

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo **SECCIÓN SÉPTIMA**

Núm. de Recurso: 000036/2021
Tipo de Recurso: APELACION
Núm. Registro General : 0000166/2021
Apelante: CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO
Apelado: AUTORIDAD PORTUARIA SANTA CRUZ DE TENERIFE
Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA EN APELACION

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT
D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA
D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER
D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a once de octubre de dos mil veintiuno.

VISTO por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso de apelación núm. 36/2021, promovido por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], en nombre y en representación de CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Seis con fecha 15 de Marzo de 2021 en el Procedimiento Ordinario 24/2020.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Se interpuso recurso contencioso administrativo frente a la resolución de 24 de junio de 2020, del Subdirector General de Transparencia y Buen Gobierno, por delegación de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), que acuerda estimar parcialmente la reclamación presentada por [REDACTED] contra la resolución de la AUTORIDAD PORTUARIA DE STA. CRUZ DE TENERIFE, adscrita al MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, de fecha 21 de febrero DE 2020, y resuelve instar a dicha autoridad a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a la reclamante la documentación solicitada.

Tras la tramitación del oportuno recurso contencioso administrativo por el Juzgado Central de lo Contencioso Número Seis, se dictó sentencia con fecha 15 de Marzo de 2021 en el Procedimiento Ordinario 24/2020.

SEGUNDO. – Por CTBG se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia tras lo que se dio traslado al Abogado del Estado que se opuso a la admisión del recurso de apelación, interesando la confirmación de la sentencia.

TERCERO. - No habiéndose solicitado la práctica de prueba, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente recurso de apelación, se señaló el día 5 de Octubre, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso de apelación la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Seis con fecha 15 de Marzo de 2021 en el Procedimiento Ordinario 24/2020.

Dicha sentencia conoció de la impugnación de la resolución de 24 de junio de 2020, del Subdirector General de Transparencia y Buen Gobierno, por delegación de la Presidencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), que acuerda estimar parcialmente la reclamación presentada por [REDACTED] contra la resolución de la AUTORIDAD PORTUARIA DE STA. CRUZ DE TENERIFE, adscrita al MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, de fecha 21 de febrero DE 2020, y resuelve instar a dicha autoridad a que, en el plazo máximo de 10 días hábiles, remita a la reclamante la documentación solicitada.

El Fallo de dicha sentencia fue estimatorio del recurso y declaró que "PRIMERO.- QUE EL ACTO ADMINSTRATIVO IMPUGNADO ES DISCONFORME A DERECHO, POR LO QUE DEBO ANULARLO Y LO ANULO.

SEGUNDO.- EFECTUAR IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS CAUSADAS EN LA SUBSTANCIACIÓN DEL RECURSO A LA DEMANDADA.

SEGUNDO. – El relato de hechos relevante en el caso presente es el siguiente:

- [REDACTED] remitió formuló una petición en base a la aplicación de la Ley de Transparencia en la que interesaba que en relación al personal fuera de convenio de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, esto es: Presidente, Director, Jefe de Área, Jefes de Departamento, Jefes de División, Jefes de Unidad, se les informara de lo siguiente:

- o 1. Las retribuciones de los mismos.
- o 2. Las titulaciones universitarias oficiales, si las hubiera o la formación que posean para ocupación del puesto de trabajo.
- o 3. Las funciones de cada uno de los puestos de trabajo mencionados.
- o 4. El año de inicio o desde que ocupan el puesto de los trabajos mencionados.

- La autoridad portuaria de Santa Cruz de Tenerife dictó resolución de fecha 21 de Febrero de 2020 en la que concedía solo parcialmente la información interesada refiriéndola al Director y al Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

- La solicitante de la información se dirigió, entonces, al CTBG.

- El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno dictó resolución de fecha 24 de Junio de 2020 por la que se acordaba que debía remitirse la siguiente información: *Retribuciones en cómputo anual, titulaciones universitarias oficiales si las hubiere o la formación que posee para la ocupación del puesto de trabajo, funciones que desempeña y el año de inicio o desde que ocupa el puesto de Jefe de Área de Desarrollo Operativo, como órgano de asesoramiento del Consejo de Navegación y Puerto de la Autoridad Portuaria.*

- Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y en dicho recurso recayó la sentencia que ahora es objeto de apelación donde se anulaba el acto del CTBG y se dejaba sin efecto.

TERCERO.- La sentencia objeto de apelación, tras referirse a las alegaciones de las partes tomó en consideración lo dicho por la STS dictada en el recurso de casación 7550/2018 donde se afirmaba que “el salario no es un dato especialmente protegido, ni tampoco es un dato meramente identificativo, por lo que debe estarse a la exigencia de ponderación prevista en el artículo 15.3 LTAIBG.

Y siendo el CRTVE una sociedad mercantil con capital íntegramente estatal, financiada a cargo de los Presupuestos Generales del Estado a la que es de plena aplicación la ley 19/2013 (artículo 2.1 g) y, por ende, se aplican las reglas del mencionado Criterio Interpretativo sobre la prevalencia del interés público en relación al personal directivo y al personal que ocupa niveles de jerarquía basados en la discrecionalidad. Concluye así sobre la primacía del interés general de los ciudadanos por conocer las retribuciones del personal directivo de CRTVE, al referirse la solicitud a puestos que tienen la consideración de directivos, elegidos por libre designación y ostentar un puesto de alto nivel en la CRTVE, de lo que se concluye, de acuerdo también con el y, Consejo, que debe entregarse la información sobre las retribuciones en cómputo anual.”

Tras referirse a la legislación específica sobre puertos concluyó la sentencia que ahora es objeto del presente recurso de apelación afirmando que “Por lo tanto, y a tenor de la regulación sectorial, el Consejo de Navegación y Puerto, del que es miembro el Jefe de Área de Desarrollo Operativo, es un órgano colegiado de creación preceptiva, con la función de prestar asesoramiento y asistencia a dos autoridades portuarias concretas, como son la Capitanía Marítima y el Presidente de cada Autoridad Portuaria.

De ello se deriva que el Jefe de Área de Desarrollo Operativo, aunque participe como miembro en dicho órgano colegiado, no es en sí mismo un órgano asesor, sino que forma parte, junto con otras personas, del Consejo de Navegación y Puerto, el cual tiene atribuidas colegiadamente esas funciones de asistencia y asesoramiento, pero no cabe identificar a las distintas personas que forman parte de dicho órgano colegiado como órganos de asesoramiento y asistencia, pues es el órgano colegiado el que realiza tales funciones, en la forma dispuesta en los arts. 15 y siguientes de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, teniendo los miembros que lo componen los derechos y prerrogativas que el art. 19 determina, y entre ellos contribuir a la formación de la voluntad del órgano colegiado con su voto, sin que en ninguna caso puedan suplantar dicha voluntad o asumir como propias las funciones que colegiadamente tiene atribuidas en este caso el Consejo de Navegación y Puerto.

Es más, el propio art. 19 citado previne que “los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste,

salvo que expresamente se les hayan otorgado por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano”.

Queda claro, por tanto, que el Jefe de Área de Desarrollo Operativo, en tanto que miembro del Consejo de Navegación y Puerto, ni es un órgano de asesoramiento de las autoridades portuarias expresadas, ni tampoco lo es del propio órgano colegiado al que pertenece. Y forma parte de dicho órgano en tanto que titular de la referida área y no consta que lo sea como fruto de un nombramiento discrecional ad hoc de su persona”

La conclusión que lleva a la estimación del recurso y a la anulación del acto recurrido es la siguiente: “En conclusión, al tratarse de un puesto de trabajo que no cumple las indicadas exigencias jurisprudenciales de tener la consideración de puesto directivo, elegido por libre designación, y no ser en sí mismo un órgano de asesoramiento, no debe accederse a suministrar la información solicitada, porque prevalece el interés individual del empleado público afectado”.

CUARTO. – La parte recurrente en apelación (el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno) fundamenta su recurso en la aplicación del Criterio interpretativo CI/001/2015 y, además, en el siguiente razonamiento:

“El artículo 15.3 y el citado criterio Interpretativo ha sido objeto de pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo, no sólo en el caso de la STS de 22 de junio de 2020 recaída en el recurso de casación 7550/2018, citado en la sentencia, sino también en la STS 3968/2019 en la que el Alto Tribunal concluye que “no parece que el acceso a la información pública consistente en la identidad del personal de confianza que desempeñó las secretarías de la Presidencia, de los Consejeros y de la Secretaría General del Tribunal de Cuentas deba ceder ante su derecho a la protección de datos. Ocuparon puestos de trabajo público; su nombramiento y separación fueron, según dice la Ley, libres; es manifiesta la relevancia de la autoridad a la que presta servicios y, a la vez, lo es la posición constitucional del Tribunal de Cuentas. Todo ello justifica, por tanto, la prevalencia del interés público al que satisface el derecho que, en desarrollo del artículo 105 b) de la Constitución, ha regulado el legislador.” (...)

Por todo ello, consideramos por tanto que en el caso que nos ocupa el puesto de jefe de área de desarrollo operativo cumple los parámetros requeridos para que prevalezca el interés público en la divulgación, derivado del cumplimiento de dos de los parámetros exigidos: las funciones encomendadas –valoradas por el CTBG como consecuencia de su pertenencia al citado Consejo de Navegación y Puerto, pero que podrán serlo no sólo por esta razón, sino derivadas, en general, del grado de responsabilidad de las funciones que tiene encomendadas en el seno de la Autoridad Portuaria- como por su nombramiento, mediante procedimiento basado en la discrecionalidad, aspecto este último que por sí mismo determinaría la prevalencia del interés público en la divulgación según la sentencia del Tribunal Supremo antes citada”.

QUINTO. – La adecuada resolución de la cuestión que se plantea en el caso presente exige partir de que en la Ley 19/2013 queda reconocido el derecho de acceso a la información pública como un auténtico derecho público subjetivo, al establecer que " Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española , desarrollados por esta Ley " (artículo 12); que la Exposición de Motivos de la Ley configura de forma amplia ese derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas, y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud; que 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; y, en fin, que, 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.

Los artículos 14 y 15 de la LTAIBG establecen los límites del derecho de acceso a la información pública.

En concreto el artículo 15 de la Ley 19/2013 establece:

1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley.

2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

- b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
- c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.
- d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.
4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.
5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.

SEXTO. – Por lo tanto, en este caso, la cuestión que se plantea es de límites y es necesario atender al artículo 15.3 de la LTBG con la interpretación que realiza el Criterio 1/2015 respecto de «los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo, catálogos, plantillas orgánicas y sobre retribuciones de sus empleados o funcionarios». Sobre esto, la sentencia dictada por el TS en el recurso 7550/2018 permite concluir algunos criterios:

- Prevalencia en este caso del interés general al acceso a la información sobre los intereses privados de los afectados, los directivos de la Corporación RTVE..
- El acceso a la información es prevalente, y ello -declara- al objeto de alcanzar un sistema que garantice la transparencia y objetividad en el ámbito público.

A ello debe unirse lo que resulta de la STS dictada en el recurso 316/2018 donde se afirma que:

“Vemos que la regla sigue siendo la de conceder el acceso salvo que la ponderación a la que se refiere imponga lo contrario. Si de aquí nos vamos al Criterio Identificativo 1/2015, en concreto a su apartado 2, que se ocupa de la “Información referida al puesto de trabajo desempeñado por uno o varios empleados o funcionarios públicos o a las retribuciones asignadas a uno o varios puestos de trabajo determinados, nos encontramos que, en su letra B) subapartado a), dice que con carácter general primará el interés público si el empleado público ocupa un puesto de especial confianza, es de alto nivel o se provee mediante un procedimiento basado en la discrecionalidad. Luego, en el subapartado b) señala que se debería conceder “el acceso a la información sobre retribuciones correspondientes” al personal eventual de asesoramiento y especial confianza de los Ministros y Secretarios de Estado; (iii) al personal directivo; y (iv) al de libre designación”.

Esta última sentencia reconoció el derecho a que se informara de la identidad de las personas que trabajaban como secretarías particulares de determinados

cargos del Tribunal de Cuentas con el siguiente razonamiento: *“En estas condiciones, no parece que el acceso a la información pública consistente en la identidad del personal de confianza que desempeñó las secretarías de la Presidencia, de los Consejeros y de la Secretaría General del Tribunal de Cuentas deba ceder ante su derecho a la protección de datos. Ocuparon puestos de trabajo público; su nombramiento y separación fueron, según dice la Ley, libres; es manifiesta la relevancia de la autoridad a la que presta servicios y, a la vez, lo es la posición constitucional del Tribunal de Cuentas. Todo ello justifica, por tanto, la prevalencia del interés público al que satisface el derecho que, en desarrollo del artículo 105 b) de la Constitución, ha regulado el legislador”.*

SÉPTIMO. – Esta Sala entiende que los criterios objetivamente aplicables son claros: a mayor discrecionalidad en el nombramiento o mayor nivel de confianza en el puesto que se ocupa, debe corresponder mayores exigencias de transparencia. Por lo que, en sentido contrario, la simple condición de funcionario público de quien ocupa el puesto que le corresponde dentro de la carrera funcional está sometido a menores exigencias de publicidad en cuanto a sus condiciones personales y profesionales respecto de las que hay que guardar una mayor reserva y discreción.

Por esta razón, resulta, siguiendo en ello a lo correctamente dicho por la sentencia que ahora se recurre en apelación, que el Jefe de Área de Desarrollo Operativo carece por completo de ningún elemento discrecional en el desempeño de su trabajo ni ningún grado de confianza del Director ó del Presidente y que le hayan permitido el desempeño de su cargo. Resulta que su integración en el Consejo de Navegación y Puerto no es sino una consecuencia derivada del artículo 34 de la Ley de Puertos del Estado (R.D.Legislativo 2/2011) por lo que, aplicando los criterios expuestos mas arriba, parece obvio que no está sometido a las mismas exigencias de transparencia que se imponen para el Presidente y el Director del Puerto.

Apoya la confirmación del criterio expuesto por el Juzgado autor de la sentencia apelada, la aplicación del Criterio 1/2015 al que se refieren tanto la resolución impugnada como la misma sentencia y ello pues en el apartado 2.B de las conclusiones de dicha resolución se habla de circunstancias que justifican la interpretación favorable a mantener en este caso la reserva respecto de las retribuciones del Jefe de Área como son las que se refieren a tratarse de personal eventual de asesoramiento y especial confianza, personal directivo o personal no directivo pero de libre designación. El razonamiento incluido en aquel documento (Criterio 1/2015) permite entender que fuera de esos casos que se acaba de mencionar, debe prevalecer el interés individual a la protección de datos al que se refiere el artículo 15.3 de la Ley de Transparencia.

Estos razonamientos obligan a la desestimación de la apelación y la confirmación de la anulación que allí se recoge.

OCTAVO. - De conformidad con lo dispuesto en el *artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte apelante.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación, interpuesto por el Procurador de los Tribunales [REDACTED], en nombre y en representación de CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO contra la sentencia dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Seis con fecha 15 de Marzo de 2021 en el Procedimiento Ordinario 24/2020, debemos confirmar la sentencia por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte apelante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el *artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción* justificando el interés casacional objetivo que presenta.

