#RET

Revista Española de la Transparencia

Severiano Fernández Ramos
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz

Información de carácter auxiliar o de apoyo: ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?

RESUMEN

A diferencia de la Ley 30/1992, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no exige expresamente que la información a la que se pretenda acceder esté plasmada en un expediente administrativo. Lo que sí contempla como causa de inadmisión es la relativa a las informaciones de carácter auxiliar o de apoyo. Sin embargo, la introducción en la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de la noción de expediente administrativo y la exclusión del mismo de las informaciones de carácter auxiliar o de apoyo, suscita la cuestión de si no se está resucitando, por esta vía, la exigencia de que la información pública obre en un expediente.

PALABRAS CLAVES

Acceso a la información pública, información auxiliar o de apoyo, expediente administrativo

1. La exigencia de la Ley 30/1992 de que el documento al que se pretende acceder conste en un expediente administrativo

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contenía una exigencia para el ejercicio del entonces derecho acceso a los archivos y registros administrativos, que carecía de correspondencia en Derecho comparado, según la cual los documentos solicitados debían formar «parte de un expediente» –art. 37.1-. Y dado que la única noción de expediente administrativo era la que ofrecía el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 28 de noviembre de 1986 -art. 164-, según el cual se entiende por expediente el «conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla», de este modo, la noción de expediente administrativo estaba vinculada a la actividad administrativa «procedimentalizada».

Esta exigencia, suponía, de entrada, dejar fuera del alcance del entonces derecho de acceso a los archivos y registros administrativos a múltiples documentos que en modo alguno podía entenderse que formaran parte de un expediente, por muy amplio que fuese el concepto que se manejara, entre ella la llamada documentación de apoyo informativo o de la contenida en los diversos registros internos que, para ordenar la

la información, organizan las Administraciones.

Asimismo, esta exigencia dio lugar a una cierta casuística jurisprudencial. En algunos casos, la jurisprudencia flexibilizó la noción de expediente, admitiendo una noción amplia, no limitada a la existencia de un procedimiento contradictorio. Así, en la STS 23 de mayo de 2007, Rec. 8030/2004, el Supremo calificó de expediente al acuerdo suscrito entre Airtel y Retevisión, que ambas operadoras debieron remitir a la entonces Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y ello a pesar de que no existiera propiamente una resolución administrativa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que fuese aprobatoria del acuerdo. Con buen criterio, para el Supremo, "el expediente, en el sentido que quiere dársele por el art. 37 Ley 30/1992, no supone la existencia de un procedimiento contradictorio, con los trámites generales de información pública, y emisión de dictámenes e informes, sino a cualquier tipo de procedimiento, que puede ser tan simple como lo es la existencia de un previo requerimiento y su cumplimiento, de tal forma que el acto inicial se agota por la realización por parte del sujeto requerido de la conducta que se impone".

En cambio, en otros casos la noción de expediente se restringió a los procedimientos formales en sentido estricto. Así, en el caso de la STSJ Madrid de 14 de marzo de 2006, Rec. 381/2003, se denegó el derecho de acceso a una copia de las tarifas comunicadas a la Administración por determinadas entidades gestoras de derechos de autor: «En el presente caso, la Sala considera que el documento solicitado no forma parte de expediente alguno porque no se ha dado inicio al mismo ya que tampoco se iba a obtener una resolución administrativa porque no está previsto que el Ministerio emita ningún tipo de resolución en relación con la misma, sino que se trata de un acto de comunicación que representa la forma en que las entidades de gestión cumplen una obligación legalmente prevista en el artículo 159 de la Ley de Propiedad Intelectual para que el Ministerio pueda ejercer la función de vigilancia que tiene encomendada en relación con las mismas» (no puede dejar de señalarse que posteriormente a este asunto, la Ley se modificó para obligar expresamente a las entidades gestoras de derechos de autor la publicación en su sitio web de las tarifas vigentes –art. 157-).

2. La naturaleza de información auxiliar o de apoyo como causa de inadmisión en la Ley 19/2013

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTBG) no exige en precepto alguno que la información a la que se pretenda acceder esté plasmada en un expediente administrativo. No obstante, como es sabido, la LTBG contempla como causa de inadmisión de las solicitudes, las «Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas» –art. 18.1.*b)*-.

Información de carácter auxiliar o de apoyo: ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?

Como puede verse, la Ley emplea una noción general («información que tenga carácter auxiliar o de apoyo», llamados también «documentos de trabajo interno»), y una serie de nociones particulares (la información contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas), mencionadas a título de ejemplo («como»). De aquí se desprende, tal como ya ha expresado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), que es el carácter auxiliar o de apoyo de este tipo de información y no el hecho de que sea o se denomine una nota, borrador, resumen o informe interno lo que conlleva la posibilidad de aplicar la causa de inadmisión[1] .

De otro lado, aun cuando la LTBG utilice a modo de ejemplo de información auxiliar o de apoyo los «borradores», debe subrayarse que, a diferencia de la causa de inadmisión de la letra a) referida a información en curso de elaboración, del tenor literal de la LTBG se desprende que esta información auxiliar o de apoyo sigue siendo excluida del derecho de acceso aun cuando la decisión final a la cual servía de preparación se haya adoptado e, incluso, sea pública. Por tanto, de acuerdo con la LTBG, si los documentos auxiliares o de apoyo se usan para realizar un documento formal, en este caso el documento formal podrá ser accesible, pero los documentos de trabajo, no. De hecho, lo más probable es que se no se conserven ni se archiven, sino que se destruyan.

En general, el principal argumento que se suele esgrimir para excluir el acceso a la documentación auxiliar o de apoyo es la afirmación según la cual facilitar el acceso a este tipo de documentos puede condicionar, comprometer o perjudicar gravemente el proceso de toma de decisiones, y afectar en consecuencia a su resultado. Y ciertamente en algunos ordenamientos se establecen cautelas orientadas a la "protección del proceso de la elaboración de la decisión oficial"[2] .

Así, el Reglamento (CE) 1049/2001 prevé que se «denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, *si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior*» (art. 4.3).

De otro lado, en relación específicamente con la exclusión de las «comunicaciones internas o entre órganos y Administraciones», esta excepción podría encontrar cobertura en el

1. CTBG RESOLUCIÓN 282/2015, DE 11 NOVIEMBRE, MINISTERIO DE PRESIDENCIA; CTBG CRITERIO INTERPRETATIVO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2015, CI/006/2015, CAUSAS DE INADMISIÓN DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN: INFORMACIÓN DE CARÁCTER AUXILIAR O DE APOYO.

2. COMO AUTORIZA LA LEY FEDERAL ALEMANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2005.

Convenio del Consejo de Europa núm. 205[3], el cual se refiere a «las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto». No obstante, debe señalarse que la Ley 27/2006 de acceso a la información ambiental únicamente contempla la excepción consistente en que «la solicitud se refiera a comunicaciones *internas*, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación» –art. 13.1.e)-. Es decir, no se incluyen las comunicaciones entre distintas Administraciones públicas, que evidentemente no son comunicaciones internas. E, incluso, en el caso de comunicaciones internas la Ley 27/2006 exige que se tenga en cuenta el interés público atendido por la revelación, de modo que la exclusión no es automática, sino que deben efectuarse la correspondiente ponderación de intereses en presencia. Por tanto, de forma inexplicable, la LTBG queda en este punto, como en tantos otros, por debajo del estándar de la Ley 27/2006.

En cuanto a la interpretación de la causa de inadmisión, según el CTBG[4], puede entenderse que una información es *auxiliar o de apoyo*, y, por tanto, 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 (supuesto que coincide con los juicios de valor introducidos por la LPAC).

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.

Y de forma negativa, según el CTBG, no puede considerarse, en ningún caso, información auxiliar o de apoyo la 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.

3. CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA NÚM. 205, SOBRE ACCESO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS, ADOPTADO POR EL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2008, EN TROMSØ, NORUEGA .

4 CTBG RESOLUCIÓN 282/2015, DE 11 NOVIEMBRE, MINISTERIO DE PRESIDENCIA; CI/006/2015, CAUSAS DE INADMISIÓN DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN: INFORMACIÓN DE CARÁCTER AUXILIAR O DE APOYO.

Información de carácter auxiliar o de apoyo: ¿vuelta a la exigencia de que la información conste en un expediente administrativo?

3. Las aportaciones de las Leyes autonómicas sobre transparencia

En relación con esta causa de inadmisión, las leyes autonómicas sobre transparencia contienen dos clases de aportaciones. De un lado, a partir de la Ley 1/2014 Andalucía, algunas leyes explicitan que los informes preceptivos no podrán considerarse información de carácter auxiliar o de apoyo[5]. De otro lado, siguiendo una vez más el criterio de la Ley 27/2006 –art. 13.1.e)-, algunas leyes precisan que los documentos de trabajo interno deben carecer de relevancia pública o interés público, lo cual exige un mínimo de ponderación[6].

4. La noción de expediente administrativo en la Ley 39/2015

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), tras adoptar la noción de expediente administrativo del ROF de 1986, antes referida, añade lo siguiente –art. 70.4-: «No formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento».

Es evidente el paralelismo entre este precepto y la causa de inadmisión del artículo 18.1.*b)* LTBG.

LTBG causa de inadmisión del derecho de acceso	LPAC informaciones excluidas del expediente administrativo
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	información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas

Como se puede cotejar fácilmente, la LPAC amplía los ejemplos de información auxiliar o de apoyo, añadiendo a los ya contenidos en la LTBG, los siguientes: información «contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas». El aspecto positivo de la LPAC es la precisión según la cual no se considera información auxiliar o de apoyo a los informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución

5. LEY 1/2014 ANDALUCÍA –ART. 30.B)-, LEY 12/2014 R. MURCIA –ART. 26.4.B)-, LEY 12/2014 CANARIAS –ART. 43.2.B)-, LEY 8/2015 ARAGÓN –ART. 30.1.B)-, LEY 2/2015 C. VALENCIANA –ART. 16.2.C)-.

6. LEY FORAL 11/2012 –ART. 28.F)-, LEY 19/2014 CATALUÑA –ART. 29.1.A)-.

administrativa que ponga fin al procedimiento[7] .

Pero la cuestión de fondo es si esta noción de información auxiliar o de apoyo ¿es aplicable a efectos del artículo 18.1.b) LTBG? Será difícil defender que la ampliación y acotación de la noción de información auxiliar o de apoyo contenida en la LPAC no sea de aplicación a la LTBG, por una simple razón de coherencia entre leyes básicas estatales. Y no puede pasarse por alto el potencial reduccionista del derecho de acceso que puede alcanzar la exclusión de la información «contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas».

Ahora bien, esto no puede suponer resucitar la exigencia de la Ley 30/1992, en el sentido de que sólo serían accesibles los documentos contenidos en los expedientes administrativos. Que la información de carácter auxiliar o de apoyo (causa de inadmisión en la LTBG) no forme parte del expediente administrativo según la LPAC, no significa restringir el acceso a informaciones que formen parte del expediente administrativo, pues tal exigencia no está contenida en la LTBG, y las causas de inadmisión, entre ellas la del apartado b), deben ser interpretadas restrictivamente.

Tal exigencia en el contexto de la LTBG sería aberrante desde todo punto de vista:

- Primero, porque, a diferencia de lo que sucedía en la Ley 30/1992, los sujetos obligados del derecho de acceso a la información pública no se limitan a las Administraciones Públicas, sino que también están sujetos al derecho entidades jurídico privadas del sector público –art. 2.1.*g)* y *h)* LTBG-, de modo que en modo alguno puede decirse que tramitan «expedientes administrativos».

- Segundo, porque mientras en la Ley 30/1992 el objeto del derecho estaba limitado a los documentos administrativos, en la LTBG el objeto del derecho de acceso es la «información pública», la cual incluye tanto los documentos como los contenidos –art. 13-, lo que comporta la posibilidad de acceso a informaciones no plasmadas en un documento y, por tanto, menos aún en un expediente.

- Tercero, incluso en relación con los documentos en poder de las Administraciones Públicas, existen múltiples actuaciones administrativas que en ningún caso llegan a conformar un expediente en el sentido estricto de la LPAC, como son todas las actuaciones –hoy en día abrumadoramente abundantes-derivadas de las llamadas comunicaciones previas y declaraciones responsables –art. 21.1 LPAC-,

7. En tal sentido, ya antes de la aprobación de la LPAC defendimos que en ningún caso deben incluirse en esta causa de inadmisión los informes que forman parte de un procedimiento, ya sean preceptivos o ya sean facultativos que se juzguen necesarios para resolver, pues deben formar parte del expediente y ser tenidos en cuenta en su resolución, y por todo ello deben ser accesibles. Esta interpretación se apoyaba también en el hecho de que el precepto exige que los documentos exceptuados tengan en todo caso «carácter auxiliar o de apoyo», de modo que el resto no son más que ejemplificaciones («como»). Vid. Fernández Ramos y Pérez Monguió (2014, 223).

- así como todo tipo de informaciones que los particulares remiten a las Administraciones Públicas en cumplimiento de los más diversos mandatos legales, y que no tienen por qué suponer el inicio de un procedimiento encaminado a producir una resolución administrativa.

- Cuarto, asimismo, las Administraciones generan y reciben múltiples documentos al margen de las actuaciones jurídico formales, y que tampoco constituyen información de carácter auxiliar o de apoyo a la tramitación de los procedimientos administrativos, tales como comunicados oficiales, declaraciones formales, notas informativas, posicionamientos públicos, entre otros. Así, por ejemplo, el CTBG se ha pronunciado ya sobre la accesibilidad de las agendas de los responsables públicos, sin que ninguna norma legal de carácter estatal (sí en el ámbito autonómico) imponga a los sujetos obligados la imposición de llevar una agenda de sus actividades, más allá de la conveniencia de que la misma sea instaurada como una buena práctica[8].

- Quinto, incluso en el caso de procedimientos en sentido estricto, el propio ordenamiento contempla la posibilidad de que en los archivos administrativos puedan depositarse múltiples documentos que no llegan a forman parte de expediente alguno en sentido propio –p. j., denuncias y otras actuaciones previas que no originan el inicio de un procedimiento-. Tales informaciones, aun en el caso de que no den lugar a la tramitación de un expediente, no pueden considerarse informaciones de carácter auxiliar o de apoyo, por lo que deben considerarse accesibles, tal como entendieron los tribunales incluso en aplicación de la Ley 30/1992.

Por tanto, puede afirmarse de modo categórico que la información pública objeto de acceso de acuerdo con la LTBG no se limita a aquélla contenida en los expedientes administrativos. No obstante, no puede negarse que la noción de carácter auxiliar y de apoyo contenida en la LTBG, y que constituye causa de inadmisión, ha sido ampliada por la LPAC, pues parece poco sostenible entender que la legislación básica contemple nociones diversas de información de carácter auxiliar y de apoyo.

Bibliografía de apoyo

- Blanes Climent, M. A. 2014. *La transparencia informativa de las Administraciones públicas.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.

- Canals Ametler, D. (Coord.) 2016. *Datos, protección, transparencia y buena regulación*. Girona: Documenta Universitaria.

- Fernández Ramos, S. (Coord.) 2015. *Estudio sobre la Ley de Transparencia Pública de Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

8. CTBG Y AEPD, CRITERIO INTERPRETATIVO CONJUNTO DE 5 DE JULIO DE 2016

- Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J.M. 2014. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.

- Guichot, E. (Coord.) 2014 *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno*, *Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Ed. Tecnos.

- Meseguer Yebra, J. 2014. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Granada: CEMCI.

- Razquin Lizarraga, M. M. 2015. *El derecho de acceso a la información pública. Teoría y práctica, en especial, para las entidades locales.* Oñati: IVAP.

- Rodríguez-Arana Muñoz, J. y Sendín García, M.A. 2014. *Transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno*. Granada: Comares.

- VV AA. 2014. Revista Jurídica de Castilla León, núm. 33, Monográfico, T*ransparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Análisis de la cuestión tras la ley 19/2013.*

- VV AA .2014. *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.