



Resolución 754/2020

S/REF: 001-048064

N/REF: R/0754/2020; 100-004370

Fecha: La de firma

Reclamante: [REDACTED]

Dirección [REDACTED]

Administración/Organismo: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación

Información solicitada: Comunicaciones entre la Embajada de España en Ucrania y sus autoridades sobre gestación subrogada

Sentido de la resolución: Desestimatoria

I. ANTECEDENTES

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la reclamante solicitó al MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN , al amparo de la [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno](#)¹ (en adelante LTAIBG), con fecha 28 de septiembre de 2020, la siguiente información:

Todas las comunicaciones que hayan tenido lugar en los últimos 12 meses entre la Embajada de España en Ucrania y las autoridades de Ucrania sobre la gestación subrogada y sobre los españoles que se desplazan a Ucrania para llevar a cabo ese proceso.

2. Mediante resolución de fecha 23 de octubre de 2020, el MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN contestó a la reclamante lo siguiente:

¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887>

Analizada la solicitud y consultadas las unidades competentes, la Dirección General de Españoles en el Exterior y Asuntos Consulares resuelve denegar el acceso a la información solicitada, en aplicación de los artículos 14.1.c) y 18.1.c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, por cuanto las comunicaciones entre la Embajada de España en Ucrania y las autoridades ucranianas sobre la gestación subrogada y los españoles que se desplazan a Ucrania para llevar a cabo tal proceso tienen carácter auxiliar y, considerada su materialidad, su divulgación puede perjudicar a las relaciones exteriores entre España y Ucrania.

Si bien es posible que la Embajada de España en Ucrania tenga conocimiento puntual de que un ciudadano español se desplaza a Ucrania a estos efectos, no existe una información sistemática a las autoridades del particular. Tal eventual documentación, de imposible aportación, requeriría del consentimiento de los afectados pues, indudablemente contiene datos personales (identificativos + el viaje con el propósito de la gestación subrogada –salud o vida sexual-) de conformidad con el art. 15.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Por si fuera de utilidad a la interesada, se recuerda que en materia de gestación por sustitución rige la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (B.O.E núm. 126, de 27 de mayo de 2006), que establece que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho en España, siendo la filiación materna del menor determinada por el parto, y la paterna según las reglas de filiación matrimonial o no matrimonial, según el caso (art. 10 “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales).

El régimen de inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos por técnicas de gestación por sustitución viene recogido en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (B.O.E núm. 45, de 21 de febrero de 2019), que establece que “Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de los menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.”

En la página web de la Embajada de España en Ucrania se informa, bajo el apartado de “Recomendaciones de viaje”, de este extremo.

3. Ante esta respuesta, mediante escrito de entrada el 5 de noviembre de 2020, la interesada presentó, al amparo de lo dispuesto en el [artículo 24²](#) de la LTAIBG, una reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con el siguiente contenido:

No se solicitan datos personales, sino las comunicaciones a nivel general sobre la situación de los españoles que acuden a Ucrania por procesos de gestación subrogada, sin datos concretos de personas concretas.

4. Con fecha 6 de noviembre de 2020, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno remitió el expediente al MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, al objeto de que se pudieran hacer las alegaciones que se considerasen oportunas, contestando el Ministerio lo siguiente:

No constan comunicaciones a nivel general sobre la situación de los españoles que acuden a Ucrania por procesos de gestación subrogada.

Como se adelantaba en la respuesta a su solicitud, “Si bien es posible que la Embajada de España en Ucrania tenga conocimiento puntual de que un ciudadano español se desplaza a Ucrania a estos efectos, no existe una información sistemática a las autoridades del particular.”

Generalmente, de existir algún contacto entre la Embajada de España en Kiev y los españoles que acuden a Ucrania para procesos de gestación subrogada, éste suele producirse una vez finalizado el proceso de gestación, cuando los interesados – siempre parejas heterosexuales casadas, tal y como establece la legislación ucraniana- acuden a la Sección Consular par la solicitar la inscripción del nacimiento del menor en Registro Civil consular, inscripción que queda suspendida siguiendo la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado del Ministerio de Justicia, de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a24>

1. De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 24 de la LTAIBG](#)³, en conexión 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](#)⁴, el Presidente de este Organismo es competente para resolver las reclamaciones que, con carácter potestativo y previo a su eventual impugnación en vía contencioso-administrativa, se presenten frente a las resoluciones expresas o presuntas recaídas en materia de acceso a la información.
2. La LTAIBG, en su [artículo 12](#)⁵, reconoce el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendiéndose por tal, según dispone su artículo 13 "*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*".

De este modo, la Ley delimita el ámbito material del derecho - a partir de un concepto amplio de información, que abarca tanto documentos como contenidos específicos y que se extiende a todo tipo de "formato o soporte", a la vez que acota su alcance exigiendo la concurrencia de dos requisitos vinculados con la naturaleza "pública" de las informaciones: (a) que se encuentren "en poder" de alguno de los sujetos obligados por la ley, y (b) que hayan sido elaboradas u obtenidas "en el ejercicio de sus funciones".

3. A continuación, hay que analizar el contenido de la reclamación presentada en la que se solicitan *las comunicaciones que hayan tenido lugar en los últimos 12 meses entre la Embajada de España en Ucrania y las autoridades de Ucrania sobre la gestación subrogada*.

La Administración deniega esta información por entender que son de aplicación de los artículos 14.1.c) y 18.1.c) de la por cuanto las comunicaciones entre la Embajada de España en Ucrania y las autoridades ucranianas sobre la gestación subrogada y los españoles que se desplazan a Ucrania para llevar a cabo tal proceso tienen carácter auxiliar y, considerada su materialidad, su divulgación puede perjudicar a las relaciones exteriores entre España y Ucrania.

Como dispone el artículo 14.1 de la LTAIBG, el derecho de acceso podrá ser limitado en algunos supuestos.

Conviene citar, en este punto, los criterios mantenidos por los tribunales de justicia en cuanto a los límites contenidos en la LTAIBG:

³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#a24>

⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-11410&tn=1&p=20141105#a8>

⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a12>

- Sentencia nº 60/2016, de 18 de mayo de 2016, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 6 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 concurran 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 el supuesto litigioso se exige que se acredite que el acceso a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales.

- 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 nº 5 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 98/2017, de 22 de junio de 2017, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 11 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, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2017, dictada en procedimiento de casación, que razona 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.”

(...)

*“En cuanto a la limitación del acceso a la información prevista en el artículo 14.1. h/ de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (cuando el acceso a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales), ya hemos señalado que las limitaciones contempladas en el artículo 14 de la Ley 19/2013, lo mismo que sucede con las causas de inadmisión de solicitudes de información que enumera el artículo 18, deben ser interpretadas de forma estricta y partiendo de la premisa de que el derecho de acceso a la información aparece configurado en nuestro ordenamiento con una formulación amplia, de manera que sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas. Claramente lo deja así señalado el artículo 14.2 de la Ley 19/2013 cuando dispone: << (...)
2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso >>. Por tanto, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración -o, en este caso, de la Corporación RTVE-, pues hemos visto que aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley.*

Partiendo de esas premisas, y centrándonos en la concreta limitación prevista en el artículo 14.1. h/ de la Ley 19/2013, lo cierto es que en el caso que nos ocupa no ha quedado justificado que el acceso a la información solicitada pudiese suponer perjuicio para los intereses económicos y comerciales.”

Finalmente, la reciente Sentencia también del Tribunal Supremo nº 748/2020, de 11 de junio de 2020, dictada en el recurso de casación 577/2019 concluye lo siguiente: *“la aplicación de los límites al acceso a la información requiere su justificación expresa y detallada que permita controlar la veracidad y proporcionalidad de la restricción establecida”*.

En el caso que nos ocupa, no han sido debidamente justificados ni la causa de inadmisión ni el límite al acceso invocados, en los términos que determina tanto la legislación aplicable como la jurisprudencia invocada, restricciones al acceso que, por otro lado, y en atención a la información que consta a este Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, no resultarían aplicables, máxime teniendo en cuenta que, como hemos argumentado en reiteradas ocasiones, los límites y las causas de inadmisión previstos en la LTAIBG son excepciones y, en cuanto tales, sólo se han de aplicar si están lo suficientemente justificados, de manera clara e inequívoca.

4. No obstante lo anterior, aunque no haya sido expresamente invocado por la Administración, debe analizarse si la solicitud de acceso y la posterior reclamación tienen o no amparo en la LTAIBG.

La Ratio iuris o razón de ser de la LTAIBG está contenida en su Preámbulo: *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.*

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus responsables públicos y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

Los tribunales de justicia también han acotado la importancia de atenerse a la finalidad de la norma cuando se solicita información pública. Así, la Sentencia en Apelación nº 34/2019, de la Audiencia Nacional, de 10 de diciembre de 2019, argumenta lo siguiente:

“(…) si bien la Ley no exige que el solicitante de información razone el porqué de la solicitud, los motivos por los que la solicita podrán ser tenidos en cuenta al momento de dictarse la resolución.

(…)

Como ya señaló la Sala en Sentencia de 30 de mayo de 2019, dictada en el recurso de apelación 1/2019,……una solicitud de información de estas características, por su volumen, extensión, período de tiempo, identificación y medios para instrumentar la petición, además de ocasionar una disfunción manifiesta, no deja de ser un desiderátum no acorde con el espíritu y finalidad de la normativa de transparencia. Una solicitud de estas características no deja de ser una instrumentación de la normativa de transparencia con una finalidad -cierto es, ya se ha dicho, que la ley no exige motivación, aunque sí puede tenerse en cuenta- que, repetimos, en criterio de la Sala no se acomoda al espíritu y finalidad de la norma, más allá, desde luego, de intereses puramente particulares.”

Resulta, a nuestro juicio, de aplicación la causa de inadmisión del artículo 18.1 e) de la LTAIBG, que señala que *se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes que tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.*

En este sentido, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno emitió, en fecha 14 de julio de 2016, en virtud de las prerrogativas concedidas por el artículo 38.2 a) de la LTAIBG, el Criterio Interpretativo nº 3, que delimita el alcance del concepto de solicitud de información que tenga carácter abusivo, en los siguientes términos:

Respecto del carácter abusivo de la petición de información.

El artículo 18.1. e) de la LTAIBG asocia el carácter abusivo de la solicitud a la condición de que la petición “no esté justificada con la finalidad de la Ley”.

De este modo hay dos elementos esenciales para la aplicación de esta causa de inadmisión:

A) Que el ejercicio del derecho sea abusivo cualitativamente, no en sentido cuantitativo: el hecho de que una misma persona presente un número determinado de solicitudes no determina necesariamente un ejercicio abusivo del derecho, y

B) Que el ejercicio del derecho pueda considerarse excesivo, es decir, cuando no llegue a conjugarse con la finalidad de la Ley.

*Así, una solicitud puede entenderse **ABUSIVA** cuando se encuentre en alguno de los supuestos o se den alguno de los elementos que se mencionan a continuación:*

Con carácter general, en aquellos casos en que pueda considerarse incluida en el concepto de abuso de derecho recogido en el artículo 7.2 del Código Civil y avalado por la jurisprudencia, esto es: "Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho".

Cuando, de ser atendida, requiriera un tratamiento que obligara a paralizar el resto de la gestión de los sujetos obligados a suministrar la información, impidiendo la atención justa y equitativa de su trabajo y el servicio público que tienen encomendado, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos

Cuando suponga un riesgo para los derechos de terceros.

Cuando sea contraria a las normas, las costumbres o la buena fe.

*Se considerará que la solicitud está **JUSTIFICADA CON LA FINALIDAD DE LA LEY** cuando se fundamenta en el interés legítimo de:*

Someter a escrutinio la acción de los responsables públicos

Conocer cómo se toman las decisiones públicas

Conocer cómo se manejan los fondos públicos

Conocer bajo qué criterios actúan las instituciones públicas

*Consecuentemente, **NO ESTARÁ JUSTIFICADA CON LA FINALIDAD DE LA LEY** cuando:*

No pueda ser reconducida a ninguna de las finalidades señaladas con anterioridad y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y basada en indicadores objetivos.

Cuando tenga por finalidad patente y manifiesta obtener información que carezca de la consideración de información pública de acuerdo con la definición del artículo 13 de la LTAIBG.

Cuando tenga como objeto o posible consecuencia la comisión de un ilícito civil o penal o una falta administrativa.

En el caso analizado, no se cumple con esa finalidad de control de la actuación pública que exige la Ley. Entendemos que se solicita una información que no persigue conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, sino que se persigue obtener información sobre los españoles que acuden a Ucrania para llevar a cabo procesos de gestación subrogada, información que, además, la Administración dice no poseer, resultando imposible su acceso.

Finalmente, debe recordarse que el derecho de acceso a la información reconocido y regulado en la LTAIBG está, lógicamente, vinculado a la existencia de la información que se solicita, tal y como el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha razonado en múltiples ocasiones (por todas, la [R/0398/2018](#)⁶).

5. A lo anterior hay que añadir que se pide información que, caso de poder recabarse, afectaría a datos de carácter personal, cuyo acceso está expresamente prohibido por el [artículo 15 de la LTAIBG](#)⁷, salvo algunas excepciones.

Como señala la Administración, *“Tal eventual documentación, de imposible aportación, requeriría del consentimiento de los afectados pues, indudablemente contiene datos personales (identificativos + el viaje con el propósito de la gestación subrogada – salud o vida sexual-)”*.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 9, apartados 1 y 2, del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: *“1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física. 2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales (...).”*

Al no constar el consentimiento expreso (explícito) para esa comunicación de datos de los afectados ni que estos hubiesen hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso, debe denegarse éste.

Por lo expuesto, la reclamación presentada debe ser desestimada.

III. RESOLUCIÓN

⁶ <https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/dam/jcr:4e0fd54f-6adf-40de-b95e-579bd06deb81/R-0389-2018.pdf>

⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&p=20181206&tn=1#a15>

En atención a los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos descritos, procede **DESESTIMAR** la reclamación presentada por [REDACTED] con entrada el 5 de noviembre de 2020, contra la resolución del MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, de fecha 23 de octubre de 2020.

De acuerdo con el [artículo 23, número 1⁸](#), 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 octubre⁹](#), de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer Recurso Contencioso-Administrativo, en el plazo de dos meses, ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, 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-Administrativa¹⁰](#).

EL PRESIDENTE DEL CTBG

Fdo: José Luis Rodríguez Álvarez

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12887&tn=1&p=20181206#a23>

⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20151002&tn=1#a112>

¹⁰ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718&tn=1&p=20181206#a9>