



RESOLUCIÓN

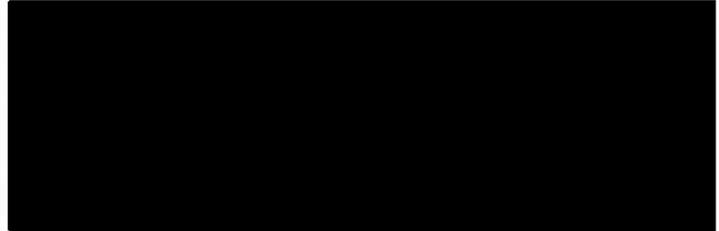
S/REF:

N/REF:

R/0073/2016

FECHA:

9 de mayo de 2016



ASUNTO: Resolución de Reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

En respuesta a la Reclamación presentada por [REDACTED] el 3 de marzo de 2016, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, considerando los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos que se especifican a continuación, adopta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, [REDACTED] solicitó al MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS (en adelante MINHAP), el 28 de enero de 2016 y en base a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) información relativa al *texto del intercambio de cartas que se menciona en la Circular L.G.-Conv. D.I. nº 52 de las Autoridades Federales de Luxemburgo relativa al Convenio de Doble Imposición, suscrito con España el 03-06-1986 y en otra Circular, de 10-05-2000, sustituida por aquella, así como la documentación y antecedentes de los expedientes de su tramitación que figuren en la Dirección General de Tributos.*
2. Con fecha 3 de marzo de 2016, se recibió en este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno Reclamación presentada por [REDACTED] ante la denegación por silencio administrativo de su solicitud de acceso a la información, en la que manifiesta que *Los citados intercambios de cartas son acuerdos que interpretan el derecho y tienen efectos jurídicos (artículo 7.a) de la Ley de Transparencia), tal y como se desprende de su propio contenido, del que nos hemos enterado por la referencia hecha por las autoridades fiscales de Luxemburgo, que los ha mencionado en su sitio web, bien que sin publicar sus*



textos originales. Rechazamos que dichos intercambios de cartas puedan permanecer secretos, pues ese "secreto" se opone de forma manifiesta al artículo 9.3 de la Constitución (principio de publicidad), a la normativa administrativa vigente y también a la Ley de Transparencia, que precisamente se aprobó para lo contrario.

Por ello, solicita que se le conceda Audiencia del expediente y acceso a la documentación requerida.

3. Con fecha 10 de marzo de 2016, este Consejo de Transparencia procedió a dar traslado de la Reclamación presentada al MINHAP, a los efectos de que se realizaran las alegaciones consideradas oportunas. Dichas alegaciones fueron recibidas el 30 de marzo de 2016 y en ellas la Administración argumenta lo siguiente:

- a. *La solicitud de información presentada por el interesado se refiere, por un lado, a la publicidad de un acuerdo internacional, en concreto, un intercambio de Cartas a través del cual se formaliza un acuerdo internacional relativo a la interpretación de un determinado precepto del Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y Protocolo anexo, hecho en Madrid el 3 de junio de 1986 (BOE de 4 de agosto de 1987).*

Pues bien, la solicitud se debe inadmitir al no tener amparo en la LTBG, en la medida en que el conocimiento de los ciudadanos de los tratados y acuerdos internacionales formalizados por España, como ocurre también en el resto de las normas jurídicas, se efectúa a través de la publicación de los mismos en el BOE, en virtud del principio de publicidad de las normas (artículo 9.3 de la Constitución). Dicha línea interpretativa es plenamente coherente con la orientación y contenido de la propia LTBG que regula, dentro de la publicidad activa (artículo 7 de la LTBG), la publicación de la información con relevancia jurídica (Anteproyectos de Ley, proyectos de Decretos Legislativos, proyectos de Reglamentos), es decir, regula la publicidad de normas non natas todavía pero, en ningún caso, la publicidad de normas jurídicas ya aprobadas formalmente (Leyes, Decretos Legislativos, Reglamentos) como es el caso de los tratados y acuerdos internacionales.

Por otro lado, el artículo 23.3 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE de 28 de noviembre), dispone que "Los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el «Boletín Oficial del Estado». En consecuencia, a la vista de lo anterior, resultaría de aplicación la Disposición Adicional Primera punto 2 de la LTBG, en el bien entendido que los acuerdos internacionales, como toda norma jurídica, están sometidos al principio de publicidad (artículo 9.3 de la CE) mediante su publicación en el Boletín Oficial correspondiente, en



este caso en el del Estado, y, por tanto, fuera del ámbito de la LTBG. Así, es necesario señalar que los antecedentes y documentos del intercambio de cartas objeto de solicitud tienen un régimen específico de acceso concretado en los artículos 26 y 27 del Convenio entre España y Luxemburgo bajo el principio informador, ya se avanza, de la confidencialidad.

Así, se indica que actualmente la publicación en el BOE del intercambio de Cartas sobre el que se solicita información está en proceso de tramitación.

- b. *Por otro lado, sobre la solicitud de antecedentes y documentos en relación con el intercambio de Cartas, se considera de aplicación la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1 b) al ser consideradas información auxiliar o de apoyo.*

Así, se alega que el intercambio de Cartas solicitado se realiza para formalizar un acuerdo interpretativo en relación con determinados preceptos del Convenio entre España y Luxemburgo para evitar la doble imposición

- c. *El artículo 27.2 del Convenio entre España y Luxemburgo, según la redacción otorgada por el Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009 (BOE de 31 de mayo de 2010), dispone que:*

“La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 se mantendrá en secreto en igual forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se comunicará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos a los que se hace referencia en el apartado 1, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a estos impuestos, de la resolución de los recursos relativos a los mismos, o de la supervisión de tales actividades. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para dichos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales”.

Por tanto, tal y como se expresan los Comentarios al artículo 26 del Modelo de Convenio OCDE en su párrafo 12, la información intercambiada es confidencial y no debería ser desvelada a personas o autoridades que no estuvieran mencionadas en el apartado 2 del artículo 26 del Modelo de Convenio OCDE (artículo 27.2 del Convenio entre España y Luxemburgo), con independencia de la existencia de leyes que obliguen a la divulgación de información, como la legislación sobre el derecho a la información u otra legislación que permita un amplio acceso a los documentos públicos.



II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LTAIBG, en relación con el artículo 8 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la Presidenta de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que se presenten, con carácter potestativo y previo a un eventual Recurso Contencioso-Administrativo, en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como *"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"*.

Es decir, la LTAIBG reconoce y regula el derecho a acceder a información pública que esté en posesión del organismo al que se dirige la solicitud bien porque él mismo la ha elaborado o porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

3. Primeramente, este Consejo de Transparencia debe hacer una consideración de tipo procedimental.

Durante la tramitación del presente procedimiento, el Reclamante ha solicitado que se le dé Audiencia del expediente, en el caso de que la Administración efectuase alegaciones. A este respecto, este Consejo entiende que no es necesario conceder el citado trámite, a pesar de que existen dichas alegaciones y de que existe petición expresa del interesado, ya que no van a tenerse en cuenta en la Resolución final nuevos hechos ni nuevos documentos de los que ya constan en el expediente. Esta posibilidad está prevista en el artículo Artículo 84.4. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.*

Asimismo, se entiende que la ausencia del trámite de Audiencia no merma, en el presente caso, las posibilidades de defensa o intervención del Reclamante en el mismo, ya que puede presentar alegaciones o documentos en cualquier fase del presente procedimiento. En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 19/12/2000 y 22/05/2001.



Teniendo en cuenta que, en el presente procedimiento, la Administración, como principal parte interesada y única obligada por el acuerdo final que se tome, ya ha tenido vista del expediente y ha formulado alegaciones que son las que se van a tener en cuenta en la toma de decisión final, no procede conceder trámite de audiencia al Reclamante, al que no se produce indefensión de ningún tipo, ya que ha promovido la Reclamación y tiene la posibilidad de recurrir la presente Resolución ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativos.

4. En el caso que nos ocupa, se advierte, en un primer análisis, que la Administración no ha cumplido con la obligación de resolver que establece la LTAIBG y, con carácter general, la norma que regula el procedimiento administrativo común- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común-

En este sentido, su artículo 20.1 señala que *La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes 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.*

En el caso que nos ocupa, la Administración no ha respondido al Reclamante, por lo que procede recordar la obligación de los organismos y entidades públicos de responder las solicitudes presentadas por los ciudadanos así como la necesidad de respetar los plazos legales en materia de transparencia y acceso a la información pública con el fin de hacer efectivo el ejercicio de un derecho de rango constitucional.

5. Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, procede, como así lo hace MINHAP en sus alegaciones, diferenciar los dos tipos de informaciones que se solicitan:
 - Por un lado, el texto del intercambio de cartas relativo a la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Luxemburgo.
 - Por otro, la documentación y antecedentes relativos a la tramitación del citado intercambio de cartas.
6. En relación a la primera de las informaciones solicitadas, el MINHAP, después de una serie de reflexiones sobre la publicación de las normas internacionales en el Boletín Oficial del Estado (BOE) como requisito *sine qua non* para su validez, indica que *“a título meramente informativo, cabe indicar que actualmente la publicación en el BOE del intercambio de Cartas sobre el que se solicita la información está en proceso de tramitación (...)”*.

A juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, más allá de las consideraciones vertidas por MINHAP acerca de la no aplicación del artículo 7



de la LTAIBG (publicación *pro activa* de información de naturaleza jurídica) y de la publicación de las normas internacionales en los diarios oficiales como requisito para su plena validez y eficacia y teniendo en cuenta que la publicación en el BOE está tramitándose, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 18.1 a).

En efecto, y según dispone dicho precepto, se considera como causa de inadmisión de una solicitud de información el hecho de que ésta se refiera a *información que esté en curso de elaboración o de publicación general*. Así, si atendemos a la afirmación de que la publicación del intercambio de Cartas por el que se interesa el solicitante está tramitándose en el BOE y a que, de hecho, en otros supuestos este tipo de información ya ha sido publicada en dicho Boletín – así, por ejemplo, en el BOE núm. 189 de 6 de agosto de 2009 se publicó el Intercambio de cartas de 1 de marzo y 22 de abril de 2005, relativo a la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Francia, hecho en Madrid el 10 octubre de 1995- podemos considerar de aplicación al caso que nos ocupa, la mencionada causa de inadmisión, en el entendido de que la publicación va a realizarse en un medio de carácter general- publicación que, además, es condición para su validez jurídica- y que, por lo tanto, va a ser accesible por el ciudadano.

No obstante, no sólo el medio sino también el momento de la publicación es relevante a estos efectos. Es decir, la aplicación de la mencionada causa de inadmisión no puede dilatarse en el tiempo sin límite alguno, sino que la publicación debe estar prevista y completada en un período de tiempo razonable de tal manera que se satisfaga el derecho del ciudadano en el marco temporal más próximo posible desde la fecha de la solicitud.

7. Asimismo, y toda vez que guarda relación con los argumentos expuestos por MINHAP, debe indicarse que el hecho de que la publicación de la información esté previsto que se realice por otros medios, no puede verse como un impedimento para atender una solicitud de acceso a la información. En efecto, y en congruencia con esta afirmación, la propia Ley de Transparencia prevé que cuando se presenten solicitudes referidas a información que se encuentre ya publicada, en la respuesta a la misma se indicara el enlace a través del que el solicitante puede acceder a lo solicitado. Es decir, el hecho de que la información se haya publicado, en cumplimiento de una obligación legal o de forma voluntaria, no puede considerarse como argumento para denegar una solicitud.
8. En cuanto a la segunda categoría de información solicitada, esto es, la documentación y antecedentes relativos a la tramitación del mencionado intercambio de Cartas, MINHAP alega que las mismas pueden ser calificadas como información auxiliar o de apoyo y, al mismo tiempo, formula una serie de consideraciones relativas al carácter confidencial de dicha información de acuerdo con lo dispuesto en el texto del propio Convenio.



En efecto, a nuestro juicio, la consideración como confidencial de la información solicitada atendería a la propia naturaleza de la misma, y al reconocimiento de dicha naturaleza en una norma, en este caso un Tratado Internacional, cuyas disposiciones sólo pueden ser modificadas de acuerdo a lo previsto en el propio Tratado. Es decir, es la propia naturaleza de la información que se solicita, conferida por la norma que la regula, la que debe tenerse en cuenta en primer lugar.

Por todo lo anterior, es por lo que procede analizar, primeramente, si, tal y como alega la Administración, *el contenido del Convenio entre España y Luxemburgo, según la redacción otorgada por el Protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009 (BOE de 31 de mayo de 2010), es estrictamente confidencial y sólo se puede comunicar a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos.*

Si la respuesta a esta cuestión fuera positiva, debería desestimarse la Reclamación presentada, por lo que no procedería seguir analizando el resto de las alegaciones formuladas por ambas partes.

9. Ciertamente, el Convenio citado entre España y Luxemburgo establece, en su artículo 27.2 que *La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 se mantendrá en secreto en igual forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se comunicará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos a los que se hace referencia en el apartado 1, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a estos impuestos, de la resolución de los recursos relativos a los mismos, o de la supervisión de tales actividades. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para dichos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.*

Dicho apartado 1 dispone, a su vez, lo siguiente:

1. *Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigibles por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o sus entidades locales, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por los artículos 1 y 2.*



De estos preceptos puede concluirse, por lo tanto, que la información que sea intercambiada por las partes en el marco de la aplicación del Convenio sólo podrá ser transmitida a las personas o autoridades encargadas de la gestión o recaudación de impuestos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a estos impuestos, de la resolución de los recursos sobre ellos o la supervisión de tales actividades.

10. Según la doctrina constitucionalista española (de la que se señala por ejemplo, la obra *El sistema Constitucional de fuentes del Derecho*) *Los Tratados Internacionales son normas por las que el Estado consiente en asumir obligaciones internacionales. La Constitución Española, en el Capítulo 3º del Título III (artículos 93 a 96), se ocupa de varias cuestiones en relación a los Tratados Internacionales: el procedimiento para celebrarlos, el valor que poseen en nuestro derecho interno y su posible control. El momento en que un Tratado Internacional válidamente celebrado forma parte del ordenamiento interno es cuando el mismo es publicado oficialmente a través del Boletín Oficial del Estado (BOE). Así se establece en el artículo 96.1 de la Constitución: "Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno". Ello quiere decir también que los Tratados Internacionales poseen fuerza frente a la Ley, esto es, que no pueden ser modificados sin más por ésta, sino que han de serlo por los procedimientos acordes con el Derecho Internacional, incluyendo aquellos expresamente previstos en el propio tratado. Los Tratados gozan de primacía sobre las fuentes del derecho interno en caso de conflicto, lo que no implica que los tratados sean superiores jerárquicamente a la ley. Una ley contraria a un tratado no es nula, sino que tan sólo el Tratado Internacional prevalece sobre ella. No afecta a la constitucionalidad de la misma, se trata únicamente de un problema de selección del derecho aplicable al caso concreto.*

Por lo tanto, estando en vigor actualmente el Convenio citado entre España y Luxemburgo y siendo confidencial la información que se intercambien las partes en el marco de su aplicación, según dispone expresamente el mismo, procede desestimar la Reclamación debido a que el acceso a la información solicitada contravendría lo dispuesto expresamente en una norma internacional que compromete la voluntad de los países firmantes.

11. En definitiva, y por todos los argumentos expuestos anteriormente, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno considera que la presente Reclamación debe ser desestimada. No obstante, y en atención a lo mencionado en el Fundamento Jurídico Núm. 6 *in fine*, el MINHAP debe informar al reclamante de la fecha aproximada en la que el Intercambio de Cartas, al que se refiere la solicitud, será publicado en el BOE.



III. RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede **DESESTIMAR** la Reclamación presentada por [REDACTED] el 3 de marzo de 2016, contra el MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

De acuerdo con el artículo 23, número 1, de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Reclamación prevista en el artículo 24 de la misma tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En consecuencia, contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, únicamente cabe, en caso de disconformidad, la interposición de Recurso Contencioso-Administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid en plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1, c), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA DEL
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO



Fdo: Esther Arizmendi Gutiérrez