

Reclamación 37/2022

ACUERDO AR 39 /2022, de 27 junio, del Consejo de Transparencia de Navarra, por el que se resuelve la reclamación formulada ante el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

Antecedentes de hecho.

1. Con fecha 18 de mayo de 2022 se presenta escrito dirigido al Consejo de Transparencia firmado por doña XXXXXX, por el que se presenta reclamación frente a la desestimación parcial de su solicitud de información pública presentada con fecha 19 de abril en el Registro del Gobierno de Navarra.

2. Examinado el escrito, el Consejo de Transparencia de Navarra procedió a tramitar la reclamación de doña XXXXXX conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Foral 5/2018 de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno.

3. De conformidad con el artículo 121.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, aplicable supletoriamente a la tramitación de la reclamación referida, el 18 de mayo de 2022, la Secretaria del Consejo, por orden del Presidente del Consejo de Transparencia de Navarra, puso en conocimiento de la Administración la reclamación presentada, para que el plazo de 10 días hábiles se formulara y remitiera a la dirección electrónica del Consejo de Transparencia de Navarra, el expediente administrativo, informe y las alegaciones que se considerasen oportunas.

4. El Consejo de Transparencia ha recibido el expediente completo, e informe de fecha 3 de junio emitido por la Secretaria General Técnica del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

Fundamentos de derecho.

Primero. A tenor de lo establecido en la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el Consejo de Transparencia de Navarra es el órgano independiente de control en materia de transparencia en la Comunidad Foral de Navarra, que garantiza el derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos (artículo 63).

El Consejo es competente para conocer de las reclamaciones que se le presenten contra las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información que se emitan por el Gobierno de Navarra.

Segundo Formula la reclamación la ciudadana frente a la actuación del Departamento de Salud

La solicitud de información de fecha 19 de abril de 2022 se refería a los siguientes datos:

“Se suministre una copia íntegra de la Orden Foral 34/2020, de 15 de Julio, dado que no se ha encontrado en el Boletín Oficial de Navarra, únicamente está mencionada en la ORDEN FORAL 35/2020, de 17 de julio (BON nº 158 de 18 de Julio de 2020) - Conforme al Criterio CI/003/2016, de 14 de Julio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que también se ha seguido por el Consejo de Transparencia de Navarra, se estableció que estará justificada en aras de la ley de transparencia, una petición que se ajuste a: "- 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 que criterios actúan las instituciones públicas." - Se reclama al Departamento de Salud, del Gobierno de Navarra, en atribución de sus competencias, que aclare expresamente cómo ha de acreditarse la exención del uso de cubrebocas en el territorio foral de Navarra.”

A la mencionada solicitud, la administración contestó con fecha 11 de mayo 2022 mediante escrito de la Secretaria General Técnica del Departamento de Salud en el que se proporcionaba el enlace al Boletín Oficial de Navarra número 156, de 16 de julio de 2020, en el que se publicó la Orden Foral 34/2020, de 15 de julio, de la Consejera de Salud.

La recurrente califica dicha contestación de la Administración como de claramente irregular, dado que no cumple los requisitos de todo acto administrativo conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al no indicar los recursos de los que es susceptible y, por otra parte, entiende que en cuanto al fondo del asunto, la contestación implica una denegación parcial de su solicitud de información pública dado que no se ha contestado, ni se ha hecho referencia a su solicitud de conocimiento de los criterios del Gobierno de Navarra en relación a la valoración de la exención de utilización de las mascarillas.

Tercero. La Ley Foral 5/2018 de 17 de mayo, de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno en su artículo 13 reconoce el derecho de cualquier ciudadano a obtener, previa solicitud, la información pública que obre en poder de las Administraciones, sin que para ello esté obligado a declarar un interés determinado. De manera coherente con lo anterior, el artículo 30 del referido texto normativo, relativo al derecho de acceso a la información pública advierte en su apartado 2 que para el ejercicio de este derecho no resulta necesario motivar la solicitud ni invocar tan siquiera la propia Ley Foral de Transparencia ni tampoco acreditar interés alguno.

La contestación de la Administración a la solicitud es en parte estimatoria, pues da acceso a los datos publicados solicitados, pero es desestimatoria en cuanto a contestar a la ciudadana los criterios de actuación de la administración en relación con la exención de utilización de la mascarilla.

Es en el informe remitido al Consejo de Transparencia por parte de la Administración donde, por primera vez, se recoge la contestación de la Administración a tal solicitud afirmándose lo siguiente:

“La Orden Foral 35/2020, de 17 de julio, de la Consejera de salud, que modifica la Orden Foral 34/2020, de 15 de julio, añadía la letra i) en el punto 2:

“En los supuestos f) y g), a efectos de la acreditación de las situaciones de enfermedades respiratorias que pueda agravar el uso de la mascarilla, discapacidad, dependencia, o alteraciones conductuales que eximan de su uso, según los supuestos de esta orden foral, será suficiente una declaración responsable de las personas que se encuentren en estos supuestos o de sus tutores legales. La declaración responsable se efectuará conforme al modelo del Anexo de esta orden foral.

No obstante, en el momento de los hechos la citada orden foral no estaba vigente y la ley aplicable en relación a las mascarillas era la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El artículo 6 vigente en ese momento decía lo siguiente:

2. La obligación contenida en el apartado anterior no será exigible en los siguientes supuestos:

a) A las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que, por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

Quinto. En consecuencia, si bien la Comunidad Foral de Navarra en su Orden Foral 35/2020, de 17 de julio de la Consejera de salud, contempló la posibilidad de presentar una declaración responsable para justificar la exención de la utilización de la mascarilla, en la ley estatal 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que es la aplicable en el momento de los hechos y de obligado cumplimiento en la Comunidad Foral de Navarra, no se concretaba nada acerca de la forma de acreditar dicha exención”

Consecuentemente esto nos lleva a analizar un aspecto importante en relación con el objeto de la reclamación, cual es si existe el derecho de acceso cuando para atender a lo que se solicita se debe realizar una actividad concreta de elaboración de informe o valoración o determinación *ex novo* de criterios aplicables a un caso concreto por parte de la Administración.

El objeto del derecho de acceso es la *información pública*. Es decir, la información pública a la que se tiene acceso es aquella que existe por estar ya elaborada y obrar en poder de la Administración. Por el contrario, no cabe derecho de acceso a la información que no existe, no está elaborada o no obra en poder de la Administración.

Las nuevas tecnologías de la información y la generalización del formato electrónico y las bases de datos amplían en la actualidad la noción tradicional de *documentación* como objeto de la información pública, admitiéndose como tal “*cualquier información escrita, visual, sonora electrónica o en cualquier otra forma que obre en poder de las autoridades*”. Es decir, la norma reconoce y regula el derecho a acceder a información pública que esté en posesión del organismo al que se dirige la solicitud, bien porque él mismo la ha elaborado, bien porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

En todo caso, aun entendiendo en forma amplia el objeto del derecho al acceso, es innegable la necesidad de la preexistencia de la información pública, sea cual sea su soporte. Como se ha señalado, el derecho de acceso debe recaer sobre una información pública existente, ya que la Ley, ni la Foral, ni la Estatal, configuran un derecho que tenga por objeto una actividad de elaboración de la información específicamente para contestar a dicha solicitud por parte de la Administración. La información pública cuyo acceso queda reconocido como derecho debe ser preexistente a la solicitud excluyéndose cualquier trabajo de síntesis o elaboración que suponga la creación de una información *ex novo*.

Es por ello por lo que, de forma generalizada, quedan fuera del amparo de las normas sobre acceso a la información pública aquellas solicitudes que suponen o precisan de una actividad de elaboración por parte de la Administración requerida, y es por ello por lo que la propia norma foral sobre transparencia, en su artículo 37.c) determina como causa de inadmisión de las solicitudes de acceso “*las peticiones de respuestas a consultas jurídicas o las peticiones de elaboración de informes o dictámenes*”

Esta causa de inadmisión parte del planteamiento de que la información solicitada no existe, lo que se solicita es una actividad que da lugar a la creación

de la información, una actividad que exige, además, un trabajo cualificado de elaboración técnica específica.

La valoración por parte del Consejo de Transparencia de Navarra en relación con la concurrencia de esta causa de inadmisión en fase de reclamación pasa en cualquier caso por la consideración de inexistencia de la información pública solicitada. Así como ya hemos reiteradamente afirmado, el de acceso a la información pública como derecho legalmente configurado no alcanza el derecho a plantear cuestiones o formular preguntas sobre cuál es la normativa aplicable en un supuesto concreto o con un carácter más general en un determinado sector. El legislador foral, en el ejercicio de sus competencias, a la hora de configurar el derecho de acceso a la información obrante en manos de la Administración, ha excluido tanto la respuesta a consultas jurídicas, como la elaboración de informes y dictámenes, y también la elaboración o reelaboración de informaciones a partir de las solicitudes. El legislador reconoce un derecho a lo existente, pero no lo amplía al grado de formular cuestiones relativas a discrepancias jurídicas y obtener respuestas jurídicas (vid. entre otros Acuerdos de este Consejo 9/2018, 7/2019, 8/2019).

Dicho lo anterior, ha de matizarse que el hecho de que la solicitud de acceso a la información pública planteada en los términos ahora analizados no deba ser atendida, no implica que se esté a su vez negando el deber de colaboración, orientación e información que es reconocido como derecho del interesado en el procedimiento en el artículo 53 f) Ley 39/2015 citada más arriba.

Todo lo contrario, simplemente se trata de diferenciar ámbitos de Derecho, procedimientos y derechos asociados, y de aclarar que el derecho de acceso reconocido en las leyes de transparencia no es el derecho de información y orientación que asiste a los interesados ante la Administración en un procedimiento concreto y, en este caso, al parecer, en relación con el procedimiento derivado de la reclamación de doña XXXXXX presentada con fecha 11 de marzo 2022 en relación con unos concretos hechos y de la que se da noticia en el informe del Departamento de Salud y en la reclamación presentada ante este Consejo de Transparencia.

Habida cuenta de lo anterior, la reclamación ha de ser desestimada por entender que no puede ser objeto de una solicitud de acceso a la información

pública el planteamiento de cuestiones o formulación de preguntas sobre cuál es la normativa aplicable en un supuesto o con carácter general la emisión de informe sobre los criterios de aplicación de una norma.

En su virtud, siendo ponente doña Gemma Angélica Sánchez Lerma, previa deliberación y por unanimidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de la Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación presentada contra la resolución notificada con fecha 11 de mayo de 2022 del Departamento de Salud del Gobierno de Navarra.

2º. Dar traslado de este acuerdo al Departamento de Salud.

3º. Notificar este acuerdo a doña XXXXXX.

4º. Señalar que, contra este acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, recurso contencioso administrativo en el plazo máximo de dos meses, contado desde el día siguiente al de la notificación del mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

5º. Publicar este acuerdo en el espacio web del Consejo de Transparencia de Navarra, previa notificación a las partes y disociación de los datos de carácter personal que figuran en el mismo para su general conocimiento.

El Presidente del Consejo de Transparencia de Navarra

Nafarroako Gardentasunaren Kontseiluako Lehendakaria

Consta firma en original

Juan Luis Beltrán Aguirre