

## **R2018000023**

### **Resolución estimatoria sobre solicitud de información al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife relativa a convenios celebrados por EMMASA.**

**Palabras clave:** Ayuntamiento. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife. Contratos. Servicio Público. Aguas. EMMASA. Cargos electos.

**Sentido:** Estimación.

**Origen:** Silencio administrativo.

Vista la reclamación tramitada en el Servicio de Reclamaciones y Asuntos Generales contra el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, y teniendo en cuenta los siguientes,

#### **ANTECEDENTES**

**Primero.-** Con fecha 2 de marzo de 2018 se recibió en el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública, reclamación de [REDACTED] en representación del Grupo Municipal Sí se puede en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, al amparo de lo dispuesto en los artículos 52 y siguientes de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, en lo sucesivo LTAIP, contra la falta de contestación de solicitudes de información formuladas a varias áreas del Ayuntamiento. Debido a la amplitud de las solicitudes de acceso realizadas así como la diversidad de afectados, se optó por segregar las mismas para una mejor tramitación del procedimiento. La correspondiente a esta reclamación se concreta en solicitud de 31 de agosto de 2015 relativa a convenios, actuaciones, propuestas o informes realizados por el Interventor de EMMASA, al haber tenido conocimiento de la celebración de convenios con empresas radicadas en el municipio en materia de facturación por la depuración y/o abastecimiento de aguas.

**Segundo.-** Esta reclamación ha sido presentada por una persona que tiene la condición de concejal del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, alegando expresamente esta condición, usando la reclamación prevista en la LTAIP. La solicitud de acceso a la información se basó en el artículo 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

**Tercero.-** En base a los artículos 54 y 64 de la LTAIP se solicitó, el 12 de abril de 2018, el envío de copia completa y ordenada del expediente de acceso a la información, informe al respecto, así como cuanta información o antecedentes considerase

oportunos. Como órgano responsable del derecho de acceso al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife se le dio la consideración de interesado en el procedimiento y la posibilidad de realizar las alegaciones que estimara convenientes a la vista de la reclamación. A la fecha de emisión de esta resolución por parte del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no se ha remitido expediente alguno ni se han realizado alegaciones respecto de esta reclamación.

A tales antecedentes son de aplicación los siguientes,

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

I.- El artículo 2 de la LTAIP indica que las disposiciones de esa ley serán aplicables a: "...d) Los cabildos insulares y los ayuntamientos,...". El artículo 63 de la misma Ley regula la funciones del comisionado o comisionada de Transparencia y Acceso a la Información Pública e indica que ejercerá la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra los actos expresos o presuntos resolutorios de las solicitudes de acceso a la información de las entidades y organismos relacionados en el artículo 2.1 de esta ley, así como de los cabildos insulares, ayuntamientos y entidades dependientes y vinculadas de los mismos. La Disposición Adicional Séptima señala que "la aplicación de los principios y previsiones contenidas en esta ley respecto de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública a los cabildos insulares y los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma, a los organismos autónomos, entidades empresariales, fundaciones, sociedades mercantiles y consorcios vinculados o dependientes de los mismos, así como las asociaciones constituidas por cualquiera de los anteriores, se establecerá en las respectivas disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de los mismos."

II.- La Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, no regula especialidades respecto a la LTAIP más allá de la previsión de su artículo 22, que se refiere al derecho de acceso a la información pública: "1. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública que obre en poder de los Ayuntamientos, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución española y en la legislación reguladora del derecho de acceso a la información pública. 2. El Alcalde será el órgano competente para la resolución de las solicitudes de acceso a la información pública, sin perjuicio de su delegación". Por su parte, el artículo 24 de la citada ley de municipios de Canarias atribuye al Alcalde la competencia para la elaboración, actualización y publicación de la información que debe hacerse pública en la página web de la corporación, tanto de la relativa al Ayuntamiento como la referida a las demás

entidades del sector público municipal.

III.- La LTAIP reconoce en su artículo 35 que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. Conforme al artículo 5.b) de la referida LTAIP, se entiende por información pública “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 esta Ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”. Es claro que la Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información como el acceso a una información existente y en posesión del organismo que recibe la solicitud, ya sea porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

IV.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la LTAIP, contra la resolución, expresa o presunta de la solicitud de acceso podrá interponerse reclamación ante el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa. Los plazos para las respuestas a solicitudes de acceso y posibles reclamaciones ante el Comisionado de Transparencia se concretan en los artículos 46 y 53 de la LTAIP, que fijan un plazo máximo de un mes para resolver sobre la solicitud y de otro mes para interponer la reclamación, contándose desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo. La reclamación se recibió en el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública con fecha 2 de marzo de 2018. Toda vez que la solicitud fue realizada el 31 de agosto de 2015 y que no fue atendida en el plazo del mes legalmente previsto para ello, ha operado el silencio administrativo negativo respecto a la misma y se ha interpuesto la reclamación en plazo.

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con las previsiones normativas contenidas en el artículo 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, relativas a la interposición de recurso de reposición, respecto de resoluciones presuntas la presentación de una reclamación ante el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública frente a la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio no estará sujeta a plazo. En este mismo sentido se manifiesta el Consejo estatal en su criterio interpretativo CI/0012016, de 17 de febrero de 2016, concluyendo que *“la presentación de una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno frente a la desestimación de una solicitud de acceso a la información por silencio no*

*estará sujeta a plazo”.*

**V.-** Afectando esta reclamación a un ayuntamiento, es conveniente recordar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local establece en su artículo 18.1.e) como derecho de los vecinos, “ser informado, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución”. A su vez su artículo 70.3 dispone que “todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada”.

**VI.-** Procede analizar la reclamación teniendo en cuenta que la presenta un edil y que lo hace dejando constancia de su condición de concejal en el ejercicio de su cargo.

En Canarias, el acceso a la información pública por cargos locales representativos se ha regulado tanto en la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, como en la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los Municipios de Canarias. En este caso concreto, al tratarse de una corporación local, se regula conforme a los términos previstos en la legislación de régimen local y, en su caso, en la normativa que se apruebe por el pleno de la corporación.

Al margen de esta regla procedimental, tal y como ha venido reiterando insistentemente la jurisprudencia, el derecho fundamental de los cargos representativos locales al acceso a la información de su respectiva entidad local, tiene dos vías de protección ordinaria: el recurso potestativo de reposición y el recurso contencioso-administrativo, a las que hay que sumar dos garantías adicionales como son, por una parte, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, regulados en los artículos 114 a 121 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por otra parte, la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y, en el caso de Canarias, la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública, coexisten dos vías en virtud de las cuales los cargos representativos locales pueden ejercer el derecho de acceso a la

información de su respectiva entidad local para el ejercicio de su función: por un lado tenemos la vía específica prevista en la legislación de régimen local, artículos 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 14 a 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre; y tenemos una segunda vía que puede ser empleada, y es la regulada con carácter general en el Título III de la Ley canaria de transparencia y de acceso a la información pública, ya que se establece un derecho universal o genérico de acceso a los contenidos y documentos que obren en poder de la Administración y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

El derecho de acceso de los concejales es un derecho constitucionalmente reforzado y privilegiado en comparación con el que ostentan los ciudadanos particulares. Representando un claro contrasentido que no pudiera beneficiarse de las mismas garantías que se reservan al acceso ciudadano, se ha de entender que será de aplicación supletoria la normativa de la LTAIP, en la medida que refuerce el acceso a la información de los cargos electos locales en el ejercicio de sus funciones, en contraste con las previsiones que supongan un tratamiento más restrictivo. Y ello por la evidente razón de que el derecho de los ciudadanos no puede ser de mejor condición que el de los representantes políticos de las administraciones locales. Este ha sido el criterio interpretativo seguido por este Comisionado desde el año 2016, en numerosas resoluciones relativas al acceso por parte de un cargo electo a información pública, y que pueden ser consultadas en la dirección web <http://transparenciacanarias.org/tag/cargos-electos/>.

El propio Tribunal Supremo ha validado esta mayor protección al derecho de acceso de los cargos representativos locales en la STS 2876/2015, de 15 de junio, recaída en recurso de casación número 3429/2013, que aunque referida a los representantes autonómicos, es plenamente aplicable a este caso. En dicha sentencia, se indica que «tras la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (...) el derecho de acceso de los parlamentarios a la información pública no puede sino verse fortalecido. En efecto, a fin de que estén en condiciones adecuadas para hacer frente a la especial responsabilidad que se les ha confiado al elegirlos, habrán de contar con los medios necesarios para ello, los cuales en punto al acceso a la información y a los documentos públicos no sólo no podrán ser inferiores a los que tiene ya a su disposición cualquier ciudadano en virtud de esas leyes, sino que deben suponer el plus añadido imprescindible».

**VII.-** Otro aspecto a considerar ante las dudas que se pudieran plantear, es la legislación aplicable por el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública en la resolución de las reclamaciones presentadas sobre el acceso a información pública de consejeros y concejales canarios. A este respecto, en el derecho público la idea de capacidad de obrar se sustituye por la de competencia. Por ello, la competencia es la medida de la capacidad de cada órgano o ente público. La competencia supone, por tanto, una habilitación previa y necesaria para que la entidad o el órgano puedan actuar válidamente.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1983, define la competencia como “el conjunto de funciones cuya titularidad se atribuye por el ordenamiento jurídico a un ente o a un órgano administrativo”. Esta idea material que identifica la competencia como un conjunto de funciones se corresponde con una acepción jurídica más precisa.

La competencia tiene carácter irrenunciable. Así lo dispone la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 8, en relación a las competencias atribuidas a un órgano administrativo recalando que “se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia”.

El artículo 52 de la LTAIP indica que “la reclamación podrá presentarse contra las resoluciones, expresas o presuntas, de las solicitudes de acceso que se dicten en el ámbito de aplicación de esta ley, con carácter potestativo y previo a la impugnación en vía contencioso-administrativa”. Este marco de la LTAIP, unido al principio de competencia en la actuación pública, nos delimita una aplicación preferente por el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública, considerando al consejero o concejal que reclama como un ciudadano cualificado a la hora de aplicar la proporcionalidad y justificación en la posible ponderación de los límites al derecho de acceso (artículo 37 LTAIP) y en la ponderación del interés público y los derechos de los afectados en materia de protección de datos personales (artículo 38 LTAIP).

**VIII.-** En relación con el procedimiento de presentación de la solicitud de acceso a la información y de la reclamación, la solicitud se motivó en el artículo 14 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y en la reclamación se utilizaron los artículos 46 y 51 de la LTAIP. En virtud del principio de eficacia, reconocido en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las actuaciones de las administraciones públicas, y en base a ello el procedimiento administrativo, deben aplicarse desde una óptica

antiformalista, de modo que se entienda que la intención del solicitante prevalezca frente a los puros formalismos procedimentales. Se considera que el derecho de acceso a la información pública pertenece al ciudadano consejero o concejal y no puede quedar condicionado por la cuestión formal del bloque normativo alegado en su solicitud.

**IX.-** Entrando ya en el fondo del asunto por razón de la materia y respecto a la naturaleza de EMMASA, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, en sesión ordinaria celebrada el 22 de julio de 2005, acordó el cambio en el modo de gestión de los servicios públicos municipales relacionados con el ciclo integral del agua que hasta ese momento venía prestando de forma directa la sociedad de capital íntegramente municipal denominada “Empresa Municipal de Aguas de Santa Cruz de Tenerife, S.A.” (EMMASA), acordando que el nuevo modo de gestión de los servicios públicos municipales referidos se efectuaría mediante la modalidad indirecta de sociedad de economía mixta, pasando la referida sociedad a convertirse en una sociedad de esta naturaleza, mediante la venta de 212 acciones del total de 224 acciones en que se encuentra dividido su capital social.

Con fecha 16 de agosto de 2005, la Junta de Gobierno de la ciudad de Santa Cruz de Tenerife acordó aprobar el expediente de contratación para la selección de persona física o jurídica que se convierta en socio mayoritario por adquisición de acciones de la señalada empresa municipal, la cual pasará a transformarse en empresa de economía mixta, aprobando en el mismo acto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas (PCAPPT), que puede ser consultado en la página de transparencia del propio ayuntamiento, [https://www.santacruzdetenerife.es/gobiernoabierto/transparencia/fileadmin/user\\_upload/web/Transparencia/servicios\\_publicos/CONCESION\\_CICLO\\_INTEGRAL\\_AGUA.pdf](https://www.santacruzdetenerife.es/gobiernoabierto/transparencia/fileadmin/user_upload/web/Transparencia/servicios_publicos/CONCESION_CICLO_INTEGRAL_AGUA.pdf), sin que conste en este sitio web ningún otro documento relativo a este contrato de gestión de servicio público.

La Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 29 de diciembre de 2005, acordó adjudicar el concurso al grupo “S. V.”, de acuerdo con las condiciones establecidas en el PCAPPT. De acuerdo con la cláusula cuarta PCAPPT, el contrato tendrá una duración improrrogable de veinticinco años contados a partir del día siguiente a la fecha del documento en que se formalice el mismo, si bien el inicio del cómputo estará supeditado, en todo caso, a la previa inscripción en el Registro mercantil de los Estatutos Sociales de la empresa mixta. El contrato fue formalizado en documento administrativo con fecha 1 de marzo de 2006, elevándose a escritura pública en la

misma fecha.

**X.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la LTAIP “1. Las personas físicas y jurídicas distintas de las previstas en el artículo anterior que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento y en un plazo de diez días, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones establecidas en esta ley”. También en el artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno se recoge esta obligación de suministrar información por parte sujetos de naturaleza privada que colaboran con los sujetos públicos.

Se introduce de esta manera una limitación al principio de reserva estableciendo una transparencia indirecta para sujetos constituidos en régimen del derecho privado pero que realizan funciones públicas o están ligados por contratos públicos. A estos sujetos del artículo 4 no se les impone una obligación de transparencia sino un deber de facilitar información a sujetos obligados a la transparencia. Por ello podemos referirnos a una transparencia indirecta, en tanto que deben proporcionar información a los sujetos obligados de la propia Ley de Transparencia a los que se encuentren vinculados directamente o por un contrato del sector público. Y han de suministrar la información que, en cada caso, le requieran los sujetos facultados para ello, la que éstos precisen para el cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley, ya sea en relación con la publicidad activa o con la satisfacción, en su caso, del ejercicio del derecho de acceso a la información.

Por tanto la empresa de economía mixta EMMASA, adjudicataria del contrato para la gestión del servicio público consistente en la captación, desalación, tratamiento, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, depuración y reutilización de aguas residuales, así como las actividades relacionadas con el ciclo integral del agua en el municipio de Santa Cruz de Tenerife, debe facilitar al Ayuntamiento, previo requerimiento, toda la información que este necesite para dar cumplimiento al derecho de acceso a la información pública.

**XI.-** Lo que el interesado solicita son los convenios firmados por EMMASA con empresas radicadas en el municipio en materia de facturación por la depuración y/o abastecimiento de aguas así como cualesquiera actuaciones, propuestas e informes en relación con estos extremos. En el contrato de gestión del servicio público se incluye

tanto el abastecimiento como la depuración de aguas, por lo que se concluye que los convenios, actuaciones, propuestas e informes realizados por la empresa de economía mixta en el ejercicio de sus funciones de servicio público, deben ser consideradas como información pública obrante en la corporación local o susceptible de ser solicitada a EMMASA como entidad vinculada y obligada a facilitar la información de conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

**XII.-** Al no haber realizado alegación alguna el Ayuntamiento en el trámite de audiencia, no es posible disponer de una información más precisa que nos permita conocer si son de aplicación o no alguna de las causas de inadmisión de la petición reguladas en el artículo 43 de la LTAIP o alguno de los límites de acceso a la información contemplados en los artículos 37 y 38 de la misma Ley.

Es por ello que, en ocasiones como la presente, cuando, sin la información previa de la administración reclamada, la resolución de este órgano de garantía ha de determinar la entrega de la información solicitada por los reclamantes, se ha de tener en cuenta la siguiente regla ya consolidada en la práctica tanto de la transparencia activa como de la pasiva: En los supuestos de existencia de datos de carácter personal no especialmente protegidos, se debe previamente ponderar la prevalencia o no del interés público sobre el conocimiento de dichos datos; que deberán entregarse si tal interés se justifica con motivos razonados. Si se diera el supuesto contrario, si a la hora de la ponderación se considera con motivos razonados que prima la protección de los datos personales, se procederá a la anonimización de los mismos antes de la entrega de la información, de acuerdo con lo regulado tanto en la legislación básica sobre derecho de acceso a la información como en la norma canaria.

Y en cualquier caso, la normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior por el reclamante de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las atribuciones conferidas por el artículo 63 de la Ley Canarias 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y de acceso a la información pública,

### **RESUELVO**

1. Estimar la reclamación presentada por [REDACTED] en representación del Grupo Municipal Sí se puede en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, por falta de respuesta a solicitud de 31 de agosto de 2015 relativa a convenios, actuaciones, propuestas o informes realizados por la empresa

adjudicataria del servicio público de aguas, EMMASA en materia de facturación por la depuración y/o abastecimiento de aguas.

2. Requerir al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que realice la entrega al reclamante de la documentación señalada en el resuelto anterior en el plazo de quince días hábiles, remitiendo la misma información y la acreditación de la entrega al reclamante al Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el mismo plazo
3. Instar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife a agilizar los procedimientos de tramitación de solicitudes de acceso a la información pública para que la respuesta se produzca en plazo.
4. Recordar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife que el incumplimiento de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso a la información pública, en caso de reiteración constituyen infracciones graves/muy graves previstas en el artículo 68 de la LTAIP.

Queda a disposición del reclamante la posibilidad de presentar nueva reclamación ante el Comisionado de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el caso de que la respuesta suministrada por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife no sea considerada adecuada a la petición de información formulada.

De acuerdo con el artículo 51 de la LTAIP, esta reclamación, que es plenamente ejecutiva, es sustitutiva de los recursos administrativos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Contra la presente resolución emanada de un órgano del Parlamento de Canarias y que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a aquel en que se notifique la resolución, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

## **EL COMISIONADO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

**Daniel Cerdán Elcid**

Resolución firmada el 14-11-2018

 – **GRUPO MUNICIPAL SÍ SE PUEDE**  
**SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE**