



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF: 001-021315

N/REF: R/0201/2018 (100-000661)

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] con entrada el 4 de abril de 2018, 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, el 13 de febrero de 2018, [REDACTED] presentó solicitud de información al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), con el siguiente texto:

En virtud de la Ley 19/2013, solicito acceso a este documento: respuesta enviada por el Reino de España a la Comisión Europea después de que esta hiciera llegar a España la formal notice de inicio del procedimiento de infracción con fecha 26/11/2014. El procedimiento tiene el número 20144184. Nótese que no solicito el documento que envía la Comisión a España (y que se considera confidencial mientras siga abierto el procedimiento de infracción), sino la respuesta de España a Bruselas, que según ha indicado la Comisión Europea en respuestas a España (ver expediente de Transparencia 017754) no está sujeta a esa confidencialidad.

2. Mediante resolución de 2 de marzo de 2018, el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN informó a [REDACTED], en los siguientes términos:

Analizada dicha petición de acceso a información pública, se señala lo siguiente:

El procedimiento de infracción al que concierne esta petición es el expediente de infracción n° 2014/4184 Hospital de Burgos, que se halla actualmente abierto -

reclamaciones@conseiodetransparencia.es



tras la mencionada Carta de emplazamiento- y en fase de investigación y análisis por parte de la Comisión Europea.

De acuerdo con la citada Ley 19/2013, en su disposición adicional primera apartado segundo, se aplicará esta Ley con carácter supletorio en aquellas materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información. Bajo esta premisa, debe tenerse en cuenta la aplicación del Reglamento (CE) 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 Comisión, en cuanto que contempla la regulación de acceso a documentos en el marco de procedimientos de infracción incoados por la Comisión Europea contra Estados miembros.

El objeto de la solicitud se circunscribe a la respuesta del Estado español a la Comisión Europea en contestación a la Carta de emplazamiento de 26 de noviembre de 2014. Por tanto, el documento tiene su origen en la Administración española, no la Comisión Europea, por lo que compete a las autoridades españolas resolver sobre la pertinencia de dar acceso al contenido del mismo documento objeto de la solicitud, no siendo necesaria una consulta a la Comisión en virtud del artículo 5 del Reglamento 1049/2001 - y en similares términos el artículo 19.4 de la Ley 19/2013-.

En primer lugar, debe aclararse que en el referido expediente de Transparencia 017754 la Comisión Europea no manifestó que los documentos de respuesta a documentos generados por la Comisión no están sujetos a confidencialidad. Simplemente puso de relieve que la competencia para decidir sobre la divulgación de aquéllos corresponde a las autoridades origen del documento (en dicho caso particular, a las autoridades españolas).

Asimismo, la Comisión confirmó la aplicación de la excepción al derecho de acceso que viene establecida en el artículo 4 apartado 2, tercer guion del Reglamento (CE) no 1049/2001, a saber, la protección del objetivo de las actividades de investigación.

Esta excepción debe considerarse aplicable tanto a los documentos generados por la institución europea como a los elaborados por las autoridades españolas en respuesta a los primeros (en el caso que nos atañe, una Carta de emplazamiento). De otro modo, no se otorgaría estricto cumplimiento a la excepción del artículo 4 apartado 2 tercer guión del Reglamento (CE) n° 1049/2001 y su aplicación carecería de plena eficacia.

En efecto, el documento que el solicitante desea obtener se enmarca en un expediente relativo a una investigación en curso sobre una posible infracción del Derecho de la UE. En este procedimiento la Comisión no ha finalizado su



investigación y decisión para, en su caso, plantear el caso ante el Tribunal de Justicia de la Unión. Por ello, su divulgación en este momento iría en detrimento de la protección del objeto de la investigación. Además, no concurre un interés público superior que desvirtúe la excepción y justifique la divulgación del documento.

En este sentido, cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos acumulados C-514/11 y C-605/11, sentencia de 14 de noviembre de 2013 (párrafo 63), que declaró que "la divulgación durante la fase administrativa previa de los documentos correspondientes a un procedimiento por incumplimiento podría dar lugar a que se modificara la naturaleza y el desarrollo de dicho procedimiento, habida cuenta de que, en tales circunstancias, podría resultar más difícil todavía que se iniciara un proceso de negociación y se llegara a un acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro involucrado que pusiera fin al incumplimiento reprochado, a fin de hacer posible la observancia del Derecho de la Unión y de evitar un recurso judicial."

Por consiguiente, la excepción establecida en el artículo 4 apartado 2 tercer guión del Reglamento 1049/2001 resultaría aplicable a la respuesta remitida por España a la Carta de emplazamiento en el procedimiento de infracción 2014/4184, en cuanto que el procedimiento de infracción continúa siendo objeto de investigación y pendiente de decisión.

En atención a todo lo expuesto, se resuelve denegar el acceso al documento de respuesta del Reino de España a la Carta de emplazamiento relativa al procedimiento de infracción nº 2014/4184.

3. Con fecha de entrada el 4 de abril de 2018, la [REDACTED] presentó reclamación al amparo de lo dispuesto en el art. 24 de la LTAIBG en la que indicaba lo siguiente:

Solicité acceso a un documento, la respuesta enviada por el Reino de España a la Comisión Europea después de que esta notificara el inicio del procedimiento de infracción con fecha 26/11/2014 (procedimiento número 20144184). Especifiqué que no solicitaba el documento que envía la Comisión a España, y que esta considera confidencial mientras siga abierto, sino la respuesta de España a Bruselas, cuya divulgación decide el Estado miembro en cuestión. El Ministerio de Asuntos Exteriores deniega mi solicitud, pero no lo hace alegando un límite del derecho de acceso de la Ley española 19/2013, sino basándose en un reglamento comunitario, el 1049/2001. Considero, en primer lugar, que el documento es claramente información pública, ya que ha sido elaborado en el ejercicio de las funciones del Gobierno, afecta a un hospital de la red pública construido con dinero público y la ciudadanía tiene derecho a saber por qué lo está investigando la Comisión Europea y qué explicaciones ha dado España. Creo que divulgar la



respuesta no pone en peligro ninguna investigación, especialmente teniendo en cuenta que el caso se abrió en 2014. Además, considero que debería aplicarse a mi solicitud la Ley 19/2013 y valorarse en función de este texto si el acceso a la información prima sobre algún límite o no.

4. Recibida la Reclamación en este Consejo de Transparencia, la documentación contenida en el expediente fue remitida, con fecha 4 de abril de 2018, a la Unidad de Información de Transparencia del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN para alegaciones. En escrito de entrada el 25 de abril de 2018, el mencionado Departamento indicó lo siguiente:

(I) En la Resolución de la SEAE sí se ha tenido en cuenta la aplicación de la Ley 19/2013. En efecto, de acuerdo con la citada Ley 19/2013, en su disposición adicional primera apartado segundo, se aplicará esta Ley con carácter supletorio en aquellas materias que tengan previsto un régimen específico de acceso a la información. Bajo esta premisa, se ha tenido en cuenta la aplicación prevalente del Reglamento (CE) 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 Comisión, en cuanto que contempla la regulación de acceso a documentos en el marco de procedimientos de infracción incoados por la Comisión Europea contra Estados miembros.

(II) El artículo 4 apartado 2, tercer guion del Reglamento (CE) n° 1049/2001, establece la excepción al derecho de acceso cuando la divulgación suponga un perjuicio a la protección del objetivo de las actividades de investigación, salvo que su divulgación revista un interés público superior.

(III) De acuerdo con la Resolución de la SEAE, este precepto debe considerarse aplicable tanto a los documentos generados por la institución europea como a los elaborados por las autoridades españolas en respuesta a los primeros (en el caso que nos atañe, una Carta de emplazamiento). De otro modo, no se lograría un estricto cumplimiento de la excepción del artículo 4 apartado 2 del Reglamento (CE) n° 1049/2001 y su aplicación carecería de plena eficacia, pues evidentemente la respuesta del Reino de España tiene como objeto y se fundamenta en las cuestiones planteadas por la Carta de emplazamiento. En dicho sentido, se alteraría el carácter protegido de la Carta, pues el solicitante llegaría a tener acceso a los elementos sustanciales de su contenido.

(IV) No se considera que el documento solicitado no pone en peligro la investigación, aun cuando date de 2014. El documento forma parte de una investigación en curso sobre una posible infracción del Derecho de la UE. En este procedimiento la Comisión no ha finalizado su investigación y decisión, ya sea de archivo o de plantear el caso ante el Tribunal de Justicia de la UE. Por ello, su divulgación en este momento iría en detrimento de la protección del objeto de la investigación, al margen de la antigüedad del inicio del procedimiento de infracción.



(V) No se aprecia un interés público superior que desvirtúe la excepción y justifique la divulgación del documento. La reclamante alega que “afecta a un hospital de la red pública construido con dinero público”, pero no justifica la prevalencia de la naturaleza pública de la entidad sobre la regla de no transparencia que se aplica a la investigación de una posible infracción por parte de una institución europea.

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, el Presidente de este Organismo es competente para resolver, con carácter potestativo y previo a un eventual Recurso Contencioso-Administrativo, las reclamaciones que se presenten en el marco de un procedimiento de acceso a la información.
2. La 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. En primer lugar, debe comenzarse con el análisis del objeto de la solicitud de información cuya concesión o denegación se cuestiona en el presente expediente de reclamación. Para ello, es preciso comenzar indicando brevemente los procedimientos de infracción por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (UE) que pueden ser iniciados por la Comisión Europea contra un Estado miembro.

Así, cuando la Comisión detecta una posible infracción de la normativa comunitaria, se inicia un procedimiento, establecido en los Tratados europeos que finalizan con una decisión formal. Las etapas de dicho procedimiento son las siguientes:

- a. La Comisión envía una carta de emplazamiento solicitando más información al Estado miembro, que dispone de un determinado plazo de tiempo (por lo general, dos meses) para remitir una respuesta detallada.
- b. Si la Comisión llega a la conclusión de que el Estado no cumple sus obligaciones con arreglo a la legislación de la UE, puede enviar un





dictamen motivado es decir, una petición formal para que se dé cumplimiento a dicha legislación—, en el que explica por qué considera que se está infringiendo el Derecho de la Unión. La Comisión también insta al Estado miembro a que le informe de las medidas adoptadas, en un determinado plazo de tiempo (por lo general, dos meses).

- c. Si el Estado miembro mantiene el incumplimiento, la Comisión puede optar por remitir el asunto al Tribunal de Justicia. Sin embargo, la mayoría de los asuntos se resuelven antes de llegar a este extremo.
- d. Si el Tribunal de Justicia aprecia que un Estado miembro ha infringido la legislación de la UE, las autoridades nacionales están obligadas a tomar medidas para ajustarse a la sentencia del Tribunal.

En el caso que nos ocupa, se deduce claramente de los antecedentes de hecho, que la información solicitada es la respuesta que remitió un Estado miembro de la UE, en este caso, España, a la carta de emplazamiento remitida por parte de la Comisión Europea en el marco del procedimiento de infracción con referencia 2014/4184. Dicho procedimiento de infracción, según afirman ambas partes y ha podido comprobar este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (que no ha podido comprobar lo contrario) se encuentra aún en curso.

En el asunto planteado se cuestiona por parte de la reclamante la aplicación por parte la Administración (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN) del Reglamento 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 Comisión con carácter preferente a la LTAIBG y, derivado de ello, una denegación injustificada a su juicio de la información solicitada.

4. Uno de los objetos del mencionado reglamento europeo es

a) definir los principios, condiciones y límites, por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en lo sucesivo denominadas "las instituciones") al que se refiere el artículo 255 del Tratado CE, de modo que se garantice el acceso más amplio posible a los documentos;

A tal fin, reconoce a todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, el derecho a acceder a los documentos de las instituciones (art. 2.1). Asimismo, y a semejanza de los términos con los que se pronuncia la ley de transparencia española, indica que dicho reglamento será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, los documentos por ella elaborados o recibidos





y que estén en su posesión, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea.

En el caso que nos ocupa, por lo tanto, nos encontramos ante información de la que dispone la Comisión europea, por cuanto ha sido remitida a la misma por el Gobierno español, parte en el procedimiento de infracción en cuyo marco se ha generado la información solicitada- la respuesta a la carta de emplazamiento enviada por la mencionada institución europea- pero que ha sido elaborada por un Estado miembro- España-, al que no se le aplica directamente- tan sólo indirectamente y en tanto en cuanto sea información que hayan remitido a las Instituciones europeas- el reglamento europeo.

En el caso en que la solicitud haya sido dirigida a una Institución europea pero la información sea originaria de un Estado miembro, el artículo 4.5 del reglamento 1049/2001 indica que un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado.

Por su parte, el art. 5 se pronuncia en los siguientes términos:

Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento.

Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución.

Por su parte, la LTAIBG se aplica a *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* (art. 13). Por lo tanto, con independencia de la naturaleza, objetivo o finalidad de la información solicitada, la LTAIBG se aplica a toda aquella que obre en poder de un organismo o entidad incluido en el ámbito de aplicación de la norma y, en lo que aquí interesa, en poder de la Administración General del Estado y, concretamente, el actual MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN

Así las cosas, puede concluirse lo siguiente:

- El Reglamento 1049/2001 se aplica a las solicitudes dirigidas a las Instituciones Europeas incluidas en su ámbito de aplicación y que se refieran a información en poder de una Institución, bien porque ésta la haya elaborado o porque disponga de ella pero haya sido elaborada por un tercero- Estados miembros-.



- La LTAIBG se aplica a solicitudes enviadas a sujetos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 2), incluida por tanto la Administración General del Estado, referidas a información en poder de éstos, con independencia de que la misma haya sido elaborada para destinarla a un tercero. En el caso que nos ocupa a la Comisión Europea, como respuesta a la carta de emplazamiento remitida en un procedimiento de infracción de la normativa europea.

Por lo tanto, a juicio de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la norma que es de aplicación en la solicitud de información presentada por la ahora reclamante es la LTAIBG.

5. Sentado lo anterior, debe señalarse que la LTAIBG, al igual que el Reglamento 1049/2001 también recoge unas excepciones o límites al derecho de acceso a la información pública, en el entendimiento de que la transparencia no es un valor absoluto sino que debe coexistir con la protección de otros valores y bienes jurídicos. Así, y al igual que hace el reglamento 1049/2001 en el pretendidamente aplicable por la Administración art. 4.2 tercer guión, al recoger como excepción al acceso la preservación del *objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría*, el art. 14.1 e) prevé como límite, la protección de la *prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios*.

En ambas normativas se prevé, no obstante, que dichos límites será de aplicación salvo que la divulgación de la información *revista un interés público superior* (Reglamento 1019/2001) o en función de las *circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso* (LTAIBG).

Los límites al acceso a la información han sido interpretados por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en criterio aprobado en ejercicio de las competencias legalmente atribuidas por el art. 38.2 a) de la LTAIBG en el que se indica lo siguiente:

La invocación de motivos de interés público para limitar el acceso a la información deberá estar ligada con la protección concreta de un interés racional y legítimo.

En este sentido su aplicación no será en ningún caso automática: antes al contrario deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test del daño) concreto, definido y evaluable. Este, además no podrá afectar o ser relevante para un determinado ámbito material, porque de lo contrario se estaría excluyendo un bloque completo de información.



Del mismo modo, 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).

Por otro lado, los Tribunales de Justicia se han pronunciado sobre esta cuestión en el siguiente sentido:

- Sentencia nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº6 de Madrid, dictada en el PO 57/2015

“(…)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 Constitución Española– 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”.

- *“La ley consagra la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurren causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14. Tales causas constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia deben ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto, como la norma indica, de tal modo que frente a los actos típicamente discrecionales, (...).*

En la sentencia de 7 de noviembre de 2016 dictada en el recurso de apelación presentado frente a la sentencia de instancia indicada previamente, la Audiencia Nacional expresamente señaló que “Y si concurre alguno de los límites del art. 14 reseñado deberá de acreditarlo”

- Sentencia nº 85/2016, de 14 de junio de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº5 de Madrid, dictada en el PO 43/2015

“Pues bien, a la hora de interpretar tal precepto - 14.1 h-, hemos de tener presente que, la citada Ley, en su Preámbulo, expresamente afirma que la misma configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública y que dicho derecho 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”.

“Así, la finalidad, principio y filosofía que impregna la reseñada Ley, es un acceso amplio a la información pública; y los límites a tal acceso han de motivarse, interpretarse y aplicarse de modo razonado, restrictivo y aquilatado a tenor del llamado, test de daño; a la luz de la determinación del perjuicio que el acceso a



determinada información puede producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la limitación”.

- Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº2 de Madrid, dictada en el PO38/2016

"El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía.

Pueden distinguirse dos aspectos en cuanto al derecho al acceso a la información: Transparencia proactiva, como aquella obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer la información sobre sus actividades, presupuestos y políticas y la Transparencia reactiva: Es el derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información de y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria". "Las diferentes y numerosas menciones a este derecho coinciden en resaltar la creciente importancia que está cobrando, ya que el mismo supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de derechos. De estos preceptos se desprende que el derecho de acceso a la información debe ser destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia."

- Sentencia nº 98/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº11 de Madrid, dictada en el PO 49/2016

"La ley consagra pues la prevalencia del derecho subjetivo a obtener la información y correlativamente el deber de entregarla, salvo que concurran causas justificadas que limiten tal derecho, a las que se refiere el art. 14, causas que constituyen conceptos jurídicos indeterminados cuya relevancia y trascendencia han de ser concretadas en cada caso, ponderando los intereses en conflicto (...)"

Finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 dictada en el Recurso de Casación nº 75/2017 señala lo siguiente:

(...) "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 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe recordarse en este punto la naturaleza de la información solicitada: la respuesta de España a la carta de emplazamiento remitida por la Comisión europea como primera etapa de un procedimiento de infracción por incumplimiento del Derecho de la UE. Podría entenderse que serían una especie de diligencias previas donde el Estado miembro puede aportar información complementaria a la ya disponible por la Comisión al objeto de determinar si existen o no indicios claros de la comisión de un procedimiento de infracción al objeto de continuar con el procedimiento.

A estos efectos, resulta especialmente relevante el reconocimiento que hace la propia reclamante al hecho de que no solicita el *documento que envía la Comisión a España (y que se considera confidencial mientras siga abierto el procedimiento de infracción), sino la respuesta de España a Bruselas, que según ha indicado la Comisión Europea en respuestas a España (ver expediente de Transparencia 017754) no está sujeta a esa confidencialidad.*

Esta última mención de la reclamante debe entenderse sin embargo en nuestra opinión, no como que las respuestas del Estado miembro a una carta de emplazamiento deban ser de libre acceso, sino que en una respuesta a la que hace referencia la reclamante pero que no se aporta al expediente, la Comisión europea parece no haber declarado expresamente su confidencialidad.

En nuestra opinión, no puede sostenerse el pretendido argumento de la reclamante en el sentido de que, si bien la carta de emplazamiento de la Comisión Europea debe considerarse confidencial- cuestión que ella no discute- dicha consideración no debe predicarse de la respuesta. En efecto, la respuesta a una carta de emplazamiento razonablemente atenderá todas las cuestiones planteadas por ésta, precisamente porque tal es su finalidad: atender a las cuestiones que la Comisión Europea desea conocer al objeto de poder determinar si, al menos indiciariamente, se ha producido una infracción del Derecho de la UE.

Así, y dado que en la indicada respuesta a una carta de emplazamiento se hará referencia a todas las cuestiones planteadas por dicha comunicación, el conocimiento de dicha respuesta, lógica y casi inevitablemente, podrá desvelar las cuestiones planteadas en la carta de la Comisión Europea y, por lo tanto, desvirtuar el carácter confidencial que se le asigna a la misma. Así, y asumiendo los términos de la Administración, *En dicho sentido, se alteraría el carácter protegido de la Carta, pues el solicitante llegaría a tener acceso a los elementos sustanciales de su contenido.*



6. Por otro lado, y si bien a nuestro juicio no es de aplicación el Reglamento 1049/2011 tal y como hemos argumentado previamente, no puede dejarse de lado la naturaleza del procedimiento en el que se ha generado la información solicitada y, especialmente, que, derivado de ello, la solicitud podría haberse dirigido a la Comisión Europea; así como a la relevancia de la interpretación de los Tribunales de Justicia (nacionales o intérpretes de normativa internacional de aplicación en por nuestro país). Por ello, consideramos de especial interés las conclusiones recogidas en la sentencia de 14 de noviembre de 2013 en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre los argumentos por los que desestima los recursos de casación interpuestos frente a denegaciones de información igualmente generada en un procedimiento de infracción (asuntos acumulados C-514-11 y C-605-11) incluye los siguientes:

48 *En una situación de este tipo, el reconocimiento de una **presunción general** según la cual la divulgación de documentos de determinada naturaleza supondría, en principio, un perjuicio para la protección de alguno de los intereses enumerados en el artículo 4 del Reglamento nº 1049/2001, permite que la institución de que se trate tramite una solicitud global y responda a ella de una manera igualmente global.*

49 *En el caso de autos se presenta una situación de este tipo. En efecto, a semejanza de la solicitud presentada por el interesado en el asunto Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, antes citado, que se refería al conjunto del expediente administrativo relativo a los procedimientos de control de las ayudas de Estado que se le habían otorgado, la LPN solicitó tener acceso a un conjunto de documentos, designados globalmente, que figuran en el expediente relativo al procedimiento por incumplimiento incoado contra la República Portuguesa, en relación con el proyecto de construcción de un embalse.*

50 *Por otro lado, es importante recordar que la LPN presentó su solicitud en un **momento en el que el procedimiento por incumplimiento se encontraba aún en la fase administrativa previa**, y que, en el momento de adoptarse la decisión impugnada, ese mismo procedimiento no había sido aún archivado por la Comisión ni trasladado al Tribunal de Justicia.*

51 *Así pues, es preciso examinar la cuestión de si procede reconocer la existencia de una presunción general según la cual, en tales circunstancias, la divulgación de los documentos correspondientes al procedimiento por incumplimiento en la fase administrativa previa supondría un perjuicio para la protección del objetivo de las actividades de investigación.*

58 *El Tribunal de Justicia se basó asimismo en el hecho de que, con excepción del Estado miembro responsable de haber otorgado la ayuda controvertida, los interesados no tienen, en el marco del procedimiento de control*



de las ayudas de Estado, derecho a consultar los documentos del expediente administrativo de la Comisión, y en la circunstancia de que, si tales interesados pudieran obtener el acceso a aquellos documentos al amparo del Reglamento nº 1049/2001, quedaría en entredicho el régimen de control de las ayudas de Estado (véase la sentencia Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, antes citada, apartados 58 y 61).

59 En cuanto a los procedimientos por incumplimiento, el Derecho de la Unión –y concretamente el artículo 226 CE– tampoco prevé el derecho del particular a consultar el expediente, ni siquiera cuando el procedimiento se haya iniciado en virtud de una denuncia del propio particular. En sus normas internas de procedimiento relativas a las medidas administrativas en favor del denunciante, la Comisión se limita a prever que este último será informado acerca de las decisiones adoptadas y de la propuesta de archivar el expediente sin ulterior trámite (véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo Europeo sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario, de 20 de marzo de 2002 [COM(2002) 141 final; DO C 244, p. 5, apartados 7, 9 y 10]).

60 Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento por incumplimiento el denunciante no tiene derecho a exigir a la Comisión que defina su postura en un sentido determinado ni tampoco a recurrir contra la negativa de dicha institución a iniciar un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro (véanse en este sentido, entre otras, las sentencias de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit/Comisión*, 247/87, Rec. p. 291, apartado 11, y de 17 de mayo de 1990, *Sonito y otros/Comisión*, C-87/89, Rec. p. I-1981, apartado 6, así como el auto de 14 de julio de 2011, *Ruipérez Aguirre y ATC Petition/Comisión*, C-111/11 P, apartados 11 y 12). A este respecto, es irrelevante que el denunciante actúe para defender un interés personal o un interés público.

61 En efecto, incumbe a la Comisión, cuando considera que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones, apreciar la oportunidad de actuar contra dicho Estado, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento (véanse, entre otras, las sentencias de 8 de diciembre de 2005, *Comisión/Luxemburgo*, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartado 66 y jurisprudencia citada, y de 7 de octubre de 2010, *Comisión/Portugal*, C-154/09, apartado 51). Por lo demás, el dictamen motivado de la Comisión delimita el objeto del recurso por incumplimiento que pudiera interponerse posteriormente (véase la sentencia de 8 de julio de 2010, *Comisión/Portugal*, C-171/08, Rec. p. I-6817, apartado 25 y jurisprudencia citada).



62 Además, de reiterada jurisprudencia resulta que **la finalidad del procedimiento administrativo previo es dar al Estado miembro interesado la oportunidad, por una parte, de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y, por otra, de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión** (véanse, en particular, las sentencias de 7 de julio de 2005, Comisión/Austria, C-147/03, Rec. p. I-5969, apartado 22, y de 14 de abril de 2011, Comisión/Rumania, C-522/09, Rec. p. I-2963, apartado 15).

63 Por otro lado, **la divulgación durante la fase administrativa previa de los documentos correspondientes a un procedimiento por incumplimiento podría dar lugar a que se modificara la naturaleza y el desarrollo de dicho procedimiento, habida cuenta de que, en tales circunstancias, podría resultar más difícil todavía que se iniciara un proceso de negociación y se llegara a un acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro involucrado que pusiera fin al incumplimiento reprochado, a fin de hacer posible la observancia del Derecho de la Unión y de evitar un recurso judicial.**

64 Por último, contrariamente a lo que sostienen las recurrentes, a efectos de la aplicación de la presunción general mencionada más arriba, los documentos correspondientes a la fase administrativa previa de un procedimiento por incumplimiento constituyen una categoría única de documentos. En efecto, por una parte, la excepción relativa a las investigaciones sobre posibles incumplimientos del Derecho comunitario, prevista en la primera frase del artículo 6, apartado 1, del Reglamento nº 1367/2006, no establece distinción alguna en función del tipo de documento que forme parte del expediente relativo a tales investigaciones ni del autor de los documentos de que se trate. Además, en cuanto a los documentos correspondientes a los procedimientos de control de las ayudas otorgadas por el Estado, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el conjunto de los documentos del expediente administrativo relativo a un procedimiento de este tipo forma una categoría única a la que se aplica una presunción general según la cual la divulgación de tales documentos supondría, en principio, un perjuicio para la protección del objetivo de las actividades de investigación (véase la sentencia Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, antes citada, apartado 61).

65 De las consideraciones precedentes resulta que **puede presumirse que la divulgación durante la fase administrativa previa de los documentos correspondientes a un procedimiento por incumplimiento podría entrañar el riesgo de alterar el carácter de dicho procedimiento y de modificar su desarrollo, y que, por lo tanto, tal divulgación supondría, en principio, un perjuicio para la protección del objetivo de las actividades de investigación, en el sentido del tercer guión del artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 1049/2001.**



Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que el acceso a la información solicitada desvirtuaría la confidencialidad de la carta de emplazamiento remitida por la Comisión Europea en el marco de un procedimiento de infracción por incumplimiento del Derecho de la UE. En la misma medida, y también al objeto de preservar el correcto desarrollo de las actividades de investigación- objetivo que a nuestro juicio debe aplicarse a la confidencialidad reconocida a la carta de emplazamiento- debe entenderse que el acceso a la información solicitada ha de limitarse. Asimismo, atendiendo a la aplicación del límite del art. 14.1 e), a los documentos y alegaciones obrantes en el expediente y a la jurisprudencia relacionada con esta cuestión, no puede concluirse que exista un interés superior que justifique el acceso solicitado.

Por ello, la presente reclamación debe ser desestimada.

III. RESOLUCIÓN

En atención a los antecedentes y fundamentos jurídicos descritos procede **DESESTIMAR** la Reclamación presentada por [REDACTED], con entrada el 4 de abril de 2018, contra la resolución de 2 de marzo de 2018 del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, actual MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y DE COOPERACIÓN,

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 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

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.

EL PRESIDENTE DEL CTBG
P.V. (Art. 10 del R.D. 919/2014)
EL SUBDIRECTOR GENERAL DE
TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Fdo: Francisco Javier Amorós Dorda

