

Reclamación AIP nº 2/2016

Resolución AIP nº 5/2016

## ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 24 de febrero de 2016.

**VISTA** la Reclamación presentada por don R.M.F., en su propio nombre, contra la denegación presunta de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda y de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de acceso a información pública, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Don R.M.F., en base a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LTAIPB) el día 22 de junio de 2015 presentó escrito dirigido a la Presidenta de la Comunidad de Madrid, en el que entre otra información solicita:

*“a. Informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de los fines fundacionales de la Fundación Especial Caja Madrid (Art. 12 Ley 50/2002).*

*b. Información económica y cuentas anuales del ejercicio 2.013 con especial interés en las cuentas de gastos y descripción de proyectos acometidos y su valoración. Incluidas sociedades o asociaciones participadas (Art. 8 Ley 19/2013).*

- c. Relación de convenios suscritos con terceros y sus condiciones.*
- d. Presupuestos con descripción de las principales partidas presupuestarias.*
- e. Informe de Auditoría.*
- f. Retribuciones de los altos cargos y máximos responsables.*
- g. Estructura organizativa con organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional".*

El 29 de junio de 2015 dirigió un escrito similar a la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, como responsable del control y seguimiento de las Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en concreto con relación a las competencias en relación al protectorado de fundaciones, solicitando el acceso a la misma documentación.

El 19 de agosto, sin haber recibido respuesta de las anteriores peticiones vuelve a presentar nueva solicitud en la que pide:

*“a. Informe preceptivo elaborado por la Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid que motive suficientemente su renuncia a la recuperación de gastos indebidos con lesividad para las Escuelas de la Obra Social Propia de la extinta Caja Madrid y que, cumplido el plazo establecido de los diez días hábiles, obrará en poder del Protectorado y por ende, de la Consejería y esa Presidencia.*

*b. Criterios, cuestiones y motivación seguida por la Comunidad, Consejería y Protectorado para validar y apoyar las tesis de la Fundación, Patronos y Director General para la no personación y renuncia a la reclamación del perjuicio económico, compensado con la restricción de financiación a la Obra Social y lesividad a sus trabajadores”.*

El 28 de septiembre de 2015, sin respuesta a ninguna de las anteriores peticiones eleva las peticiones anteriores al Consejo Consultivo, órgano entonces competente en la Comunidad de Madrid para resolver las reclamaciones en materia de acceso a la información pública, en virtud del artículo 20 de la Ley 4/2014, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

Con fecha 6 de octubre de 2015, el Consejo Consultivo comunica al reclamante que *“Con la finalidad de dar cumplida respuesta al reclamante y en virtud de la previsión recogida en la disposición final novena de la Ley 1912013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, se ha solicitado a la Consejería correspondiente contestación sobre si dicho órgano ha adoptado las medidas necesarias para dar respuesta a la peticiones de acceso a la información pública y, en tal caso cuáles son las razones de no haber facilitado una respuesta en el presente asunto”*.

El 29 de octubre de 2015 la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda da respuesta a la solicitud del reclamante en la que no se incluye el *“informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de los fines fundacionales de la Fundación Especial Caja Madrid”*.

Con fecha 3 de noviembre de 2015 la Presidenta de la Comunidad, en términos similares a la contestación de la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, contesta a los escritos remitidos por el reclamante que este considera con información insuficiente.

El 16 de noviembre el reclamante reitera su petición a la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda y el 30 de noviembre, en los mismos términos a la Presidenta de la Comunidad. La petición se concreta en:

*“Informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de sus fines fundacionales (artículo 12 ley 50/2002)”* y explica que se trata de un *“informe preceptivo para la autorización y creación de la Fundación Especial Cajamadrid y su fusión con la Fundación Cajamadrid. Autorización prestada por esa consejería de fecha 18 de diciembre de 2012”*.

**Segundo.-** Con fecha 4 de enero de 2016, transcurrido el plazo previsto en el artículo 20.1 de la LTAIPBG y en uso del artículo 24 de la misma norma, se recibió Reclamación en este Tribunal, presentada por don R.M.F. en la que expone los hechos anteriores y solicita:

*“1. Informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de los fines fundacionales de la Fundación Especial Caja Madrid. (Art. 12 Ley 50/2002).*

*2. Informe preceptivo elaborado por la Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid que motive suficientemente su renuncia a la recuperación de gastos indebidos con lesividad para las Escuelas de la Obra Social Propia de la extinta Caja Madrid y que, cumplido el plazo establecido de los diez días hábiles, obrará en poder del Protectorado y por ende, de la Consejería y Presidencia.*

*3. Criterios, cuestiones y motivación seguida por la Comunidad, Consejería y Protectorado para validar y apoyar las tesis de la Fundación, Patronos y Director General para la no personación y renuncia a la reclamación del perjuicio económico, aun considerando que según informe de Bankia sólo existe un perjuicio de 250.000 euros que reclaman y sólo caben dos perjudicados”.*

No consta la remisión de la documentación solicitada.

**Tercero.-** Este Tribunal el 15 de enero de 2016 dio traslado de la Reclamación presentada al órgano afectado por la solicitud, a los efectos de que se realizaran las alegaciones que se consideren oportunas.

Dichas alegaciones fueron remitidas el 3 de febrero de 2016 y en ellas se argumenta lo siguiente:

*“I. Con fecha 2 de noviembre de 2015, se facilitó al reclamante la información solicitada en relación con el informe preceptivo elaborado por la Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid que motivaba su renuncia a la recuperación de gastos indebidos con lesividad para las Escuelas de la Obra Social Propia y con los criterios, cuestiones y motivación seguida por la Comunidad para validar y apoyar*

*las tesis de la Fundación para la no personación y renuncia a la reclamación del perjuicio económico.*

*En esa comunicación se ponía en su conocimiento que el asunto sobre el que versa la información que solicitaba se encuentra sub iudice por lo que al no haber finalizado el procedimiento penal, el acceso a la información relativa al mismo podría implicar un perjuicio para la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios que, en su caso, estén siendo enjuiciados. No obstante y atendiendo a las limitaciones derivadas del proceso penal en curso, se le informó de las actuaciones realizadas por este Protectorado encaminadas a esclarecer si se había ocasionado un perjuicio patrimonial a la Fundación, y el estado de las investigaciones que, en su caso, se estuvieran llevando a cabo y el resultado de las mismas.*

*La Fundación informó al protectorado que se habían adoptado las medidas adecuadas tanto desde el punto de vista organizativo, mediante la abstención de los patronos afectados por la existencia de un potencial conflicto de intereses en relación con la adopción de acuerdos relativos a los hechos denunciados, como de las medidas adoptadas en defensa de sus intereses recabando para ello el asesoramiento legal de expertos independientes en relación con la existencia de un eventual crédito a favor de la Fundación, asesoramiento que permitía entender, sin perjuicio de las conclusiones que pudieran resultar de las actuaciones penales en curso, que no le correspondía reclamar para sí la restitución de las cantidades indebidamente dispuestas. No obstante, informó también al Protectorado que si como consecuencia de las actuaciones judiciales se llegara a otra conclusión, la Fundación actuaría en defensa de sus intereses ejercitando cuantas acciones le asistan para ello poniéndolo en conocimiento del Protectorado.*

*En consecuencia, el Protectorado, como órgano encargado de facilitar el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurar la legalidad en su constitución y funcionamiento y en el ejercicio de las funciones atribuidas por la normativa vigente, ejerció su función de control solicitando información sobre los hechos acaecidos. Ante la comunicación de las medidas adoptadas por el Patronato y el resultado de*

sus actuaciones, este Protectorado consideró suficiente, hasta la fecha, las conclusiones aportadas por la Fundación.

*II. En relación con el Informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de los fines fundacionales de la Fundación Especial Caja Madrid (art. 12 Ley 50/2002), se puso en conocimiento del reclamante con fecha 29 de enero de 2016 (se adjunta copia), que toda la documentación que fundamenta las actuaciones realizadas por el Protectorado en relación con el proceso de transformación de Caja Madrid en fundación de carácter especial y de fusión de con la Fundación Caja Madrid, incluida aquélla que fundamenta la suficiencia de la dotación fundacional, está depositada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid y en los artículos 2, 3 y 27 del Decreto 20/2002, de 24 de enero, en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid como Anexo a la escritura de constitución de la Fundación Especial desde el 22 de enero de 2013. Registro público al que puede acceder para obtener cuanta información precise, con la única excepción de aquellos datos de carácter personal que se hallan protegidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, quedando así garantizados los principios de transparencia y publicidad de la información relativa a las fundaciones".*

**Cuarto.-** El 8 de febrero don R.M.F. remite a este Tribunal escrito en el que manifiesta que la información solicitada no se aporta, ni se facilita en la contestación de la Consejería, que tampoco manifiesta ni concreta explícitamente que el informe solicitado se incluya en los expedientes depositados, lo que, según aduce, no supone que la petición de información se vea o pueda verse cumplida.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** El artículo 24.6 de la LTAIPBG atribuye la competencia para conocer de las reclamaciones que regula al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno “salvo

*en aquellos supuestos en que las comunidades Autónomas atribuyan dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional cuarta de esta Ley*". Esta disposición adicional establece: "1. La resolución de la reclamación prevista en el artículo 24 corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de la Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas (...)."

De conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, corresponderá al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el conocimiento y la resolución de las reclamaciones de acceso a la información pública previstas en el artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, cuando se interpongan, potestativamente, contra las resoluciones expresas o las desestimaciones presuntas dictadas por la Administración de la Comunidad de Madrid, por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial y por todas las entidades y organismos del sector público de ambas comprendidas en el ámbito de aplicación de la referida Ley.

En consecuencia, este Tribunal es competente para la resolución de la reclamación presentada.

**Segundo.-** Es requisito de admisibilidad de la reclamación la existencia de un acto expreso o presunto en materia de acceso a la información pública.

El artículo 20.1 establece que "*La resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante*". No habiéndose dictado

resolución a las peticiones formuladas el 16 y 30 de noviembre, los efectos de silencio negativo se han producido el 16 y 30 de diciembre.

**Tercero.-** La Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas a acceder a la información pública, entendida, según el artículo 13 de la misma norma, como *“los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”*.

**Cuarto.-** La Consejería de Economía, Empleo y Hacienda según el artículo 28.4 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, ostenta el protectorado de la Fundación Especial Caja Madrid. En consecuencia corresponde a la misma proporcionar en su caso la documentación solicitada a la Consejera y a la Presidenta de la Comunidad. Por Orden de 14 de septiembre de 2015, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, se delega el ejercicio de determinadas competencias y se desconcentra el Protectorado de Fundaciones vinculadas a su ámbito competencial en el titular de la Secretaría General Técnica.

La Ley define el objeto de una solicitud de acceso a la información en relación a la información que ya existe, por cuanto está en posesión del organismo al que se realice la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en ejercicio de las funciones y competencias que tiene encomendadas. Siendo información pública de acuerdo con la definición contenida en el artículo 13 de la LTAIPBG, facilitar esa información a terceros constituye una obligación legal, con independencia de quien sea su propietario.

Según el artículo 28 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid:

*“1. El Protectorado es el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo*

*técnico y control de las fundaciones, que facilitará y promoverá el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento.*

*2. Al Protectorado le corresponden las siguientes funciones:*

*a) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general.*

*b) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en trámite de constitución o ya inscritas, en cualquier asunto que se refiera a su régimen jurídico o económico, o a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines.*

*c) Difundir la existencia y actividades de las fundaciones.*

*d) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, así como, en su caso, el informe pericial oportuno en los términos que reglamentariamente se establezca.*

*e) Realizar el informe que establece el artículo 6 de esta Ley, pudiendo a tal fin el Protectorado exigir a la fundación la aportación de la documentación que precise.*

*f) Cuantas otras funciones se establezcan en la legislación estatal de fundaciones que sea de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1 de la Constitución, en la presente Ley y en las demás que resulten de aplicación".*

Son tres los puntos en que se concreta la Reclamación de acceso tal como se ha recogido en el antecedente segundo de esta Resolución.

El informe técnico señalado en primer lugar obra en poder del protectorado de la fundación, cuya competencia corresponde a la SGT de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda. En respuesta a la solicitud se indicó al reclamante que el mismo junto con la información que fundamenta las actuaciones realizadas y la suficiencia de la dotación fundacional están depositados en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Por tanto, no se opone al acceso sino

que, sin facilitar la documentación solicitada, le indica la manera de obtenerla.

El artículo 22.3 de la LTAIPBG, relativo a la formalización del acceso, establece que *“si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella”*.

El citado artículo de la LTAIPBG regula el caso de que la información solicitada haya sido objeto de publicación previa, supuesto que puede incluir el depósito en un Registro público. Dicho artículo señala que la resolución podrá limitarse a indicar el lugar o medio en que ésta se ha publicado. Si el acceso a la información se configura como un derecho, el depósito en un Registro público se configura en algunos casos como una obligación de publicidad. Ahora bien esta obligación de publicidad no prejuzga el derecho de acceso a la información que asiste a los ciudadanos para facilitar su ejercicio abreviando la vía de acceso a los datos o informaciones que necesiten. Cuando el órgano al que se dirige la información está en posesión de la misma, debe reconocer el derecho de acceso sin remisiones innecesarias y sin que esta circunstancia exima de la obligación de dar una respuesta concreta en los plazos y condiciones que señala la LTAIPBG. Por ello el protectorado de fundaciones de la Consejería debió facilitar la información solicitada, que está en su poder y cuyo carácter público reconoce.

En cuanto al punto 2 de la reclamación, se constata que la documentación solicitada por el protectorado al patronato de la Fundación obra en poder del órgano al que se dirigió la solicitud de acceso, no siendo obstáculo a su concesión que el asunto esté *sub iudice*, pues se trata de una información no sujeta a secreto del sumario y que no se ha generado en el procedimiento judicial. Es una información que está en poder del protectorado por razón del ejercicio de sus competencias y no elaborada dentro o para el procedimiento judicial. Debió por tanto reconocerse también el acceso a dicha documentación.

Finalmente en cuanto al punto 3 de la Reclamación que solicita *“los criterios,*

*cuestiones y motivación seguida por la Comunidad de Madrid, Consejería y Protectorado para validar y apoyar las tesis de la Fundación, Patronos y Director General para la no personación y renuncia a la reclamación del perjuicio económico, aun considerando que según informe de Bankia solo existe un perjuicio de 250.000 euros que reclaman y solo caben dos perjudicados", cabe concluir que dicha solicitud no se concreta en un documento determinado. No obstante, los criterios aplicados le fueron puestos de manifiesto al reclamante en la contestación que le remitió la Consejera de Economía, Empleo y Hacienda, haciendo constar que ante la comunicación de las medidas adoptadas por el Patronato y el resultado de su actuación, el protectorado consideró suficientes las conclusiones que fueron aportadas, a su solicitud, por la Fundación. Por tanto, debe considerarse que se le ha facilitado la información solicitada en este aspecto.*

Por ello procede reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información solicitada y el deber de facilitar la documentación, previa anonimización y protección de los datos personales, salvo que se entienda que existe algún límite de los previstos en los artículos 14 y 15 o alguna causa de inadmisión del artículo 18 de la norma, que no han sido expresamente alegados.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo Consultivo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## ACUERDA

**Primero.-** Estimar parcialmente la Reclamación presentada por don R.M.F., reconociendo el derecho de acceso a:

1. *Informe técnico de la Consejería en que fundamenta su autorización de viabilidad y suficiencia económica para la continuidad de los fines fundacionales de la Fundación Especial Caja Madrid. (Art. 12 Ley 50/2002).*

2. *Informe preceptivo elaborado por la Fundación Obra Social y Monte de Piedad de Madrid que motive suficientemente su renuncia a la recuperación de gastos indebidos con lesividad para las Escuelas de la Obra Social Propia de la extinta Caja Madrid y que, cumplido el plazo establecido de los diez días hábiles, obrará en poder del Protectorado y por ende, de la Consejería y Presidencia.*

**Segundo.-** Instar a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, que tiene entre sus competencia el protectorado de fundaciones, a que en el plazo máximo de 10 días hábiles, proporcione al reclamante la información solicitada y no satisfecha, en los términos de los Fundamentos de Derecho de esta Resolución.

**Tercero.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento; publicarla, previa disociación de los datos de carácter personal, por medios electrónicos en la página web de este Tribunal y comunicarlo al Defensor del Pueblo.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.a) y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.