalles. Es el caso de Andalucía, Murcia o Extremadura. Más amplio es el grupo de Comunidades que han incluido en sus leyes de transparencia respectivas no solo la obligación de publicar el importe total del gasto sino también de información adicional relevante como, por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, "los distintos conceptos de la campaña y el importe contratado a cada medio de comunicación" (Cataluña), "el coste de las campañas de publicidad y de promoción institucional, desglosando los medios de comunicación empleados, el importe destinado a cada medio y el coste de los diferentes conceptos, al menos una vez al año" (Comunidad Valenciana) o "los gastos realizados en campañas de publicidad o comunicación institucional, los contratos celebrados (...), así como los planes de medios correspondientes en el caso de las campañas publicitarias" (Canarias).

La 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León (LTPC-CyL), se incluye dentro del primer grupo de leyes señalado. En efecto, dentro de una tendencia hacia lo que se podría denominar, de forma benévola, como timidez de esta norma a la hora de establecer obligaciones de publicidad activa adicionales a las recogidas a la LTAIBG, esta Ley prevé la obligación de los organismos y entidades que integran el sector público autonómico de publicar "el gasto público realizado en campañas de publicidad institucional". En consecuencia, esta obligación adicional se limita al ámbito de la Administración autonómica (como ocurre con la mayor parte de la LTPC-CyL) y a la publicación únicamente de una cifra, la correspondiente al gasto público, anual se entiende, de su publicidad institucional y de la de los diferentes entes que la integran.

Reguladas así las obligaciones de transparencia acerca de la publicidad institucional en Castilla y León, no parecía especialmente exigente su cumplimiento y menos aún que el conocimiento de la información cuya publicación se exigía a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública pudiera generar un conflicto en relación con el cual se viera obligado a intervenir el órgano de garantía de la transparencia en esta Comunidad. Pero, en no pocas ocasiones, es la voluntad de los poderes públicos de ser transparentes, o de no serlo, y no la regulación de una materia concreta la que determina el grado de acceso a la información en un ámbito singular. Esto fue lo que ocurrió en el supuesto que aquí nos ocupa.

En 2017, año en el que se presentó la solicitud de acceso a la información pública en la que nos vamos a detener, el Portal de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León, lugar electrónico integrado dentro de la página web corporativa de esta a través del cual se ofrecía la información correspondiente a la Administración general e institucional autonómica, disponía de un enlace correspondiente a la publicidad institucional, donde se encontraban publicados los siguientes documentos en formato PDF: Ley de Publicidad Institucional de Castilla y León; aprobación de las Directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional en materia de publicidad institucional; especificación de sistemas de medición de medios a efectos de la actividad de publicidad institucional; y planificación de la comunicación institucional de la Administración General autonómica y de sus entes adscritos con las modificaciones de incorporación y supresión de campañas. A estos contenidos se añadía la siguiente referencia textual: "la contratación de la publicidad institucional se puede consultar en el Portal de Contratación, a través del buscador de licitaciones, donde se recogen tanto licitaciones abiertas como contratos adjudicados. La información está actualizada con los últimos datos disponibles".

Por tanto, en aquel momento la información a la que se accedía a través del Portal de Gobierno Abierto incluía la normativa y los datos relativos a las previsiones en materia de publicidad institucional de la Administración autonómica y de sus entes adscritos, pero no así la relativa al gasto público realizado –distinto del previsto o planificado- en campañas de publicidad institucional, que, como hemos visto, era lo exigido en la LTPC-CyL. Esta omisión parecía querer compensarse, por decirlo de alguna manera, con la remisión realizada a la posibilidad de consultar la información correspondiente a la contratación de la publicidad institucional a través del Portal de Contratación.

Contrasta con lo anterior la información publicada, por ejemplo, en una Comunidad como Navarra donde, a pesar de que su legislación imponía en 2017 una obligación de publicidad activa idéntica a la recogida en la LTPC-CyL, ya en aquel momento se publicaban datos económicos referidos a las campañas de publicidad institucional de la Administración de la Comunidad Foral, desglosados por departamentos, campañas y canales: diarios con edición para Navarra, radios, televisiones, transporte urbano y comarcal, revistas locales, medios digitales, revistas sectoriales, salas de cine y otros soportes (<a href="https://gobiernoabierto.navarra.es/es/open-data/datos/publicidad-institucional-2017">https://gobiernoabierto.navarra.es/es/open-data/datos/publicidad-institucional-2017</a>). En la siquiente imagen se incluye una parte de la información publicada:

Memoria de Ejecución Publicidad Institucional o	del Gobierno de
Navarra 2017	
Inversión publicitaria por departamentos	
Relaciones Ciudadanas e Institucionales (D.G. de	
Comunicación)	901.735,57 €
Resto Departamento Relaciones Ciudadanas e II	90.518,88 €
Salud	174.443,50 €
Cultura, Deporte y Juventud	100.592,77 €
Desarrollo Económico	46.298,13 €
Derechos Sociales	34.155,28 €
Educación	2.913,68 €
Hacienda y Política financiera	360,00 €
Total	1.351.017,81 €
Gasto por canales	
Diarlos con edición para Navarra	733.475,63 €
Radios navarras	246.879,57 €
Televisiones navarras	113.707,21 €
Transporte urbano y comarcal	107.940,91 €
Revistas locales	44.419,33 €
Otros soportes	33.156,26 €
Medios digitales	28.519,39 €
Revistas sectoriales	24.598,90 €
Salas de cine	18.320,61 €
Total	1.351.017,81 €

https://gobiernoabierto.navarra.es/es/open-data/datos/publicidad-institucional-2017

Es cierto que en la Ley foral de transparencia aprobada en 2018 ya se señaló que los contratos relativos a campañas de publicidad institucional se debían identificar en un apartado independiente, estructurado en razón de su objeto, delimitando, al margen de su vigencia, las fechas efectivas de difusión publicitaria y los medios en los que esta se realiza, pero con la ley anterior la obligación de publicidad activa se limitaba, como ocurría en Castilla y León, a la publicación del "gasto público realizado en campañas de publicidad institucional". Se observa con claridad, por tanto, cómo siendo idéntica en el año 2017 la obligación en Navarra y en Castilla y León, lo publicado en una y otra Comunidad difería notablemente.

Este incumplimiento de la obligación de publicar en el Portal de Gobierno Abierto de Castilla y León el gasto público en publicidad institucional había sido denunciado por el Comisionado de Transparencia (órgano de garantía de la transparencia en Castilla y León, presidiendo su titular, además, la Comisión de Transparencia a quien corresponde la resolución de las reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información pública) a través de su Memoria anual. La Memoria anual está prevista en la LTPC-CyL como el instrumento a través del cual el Comisionado de Transparencia ejerce una función de evaluación del grado de aplicación de la legislación de transparencia en la Comunidad.

Ya en la primera Memoria elaborada por el Comisionado, correspondiente al año 2016 (<a href="https://www.ctcyl.es/memoria-anual/27/memoria-anual-2016/1/">https://www.ctcyl.es/memoria-anual/27/memoria-anual-2016/1/</a>), se puso de manifiesto una valoración positiva del esfuerzo que había hecho el centro directivo responsable del Portal de Gobierno Abierto para dar cumplimiento a las obligaciones de publicidad activa impuestas por la legislación, sin perjuicio de entender que aún quedaba un gran margen de mejora de aquel. Como uno de los ejemplos concretos de este margen de mejora se citó de forma específica la información ofrecida sobre el "gasto público realizado en campañas de publicidad institucional", señalando que si bien era cierto que la información era muy accesible (con un solo clic del ratón desde la página inicial se accedía al apartado "Publicidad Institucional"), en este se recogían normas relativas al tema y una Resolución de la Comisión de Secretarios Generales en la que se planificaba el gasto a realizar en este capítulo; sin embargo, allí se señaló expresamente que ninguna información se ofrecía sobre el qasto efectivamente realizado.

Fue en la Memoria correspondiente al año 2017 (https://www.ctcyl.es/memoria-anual/28/memoria-anual-2017/1/), donde se indicó que si bien, en un primero momento, continuaba sin ser publicada la información relativa al gasto público de publicidad institucional, una vez adoptada por la Comisión de Transparencia la Resolución que será objeto de comentario a continuación, se había procedido a publicar el dato, sin perjuicio de que esta publicación distase mucho en claridad y extensión de la realizada por otras Comunidades (como ocurría, por ejemplo en el caso antes señalado de la Comunidad Foral de Navarra) donde la información publicada, como hemos visto, no se limitaba exclusivamente a la cuantía del gasto total, sino que se extendía también a las campañas desarrolladas y a la distribución de este gasto entre los diversos medios de comunicación. Más adelante nos detendremos en la evaluación que, a través de las Memorias del Comisionado de Transparencia posteriores a ese año 2017, se ha realizado de la publicación en el Portal de Gobierno Abierto de la información acerca de la publicidad institucional.



## La presentación de la solicitud de información

En un contexto como el expuesto, caracterizado por una regulación de las obligaciones de publicidad activa relacionadas con la publicidad institucional poco exigente y, aun con eso, por un incumplimiento de estas por la Administración autonómica de Castilla y León, es en el que tiene lugar la presentación de una solicitud de información pública que dio lugar al inicio del procedimiento que va a ser comentado. Antes de comenzar con el comentario de sus pormenores y circunstancias, no debemos dejar pasar la oportunidad de señalar que, si en el momento en el que fue presentada la solicitud de información en cuestión se hubiera cumplido la obligación de publicar el gasto público realizado en campañas de publicidad institucional, es más que probable que la formulación de aquella no se hubiera producido. Dicho en otras palabras, la petición de información se produjo en un ambiente de cierta opacidad en todo lo relativo al gasto de publicidad institucional en Castilla y León, ambiente que propició la propia presentación de la solicitud.

En este marco, en el mes de junio de 2017 el director de contenidos de una de las radios con mayor implantación nacional se dirigió al titular de la Consejería del Gobierno autonómico en la que recaían las competencias tanto en materia de publicidad institucional como en materia de transparencia, siendo esta la responsable, en este último sentido, de la gestión y del mantenimiento del Portal de Gobierno Abierto. El objeto de la petición se expresaba como el total de la cuantía económica invertida en el año 2016 por la Administración autonómica y por sus entes adscritos en concepto de publicidad en todas sus variantes, citando expresamente "campañas, patrocinios, colaboraciones, subvenciones, etc." en todos los medios de comunicación con los que se hubiera mantenido relación comercial o de cualquier otra naturaleza y que hubiera supuesto la utilización de fondos públicos. Es decir, lo solicitado no excedía, en realidad, de lo que, de conformidad con lo dispuesto en la LTPC-CyL, debía ser objeto de publicación ("gasto púbico realizado en campañas de publicidad institucional"). En cuanto a la fundamentación de esta petición, esta se limitaba a la referencia a la LTPC-CyL y a la presidencia por la autoridad a la que se dirigía de la Comisión de Secretarios Generales, órgano al que, de conformidad con lo dispuesto en la ley autonómica de publicidad institucional, correspondían las funciones de análisis, planificación y seguimiento de las actividades de publicidad institucional de la Administración de la Comunidad y sus entes adscritos.

Dentro del plazo de un mes previsto en la normativa aplicable, la solicitud señalada fue resuelta expresamente por la Administración inadmitiendo esta. El argumento jurídico utilizado para acordar la denegación de la petición de información realizada fue que su divulgación exigía una acción previa de reelaboración (Art. 18.1 c) de la LTAIBG). En efecto, se señala expresamente que la información pedida "no existe como documento ya elaborado en poder de esta Consejería", a lo cual se añadía que acceder a lo solicitado exigiría "un proceso de elaboración expresa, un proceso específico de selección y filtrado, haciendo uso de diversas fuentes de información". Esta

última mención a la necesidad de acudir a diversas fuentes información se realizó previa referencia al Criterio Interpretativo emitido por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) que menciona esta exigencia de acudir a diversas fuentes como uno de los supuestos determinantes de la reelaboración de la información.

En realidad, la parte dispositiva de la Resolución adoptada, mediante Orden de la Consejería competente, contenía dos puntos que resultaban contradictorios entre sí: mientras en el primero se inadmitía la petición en el sentido antes indicado, en el segundo se señalaba expresamente que la información solicitada se encontraba publicada en el Portal de Gobierno Abierto y se remitía al solicitante a esta publicación mediante la inclusión del correspondiente enlace. La información a la que se remitía al solicitante era la incluida en el apartado de publicidad institucional del Portal de Gobierno Abierto, donde, tal y como hemos señalado con anterioridad, se podía acceder a determinados contenidos relacionados con la publicidad institucional (recogidos en varios documentos en formato PDF), pero no a la cifra de gasto global en esta materia. La remisión también se realizaba al Portal de Contratación, lo cual exigía una búsqueda por parte del solicitante de los contratos de publicidad institucional celebrados por la Administración autonómica.

Por tanto, y sin perjuicio de un análisis jurídico más completo de la denegación de la información acordada, la simple lectura de la parte dispositiva de esta revelaba lo contradictorio de su contendido al afirmar una cosa (que la información debía ser reelaborada para poder ser facilitada) y su contraria (que la información se encontraba publicada en la página web corporativa y que, por tanto, el solicitante podía acceder fácilmente a ella).

## 3

#### La formulación de la reclamación

A la vista de la decisión adoptada por la Administración, el medio de comunicación que se había dirigido a esta en solicitud de información presentó una reclamación en materia de derecho de acceso a la información pública ante el órgano de garantía de la transparencia competente, que en Castilla y León es la Comisión de Transparencia. En la reclamación presentada se explicaba que la denegación impugnada había tenido lugar "por entender la Junta que satisfacer la petición supondría reelaborar un informe ad hoc ya que no existe un documento que reúna lo que hemos solicitado". Se añadía además que "el dato que hemos solicitado es de vital importancia para la confección de una información que estamos elaborando sobre un asunto de interés público". Por tanto, en la reclamación, además de identificarse su autor como profesional de un medio de comunicación, este vinculaba la obtención de la información pedida a la elaboración por el medio en cuestión de una información sobre un "asunto de interés público" y, en consecuencia, era considerado su conocimiento de interés para la ciudadanía.

Presentada la reclamación señalada, la Comisión de Transparencia de Castilla y León la admitió a trámite y, en el marco de la tramitación ordinaria de este tipo de reclamaciones, se dirigió a la Administración solicitando una copia del expediente administrativo que se hubiera tramitado para resolver la solicitud de información pública cuya denegación se impugnaba, así como que se informase de lo que se estimara pertinente. En la propia Resolución que fue adoptada por la Comisión de Transparencia se señala que la Consejería competente atendió la petición realizada por la Comisión y remitió a esta una copia del expediente integrado, exclusivamente, por la solicitud de información presentada y por la Orden impugnada. En el informe que se acompañó al expediente se reiteraba que la información pedida no existía como documento ya elaborado en poder de la Administración, por lo que para facilitar esta en los términos solicitados era necesaria una acción previa de reelaboración. De nuevo se utilizaba la referencia al Criterio Interpretativo del CTBG para fundamentar la aplicación de aquella causa de inadmisión, exponiendo que determinar el total de la cuantía económica, concretada en euros, invertida en el año 2016 por la Administración de la Comunidad de Castilla y León y sus entes adscritos en concepto de publicidad institucional en todas sus variantes exigía una labor de elaboración expresa, comprensiva de un proceso específico de selección y filtrado, haciendo uso de diversas fuentes de información.

Esta era, por tanto, la cuestión sobre la que debía pronunciarse la Comisión de Transparencia de Castilla y León: una solicitud, presentada por un medio de comunicación en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, sobre una cifra global (la correspondiente al gasto público en campañas de publicidad institucional realizado por la Administración autonómica y entes adscritos durante un ejercicio económico), única información sobre publicidad institucional cuya publicación exigía la ley autonómica, que había sido denegada aludiendo a una supuesta necesidad de su reelaboración, al tiempo que se ofrecía al solicitante la alternativa de buscar la información a través del Portal de Contratación. No parecía muy dudosa la postura que había de ser adoptada por la Comisión en su papel de garante de la transparencia en aquella Comunidad.



### La Resolución de la Comisión de Transparencia

En el mes de noviembre de 2017 la Comisión de Transparencia adoptó su Resolución, estimando la reclamación presentada y ordenando a la Consejería competente que procediera a reconocer el derecho del reclamante a acceder a la información pública solicitada. Esta decisión partía de una delimitación del objeto de la solicitud de información pública denegada, que no era otro que un único dato en materia de publicidad institucional: cifra total de la cuantía económica invertida en el año 2016 por la Administración General de la Comunidad y por sus entes adscritos en este concepto. La configuración de este objeto tenía en consideración la definición de la publicidad institucional recogida en la Ley autonómica del año 2009 como aquella forma de comunicación pública realizada por los poderes públicos a través de cualquier medio y utilizando soportes pagados o cedidos, con la finalidad de transmitir a los ciudadanos mensajes de interés público relacionados con sus objetivos y actividades. De la propia letra de esta Ley se desprende, de un lado, que el desarrollo de la publicidad institucional debe guiarse por la búsqueda del interés público, y, de otro, que su transparencia se constituye en una garantía de este sometimiento al interés general. Por este motivo, también se incluyó en la LTPC-CyL, como hemos visto, el gasto público realizado en campañas de publicidad institucional dentro del catálogo de materias que deben ser objeto de publicación, ampliando la lista contemplada en la LTAIBG.

En la Resolución adoptada por la Comisión de Transparencia se analizó la corrección jurídica de la decisión impugnada, partiendo para ello de la doctrina ya entonces mantenida tanto por los órganos de garantía de la transparencia como por los juzgados y tribunales, acerca de la aplicación estricta, cuando no restrictiva, de las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información pública recogidas en la LTAIBG. Cuando tuvo lugar aquella Resolución ya había señalado el Tribunal Supremo que cualquier pronunciamiento sobre las "causas de inadmisión" que se enumeran en el Art. 18 de la LTAIBG, y, en particular, sobre la referida a las solicitudes "relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración", debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en aquella Ley. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información -derivado de lo dispuesto en la CE- o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos y, en todo caso, sus límites deben aplicarse de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad. En relación con la concreta causa de inadmisión señalada, también había indicado el Tribunal Supremo que se debe justificar suficientemente que el suministro de la información solicitada exija una labor previa de reelaboración, aportando pruebas de que resulte necesario ese tratamiento previo o reelaboración de la información que ampara su denegación. En el Criterio Interpretativo emitido por el CTBG acerca de esta concreta causa de inadmisión se había expuesto que el concepto de reelaboración debía entenderse desde el punto de vista literal como "volver a elaborar algo", siendo esta circunstancia la que es exigible para poder entender que estamos ante un supuesto de reelaboración. Si por reelaboración se aceptara la mera agregación o suma de datos, o el mínimo tratamiento de estos, el derecho de acceso a la información se convertiría en derecho al dato o a la documentación, que no es lo que sanciona la LTAIBG.

De acuerdo con la interpretación señalada del concepto "reelaboración", la Comisión de Transparencia consideró que el dato pedido en el supuesto planteado no exigía ningún tipo de tratamiento, sino que simplemente era el resultado de la agregación cuantitativa de los gastos realizados en materia de publicidad institucional en el año 2016 por la Administración autonómica y por los entes adscritos a esta, lgualmente, tampoco se consideró que en el supuesto que había dado lugar a la reclamación se hubiera justificado suficientemente que proporcionar los datos solicitados exigiera una acción previa de reelaboración. Por el contrario, se entendió que no era necesaria tal reelaboración en el sentido previsto en la LTAIBG v. en consecuencia, los datos solicitados debían ser suministrados al interesado. En el mismo Criterio Interpretativo antes indicado, utilizado también por la propia Administración autonómica para fundamentar la concurrencia de esta causa de inadmisión, el CTBG manifestaba que el concepto de reelaboración podía entenderse aplicable cuando la información que se solicita, perteneciendo al ámbito funcional de actuación del organismo o entidad que recibe la solicitud, deba elaborarse expresamente para dar una respuesta, haciendo uso de diversas fuentes de información, o cuando dicho organismo o entidad carezca de los medios técnicos que sean necesarios para extraer y explotar la información concreta que se solicita. Sin embargo, la Comisión de Transparencia estimó que para proporcionar los datos solicitados en este caso no era necesario elaborar expresamente una respuesta (parecía lógico que la Administración autonómica ya dispusiera de ellos), máxime cuando la LTPC-CyL exigía su publicación. De hecho, a lo anterior parecía responder el punto segundo de la parte dispositiva de la Orden impugnada, donde, incurriendo en una evidente contradicción con el primer punto de aquella, como ya se ha expuesto, se indicaba que tal información se encontraba publicada en el Portal de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León, expresando el enlace correspondiente. Ahora bien, lo que ocurría, en realidad, era que en el Portal de Gobierno Abierto no se encontraba publicada ni la información solicitada en este caso, ni la exigida por la LTPC-CyL. En efecto, la información a la que se accedía a través del Portal de Gobierno Abierto, y a la que se había remitido al solicitante, incluía la normativa y los datos correspondientes a las previsiones en materia de publicidad institucional de la Administración de la Comunidad y de sus entes adscritos correspondientes a cada año, pero no así la relativa al gasto público realizado -diferente del previsto o planificado- en campañas de publicidad institucional. Esta omisión tampoco se podía considerar subsanada por la remisión realizada a la posibilidad de consultar la contratación de la publicidad institucional en el Portal de Contratación, puesto que la publicación de la información correspondiente a los contratos ya se exigía en el Art. 8 de la LTAIBG, y la relativa al gasto público realizado en campañas de publicidad institucional suponía una ampliación de las materias cuya publicación ya se encontraba recogida en la Ley estatal. Como se ha expuesto con anterioridad, a esta omisión en la publicación de los datos correspondientes al gasto público en materia de publicidad institucional ya se había referido la Memoria anual del Comisionado de Transparencia de 2016. En definitiva, la información solicitada se refería a una materia (gasto público realizado en campañas de publicidad institucional) que debía ser objeto de publicación en el Portal de Gobierno Abierto, donde, hasta la fecha de adopción de la Resolución que estamos comentando (noviembre de 2017), se publicaban datos relativos a la planificación del gasto público en este ámbito, pero no a su efectiva realización, que es a lo que se refería expresamente el reclamante y la LTPC-CyL al ampliar las exigencias de publicidad activa ya previstas en la LTAIBG.

Por tanto, puesto que la información solicitada debía ser objeto de publicación en el Portal de Gobierno Abierto, la Comisión de Transparencia se refirió al régimen aplicable a las peticiones de información que ya fueran objeto de publicidad activa. A estas se había referido el CTBG en otro Criterio Interpretativo donde se concluía que el hecho de que una información solicitada por cualquier persona se encuentre en publicidad activa, no eximía de la obligación de dar una respuesta concreta en los plazos y condiciones que señale la ley. Si no se había optado por ningún sistema específico de relación con la Administración o se hubiera optado por relacionarse por medios electrónicos, sería de aplicación el Art. 22.3 de la LTAIBG y se debía proceder a la indicación del lugar web donde la información se encuentra en publicidad activa, no siendo suficiente, en ningún caso, la remisión genérica al portal o a la sede o página web correspondiente. Es necesario que se concrete la respuesta,

señalando expresamente el enlace a través del cual se accede a la información y, dentro de este, los epígrafes, capítulos, datos e informaciones exactas que se refieran a lo solicitado, siendo exigible que la remisión sea precisa y concreta y lleve, de forma inequívoca, rápida y directa a la información sin necesidad de requisitos previos, ni de sucesivas búsquedas. En consecuencia, aun cuando la información solicitada por el ciudadano se encontrase publicada en el Portal de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León, esta circunstancia no eximía de la obligación de resolver la petición correspondiente, presentada en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en la forma que correspondiera de acuerdo con lo señalado por el CTBG. En este sentido, la forma más sencilla de garantizar el derecho de acceso a la información pública del ciudadano en el supuesto planteado era, previo cumplimiento completo de las obligaciones de publicidad activa previstas en la LTPC-CyL, indicar al solicitante cómo podía acceder a la información. En todo caso, la Comisión señaló en su Resolución que su competencia se circunscribía a resolver la reclamación presentada en materia de acceso a la información pública, no alcanzando esta competencia a poder exigir a la Administración autonómica el cumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa. Por tanto, si bien la Comisión de Transparencia no se encontraba facultada para imponer de forma ejecutiva la obligación de publicar la información correspondiente al gasto público de publicidad institucional, sí lo estaba para exigir que se proporcionase al ciudadano la información solicitada; en consecuencia, si no se hiciera de la forma antes indicada, procedía remitir al solicitante la información pedida.

En resumen, en el supuesto que aquí nos ocupa la Comisión de Transparencia no consideró que proporcionar la información solicitada exigiera una acción previa de reelaboración, no concurriendo ningún otro límite legal que impidiera su divulgación, motivos por los cuales debía ser proporcionado el dato pedido por el ciudadano en materia de publicidad institucional. Así mismo, puesto que la información pedida debía ser objeto de publicación en el Portal de Gobierno Abierto, una de las formas de proceder a su divulgación sería realizando primero la citada publicación e indicando después al solicitante la forma de acceder a su contenido; en cualquier caso, si no se procediera a la publicación señalada, debía remitirse el dato pedido al reclamante.



### Repercusiones de la Resolución de la Comisión de Transparencia y de su cumplimiento

Si tenemos en cuenta la autoría de la reclamación presentada y el contenido de la Resolución que fue adoptada por la Comisión no era extraño que esta tuviera repercusión mediática. Además, tampoco se debe olvidar que el conflicto sobre el acceso a la información de publicidad institucional se produjo en un contexto político en el que la transparencia era objeto de debate entre los distintos representantes parlamentarios autonómicos. Valga como ejemplo de lo anterior que en ese mismo año 2017 había sido presentada y debatida en las Cortes de Castilla y León una Proposición de Ley de modificación de la Ley de Publicidad Institucional (publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León* del 12 de mayo de 2017), en la que se proponía, entre otras medidas, que trimestralmente la Junta de Castilla y León informara al órgano legislativo de "todos los contratos, patrocinios, ayudas, subvenciones y convenios, relativos a actuaciones de publicidad institucional". Esta Proposición de Ley que, finalmente, no fue aprobada, se debatió en el Pleno de las Cortes apenas un mes antes de que la Comisión de Transparencia adoptara la Resolución que nos ocupa.

Diez días después de la adopción de la Resolución indicada, el titular de la Consejería a quién se había dirigido esta, preguntado sobre esta cuestión por el medio radiofónico que había presentado la reclamación realizó las declaraciones que transcribimos a continuación: "Yo no sé qué problema hay para no saber ver eso, si es entrar en la página web e ir pinchando y vas viendo; vamos a contestar lógicamente al Comisionado diciendo

mire se entra de esta manera, cuando se acaba una campaña (...), porque el gasto está, se pica y van saliendo las facturas; se dice es que son muchas: son las que son. Yo imagino que no le tendremos que dar un curso de cómo entrar en la página web (...). Enseñar cómo se entra ahí, pero no agrupar, no tenemos la obligación, porque si no, no haríamos otra cosa que tener que agrupar y ordenar los datos; tenemos la obligación de ofrecer los datos". Como se observa, se continuaba manteniendo la idea de la reelaboración como factor que amparaba la denegación de la información solicitada.

En la misma fecha y en el mismo medio también hicieron declaraciones los portavoces parlamentarios de grupos políticos distintos al del partido que se encontraba en el Gobierno, apoyando, en general, la decisión adoptada por la Comisión de Transparencia e instando su cumplimiento. Entre otras, se realizaron las siguientes declaraciones: "la transparencia consiste no en dar datos, sino en facilitar información de forma accesible y entendible"; "esperemos que no se recurra la decisión del Comisionado de Transparencia y que se cumpla, publicando todos los datos de publicidad institucional"; o "El Comisionado de Transparencia dice que estos datos no están disponibles y no hay transparencia con ellos. Esto tiene que modificarse inmediatamente".

También los medios de comunicación escritos se hicieron eco de la polémica. Como ejemplo, podemos señalar que en el Diario de León del día 15 de noviembre de 2017 se informaba de que "el Vicepresidente de la Junta de Castilla y León (...) defendió ayer que el Ejecutivo autonómico cumple con la aportación de información relacionada con la publicidad institucional, pese a la resolución del Comisionado de Transparencia que pide mayor concreción. En declaraciones realizadas a los medios de comunicación en Zamora, se refirió a la resolución de esta entidad, dependiente del Procurador del Común, que ha estimado una reclamación presentada por considerar que no se podía acceder al desglose del dinero recibido por cada medio de comunicación en concepto de publicidad institucional. En la resolución se llama a la Junta a reconocer el derecho del reclamante a acceder a la información pública solicitada por el demandante, a quien deberá remitir la contestación solicitada, independientemente de que la información esté publicada en el Portal de Gobierno Abierto de la Junta de Castilla y León".

Más allá de las declaraciones que tuvieron lugar en distintos medios de comunicación, en el mes de diciembre de 2017 la Administración autonómica adoptó una Orden por la que se afirmaba dar cumplimiento a la Resolución que había sido adoptada por la Comisión de Transparencia. En esta Orden, aunque se afirmaba reconocer el derecho del medio solicitante a acceder a la información sobre publicidad institucional pedida, en realidad se contenía una reiteración de lo ya afirmado con anterioridad respecto a la publicación en el Portal de Gobierno Abierto de la citada información. En efecto, en su fundamento jurídico tercero se señalaba que la información solicitada era "una información objeto de publicidad activa", añadiendo que tal información ya se encontraba publicada en dos apartados del Portal de Gobierno Abierto: en el punto dedicado a la normativa reguladora de la publicidad institucional y a los instrumentos utilizados para su gestión; y en el enlace correspondiente a la contratación. Respecto a este último se expresaba que "la contratación de la publicidad institucional se puede consultar en el Portal de Contratación, a través del buscador de licitaciones, donde se recogen tanto licitaciones abiertas como contratos adjudicados. En este enlace existe un buscador para facilitar la búsqueda de los contratos suscritos por la Administración Autonómica, entre los que se encuentran los relativos a publicidad institucional". También se incluía un enlace para la búsqueda de la información relativa a los contratos menores.

Se observa, por tanto, que a pesar de la Resolución adoptada por la Comisión de Transparencia y de su repercusión en los medios de comunicación, se mantenía la resistencia de la Administración a publicar e, incluso, a proporcionar al solicitante de la información una cifra, la solicitada, que no era otra que la correspondiente al gasto global de publicidad institucional. De hecho, el periodista que había comenzado solicitando la información a la Administración y había continuado impugnando ante el órgano de garantía de la transparencia la falta de acceso a aquella, a la vista de la Orden adoptada supuestamente en cumplimiento de la citada Resolución se dirigió nuevamente a la Comisión de Transparencia manifestando que continuaba sin ser cumplida esta última, puesto que el dato solicitado ni se encontraba publicado ni se había incorporado al texto de la citada Orden. Por tanto, más de dos años después de la entrada en vigor de la LTPC-CyL y cuando había transcurrido medio año desde la presentación

de la solicitud de información, Resolución del órgano de garantía de la transparencia mediante, continuaba sin ser conocida la cifra económica relativa al gasto público en campañas de publicidad institucional.

Sin embargo, en un día indeterminado del mes de enero de 2018, se procedió a incluir en el apartado dedicado a la publicidad institucional del Portal de Gobierno Abierto la siguiente referencia: "El gasto público realizado en campañas de publicidad institucional por la Administración General de la Comunidad y por sus organismos autónomos en el año 2016 ascendió a 11.959.556.84 €. En 2017 dicho gasto público fue de 15.395.847.11€".

Si bien puede parecer un avance modesto la publicación de los datos señalados, lo cierto es que esas cifras correspondientes al gasto público en materia de publicidad institucional de la Administración autonómica y de sus entes adscritos eran las que debían ser publicadas de conformidad con lo dispuesto en la LTPC-CyL, y con su inclusión en el Portal del Gobierno Abierto al cual había sido remitido el solicitante de la información y reclamante ante la Comisión de Transparencia se daba cumplimiento a la Resolución que había sido adoptada por esta última. Esta publicación supuso un primer paso hacia la transparencia de la publicidad institucional que, por pequeño que fuera, no estuvo exento de dificultades y resistencias, como se ha expuesto.

Pero la Resolución de la Comisión de Transparencia no finalizó su recorrido con el cumplimiento señalado y con el archivo del procedimiento de reclamación. Sus ecos continuaron sonando meses después en el Parlamento autonómico con ocasión del debate, en el mes de junio de 2018, de una Proposición No de Ley "para instar a la Junta a publicar la información periódica y detallada de los gastos realizados en campañas de publicidad institucional en el portal de gobierno abierto", que había sido presentada ya en el mes de septiembre de 2016. En los antecedentes de esta iniciativa parlamentaria se señalaba que, dentro de la página de gobierno abierto de la Junta de Castilla y León, en el apartado correspondiente a la publicidad institucional aparecía la planificación de la comunicación institucional, pero no así el presupuesto final ejecutado, ni en qué medios se había insertado esa publicidad institucional. La propuesta de resolución de esta iniciativa se formulaba en los siguientes términos "Las Cortes de Castilla y León instan a la Junta de Castilla y León a: publicar información periódica y detallada sobre los gastos realizados de publicidad institucional en el portal del gobierno abierto".

Como se ha adelantado, cerca de dos años más tarde tuvo lugar el debate en Comisión de la citada Proposición No de Ley. Puesto que en ese tiempo se había presentado la reclamación comentada y la Comisión de Transparencia había instado a la Administración autonómica la publicación y concesión de la información relativa a la publicidad institucional, estos extremos tuvieron entrada en el citado debate. Así, la portavoz del grupo parlamentario que presentó la iniciativa aludió a que el órgano de garantía de la transparencia había pedido a la Junta de Castilla y León que proporcionase aquella información especificando las cantidades invertidas. En su exposición se desarrolló la propia postura inicial que había tenido la Administración y la forma en la cual por la Comisión se había desvirtuado el argumento de la necesidad de reelaboración que había sido mantenido para no proporcionar la información. Otro portavoz de un grupo político interviniente explicó que el Consejero de Presidencia había sido obligado por el Comisionado de Transparencia a hacer público, primero el gasto correspondiente al capítulo de la publicidad institucional, y después su distribución entre distintos medios de comunicación, información esta última que había sido presentada ante el Pleno de las Cortes. También en este debate se reprodujeron las resistencias a la divulgación de esta información que ya se habían vivido en el procedimiento de reclamación señalado, cuando uno de los portavoces intervinientes manifestó que toda la información se encontraba disponible, a lo que se añadía expresamente lo siguiente: "¿puede tener algún tipo de coste personal entrar, brujulear, indagar, profundizar, investigar? Puede tenerlo; pero para eso los señores y señoras parlamentarios estamos aquí, si tenemos que hacer control del Gobierno para poder evaluar todas las cuestiones...".

En fin, pese al cumplimiento de la Resolución de la Comisión de Transparencia eran evidentes los déficits en cuanto a la divulgación de la información relativa a la publicidad institucional, de lo cual fue una prueba más el hecho de que tampoco fuera aprobada la iniciativa indicada por la Comisión parlamentaria correspondiente.

Aunque se había dado un paso adelante hacia la transparencia en este ámbito material, todavía quedaba mucho camino por recorrer.

6

#### Otras resoluciones de la Comisión de Transparencia en materia de publicidad institucional

Al igual que otros órganos de garantía de la transparencia, como el propio CTBG sin ir más lejos, la Comisión de Transparencia de Castilla y León se ha pronunciado, además de en el supuesto que ha sido comentando, en otras ocasiones sobre el acceso a la información pública en materia de publicidad institucional. En efecto, hasta en seis resoluciones más se ha instado a diversas administraciones y organismos a que garanticen el acceso por los ciudadanos a la información pública correspondiente a su publicidad institucional. Veamos cuáles fueron estos supuestos a través de un breve resumen:

- Denegación de una solicitud de información relativa a la publicidad institucional de un ente público de derecho privado, integrante de la Administración autonómica institucional. La negativa a proporcionar la información se había fundamentado también en la inexistencia de un documento previamente elaborado donde constase aquella. Puesto que el organismo afectado también se encontraba vinculado por la obligación de publicar el gasto público en materia de publicidad institucional recogido en la LTPC-CyL, la forma más fácil de garantizar el derecho de acceso a la información pública del ciudadano era, previo cumplimiento completo de las obligaciones de publicidad activa, indicar al solicitante cómo podía acceder a la información.
- En otro caso, el objeto de la petición era el mismo que en los supuestos anteriores, pero referido a una Universidad pública. Del mismo modo que en las ocasiones anteriores, la Comisión de Transparencia estimó la reclamación y consideró que debía ser proporcionada la información solicitada, bien publicando esta y remitiendo al lugar de publicación al ciudadano, bien proporcionando a este la información en un formato accesible.
- En un tercer supuesto, el objeto de la impugnación era la ausencia de respuesta a una solicitud de información acerca de la publicidad institucional de una Fundación vinculada a un Ayuntamiento. En este caso la ausencia de respuesta y la denegación de la información se había fundamentado en el criterio mantenido por la Fundación afectada de que no se hallaba incluida dentro del ámbito de aplicación de la LTAIBG. Sin embargo, la Fundación a la que se había dirigido la solicitud de información se podía calificar como una fundación integrante del sector público del Ayuntamiento y, por tanto, se encontraba obligada a conceder la información sobre su publicidad institucional que había sido pedida.
- En otro caso, la solicitud de información tenía como objeto la publicidad institucional de un Consorcio provincial
  para la promoción turística y, al igual que en los supuestos anteriores, la Comisión de Transparencia concluyó
  que el citado Consorcio debía resolver expresamente la solicitud planteada, concediendo al ciudadano el
  acceso a la información pedida por este.
- En otra de las resoluciones adoptadas por la Comisión de Transparencia referidas a la publicidad institucional, el destinatario de la solicitud de información que no había sido atendida era un Ayuntamiento. Una vez más, aquí se había justificado la denegación de la información en la presunta exigencia de una acción previa de reelaboración. Aunque las entidades locales de Castilla y León no se encuentran obligadas de forma específica a publicar su gasto en campañas de publicidad institucional, la Comisión de Transparencia entendió que los datos sobre publicidad institucional que se habían solicitado constituían una información pública cuya

- divulgación no exigía ningún tipo de tratamiento, sino que simplemente eran el resultado de la agregación de la información extraída de los documentos contractuales o de otro tipo donde constaba esta.
- En un último supuesto, la información solicitada consistía en los gastos de publicidad institucional de un Ayuntamiento correspondientes a dos años, sus perceptores, los motivos que los habían generado y las fechas de su abono. La resolución de esta reclamación exigía determinar si la solicitud señalada tenía un carácter abusivo, puesto que este era uno de los motivos alegados por el Ayuntamiento para su denegación. La Comisión de Transparencia no consideró que concurriera ninguna de las circunstancias que hubieran permitido calificar como abusiva la petición y, al igual que había ocurrido en los casos anteriores, reconoció el derecho a acceder a la información pública relativa a la publicidad institucional del Ayuntamiento que había sido solicitada.

Sirvan los ejemplos citados para manifestar que no son infrecuentes los obstáculos al acceso por los ciudadanos a la información sobre la publicidad institucional de todo tipo de organismos y entidades. En Castilla y León, la limitación a este acceso se ha dado tanto en el ámbito de las administraciones autonómica y local, como en el de entidades instrumentales de diverso tipo, debiendo intervenir el órgano de garantía de la transparencia en orden a garantizar aquel acceso, previa publicación de la información cuando esta venga exigida por la normativa aplicable.

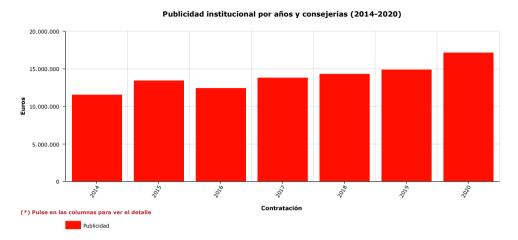


# Publicación de la información sobre publicidad institucional

Hemos visto como, atendiendo a lo decidido por la Comisión de Transparencia en una Resolución de una reclamación presentada en materia de acceso a la información pública, la Junta de Castilla y León procedió a publicar su gasto público en materia de publicidad institucional, dando cumplimiento así también, de una forma estricta, a la obligación legal impuesta en esta materia por la Ley autonómica de transparencia. Sin embargo, la publicación de la información sobre publicidad institucional iba a sufrir en esta Comunidad cambios sustanciales.

En efecto, tras las elecciones autonómicas de 2019 y la creación de una Dirección General de Transparencia y Buen Gobierno en el Gobierno regional, se procedió a publicar la distribución del gasto en publicidad institucional por campañas y medios beneficiarios, incluyéndose además la información relativa a la subvención de Radio Televisión de Castilla y León, S.A. La mejora, por tanto, ha sido significativa. De ello se hicieron eco los medios de comunicación regionales, entre ellos el que había acudido en su día a la Comisión de Transparencia para reclamar frente a la denegación de la información consistente en la cifra del gasto público global invertido en campañas de publicidad institucional. Recordaba este medio, precisamente, el precedente logrado a través de la Comisión de Transparencia de poder acceder a la información cuya publicación ya era exigida por la LTPC-CyL. Estas mejoras notables en la publicación de la información sobre publicidad institucional fueron puestas de manifiesto también por el Comisionado de Transparencia en su Memoria correspondiente al año 2019.

En la actualidad, la publicación de esta información se realiza en formato de datos abiertos y alcanza a la distribución del gasto por departamentos y medios. Como ejemplo, en la siguiente imagen se observa cómo se informa de la distribución del gasto en publicidad institucional por departamentos en los años 2014-2020:



https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/es/transparencia/publicidad-institucional.html

A esta imagen se encuentra asociada una tabla donde se detallada la distribución del gasto por departamentos. En los mismos términos y para el mismo período de tiempo se informa de la distribución del gasto desglosado por medios.

Respecto al año 2020, se incluye toda la información desglosada por agencias de noticias y servicios de comunicación, y por consejerías. En la siguiente tabla se observa cómo se expresa esta información en relación con cuatro de los medios radiofónicos de mayor difusión nacional:

RADIOS	presidencia	transparencia	economía	empleo	fomento	agricultura	sanidad	familia	educación	cultura	TOTAL
COPE	63.107,00	64.940,07	55.524,72	145.508,82	60.058,01	115.000,00	64.844,12	55.889,99	12.867,14	262.868,19	900.608,06
SER	66.390,89	68.677,68	72.262,04	149.278,18	61.676,33	80.999,60	70.440,42	55.309,98	13.711,78	274.811,17	913.558,07
Onda Cero	44.938,21	34.041,26	33.325,82	80.145,74	41.687,36	67.049,91	35.387,41	29.069,96	7.263,48	176.230,09	549.139,24
Castilla y León EsRadio	20.467,00	14.481,99	17.659,22	46.817,17	30.286,20	27.655,00	16.251,90	13.089,99	4.421,24	60.649,23	251.778,94
TOTAL RADIOS	194.903,10	182.141,00	178.771,80	421.749,91	193.707,90	290.704,51	186.923,85	153.359,92	38.263,64	774.558,68	2.615.084,31

https://gobiernoabierto.jcyl.es/web/jcyl/binarios/13/554/PublicidadInstitucional2020.pdf? blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF -8&blobnocache=true

Al igual que se hace para la radio, se ofrece la información en términos análogos para los siguientes canales de comunicación: prensa, medios digitales, agencias y otros medios (aquí se incluyen, entre otros, televisiones, radios, revistas o páginas web). Toda la información se puede consultar en datos abiertos para su descarga en formatos reutilizables con la puesta a disposición de todos de herramientas de análisis y visualización de datos. Todo ello se completa con la información acerca de la subvención concedida (por importe de 19 millones de euros en 20219) a Radio Televisión de Castilla y León, S.A., empresa participada al 50 % por dos grupos de comunicación privados.

Vemos, por tanto, como en Castilla y León el cumplimiento de la obligación de publicar información relativa a la publicidad institucional ha ido mucho más allá de lo exigido por la Ley autonómica, entrando dentro del campo de la denominada "transparencia voluntaria". No obstante, quizás esto también pueda cambiar en un futuro, más o menos próximo, ya que en la actualidad está siendo objeto de tramitación en Castilla y León un borrador de anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y su reutilización, donde se incluye la obligación de todos los organismos y entidades incluidos dentro de su ámbito de aplicación de publicar, siempre que existan, "los gastos realizados en campañas de publicidad, promoción o comunicación institucional, así como los planes de medios correspondientes en el caso de las campañas publicitarias, incluyendo el desglose de gastos por cada una de ellas y presupuesto asociado por medios de comunicación y los criterios para ese reparto".

Aunque no en el tiempo, ahora queda lejos cuando para conocer la cifra global del gasto público en campañas de publicidad institucional de la Administración de la Comunidad de Castilla y León fue necesario que el órgano de garantía de la transparencia reconociera expresamente este derecho ante las resistencias a proporcionar esta información alegando motivos como que no se disponía de ese dato o que para acceder a él era suficiente con que el ciudadano buscara todos los contratos de publicidad institucional en la Plataforma de Contratación. Podemos afirmar que aquella Resolución de la Comisión de Transparencia fue un primer paso necesario para que los ciudadanos pudieran tener un amplio conocimiento de la forma en la que se gastaba el dinero dirigido a financiar campañas de publicidad institucional en los distintos medios de comunicación. En todo caso, después de que tuviera lugar la publicación de la información sobre publicidad institucional en la forma antes expuesta, no consta que haya llegado al órgano de garantía de la transparencia ningún nuevo conflicto relacionado con el acceso a este tipo de información correspondiente a la Administración autonómica y a sus entes adscritos.

## 8

#### **Conclusiones**

La transparencia de la actividad pública siempre es un combustible idóneo y eficaz para el buen funcionamiento de las sociedades democráticas. Si su objeto, como ocurre con la publicidad institucional, incide en el conocimiento por los ciudadanos de las relaciones entre los poderes públicos y los medios de comunicación, cuya independencia se erige en presupuesto insoslayable de una buena salud de un sistema democrático, su conocimiento por los ciudadanos se hace aún más relevante. De ahí que, a pesar de que la Ley de Transparencia estatal no haga referencia expresa a la publicidad de la información relativa a la publicidad institucional, sí lo hayan hecho, con mayor o menor exigencia, algunas leyes autonómicas. Una de ellas fue la de Castilla y León que, en línea con el carácter, digamos tímido, del resto de su articulado, limitó su exigencia a publicar el "gasto público en campañas de publicidad institucional".

Partiendo de esa obligación de publicidad activa específica recogida en una ley autonómica, hemos visto como, a través de un supuesto concreto de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, se dio un paso hacia un mayor conocimiento de todo lo relacionado con cómo se emplean los fondos públicos en aquella Comunidad dirigidos a financiar campañas de publicidad institucional en los distintos medios de comunicación. El estudio de este supuesto concreto nos permite extraer varias lecciones útiles al objeto de contribuir a una mejor comprensión de un fenómeno como es el de la transparencia, que todavía es joven en España.

La primera de ellas nos habla de la relación, más íntima de lo que pudiera parecer, entre la obligación de publicar información sobre una determinada materia y el derecho de acceso a la información pública relativa a esta. Parece obvio señalar que cuanta más información sea publicada, menos necesario será ejercer el derecho de acceso para conocer esta; pero dando un paso más, se puede decir que, la regulación de obligaciones poco exigentes de publicidad activa conduce, aunque no debiera, a la introducción de mayores obstáculos para acceder a la información a través del derecho de acceso. Podemos hablar de un mensaje equivocado que puede ser entendido por los poderes públicos en el sentido de verse poco exigido a publicar información y colegir que esta débil exigencia se puede trasladar al ámbito, obviamente mucho más amplio, del derecho de acceso.

Una segunda enseñanza que se puede extraer del caso concreto que se ha desarrollado, hace referencia al hecho de que, cuando tampoco ha transcurrido tanto tiempo desde la entrada en vigor de la primera Ley de transparencia en España, la actuación de los órganos de garantía puede contribuir a un cambio de dinámica en la transparencia existente en un concreto ámbito material. En efecto, más allá del efectivo cumplimiento de sus decisiones resolviendo las reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información pública (cuestión esta, la del cumplimiento de estas decisiones, que, sorprendentemente, está muy lejos de ser resuelta), a través

#### Once relatos sobre cómo el acceso a la información impacta sobre nuestras vidas

de aquellas, y en ocasiones con la colaboración de medios de comunicación y de otros poderes fácticos, se puede crear un "estado de opinión" capaz de encender la luz donde había oscuridad.

La tercera lección quizás sea la más evidente pero que no se puede dejar de recordar: querer es poder o, dicho en otras palabras, la voluntad de ser transparente es el mejor antídoto frente a la opacidad. Lo que son resistencias y obstáculos al derecho de acceso a la información, muchas veces mediante la retorsión de los argumentos para aplicar a este los límites previstos en la legislación, se pueden transformar en pequeños inconvenientes fácilmente salvables, como ocurrió en el caso que aquí se ha explicado. Lo que era necesario reelaborar y se había denegado durante largo tiempo (una simple cifra económica, la del importe del gasto global en materia de publicidad institucional), de la noche a la mañana apareció publicada sin ningún tipo de dificultad, y desde ahí se continuó avanzando hacia la publicación de una información mucho más detallada sobre la materia.

En definitiva, en algunas ocasiones, una simple solicitud de información pública puede contribuir a un cambio profundo en la transparencia de una determinada actividad pública, como ocurrió aquí en el caso de la publicidad institucional de la Administración autonómica de Castilla y León. Este es el motor susceptible de movilizar a los ciudadanos hacia el inicio del camino del ejercicio de su derecho de acceso y también el de las autoridades llamadas a intervenir en él.