



# **EL DERECHO DE ACCESO: PRINCIPIOS Y LÍMITES**

**Martín M<sup>a</sup> Razquin Lizarraga**  
**Catedrático de Derecho Administrativo**  
**Universidad Pública de Navarra**  
**Santiago de Compostela, 10 diciembre 2015**



# LEY 19/2013, 9 DICIEMBRE: LTBG

---

- Tres objetivos:
  - Incremento de la transparencia: la transparencia activa.
  - Regulación del derecho de acceso: la transparencia “pasiva”.
  - El buen gobierno.
- Entrada en vigor escalonada:
  - Título II: 10/12/2013
  - T. Preliminar, Título I y Título II: 10/12/2014 (un año).
  - Resto de la Ley: 20 días desde su publicación (30/12/2013)
  - Para CCAA y EELL: 10/12/2015 (dos años). (CTBG R/331/2015, Ayto. Cee y R/237/2015, Ayto Rianxo: inadmisión).



# LTBG Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ENTIDADES LOCALES

- Ley básica en su mayor parte (excepto los preceptos referidos a la AGE):
  - Margen de actuación a CCAA en T. activa.
  - Poco margen a las CCAA en T. pasiva.
  - Margen organizativo: Consejos de Transparencia.
- Leyes autonómicas sobre transparencia:
  - Numerosas leyes.
  - Introducen “mejoras”: publicidad activa, reducción plazos, Consejos y régimen sancionador.
  - Proyecto de Ley de transparencia de Galicia.
- Ordenanzas municipales:
  - Sujeción a LTBG y ley de la CCAA
  - Prácticamente nulo margen de actuación en derecho de acceso.
  - Ordenanza Tipo de transparencia, acceso a la información y reutilización de la FEMP de 2014.

# ¿Cambios de la Administración?

- La transparencia tiene dos formas:
  - Transparencia **activa** o publicidad: la Administración tiene que actuar y publicitar información sin que se lo pidan los ciudadanos (Capítulo II del Título I de la LTBG)
  - Transparencia **pasiva**: el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública (Capítulo III del Título I de la LTBG).
- Todo requiere de un cambio de “pensamiento” y de “actitud” de la Administración.
- Y de los funcionarios: “plan formativo” de transparencia (D. A. 7ª)
- Y la aplicación de la Administración electrónica (Ley 11/2007)

# LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

- Es la denominada transparencia pasiva.
- Se corresponde con un **derecho** de los ciudadanos: derecho legal no fundamental.
- La LRJPAC (Ley 30/1992):
  - Art. 35.1 letra h): derecho de acceso a los registros y archivos de las AAPP.
  - Art. 37: derecho de acceso a Archivos y Registros.
- Desde hoy se regula en la LTBG (Ley 19/2013, de 9 de diciembre), que modifica los artículos 35 y 37 LRJPAC.
- La LPA 2015:
  - Art. 13: derecho de las **personas**:
    - Derecho de acceso: remisión a la LTBG (letra d)).
    - Protección de datos de carácter personal y confidencialidad (letra h)).
  - Art. 53. 1.a): derecho del **interesado** de acceso y copia de los documentos del procedimiento.

# DIFERENCIAS ENTRE TRANSPARENCIA ACTIVA Y PASIVA

- La publicidad activa se realiza **directamente**, normalmente por la página web del ente público:
  - Extensión de la publicidad: **mínimo** lo establecido en la LTBG: categorías de información.
  - Alcance de la publicidad: todas las personas pueden acceder (siempre que cuenten con acceso a internet).
  - Reutilización: facilidad.
  - Mantenimiento de los datos: quedan publicados indefinidamente.
  - Imposibilidad de exigir su secreto al tercero.
- La publicidad pasiva **solo** se realiza mediante **solicitud** de un ciudadano:
  - Extensión de la publicidad: general (no hay categorías de información).
  - Alcance más limitado de la publicidad.
  - Posibilidad de exigir su secreto al tercero.
  - Dificultades de la reutilización.
  - La información por vía electrónica.
- Límites: los mismos (arts. 14 y 15LTBG).
- **CTBG CI/001/2015: insiste en estas diferencias.**

# ACCESOS DIFERENTES DEL ACCESO LTBG

- Derecho fundamental de los representantes políticos (diputados, senadores, parlamentarios y concejales a obtener información por razón de su cargo).

---

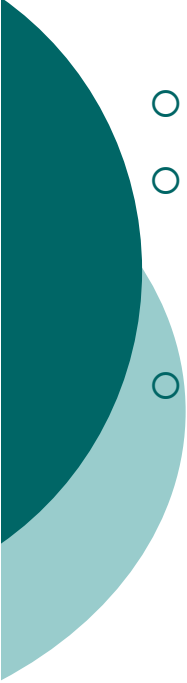
- Acceso de los interesados al procedimiento, que se regula por la LRJPAC (D. A. 1ª.1 LTBG). LPA 2015 diferencia claramente entre acceso del interesado y de todas las personas (art. 53 frente a art. 13). CTBG, R/006/2015: solicitud acceso a procedimiento de incapacidad permanente por el propio interesado: inadmisión.
- Regímenes específicos (ap. 2 y 3) (CTBG CI/008/2015):
  - Medio ambiente: Ley 27/2006, 18 julio (CTBG R/237/2015: Ayto. Rianxo y R/97/2015 -incendios forestales 2014-: inadmisión, no se rige por LTBG).
  - Reutilización: Ley 37/2007.
  - Archivos AGE: R. D. 1708/2011 (arts. 23 a 32).
  - Secretos oficiales y secretos estadísticos.
- No son regímenes específicos:
  - Acceso en contratación pública (CTBG R/86/2015):
    - Es diferente del general de la LTBG (así STGUE 13.12.2013, ap. 34).
    - Véase Recomendación JCCA Aragón 1/2014: fomento de la transparencia en la contratación pública
  - Acceso a resoluciones de T. Económico-Administrativos (CTBG R/104/2015).

# ¿Quiénes tienen derecho a exigir información?

- Titularidad universal: todas las personas, físicas (ciudadanos) y jurídicas (art. 12 LTBG). También los extranjeros.
- Los ciudadanos (arts. 35. h) y 37 LRJPAC, modificados por D. F. 1ª LTBG). El art. 13 LPA 2015: las personas.
- Y los menores: a partir de 14 años (art. 13.1 Rº LOPD) ??
- Sin embargo, no es un derecho fundamental:
  - La LTBG no es, por tanto, una Ley Orgánica
  - No goza de la protección reforzada de los derechos fundamentales (singularmente, el amparo).
- Los interesados:
  - el acceso de los interesados al expediente en curso se rige por la LRJPAC (D. A. 1ª LTBG).
  - Problemas de diferenciación y derechos entre interesado y ciudadano



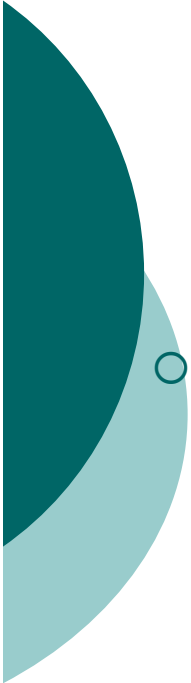
# SUJETO PASIVO

- 
- Sujetos obligados a T. activa y pasiva: arts. 2 y 4 LTBB.
  - Sujetos obligados **solo** a T. activa: art. 3 LTBG. **CTBG CI/003/2015. R/106/2015: Real Federación Española de Golf como ente subvencionado: inadmisión.**
  - Afecta a las Administraciones Públicas: ¿cuáles son?
    - Administraciones Territoriales (Estado, CCAA y EELL)
    - Seguridad Social y Mutuas
    - Entidades públicas:
    - Organismos autónomos.
    - Agencias.
    - Entidades públicas empresariales.
    - Entes reguladores.
    - Otras entidades de Derecho Publico
    - Administraciones independientes: Universidades.
  - Sector público:
    - Sociedades públicas: titularidad de más del 50% (único criterio y no el de su actividad como ocurre en el TRLCSP).
    - Fundaciones públicas.
  - Asociaciones de las Administraciones, organismos y entidades.

## otros entes públicos: sujeción parcial

---

- Corporaciones de Derecho Público (Colegios y Cámaras)
  - Sólo para actividades sujetas a Derecho Administrativo.
  - Convenios de colaboración (D.A. 3ª LTBG).
  - CTBG R/151/2015: se aplica a una Comunidad de regantes en cuanto a actividades de Dº Administrativo.
- Entes constitucionales o asimilados (de las CCAA):
  - Casa del Rey, Congreso, Senado, TC, CGPJ, Banco de España (?), Consejo de Estado (?), Defensor del Pueblo y Tribunal de Cuentas
  - Sólo para actividades sujetas a Derecho Administrativo (principalmente, personal, gestión patrimonial y contratación: art. 1.3 a) y b) LJCA).
  - Además la gestión y control del gasto.



# Sujeto pasivo: concesionarios y adjudicatarios de contratos

---

- Personas físicas y jurídicas
  - Que presten servicios públicos: concesionarios
  - Que ejerzan potestades administrativas.
  - Adjudicatarios de contratos públicos: en los términos del contrato.
- Obligación de suministrar información al ente al que estén vinculados:
  - Previo requerimiento.
  - Información limitada al servicio público o al contrato.
  - Para qué: para que el ente público cumpla sus obligaciones de publicidad activa y pasiva
  - No se preven consecuencias por el incumplimiento.

# ¿ A QUÉ SE PUEDE ACCEDER?

Premisa general: acceso a todo, salvo lo que esté exceptuado expresamente

- ¿Qué es todo?:
  - Documentos
  - Contenidos: matizar según el art. 18.1.c).
  - No importa formato o soporte.
- Documentos y archivos:
  - Ya no se habla de archivos (diferencias entre expediente en tramitación, archivos de oficina, archivos intermedios y archivos históricos).
  - ¿Sigue vigente la LPHE sobre archivos históricos y su acceso? (D. A. 1ª. 2 LTBG): **acceso específico en AGE.**
  - Alcanza también a los procedimientos abiertos o en curso (diferencias con "interesado").
  - No caben peticiones de información: p.e. consultas jurídicas o petición de emisión de informes o dictámenes



## ¿ A QUÉ SE PUEDE ACCEDER? 2

Contenidos o documentos: “que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”:

- No importa el autor del contenido o documento:
  - No obstante, se plantean problemas cuando su autor no es una de las entidades del art. 2.1.
  - Autoría de la información por otro (art. 19.4 LTBG).
  - Problemas de autoría del documento y protección de intereses económicos, profesionales o de propiedad intelectual o industrial.
- Funciones: concepto “más amplio” que el de “competencias” (?). Ya no se habla de funciones “públicas”.
- También aquellos de que se sea simple depositario.
- Los documentos de entes del art. 4 (concesionarios y adjudicatarios) se deben remitir a los del art. 2.1.

# EXCEPCIONES

- Las excepciones pueden englobarse en dos supuestos legales:
  - Excepciones formales: motivos de inadmisión (art. 18).
  - Excepciones materiales: límites (arts. 14 y 15)
- Las excepciones:
  - Son tasadas: sólo las previstas en la Ley.
  - No son de aplicación automática: **test del daño** y **test del interés**.
  - Son de interpretación restrictiva como todas las excepciones.
  - Son de aplicación directa por la Administración, sin necesidad de alegación. No obstante, se prevé las alegaciones de los afectados (art. 19.3).
  - Pueden ser salvadas con el consentimiento del afectado o protegido por las mismas.
  - Principio de proporcionalidad: sólo se aplican por el tiempo fijado en la Ley o en tanto se mantenga su justificación.
- **Publicidad** de las decisiones denegatorias (art. 14.3 LTBG).
- Precisan de **motivación** (art. 20 LTBG).

# TEST DEL DAÑO Y TEST DEL INTERÉS

## Ponderación:

---

- Aunque hay una lista de materias, las excepciones no son generales.
- Necesidad de apreciar la excepción caso por caso (art. 14.2).
- CTBG: R/105/2015: doctrina límites art. 14 LTBG
- Test del daño: concreto, definido y evaluable
- Test del interés: ¿coexiste un interés superior que justifique el acceso?:
  - Público
  - Privado (?).
  - "Superior" a la excepción.
- Test de ponderación "especial" para datos personales (art. 15.3 LTBG).
- CTBG: R/0229/2015: caso de interés público superior (pero aplicado a una causa de inadmisión: medicamentos).

## LOS LÍMITES (ART. 14 LTBG)

Su amplitud, que excede del art. 105 CE.

Justificación: bienes jurídicos dignos de protección, que pueden enervar el derecho de acceso.

- Motivos de protección del Estado:
  - Seguridad nacional.
  - Defensa
  - Relaciones exteriores.
  - Seguridad pública.
  - Política económica o monetaria
  - Dificultad de su extensión a otros entes que no sean el Estado (p.e. CCAA o entidades locales).



# LOS LÍMITES (ART. 14 LTBG) 2

o Motivos de protección de la actuación del Estado o de la Administración:

---

- Prevención, investigación y sanción de ilícitos penales, administrativos o disciplinarios (CTBG, R/060/2015 bis: investigación en materia de competencia, desestimación solicitud).
- Funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (CTBG, R/31/2015: acceso a informes de la Inspección de Fomento sobre modificaciones de obras y obras complementarias: desestimación solicitud).
- Garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión (CTBG, R/035/2015: datos del experto que hace el informe para la Comisión de acreditación de ANECA: desestimación solicitud).

# LOS LÍMITES (ART. 14 LTBG) 3

- Intereses particulares:

---

  - Protección de datos personales
  - Igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
  - Intereses económicos y comerciales. **Se alega por empresas públicas para no dar información (CTBG R/168/2015 (RENFE): no se acepta este límite).**
  - Secreto profesional y propiedad intelectual e industrial.
- ¿Debe producirse la intervención de los afectados prevista en el art. 19.3 LTBG?
- ¿Los particulares deben advertir previamente que los documentos que aportan son confidenciales?



# LOS LÍMITES (ART. 14 LTBG) 4

---

## El interés general:

- La protección del medio ambiente.
- Problemas de su regulación específica (D.A. 1ª LTBG).
- La Ley 27/2006, de 18 de julio, de derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.

# DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

- Normativa aplicable:
  - LOPD (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre) y Reglamento (R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre).
  - El art. 15 LTBG
- Rige para todos los datos de carácter personal (**PERSONAS FÍSICAS**).
- Necesidad de coordinar la protección de datos con el principio de transparencia: derechos limitados no absolutos (que no se convierta en un freno de la transparencia: advertencia de este peligro por Defensor del Pueblo Europeo).
- **Personas jurídicas:**
  - No les alcanza esta protección de la LOPD y del art. 15 LTBG a las personas jurídicas.
  - Tampoco a los datos de personas físicas que presten servicios en ellas.
  - Tampoco a los datos relativos a empresarios individuales.
  - CTBG: R/211/2015 y R/214/2015

# LOPD: CONCEPTOS

- Datos de carácter personal: “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.
- Cesión: “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”. **ACCESO = CESIÓN**
- Principio de calidad (art. 4.1): “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean **adecuados, pertinentes y no excesivos** en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.
- Deber de secreto del responsable del fichero y de quienes intervengan en el tratamiento de datos (art. 10)
- Comunicación de datos: **regla general: el consentimiento**: “Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado” (art. 11.1 LOPD).
- **Excepción al consentimiento**: art. 11 LOPD, en especial art. 11.2 a): excepción por Ley: ahora la LTBG es ley especial respecto de la LOPD.



# LA REGULACIÓN DE LA LTBG (ART. 15)

---

- CTBG y AEPD: CI/002/2015: aplicación del art. 15 LTBG.
- Diferencia entre varios niveles de datos en función de su naturaleza:
  - Datos especialmente protegidos de primer nivel: datos del art. 7.2 LOPD.
  - Datos especialmente protegidos de segundo nivel:
    - Datos del art. 7.3 LOPD.
    - Datos sobre infracciones penales o administrativas (salvo amonestación pública)
  - Datos no especialmente protegidos: (art. 15.3): datos personales no incluidos en el apartado 1 del art. 15 LTBG.
  - Datos meramente identificativos: acceso general, salvo excepciones (art. 15.2).



# PROTECCIÓN DE PRIMER NIVEL (ART. 15.1, párr. 1º)

- Denegación, salvo consentimiento del titular: debe ser expreso y por escrito.
- Datos del art. 7.2 LOPD: “Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la **ideología, afiliación sindical, religión y creencias**. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado”.



# PROTECCIÓN DE SEGUNDO NIVEL (ART. 15.1 párr. 2º)

---

- Datos del art. 7.3 LOPD: “. Los datos de carácter personal que hagan referencia al **origen racial, a la salud y a la vida sexual** sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”..
- Datos sobre **infracciones penales o administrativas** (salvo amonestación pública).
- Denegación de acceso salvo:
  - Consentimiento expreso del titular.
  - Ley que lo ampare: determinadas leyes exigen la publicación de las sanciones (prevención de riesgos laborales, mercado de valores, etc.).



# PROTECCIÓN DEL TERCER NIVEL (ART. 15.3)

- Datos **no especialmente protegidos**: (art. 15.3): datos personales no incluidos en el apartado 1 del art. 15 LTBG.
- Datos personales: aplicación del test de ponderación: criterios de ponderación (art. 15.3). Nuevos criterios específicos y por tanto reforzados sobre el art. 14.2 LTBG:
  - Los plazos del art. 57 LPHE:
    - regla de los tres pasos: 1º: consentimiento; 2º: 25 años desde la muerte; 3º: 50 años desde la fecha del documento (si no se conoce la fecha de la muerte).
    - Sólo si los datos afectan a la intimidad: no en otro caso.



# PROTECCIÓN DEL TERCER NIVEL (ART. 15.3) 2

- Acceso de investigadores.

---

  - Deben ser investigadores: problema de su acreditación.
  - Deben justificar el motivo en los fines históricos, científicos o estadísticos.
  - Importancia de poner condiciones a dicho acceso
- Ejercicio de un derecho: contradicción con la inexigencia de interés para la solicitud de acceso.
  - Pero se puede indicar el interés y servirá como criterio de ponderación.
  - No vale para acceso a documentos únicamente para obtener un parámetro de comparación.
- Menor perjuicio de los afectados en caso de documentos con datos meramente identificativos: diferenciarlo del art. 15.2 LTBG.
- Afectación a la intimidad o a la seguridad o a menores.



# OTROS DATOS PERSONALES (ART. 15.2)

- **Datos meramente identificativos:**
  - Se limitan al nombre y los apellidos. No DNI (CTBG: CI/004/2015: aunque se refiere a publicidad activa de contratos).
  - Acceso general, salvo excepciones (art. 15.2):
    - Prevalencia de la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos: suele utilizarse como cláusula para la seguridad de ciertas personas (policías, personal de centros penitenciarios, etc.).
    - Interés público en la divulgación.
- Qué incluye:
  - Datos de información en catálogos de las AAPP.
  - Documentos administrativos.
  - Resoluciones administrativas.
  - Actividad pública: autorizaciones, licencias, ayudas, subvenciones.
- No alcanza a datos personales que exceden de una simple identificación personal: menores, mujeres maltratadas, personas en desamparo social, etc., aunque los datos a primera vista fueran simplemente identificativos.



# DISOCIACIÓN DE DATOS (ART. 15. 4)

---

- Posibilidad de disociación de datos (art. 15.4): imposibilidad de identificación.
- Ya no hay datos personales: “anonimización”.
- Acceso general.
- CTBG: R/2014/2015: datos personales de personas físicas participantes en procedimiento de consulta pública: disociación.

# ACCESO PARCIAL

---

- Aceptación de existencia de límites:
  - Denegación.
  - Acceso parcial.
- Consiste en omitir la parte afectada por la excepción (la confidencial).
- Exigencias formales:
  - Motivación de la denegación parcial.
  - Indicación al solicitante de qué parte se ha omitido.