



Consejo de
Transparencia y
Buen Gobierno

PRESIDENCIA

RESOLUCIÓN

S/REF: 001-021387

N/REF: R/0200/2018 (100-000659)



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 3 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**:

1. ANTECEDENTES

1. Según la documentación obrante en el expediente, el 15 de febrero de 2018, [REDACTED] solicitó a la AGENCIA ESTATAL DE SEGURIDAD AÉREA (AESA), entidad dependiente del MINISTERIO DE FOMENTO, en aplicación de lo establecido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTAIBG), la siguiente información:

AESA - Ministerio de Fomento

Solicito copia, preferiblemente por medios electrónicos, del Estudio DPMA-14-DEVO-4003-1.1(denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña") mencionado en la respuesta de 4 agosto de 2016 a la Pregunta 001-007357 del Portal de Transparencia

2. Con fecha 1 de marzo de 2018, le fue comunicada al [REDACTED] que su solicitud iba a ser trasladada a AENA por ser el Organismo competente para atenderla.
3. Mediante correo electrónico de 26 de marzo de 2018, AENA, S.A. respondió a [REDACTED] en los siguientes términos:

reclamaciones@consejodetransparencia.es



En respuesta a su petición de información que tuvo entrada en Aena S.M.E., S.A. el día 1 de marzo de 2018, procedente de la Unidad de Transparencia del Ministerio de Fomento, en solicitud de una copia del estudio DPMA-14-DEVO-4003-1.1, le comunico que el citado estudio forma parte de la Memoria Económica que se elabora para la tramitación de los proyectos de Real Decreto de servidumbres aeronáuticas, por lo que tiene la consideración de documentación e información interna de carácter auxiliar y de apoyo.

Además, el proyecto de RD de actualización de las servidumbres del Aeropuerto de A Coruña, que contenía este estudio ha sido descartado, encontrándose en fase de elaboración uno nuevo, debido principalmente a la necesidad de adaptación a los cambios producidos en el Aeropuerto de A Coruña.

Por todo lo anterior, le comunico que no procede la remisión del estudio objeto de su solicitud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, b) de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, que establece como causa de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información pública, todas aquellas "Referidas a la 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", condiciones que cumple en todos sus términos, dicho estudio.

4. El 3 de abril de 2018, tuvo entrada Reclamación de [REDACTED] en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, al amparo del artículo 24 de la LTAIBG, en la que manifestaba:

PRIMERO.- El apartado 4 del artículo 19 de la LTAIBG dispone que si la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, hubiera sido elaborada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a ése para que decida sobre el acceso.

En este caso, AESA remitió la solicitud a AENA, por entender que era esta empresa la que debía responder. No obstante, no está acreditado que AENA haya sido quien ha elaborado la información, circunstancia sobre la que no se ha aportado prueba alguna ni ha sido, tan siquiera, alegada por la propia AENA.

Es práctica habitual de AENA el contratar (mediante procedimiento negociado sin publicidad) a la empresa pública Ineco para la realización de estudios de detección, evaluación y valoración de obstáculos que afectan a las servidumbres aeronáuticas de los aeropuertos (véanse, por ejemplo, los contratos con referencia DPM-176/2017 ó DPM 269/2015).

No parece lógico suponer que AENA haya encargado a Ineco la realización de los estudios de obstáculos de todos los aeropuertos de la red AENA menos el de A Coruña, y lo más probable es que éste haya sido elaborado por quien elaboró los otros; máxime cuando esto no estaría en contradicción con lo expresado por AENA, que nada ha especificado al respecto.

Por lo tanto, no le competiría a AENA decidir sobre el acceso al estudio, incluso aunque obre en su poder, salvo que se confirmara que ha sido elaborado por esta empresa.

SEGUNDO.- AENA ha afirmado que "el citado estudio forma parte de la Memoria Económica que se elabora para la tramitación de los proyectos de Real Decreto



de servidumbres aeronáuticas”, lo que vendría a ratificar la relevancia del mismo. No es comprensible que partiendo de esta premisa AENA concluya que “tiene la consideración de documentación e información interna de carácter auxiliar y de apoyo”. Al contrario: las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los Reales Decretos y otros textos normativos no sólo no son información auxiliar, sino que deben ser publicados activamente en virtud de lo dispuesto en la letra d del artículo 7 de la LTAIBG.

Añade también AENA que el proyecto de Real Decreto que contenía este estudio ha sido descartado, pero no hay constancia de que eso efectivamente sea así; ni AENA (que es una sociedad mercantil participada en su mayoría por el Estado) es la competente para tomar esa decisión, que corresponde al Gobierno.

Incluso en el supuesto de que el Real Decreto se descarte, eso no detrae de la importancia del estudio. Ciertamente, no sería necesario la publicación activa de ese estudio, pero no por ello cambia la naturaleza de la información allí contenida, que no es menos relevante que la de otros estudios en relación a aeropuertos cuyos Reales Decretos se hayan aprobado. Por lo tanto, no sería admisible calificarla de “información auxiliar o de apoyo”, y habiéndose pagado y recibido el estudio completo, no existe ningún impedimento para permitir el acceso al mismo.

Además, el CTBG ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos similares. Por ejemplo, en la resolución R/0011/2015, de 11 de mayo de 2015, se estudiaba la reclamación de un ciudadano que solicitaba, entre otros, un estudio de viabilidad de la línea Huesca-Jaca. El Ministerio de Fomento se opuso a la concesión del acceso a la información, ya que el estudio no había sido aprobado y no se había considerado conveniente continuar con la siguiente fase de planificación de las obras. El CTBG finalmente resolvió que procedía conceder el acceso y que “los argumentos relativos a su falta de actualización o a que actualmente se estén desarrollando actuaciones de renovación en base a criterios diferentes no pueden ser tenidos en cuenta como argumentos para denegar el acceso”.

La trascendencia y relevancia de los estudios de viabilidad es menor que la del estudio solicitado a AENA, como demuestra el hecho de que no haya obligación de publicar activamente los estudios de viabilidad pero si exista ese deber, en general, para los estudios que conforman el expediente de elaboración de un Real Decreto. Por lo tanto, si en la mentada resolución el CTBG resolvió que procedía conceder el acceso a aquel estudio de viabilidad, a pesar de que el proyecto no se había llegado a realizar, con mayor motivo se debería conceder el acceso al estudio solicitado en esta ocasión.

TERCERO.- Una vez finalizado el estudio, AENA ha dispuesto de él y de sus conclusiones, permitiéndole a ella y a otros órganos de la Administración tomar decisiones, incluso en materias no relacionadas con el Real Decreto para el cual se había redactado.

Por ejemplo, consta (documento 4) que dicho estudio fue utilizado por AESA como justificación para no iniciar un procedimiento sancionador tras una denuncia en relación a las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de A Coruña, tramitada con referencia D15-140 LECO. Es decir, al haber sido el estudio considerado como motivación de una decisión final de la Administración, y en definitiva, en su



proceso de toma de decisiones, no procede la aplicación de la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1, letra b de la LTAIBG, siguiendo el criterio reiterado por el CTBG (valga, por todas, la resolución RT 0349/2017, de 14 de diciembre 2017).

CUARTO.- AENA no ha alegado que sea de aplicación ninguno de los límites recogidos en el artículo 14 de la LTAIBG. Lógicamente, si el estudio fue concebido para incluirse en la Memoria de un Real Decreto, y por lo tanto para hacerse público, el acceso a la información allí contenida no puede suponer ningún perjuicio.

Por lo expuesto,

SOLICITO: Que se tenga por presentado este escrito, se tenga por interpuesta en el plazo legal esta Reclamación y que en su día se resuelva que la respuesta de 26 de marzo de AENA no se ajusta a Derecho y se dicte resolución por la que se acuerde:

1. Instar a AENA a facilitar el acceso al estudio denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña", solicitado el 15 de febrero de 2018.
2. O, subsidiariamente, para el caso de no estimar el pedimento anterior, retrotraer las actuaciones al momento anterior de dictar a AENA su resolución de 26 de marzo de 2018, a fin de que la solicitud se trámite según lo dispuesto en la LTAIBG.

5. Con fecha 4 de abril de 2018, este Consejo de Transparencia procedió a dar traslado de la Reclamación presentada a AENA, S.A. a los efectos de que se realizaran las alegaciones consideradas oportunas. Dichas alegaciones fueron recibidas el 25 de abril de 2018 y en ellas se argumentaba lo siguiente:

En respuesta al primer fundamento de la reclamación, sobre la propiedad del estudio objeto de la reclamación, es necesario señalar que éste es propiedad de Aena, el cual es un documento justificativo que forma parte de la Memoria Económica que se remite a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), como órgano regulador, en el proceso de aprobación de los proyectos de Real Decreto de servidumbres aeronáuticas.

Se trata, por tanto, de documentación e información interna de carácter auxiliar y de apoyo entre órganos o entidades administrativas, por lo que la inadmisión de la petición de información es procedente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.1. b) de la Ley 19/2013.

Además, a esta solicitud de información, también sería de aplicación el límite en el derecho de acceso previsto en el artículo 14.1.k) sobre "la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión", dado que la Memoria Económica, no es objeto del proceso de información pública, tal como se establece en el artículo 27 del Real Decreto 297/2013, que especifica que "Antes de la aprobación de las propuestas de reales decretos de servidumbres aeronáuticas se procederá a consultas a



los interesados, mediante un trámite de información pública, y a las Administraciones Públicas territoriales afectadas, de los proyectos de reales decretos, los planos en los que se reflejen las superficies afectadas por las servidumbres aeronáuticas, y las memorias justificativas de las mismas" refiriéndose a las memorias técnica y justificativa, las cuales sí son objeto del trámite de información pública y de consulta.

Respecto a la afirmación realizada en el segundo fundamento de la reclamación, sobre la obligación de publicación de las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los Reales Decretos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.d. de la Ley 19/2013, debe precisarse que a Aena, S.M.E., S.A., como sociedad mercantil estatal, no le resulta de aplicación lo dispuesto en el aludido artículo 7, ya que se refiere al ámbito de las competencias de las Administraciones Públicas, entendiéndose como Administración Pública para lo previsto en el Título 1, los organismos y entidades definidos en el artículo 2.2. Ambito subjetivo de aplicación.

6. El 3 de mayo de 2018, se concedió Audiencia del expediente a [REDACTED] para que, a la vista del mismo, presentase las alegaciones que estimara pertinentes en defensa de su pretensión. Dichas alegaciones tuvieron entrada el 7 de mayo de 2018, y en ellas se indicaba lo siguiente:

PRIMERA.- En fecha 17 de abril de 2018, posteriormente a la presentación de mi reclamación, recibí correos electrónicos de INECO confirmando que, a pesar de que el estudio denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña" ha sido efectivamente elaborado por esa empresa, a su juicio le compete a AENA S.A. resolver sobre la solicitud.

A la vista de esta nueva información, y teniendo en cuenta que tanto el Ministerio de Fomento, como la propia AENA e INECO coinciden en considerar a AENA como la competente para resolver y facilitar la información, expreso mi conformidad con que así sea.

SEGUNDA.- AENA pretende en sus alegaciones la aplicación de un nuevo límite al derecho de acceso, no identificado en la resolución contra la que se reclama. En cualquier caso, AENA no identifica el perjuicio que se ocasionaría si la información se hiciera pública. Incluso aunque aceptáramos la tesis de AENA, de que no existe una obligación de publicar la Memoria Económica que contiene al estudio solicitado, eso no implica que el acceso suponga un perjuicio para la "la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión". Esto es, la ausencia de una obligación de publicar activamente no implica, ni mucho menos, que el acceso a esa información esté vedado. De otro modo se vaciaría de contenido el derecho recogido en el artículo 17 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), ya que la única información que se podría solicitar es precisamente aquella que ya es pública.



TERCERA.- AENA alega correctamente que no está obligada a la publicación de las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los Reales Decretos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.d de la LTAIBG.

Efectivamente, esa obligación existe sólo para el Ministerio de Fomento, que era a quién se dirigía inicialmente la solicitud. Es preciso recordar que la solicitud no pretende la publicación activa del estudio denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña", si no simplemente ejercer el derecho al acceso a esa información, motivo por el cual la solicitud fue reenviada desde el Ministerio de Fomento a AENA. La obligación de las Administraciones Públicas de hacer pública esas memorias e informes simplemente demuestra que no puede considerarse que la información contenida en ellos tenga carácter auxiliar, al contrario de lo que argumenta AENA.

CUARTA.- En el escrito de Reclamación de 2 abril se razonaba que la información solicitada no puede ser considerada auxiliar por formar parte de la Memoria Económica de un Real Decreto (Fundamento de Derecho SEGUNDO) y por haber servido como motivación de una decisión final de la Administración (Fundamento de Derecho TERCERO).

A mayores de esos argumentos, al haberse comprobado que el estudio ha sido realizado por la empresa pública INECO, contratada por AENA, hay que añadir que en caso de denegar el acceso a ese estudio se estaría impidiendo el control del cumplimiento de un contrato de una empresa pública mediante la efectiva entrega a la empresa contratante de los documentos encargados.

(...)

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 las reclamaciones que se presenten, con carácter previo a un eventual y potestativo Recurso Contencioso-Administrativo, 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 por porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.



3. En primer lugar debe analizarse la naturaleza jurídica de AENA, SME S.A.

AENA, SME S.A. es una Sociedad Mercantil Estatal que gestiona los aeropuertos y helipuertos españoles de interés general. En diciembre de 2010, en virtud del Real Decreto-ley 13/2010, se creó AENA Aeropuertos, S.A. En julio de 2014 pasó a denominarse AENA, S.A., añadiéndose en abril de 2018 la abreviatura S.M.E. en su condición de Sociedad Mercantil Estatal, en la que el Estado participa al 51%, a través de ENAIRE.

Desde el 11 de febrero de 2015, AENA cotiza en Bolsa.

En estas condiciones, AENA, S.A. se encuadra dentro de los sujetos obligados a que se refiere el artículo 2.1 g), es decir, *Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100*. Por lo tanto, le resulta de aplicación la LTAIBG.

4. En el presente caso, se plantean diversas cuestiones, algunas de carácter competencial, relativas al Organismo que debe responder la solicitud de información y otras ya de fondo y relacionadas con el acceso a la información solicitada.

En cuanto a la primera cuestión, consta en el expediente que el solicitante fue debidamente informado del Organismo competente para resolver su solicitud y no consta en el expediente, en criterio apoyado con el posterioridad por el reclamante, argumentos que permitan fundamentar que ello no sea así. Por lo tanto, este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no discrepa de la asignación competencial realizada para la respuesta a la solicitud de información de la que trae causa la presente reclamación.

5. Entrando ya en el fondo del asunto, recordemos que el objeto de la solicitud es el *Estudio DPMA-14-DEVO-4003-1.1(denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña")*. Dicho estudio fue mencionado por AESA en la respuesta de 4 de agosto de 2016 a la solicitud de información formulada por el hoy reclamante con referencia 001-007357 que consta en el expediente. La mencionada solicitud de información venía referida a la denuncia que el ██████████ había presentado ante AESA y que había sido archivada al considerar esta entidad que no se detectaban hechos sancionables en base a las conclusiones alcanzadas por el estudio que ahora se solicita.

AENA S.M.E., S.A deniega la información solicitada al considerar que la misma incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 18.1 b) por entender que la misma es información auxiliar o de apoyo.

La mencionada causa de inadmisión ha sido interpretada por el Criterio 6/2015 de 12 de noviembre, aprobado en ejercicio de las competencias legalmente



conferidas al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno por el art. 38.2 a) de la LTAIBG. En dicho criterio se razona lo siguiente

- *En primer lugar, es preciso señalar que la redacción del artículo 18 de la Ley 19/2013, 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, será requisito que la resolución por la que se inadmita la 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), cabe concluir que es la condición de información auxiliar o de apoyo la que permitirá, de forma motivada y concreta invocar un aplicación de la causa de exclusión, 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 tenga la condición principal de auxiliar o de apoyo.*

Así pues, concluimos que es el carácter auxiliar o de apoyo de este tipo de información y no el hecho de que se denomine como una nota, borrador, resumen o informe interno lo que conlleva la posibilidad de aplicar la causa de inadmisión prevista en el artículo 18.1.b), de la Ley 19/2013.

- *En tercer lugar, este Consejo de Transparencia entiende 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 declarada inadmitida a trámite cuando se den, entre otras, alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1. 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.*
- 5. Cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final.*

- *Por último, debe tenerse en cuenta que la motivación que exige la Ley 19/2013, 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.*



En este sentido, conviene indicar que la ratio iuris o razón de ser de la Ley está contenida en su Preámbulo, según el cual *La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. 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.*

6. La mencionada causa de inadmisión ha sido interpretada por los Tribunales de Justicia que se han pronunciado en el siguiente sentido:

“Aquello que es relevante en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano, como los informes que ayudan a conformar el criterio final y definitivo del Gobierno; en este caso, relativos al grado de implementación de las medidas incorporadas en el Plan de Acción objeto de autoevaluación, y que deben responder a criterios principalmente objetivos, son imprescindibles para la elaboración del informe de autoevaluación; y en consecuencia, no se está ante información auxiliar”

“A la hora de interpretar qué se entiende por información auxiliar o de apoyo, no podemos considerar como tal, sólo y sin más, los supuestos reseñados en la aludida causa de inadmisión; sino que se ha de determinar si en el presente caso, la información consistente en los informes generados (...) han de entenderse como secundarios e irrelevantes en el establecimiento, desarrollo e implementación del plan de acción pública. 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 dejarse de tenerse en cuenta la finalidad y naturaleza de la información solicitada.

Normativa reguladora del derecho a la información pública que, como se ha puesto de manifiesto en otras sentencias dictadas por este Juzgado; la misma configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública; cuya salvaguardia corresponde al CTBG; siendo el acceso a la información la regla general; y la aplicación de los límites justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección; atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

Se ha de tener, pues, presente, las circunstancias de cada caso; y partir de la definición de información pública contenida en el art. 13 de la Ley 19/2013, como aquellos contenidos o documentos elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.” (Sentencia 41/2017, de 6 de abril de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Madrid)

Por su parte, la 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 se pronuncia en los siguientes términos:



“(…)lo instrumental o accesorio no depende de su carácter formal sino de su verdadero contenido material. Información auxiliar no es el equivalente a información de valor provisional (…) Los informes a que se refiere el art. 18.1.b 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 hay que recordar el carácter restrictivo que tienen las limitaciones de la información conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así bastaría con citar la sentencia de fecha 8.11.2016 o 25 de junio de 2.013 que han interpretado el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y de la misma forma el carácter amplio que tiene el concepto de “información pública”. 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.”

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, dictada en el Recurso de Casación nº 75/2017, razona que *"Cualquier pronunciamiento sobre las “causas de inadmisión” que se enumeran en el artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, (...)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 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.*

7. En el caso que nos ocupa, destaca que, además de formar parte el estudio solicitado de la decisión de AESA de no iniciar un expediente sancionador por un eventual perjuicio al área de protección de las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de A Coruña, y ello debido a que el mencionado estudio evalúa la plantación de árboles en las que basaba la denuncia formulada por el denunciante y concluye que no existe el riesgo denunciado, AENA S.M.E., S.A indica en su respuesta al interesado que dicho estudio formaba parte de la Memoria económica realizada con ocasión del proyecto de Real Decreto de actualización de las servidumbres del Aeropuerto de A Coruña. Asimismo, se indica que dicho proyecto de Real Decreto ha sido descartado y que se está en proceso de elaboración de una nueva versión.

El art. 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno dispone lo siguiente:

La elaboración de los anteproyectos de ley, de los proyectos de real decreto legislativo y de normas reglamentarias se ajustará al siguiente procedimiento:



1. Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma.

(...)

3. El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una **Memoria del Análisis de Impacto Normativo**, que deberá contener los siguientes apartados:

a) Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.

b) Contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

d) **Impacto económico** y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias. Este análisis incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea.

e) Asimismo, se identificarán las cargas administrativas que conlleva la propuesta, se cuantificará el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

f) Impacto por razón de género, que analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.

g) Un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública regulado en el apartado 2.

La Memoria del Análisis de Impacto Normativo incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante a criterio del órgano proponente.

(...)



Por su parte, el art. 2.1 d) del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo dispone que

1. La memoria del análisis de impacto normativo deberá contener los siguientes apartados:

d) Impacto económico y presupuestario:

1.º El impacto económico evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la propuesta de norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento con estas materias. En el análisis del efecto sobre la unidad de mercado se tendrán en cuenta los principios de unidad de mercado, y de buena regulación, en particular el principio de necesidad y proporcionalidad, previsto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Se evaluará el efecto sobre las pequeñas y medianas empresas realizándose el test Pyme, en los términos que se determine, de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea, en la Guía Metodológica.

2.º El Impacto presupuestario comprenderá, al menos, una referencia a los efectos en los ingresos y gastos públicos y que incluirá la incidencia en los gastos de personal, dotaciones o retribuciones o cualesquiera otros gastos al servicio del sector público.

Finalmente, el artículo 7 d)- Información de relevancia jurídica- de la LTAIBG, recogido dentro de las obligaciones de publicidad activa, se pronuncia en los siguientes términos.

Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:

d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio.

Respecto de la aplicación al presente caso del indicado precepto de la LTAIBG, deben hacerse las siguientes consideraciones:

Si bien este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno comparte lo señalado por AENA S.M.E., S.A en el sentido de que este precepto no le es de aplicación al no encuadrarse dentro de las entidades que tienen la consideración de Administración Pública a los efectos de la LTAIBG (identificadas en el art. 2.2 de dicha norma), no es menos cierto que esa disposición recoge una obligación de transparencia *activa* o sin necesidad de solicitud expresa en contraposición con la transparencia *pasiva* o ejercicio del derecho de acceso a la información. Así, y si



bien AENA S.M.E., S.A no tiene obligación de publicar proactivamente esta información, cuestión que además carecería de lógica por cuanto dicha entidad no tiene conferidas funciones de iniciativa legislativa o reglamentaria, no es menos cierto que nos encontramos ante un supuesto de ejercicio del derecho de acceso respecto de información que AENA dispone y a la que se le aplicaría por tanto en su integridad lo dispuesto en el capítulo III de la LTAIBG.

En este sentido, resulta importante señalar a nuestro juicio que el legislador consideró relevante incluir dentro de las informaciones que debían ser públicas sin mediar solicitud expresa, esto es, información que debiera ser publicada de oficio, las memorias e informes parte de los expedientes de elaboración de los textos normativos y, significativamente, la memoria de análisis de impacto normativo de la que, como hemos visto, forma parte una memoria económica (o análisis de impacto económico) que, en el caso del borrador de Real Decreto de servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de A Coruña, lo conforma, al menos en parte, el documento objeto de la solicitud.

Asimismo, el acceso a dicha información no se encuentra vinculado a la aprobación definitiva del texto normativo en cuya tramitación se encuadra sino que, a nuestro juicio, el interés en el conocimiento de la información es independiente o se desvincula del hecho de la aprobación final, en este caso de un Real Decreto.

Debe recordarse igualmente que, según el criterio interpretativo antes reproducido, es la naturaleza auxiliar o de apoyo de la información solicitada la circunstancia que debe tenerse en consideración a la hora de aplicar la causa de inadmisión prevista en el art. 18.1 d). Naturaleza que no podría predicarse de *información que tenga relevancia en la tramitación del expediente o en la conformación de la voluntad pública del órgano*. Dicha apreciación es compartida por los Tribunales de Justicia.

En el presente caso, por lo tanto, nos encontramos ante un documento que comparte naturaleza con otros para los que la LTAIBG establece su publicidad proactiva y que, ya en el ámbito del derecho de acceso a la información, ha sido alegado como fundamentación para denegar el inicio de un procedimiento sancionador. Es, por lo tanto, innegable, su relevancia con la conformación de la voluntad pública del órgano al que este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se refería en el criterio antes mencionado.

A este respecto, cabe destacar que ya en la temprana resolución R/0065/2015, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno señalaba, respecto de la pretendida aplicación del art. 18.1 b) lo siguiente:

En opinión de este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y teniendo en cuenta el contenido de los informes que son objeto de la solicitud de acceso, se trata de documentos que, más allá de ser auxiliares, tienen carácter preceptivo y,



conforman la voluntad del órgano al que corresponde la decisión final. Es más, en el caso que nos ocupa, uno de los argumentos en los que se basa la desestimación del recurso especial en materia de contratación es, precisamente, la existencia de los informes que se solicitan. Estos informes, a juicio de la Dirección General de Racionalización y Centralización en argumento reproducido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, suponen “garantía de la correcta salvaguarda de los principios recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, tales como la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así como la eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, adquisición de bienes y contratación de servicios”. No puede, por lo tanto, alegarse que se trata de mera información de carácter accesorio y sin relevancia externa sino que, precisamente su carácter preceptivo, la especialización de la Unidad que los elabora y el análisis sobre la adecuación jurídica en un caso y económica en otro del procedimiento, en este caso, de contratación, llevado a cabo permite alegar su condición de elemento fundamental del expediente y legitimador de la buena actuación pública en los procedimientos de contratación.

Por lo tanto, en base a los argumentos señalados anteriormente, no puede considerarse de aplicación el art. 18.1 b)

8. Por otro lado, y si bien ya en el trámite de alegaciones sustanciado con ocasión de la presente reclamación, AENA considera también de aplicación el art. 14.1 k) en el que se recoge como límite al acceso a la información el perjuicio a la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

Se fundamenta este argumento en la previsión del artículo 27 del *Real Decreto 297/2013, de 26 de abril, por el que se modifica el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de Servidumbres Aeronáuticas y por el que se modifica el Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre la Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, en ejecución de lo dispuesto por el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*. En dicho precepto se regula el trámite de información pública que debe llevarse a cabo respecto de los proyectos de Reales Decretos de servidumbres aeronáuticas, refiriéndose sólo a las memorias técnicas y justificativa, en un argumento que pretende excluirla información integrante de la memoria de carácter económico que es el objeto de solicitud.

Este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no puede estar de acuerdo con esta apreciación.

En primer lugar porque no se justifica debidamente la aplicación de dicho límite, y ello contraviniendo el segundo apartado del art. 14 y a la interpretación realizada por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el siguiente sentido



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).

Dicha interpretación restrictiva ha sido compartida por los Tribunales de Justicia en diversas resoluciones judiciales entre las que destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 dictada en el Recurso de Casación nº 75/2017 que razona que

"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.

Por otro lado, justificar la aplicación de un límite como el de la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión respecto de información que ya está finalizada- por cuanto el estudio ya ha concluido- y vinculándolo a un trámite de información pública a futuro y que no prevé que la información solicitada quede sometida al mismo sería a nuestro juicio tanto como vincular el derecho de acceso a la información pública de la LTAIBG a la identificación de documentación sujeta a trámite de audiencia.

Por ello, y al no apreciar en el acceso a la información ningún perjuicio en la tramitación de un futuro Real Decreto que sustituya a aquél que quedó descartado, entendemos que no sería de aplicación el límite aludido.

9. Finalmente, como conclusión y en base a todos los argumentos indicados en los apartados precedentes de esta resolución, la presente reclamación debe ser desestimada, por lo que AENA. S.M.E., S.A. debe proporcionar al reclamante la siguiente información:

Estudio DPMA-14-DEVO-4003-1.1(denominado "Detección, Evaluación y Valoración de obstáculos que afectan a las Servidumbres Aeronáuticas del Aeropuerto de A Coruña")



III. RESOLUCIÓN

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede

PRIMERO: ESTIMAR la Reclamación presentada por [REDACTED], con entrada el 3 de abril de 2018, contra AENA, S.M.E., S.A.

SEGUNDO: INSTAR a AENA, S.M.E., S.A a que, en el plazo máximo de 5 días hábiles, remita a [REDACTED] la información referida en el Fundamento Jurídico 9 de la presente Resolución.

TERCERO: INSTAR a AENA, S.M.E., S.A. a que, en el mismo plazo máximo de 5 días hábiles, remita a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno copia de la información enviada al Reclamante.

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

