

RÉGIMEN JURÍDICO
DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN
Y A LOS DOCUMENTOS
DE LAS INSTITUCIONES
DE LA UNIÓN EUROPEA

Isaac Ibáñez García

Abogado

DYKINSON-LINE

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del AUTOR y de la Editorial DYKINSON, S.L.

© Copyright by
Isaac Ibáñez García
Madrid, 2011

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9982-254-9

RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y A LOS DOCUMENTOS DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Isaac Ibáñez García

Abogado

Resumen:

En el presente estudio se analiza el régimen jurídico de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión Europea, derecho reconocido en los artículos 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 42 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión y desarrollado por el Reglamento comunitario 1049/2001, actualmente en revisión. Asunto éste escasamente abordado por la doctrina española.

Para el autor, el derecho de acceso a los documentos públicos es una manifestación del derecho fundamental de información, formando parte de su contenido esencial.

Se analiza la práctica seguida por la Comisión Europea al respecto, muy restrictiva y criticada; así como la doctrina del Defensor del Pueblo Europeo y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión. Esta jurisprudencia y doctrina podría ser tenida en cuenta por el legislador español en la formulación de la anunciada y postergada ley de acceso a los documentos oficiales.

A través de la exposición de un caso paradigmático, en el que la Comisión Europea deniega el acceso a la información alegando nada menos que cuatro de las excepciones contempladas en el reglamento comunitario, se pone de manifiesto la contradicción existente entre la realidad y las continuas manifestaciones de transparencia.

Nota bene: El presente estudio ha sido incluido en la Biblioteca del Defensor del Pueblo Europeo, en Estrasburgo, por decisión del Defensor, al considerar que constituye un estudio riguroso de los casos del Defensor del Pueblo Europeo sobre acceso a los documentos.

Copyright Isaac Ibáñez García.
Enero 2011.

ÍNDICE.

I.- Introducción.

II.- Principios fundamentales del régimen comunitario de acceso a los documentos.

III. Asunto “*IIG vs. Comisión y Alemania*”. Antecedentes.

IV.- Argumentos de la Comisión Europea para la denegación de la información.

V.- Argumentos del recurso de reconsideración.

VI.- La Decisión de la Secretaría General de la Comisión Europea.

VII.- La Decisión del Defensor del Pueblo Europeo.

VIII.- Las excepciones del Reglamento (CE) 1049/2001.

IX.- El acceso a los documentos de terceros y documentos en los Estados miembros.

X.- Denegación del acceso. Vía de recurso administrativo.

XI.- Supresión de la “regla del autor”.

XII.- La oportunidad del dictamen de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la reforma del Reglamento 1049/2001.

XIII.- El acceso a las normas “internas” del procedimiento de infracción y a los expedientes de infracción del Derecho de la Unión Europea.

XIV.-Conclusiones.

ANEXO 1.- Los Principios de la Coalición Pro Acceso (España).

ANEXO 2.- Observaciones del autor a la consulta pública promovida por ACCESS INFO sobre el “filtrado” anteproyecto de Ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública.

Principales normas y documentos oficiales de interés.

I.-INTRODUCCIÓN.

“Habiéndome conformado con el parecer de los de mi Consejo Real en el Extraordinario, que se celebra con motivo de las ocurrencias pasadas, en consulta de veinte y nueve de Enero próximo; y de lo que sobre ella me han expuesto personas del más elevado carácter: estimulado de gravísimas causas, relativas a la obligación en que me hallo constituido de mantener en subordinación, tranquilidad y justicia mis Pueblos, y otras urgentes, justas, y necesarias, que reservo en mi Real ánimo: usando de la suprema autoridad económica, que el Todo Poderoso ha depositado en mis manos para la protección de mis Vasallos, y respeto de mi Corona: he venido en mandar se estrañen de todos mis Dominios de España, e Indias, Islas Filipinas, y demás adyacentes, a los Religiosos de la Compañía, así Sacerdotes, como Coadjutores o legos, que hayan hecho la primera Profesión, y a los Novicios, que quisieren seguirles; y que se ocupen todas las temporalidades de la Compañía en mis Dominios”¹.

“En interés de un libre intercambio de opiniones y de una información clara sobre los diferentes aspectos de la realidad, todo ciudadano sueco tendrá libre acceso a los documentos oficiales”².

Citando a STUART MILL, ORTIZ DE ZÁRATE TERCERO³, subraya que “la libertad de expresión depende directamente de poder contrastar todos los aspectos de un asunto, con lo cual, defender la libertad de expresión exige hacerlo desde el acceso a la información”. Para el Defensor del Pueblo Europeo⁴:

“En una democracia, la transparencia y la buena gobernanza implican la capacitación de los ciudadanos. De hecho, de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales, la transparencia constituye, entre otros, un aspecto fundamental de la buena gobernanza democrática. La transparencia permite a los ciudadanos controlar las actividades de las autoridades públicas, evaluar

¹ Carlos III de España. Decreto de expulsión de los jesuitas. 27 de febrero de 1767.

² Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa. Suecia, 1766.

³ “Reutilización de datos públicos: la perspectiva de un ciudadano”. Jornada sobre reutilización de la información pública y jurisprudencia, organizada por el Consejo General del Poder Judicial. San Sebastián, 21 de abril de 2009.

⁴ Discurso “¿Qué inspiración pueden recibir las instituciones de la UE de las mejores prácticas de los Estados miembros, en materia de transparencia y buena gobernanza?”. Bruselas, 20 de enero de 2009.

su trabajo y pedirles cuentas. Asimismo, la transparencia facilita a los ciudadanos el ejercicio efectivo del resto de sus derechos políticos, especialmente la libertad de expresión y su participación en actividades de carácter público.

.../...

A modo de conclusión, me gustaría reconocer que, a mi pesar, la Unión Europea se percibe mayoritariamente como una asociación lejana y reservada. Por tanto, lo que realmente nos interesa a los que trabajamos en las instituciones de la UE es disponer de una serie de normas, tanto a nivel europeo como de los Estados miembros, que otorguen el más amplio derecho posible de acceso del público a la información relativa a la UE, informar de estas normas a los ciudadanos y promover de forma activa su uso por parte de un amplio abanico de ciudadanos y asociaciones.

Las únicas personas que prefieren un enfoque más restrictivo son aquellas que piensan que la UE debería ser un espacio en el que los gobiernos y los grandes intereses pudieran llegar a acuerdos en secreto, sin que se enterasen los ciudadanos.

La visión que yo tengo de Europa es muy distinta. Se trata de una Europa en la que los ciudadanos se sienten capacitados con respecto a las instituciones europeas y las autoridades nacionales de su país en lo relativo a los asuntos de la UE. Para crear esta Europa es sumamente importante que cualquier modificación del Reglamento (CE) nº 1049/2001 constituya un paso hacia la transparencia y no un retroceso. Creo que ya es hora también de empezar a abordar de forma más sistemática la cuestión del acceso de los ciudadanos a la información relativa a la UE a nivel de los Estados miembros”.

La Comisión Europea ha señalado⁵ que “el régimen comunitario de acceso a los documentos se acerca a los regímenes de acceso a los documentos o a la información vigentes en la mayoría de los países que cuentan con legislación a este respecto. También se acerca a la recomendación del Consejo de Europa y del Convenio de Aarhus. Este régimen se caracteriza por un ámbito de aplicación amplio y por un número limitado de excepciones al derecho de acceso, formuladas de manera bastante general. Se basa en el principio según el cual cualquier documento es accesible excepto cuando su divulgación pueda afectar a un interés público o privado determinado”.

⁵ Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. 30 de enero de 2004. COM(2004) 45 final.

A pesar de tal declaración, como se verá en las páginas que siguen y a pesar de que tanto el Tribunal de Primera Instancia (ahora Tribunal General) como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen sentado que las excepciones del Reglamento comunitario han de interpretarse restrictivamente, tanto la Comisión como el Consejo han denegado el acceso a ciertos documentos haciendo una interpretación amplia de dichas excepciones, lo que ha provocado la intervención del Defensor del Pueblo Europeo y de los citados órganos jurisdiccionales. Como se señaló en el “Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el acceso a los documentos de las instituciones”⁶,

“Considerando que los problemas en la aplicación del Reglamento (CE) nº 1049/2001 tienen que ver en algunos aspectos con una **aplicación inadecuada**; que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al Reglamento también ha puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar y aclarar una parte de las disposiciones del Reglamento, particularmente las referentes a los documentos presentados por Estados miembros y terceros y las excepciones relacionadas con las investigaciones, el asesoramiento jurídico y el “tiempo de reflexión”.

Ante la presentación, el 4 de mayo de 2010, por el Defensor del Pueblo Europeo de un informe a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, por el que solicita la asistencia del Parlamento para que adopte una resolución para reclamar a la Comisión Europea que reconozca el “excesivo retraso” y se comprometa a “respetar, en el futuro, el deber de sincera cooperación con el Defensor del Pueblo” en materia de acceso a los documentos, el jefe de la unidad de transparencia de la Comisión Europea, Gerard Legris, “garantizó a los eurodiputados que “en todos los casos relacionados con peticiones de acceso a información trabajamos para hacer que todos los documentos sean públicos, al menos en parte” pero reconoció que “algunos intereses son delicados”⁷.

⁶ Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Parlamento Europeo. A6-0052/2006. 15 de marzo de 2006.

Puede verse también el crítico Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo “sobre el acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (aplicación del Reglamento (CE) nº 1049/2001) (2007/2154(INI)). A6-0459/2008. 20 de noviembre de 2008.

⁷ Nota de Prensa del Parlamento Europeo: “*El Defensor del Pueblo Europeo, crítico con la “falta de cooperación” de la Comisión*”.

En esta Nota de Prensa puede leerse que “se trata de la medida más dura que puede adoptar el Defensor del Pueblo”.

La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo ha subrayado⁸ al respecto que “manifiesta su preocupación por los retrasos generales y la obstrucción que practica la Comisión en relación con las investigaciones del Defensor del Pueblo Europeo en los casos de acceso a los documentos”; señalando asimismo que “los informes especiales son el último recurso del Defensor del Pueblo Europeo”.

En el Comunicado de Prensa nº 10/2010, de 29 de abril de 2010, el Defensor del Pueblo Europeo reclama a la Administración de la Unión Europea más transparencia y más atención hacia a los ciudadanos. Según el Defensor, en el año 2009 más de un tercio de las denuncias (36%) se refieren a falta de transparencia y denegación de documentos o de información.

SOLEDAD GALLEGO-DÍAZ⁹ ha escrito que en los informes anuales del Defensor del Pueblo Europeo se pone de manifiesto que muchas de las quejas que recibe “tienen que ver con dos cosas: la falta de transparencia con la que funciona la Comisión Europea y la extensión, cada día mayor, de las llamadas “puertas giratorias”: entro por un lado como funcionario de la UE especialista en un tema concreto y salgo por el otro como alto ejecutivo de una de las empresas de ese ramo o del *lobby* del sector... Las leyes conocidas como *Freedom Information Acts*, que obligan a las administraciones públicas a facilitar el libre acceso de los ciudadanos a toda la documentación que obra en su poder (salvo los datos relativos a la intimidad de las personas o a la seguridad nacional), han sido grandes impulsoras no sólo de la lucha contra la corrupción, las corruptelas y el abuso de poder, sino de Gobiernos eficaces y sociedades comprometidas. No es casualidad que los países en los que la ley obliga a las administraciones a trabajar con mayores niveles de transparencia sean precisamente los países con menores índices de corrupción y mayor satisfacción ciudadana”.

Gracias a la existencia de este tipo de legislaciones, en el Reino Unido se han descubierto importantes fraudes en los cobros de los parlamentarios británicos. Así, en la noticia “El descrédito azota a los Comunes”¹⁰ puede leerse: “La crisis es la

⁸ Proyecto de Informe sobre el Informe especial del Defensor del Pueblo Europeo a raíz del proyecto de recomendación a la Comisión Europea sobre la reclamación 676/2008RT (2010/2086 (INI)). 11 de junio de 2010.

⁹ “La ley de la transparencia”. Diario El País, 4 de mayo de 2008.

¹⁰ Diario Hoy, 17 de mayo de 2009.

consecuencia de una derrota del Parlamento ante el ente público creado para fallar disputas creadas por la interpretación de la ley de libertad de información que introdujo el Gobierno laborista en 2000 para facilitar el acceso ciudadano a la información en poder del Estado. La disputa llegó a los tribunales, que fallaron a favor de la publicación de los gastos reclamados por los diputados”.

En el presente trabajo se trata de analizar los aspectos más significativos y polémicos del régimen jurídico de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, centrándonos principalmente en la Comisión Europea¹¹, teniendo en cuenta que está *en marcha* una reforma del Reglamento (CE) nº 1049/2001. En marzo de 2009 el Pleno del Parlamento Europeo aprobó el informe presentado por la comisión competente (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior) aunque no sometió a votación la propuesta de resolución legislativa (primera lectura de acuerdo con el Tratado) para no comprometer al nuevo Parlamento que debía constituirse tras las elecciones de junio de 2009. El asunto fue devuelto a la comisión.

En lo que atañe a las instituciones europeas y al proceso de toma de decisiones se hace realidad el dicho “*las cosas de Palacio van despacio*”. En efecto, la Comisión decidió el 9 de noviembre de 2005 poner en marcha una “Iniciativa europea en favor de la transparencia”, incluyendo un estudio de dicho Reglamento como parte de este impulso hacia una mayor apertura. El Parlamento Europeo, en una resolución de 4 de abril de 2006, invitó a la Comisión a presentar propuestas para modificar el Reglamento¹². Con fecha 30 de abril de 2008 la Comisión Europea adopta su “Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo, y del Consejo, relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión” [COM(2008) 229 final]. De la lectura de esta propuesta se deduce que las reformas sugeridas por la Comisión no son de gran calado y algunas suponen una *reformatio in peius* del régimen vigente. **En mi**

¹¹ Las restricciones aplicadas por el **Consejo** contemplan principalmente la protección de sus actividades en los ámbitos de la cooperación intergubernamental (política exterior y seguridad, defensa y cooperación en materia de justicia y asuntos de interior) así como su proceso de deliberación; en este último caso frecuentemente se concede un amplio acceso parcial. Las decisiones negativas del **Parlamento** se justifican en más de la mitad de los casos por la necesidad de proteger el asesoramiento jurídico. [COM(2004) 45 final, citada].

¹² “La incorporación de la jurisprudencia consolidada en un nuevo texto legislativo proporcionaría mayor claridad para los ciudadanos y mejor orientación para las instituciones al tramitar las solicitudes de acceso”. (Libro Verde sobre el acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión).

opinión, más conveniente que una reforma del Reglamento 1049/2001 hubiera sido más útil un cambio de actitud de las instituciones comunitarias, especialmente de la Comisión y del Consejo, en la aplicación del mismo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la doctrina del Defensor del Pueblo Europeo, que señalan que las excepciones comprendidas en dicha norma han de interpretarse y aplicarse restrictivamente. Es, pues, más una cuestión de aplicación de la norma que de deficiencias de la misma.

Sobre la reforma legislativa en marcha es de gran interés la proyectada opinión de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, inserta en el *“Proyecto de Opinión de la Comisión de Peticiones para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”*, de 5 de julio de 2010¹³, donde puede leerse, con expresiva dureza:

“De conformidad con el artículo 1, párrafo segundo, del Tratado de la Unión Europea (TUE), las instituciones y organismos comunitarios tomarán las decisiones de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible. A fin de permitirles participar efectivamente en el proceso político y poder pedir cuentas a las autoridades públicas, los ciudadanos y los organismos electos deberían por tanto contar con el acceso más amplio posible a los documentos que obren en poder de las instituciones europeas.

Sin embargo, las modificaciones aportadas por la Comisión al Reglamento son decepcionantes, dado que en una serie de casos las propuestas de la Comisión constituyen un paso atrás más que un paso decidido enmarcado en un impulso para una mayor transparencia.

Primeramente, y por encima de todo, **la Comisión debería haber revisado por completo su propuesta anterior**, puesto que la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ofrece un nuevo marco jurídico basado en el artículo 15, apartado 3. La Comisión debería haber incluido su propuesta en COM(2009)0665 sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. La Comisión no retiró formalmente la propuesta y nunca la sustituyó por una nueva que tuviera en cuenta el nuevo marco del Tratado de Lisboa.

El paso atrás más notable radica en la definición de «documento» reformulada por la Comisión (artículo 3), concepto éste que se inscribe en el núcleo mismo del Reglamento. A juicio de la ponente de opinión, en

¹³ Ponente de opinión: ÁGNES HANKISS.

lugar de limitar el alcance de la definición, como propone de hecho la Comisión, el término «documento» debería más bien ampliarse y enfocarse hacia «información oficial», dado que un acceso a documentación informativa por parte de los solicitantes posibilitaría que las peticiones de información concreta se hicieran de manera más precisa, concreta y exhaustiva, evitándose así la recepción masiva de datos innecesarios y los posibles costes adicionales derivados de ello. La nueva definición podría asimismo facilitar el acceso parcial a determinados documentos clasificados, y posibilitaría una distinción clara entre información oficial e información no oficial.

Si bien el objeto del presente Reglamento es facilitar el acceso a los documentos de las instituciones, órganos, servicios y agencias de la UE, el poner a disposición del público documentos intermedios como pueden ser proyectos de notas y memorandos, podría reorientar el flujo de información oficial hacia canales informales y/o intergubernamentales, lo que se traduciría en una disminución de la transparencia y un debilitamiento de la Unión Europea.

Las tarifas de búsqueda y de copia deberían mantenerse dentro de los límites razonables habituales. La Comisión debería hacer propuestas sobre los puntos citados.

Para los ciudadanos reviste especial importancia el que, por ejemplo, en los casos de procedimientos por incumplimiento, que a menudo son el resultado de peticiones de los ciudadanos, se facilite el pleno acceso a todos los documentos de los procedimientos de infracción archivados. Esto vale también para los documentos proporcionados por los Estados miembros. La ponente destaca que la propuesta de la Comisión de conferir a los Estados miembros el derecho de denegar el acceso a los documentos (artículo 5) sobre la base de su propia legislación es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, por lo que no resulta aceptable. Por lo que respecta al artículo 9 («Tramitación de documentos sensibles») resulta importante que las instituciones, órganos, servicios y agencias de la Unión establezcan normas comunes para la clasificación de este tipo de documentos y que dichas normas se publiquen.

La Comisión de Peticiones considera que es de suma importancia mantener e incrementar el nivel de confianza de los ciudadanos en las instituciones, órganos, servicios y agencias de la UE. La UE debe proteger la intimidad y los datos personales en la mayor medida posible y no crear normas que permitan medidas de difícil aplicación objetiva. Si bien existe jurisprudencia comunitaria en relación con la interpretación del concepto de «interés público superior», sería deseable que la Comisión ofreciese una definición concreta y exacta del mismo.

No podrá transmitirse información clasificada del receptor a un tercero sin consentimiento previo del emisor. La Comisión de Peticiones acogería favorablemente un marco y un procedimiento comunes para las normas

de desclasificación, incluida la posibilidad de que las instituciones, órganos, servicios y agencias de la Unión revisen y modifiquen la categoría de clasificación de un documento en caso de petición de acceso público al mismo. De este modo, los documentos previamente clasificados podrían divulgarse de manera más flexible.

En caso de que una institución rechace una solicitud de documento basándose en lo dispuesto en el presente Reglamento, la institución estará obligada a notificar si posteriormente cabrá la posibilidad de un acceso parcial o total, y en su caso, en qué fecha.

La ponente opina que para que la Iniciativa Europea de Transparencia tenga éxito los solicitantes deben poder encontrar y recuperar fácilmente la información que buscan. En el contexto del presente Reglamento, las instituciones deben garantizar por tanto que los documentos se faciliten bien a través de una interfaz común para sus registros de documentos bien por enlaces directos con los propios registros de cada institución.

Por otra parte, tal como ocurrió con el actual Reglamento, debe pedirse a la Comisión que facilite un informe sobre la aplicación del Reglamento revisado y formular recomendaciones, en su caso, con miras a mejoras.”

A mi entender, parece claro que el derecho de acceso a los documentos de los poderes públicos es una manifestación de la libertad de información. Como han señalado BELTRÁN DE FELIPE y GONZÁLEZ GARCÍA¹⁴, comentando la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, “*New York Times v. United States*” [403 US 713 (1971)], “el debate sobre el conflicto entre la libertad de información y secretos oficiales debe hoy enmarcarse en la *Freedom of Information Act* (Ley de Libertad de Información, del año 1967, reformada en 1974 y en 1986), **que como principio de partida reconoce el derecho de acceso a los documentos administrativos sin necesidad de demostrar un interés especial en el asunto.** Como señala Miguel Revenga, la interpretación jurisprudencial está siendo netamente favorable a la libertad de información, aunque se configuran círculos diferentes dependiendo de quién haya clasificado una determinada información como secreta y de acuerdo con los criterios que se hayan indicado”.

¹⁴ “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Por lo que respecta a la situación en España (aunque no es el objeto de este estudio)¹⁵ el derecho de acceso a los documentos forma parte, a nuestro entender, del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española, que reconoce y protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”.

El artículo 105 b) de la Constitución Española establece un mandato al legislador – sujeto, por tanto, a la reserva de ley-, al señalar que la ley regulará “*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”. Por consiguiente, el título jurídico en el que se basa el derecho de acceso es el artículo 20, no estableciendo el artículo 105 CE un derecho autónomo o distinto a aquél. A mi entender, la vulneración del derecho de acceso a los documentos administrativos es susceptible de protección en amparo (en contra parece estar la STC 161/88, de 20 de septiembre, aunque analiza el asunto desde la sede del artículo 105 b) CE).

La ubicación del artículo 105 b) en el texto constitucional es, en mi opinión, bastante desafortunada, pues debería haberse insertado en el propio artículo 20.

Iniciativas como la “propuesta de Estatuto del Periodista Profesional”, del *Foro de Organizaciones de Periodistas* (asumida por Izquierda Unida y tramitada en la legislatura anterior como proposición de ley, propuesta que se ha dejado caducar)¹⁶ que proponía en su art. 16:

“Los periodistas tendrán libre acceso a los registros, expedientes administrativos y actuaciones judiciales no declaradas secretas y en

¹⁵ Sobre la situación en España del derecho de acceso a la información y documentos públicos puede verse el Informe de Acces Info Europe: “Cuando lo público no es público. ¿Por qué se necesita una ley de acceso a la información pública en España?. Informe sobre las solicitudes y casos en seguimiento por Acces Info Europe en relación con la legislación española actual y la práctica de la Administración en España”. Octubre 2008. (www.access-info.org) .

De la organización Acces Info pueden verse además, los siguientes estudios:

“¿Por qué el derecho de acceso a archivos y registros recogido en la legislación española no es un derecho de acceso a la información?”. Elaborado por VICTORIA ANDERICA y HELEN DARBISHIRE. 21 de junio de 2010.

“El Derecho de acceso a la información: definición, protección internacional del derecho y principios básicos”. Junio 2010.

www.access-info.org/es/coalicion-pro-acceso/102-analysis-spanish.

¹⁶ Visto en periodismoglobal.com, el 26 de agosto de 2008.

general a cualquier información recogida por las autoridades públicas que pueda contener datos de relevancia pública. Las autoridades administrativas facilitarán este acceso, tomando las precauciones necesarias para garantizar el derecho a la intimidad de los particulares, conforme lo dispuesto por la normativa vigente en materia de protección de datos. Las autoridades administrativas podrán negar este acceso cuando las informaciones solicitadas afecten a la seguridad y defensa del Estado o interfieran la persecución de los delitos en los términos previstos por el art. 37.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Gobierno enviará en el plazo de un año un Proyecto de Ley modificando la regulaciones específicas previstas en el art. 37.6 de la citada Ley 30/1992 para facilitar al máximo el acceso **de los periodistas** a estos archivos y registros.”

nos parecen, desde el derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Constitución, claramente inconstitucionales, pues del citado derecho gozan en igualdad de condiciones “*todos*” los individuos, entre los que se incluyen quienes hacen de la información su profesión específica. Por tanto, lo que debe desarrollarse legalmente, para facilitar al máximo el acceso, es el libre acceso de “*todos*”. En este sentido, es de interés la Proposición no de Ley presentada el 17 de julio de 2008 en el Congreso de los Diputados, que se transcribe a continuación:

“A la Mesa del Congreso de los Diputados

Al amparo de lo establecido en el Reglamento del Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniclativa per Catalunya Verds, presenta la siguiente Proposición no de Ley sobre acceso a la información pública, para su debate en el Pleno.

Una parte importante de la participación democrática se basa en el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, partidos políticos, agentes sociales y medios de comunicación.

La Unión Europea viene adoptando iniciativas en este sentido, al objeto de que la información y archivos públicos sean de libre acceso para la ciudadanía.

En España no existe una legislación unificada que obligue al conjunto de las Administraciones Públicas del Estado y se mantienen normativas contradictorias y obsoletas sobre la caracterización de secreto oficial y el acceso a la información pública.

Por todo ello, se presenta la siguiente

Proposición no de Ley.

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

1. A presentar, en el plazo de un año, un Proyecto de Ley de Libertad de acceso a la información pública.
2. A establecer claramente y con carácter excepcional las materias objeto de protección de datos y de secreto oficial que se exceptúan del ámbito general de la Ley.
3. A garantizar el ejercicio de este derecho a la información pública mediante la creación de una Autoridad en la materia elegida por el Congreso de los Diputados.
4. A generalizar el acceso a dicha formación mediante acceso directo, simplificación de procedimientos y acceso electrónico."

Son de gran interés las apreciaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (*Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*)¹⁷:

“A) *Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.*

75. La jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo¹⁸.

76. En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, **el derecho a la libertad de**

¹⁷ Sobre el derecho de acceso a la información en poder del Estado, en los países iberoamericanos, puede verse: “Comparando transparencia. Un estudio sobre acceso a la información en el Poder Judicial”. Fundación para el Debido Proceso Legal. Washington, 2007.

¹⁸ Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 77-80; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 146-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 64-67; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30-33 y 43.

pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole”¹⁹. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente **los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado**, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea²⁰.

91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho²¹.

¹⁹ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párr. 108.

²⁰ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 108-111.

²¹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 121 y 123; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 46.

92. La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.”

ÁLVAREZ²² subraya que “el acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, signadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo físico de la información no están orientadas a facilitar el acceso de las personas a la misma”. Respecto a la referida sentencia, el documentado Estudio citado señala que “uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado a través de la emisión de la sentencia de la Corte en el caso *Claude Reyes y otros* consiste en que por primera vez un tribunal internacional reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada”.

Como ha señalado CODERCH²³, “en el ámbito prosaico y cotidiano de los archivos y registros de las administraciones públicas, el buen principio normativo debería ser muy exigente con las burocracias: habría de imponer la transparencia como punto de partida, articularla con una ley que facultara a los ciudadanos para acceder a los archivos y registros oficiales sin ofrecer explicación alguna y que obligara a los guardianes de la información a suministrarla en un término razonable. Finalmente, un catálogo cerrado de excepciones tasadas limitaría el derecho de acceso a la información.

.../...

En España, queda mucho trecho por recorrer. La cuestión del “derecho de acceso a archivos y registros” está genéricamente regulada por el artículo 37 de la Ley 30/1992, pero, además de las salvedades específicas -más numerosas en la ley española que las

²² Presentación del “Estudio especial sobre el Derecho de acceso a la información”. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría especial para la libertad de expresión. Washington DC, 2007.

²³ “Secretos profundos y superficiales”. *El País*, 26 de mayo de 2010. Visto en http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1042454.

incluidas en la FOIA²⁴ norteamericana-, hay una cláusula de cierre, genérica y extraordinariamente amplia, en cuya virtud el ejercicio de los derechos de acceso “podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una ley”. Una reforma, de la cual hace años que se habla, debería poner cabeza abajo la regulación actual: la regla general debe ser el derecho a saber sin tener que ofrecer explicaciones. Sin saber no hay poder que valga”.

Para MANFREDI²⁵, “España ha presidido el semestre europeo con la anomalía de ser el único país grande de la UE que carece de una ley de acceso y de transparencia de la Administración Pública.... El desafío de la transparencia informativa es una cuestión que debe abordarse pronto para adecuarnos a la realidad europea. Lo importante es la aprobación de una legislación avanzada, que aproveche el conocimiento adquirido por los países del entorno para legislar el acceso, los medios electrónicos y los reglamentos correspondientes, así como reformar las leyes de archivo de la Administración y la de secretos oficiales. La lucha contra la corrupción, la recuperación de la credibilidad del Gobierno y el abono de la esfera pública pasan necesariamente por la rendición de cuentas, el ejercicio del buen periodismo y la mejora de la calidad de la democracia”.

El diario *El País*, del 16 de agosto de 2010, recoge, en portada y en el interior, la siguiente información sobre un anteproyecto de ley de acceso a la información²⁶:

²⁴ *Freedom of Information Act*.

²⁵ “A vueltas con la transparencia”. *El País*, 15 de agosto de 2010.

²⁶ Noticia titulada: “Una ley regulará el “derecho a saber” de los ciudadanos ante la Administración”. Autor MIGUEL GONZÁLEZ.

El 17 de agosto de 2010 remití escrito a la Vicepresidenta primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia, acompañando copia del presente estudio a fin de que se tuviera en cuenta en la tramitación del mencionado anteproyecto de ley. Asimismo le sugerí lo siguiente:

“Me parece muy oportuno residenciar en la Agencia Española de Protección de Datos las reclamaciones relativas a la denegación de acceso a los documentos. Respecto a la noticia periodística citada, en la que se informa que las resoluciones de la Agencia “*solo afectarán a la Administración central, no a la autonómica o a la local*”, creo que este punto debería modificarse, pues dado que estamos ante un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española, considero que la competencia para resolver las reclamaciones respecto a todas las Administraciones Públicas ha de residenciarse ante el mismo órgano, de la misma forma que en materia de protección de datos. La concentración en el mismo órgano, aparte de ser una exigencia constitucional evitaría la creación de órganos nuevos en las distintas

“El anteproyecto, al que ha tenido acceso EL PAÍS, considera información pública toda aquella que haya sido "elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder". Es decir, no solo la que tienen las distintas administraciones (central, autonómica o local), sino también la que posean "otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas [desde empresas de recogida de basuras a universidades], siempre que haya sido obtenida o generada en el ejercicio de su actividad pública". **Y no se trata únicamente de documentos, sino de la información en sí, cualquiera que sea su soporte.**

Para que el derecho de acceso sea efectivo y la información no pierda actualidad, el anteproyecto fija **plazos taxativos** a la hora de responder a los ciudadanos. El órgano al que se dirija la demanda deberá responder en un máximo de 30 días. Solo "cuando el volumen o complejidad de la información solicitada hagan imposible cumplir dicho plazo", este se podrá ampliar 30 días más, de lo que se advertirá al demandante en los 10 días siguientes a la presentación de su solicitud.

La resolución se comunicará por escrito al solicitante, al que se indicará cómo acceder a la información. En caso de que se rechace, parcial o totalmente, el acceso, habrá que explicar la razón.

Las administraciones deberán abandonar su habitual pasividad pues, una vez agotado el plazo para dictar resolución -30 o 60 días, según el caso- sin que esta se haya producido, el solicitante tendrá 10 para **confirmar su demanda**. Si 30 días después de dicha confirmación sigue sin haber respuesta, la petición se considerará aceptada. Se aplica así el **silencio positivo**, en vez del negativo, como sucede hasta ahora.

El ciudadano que vea rechazada su solicitud puede, lógicamente, interponer ante los tribunales un recurso contencioso-administrativo pero, consciente de que se trata de una vía lenta y costosa, el anteproyecto prevé la figura de un **árbitro** que resuelva con agilidad y prontitud las discrepancias.

Este papel corresponderá a **la Agencia Española de Protección de Datos**, que alargará su nombre con la coletilla "y Acceso a la Información". El organismo, que vela porque los ficheros de datos respeten la intimidad de los ciudadanos, **se encargará también de garantizar el derecho de acceso a la información pública.**

El texto prevé que, en los 30 días siguientes a la notificación de la resolución, se pueda formular una reclamación ante dicha agencia. En un

máximo de dos meses, y tras recabar las alegaciones de las partes, el director de la agencia -actualmente, Artemi Rallo, catedrático de Derecho Constitucional- dictará una resolución. El Gobierno ha querido curarse en salud, y en este trámite no se aplica el silencio positivo, sino el negativo. Además, **sus resoluciones solo afectarán a la Administración central, no a la autonómica o a la local.**

Esta última, en virtud de una modificación de la Ley de Régimen Local, deberá entregar a los ciudadanos que lo pidan "copias y certificaciones de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes" y permitirles consultar sus archivos y registros.

Las administraciones no se limitarán a contestar las demandas de información, sino que deben adelantarse a difundirla. "Los poderes públicos facilitarán la información cuya divulgación resulte de mayor relevancia para garantizar la transparencia de su actividad", dice el texto. Y en la era de Internet lo harán "preferentemente por medios electrónicos".

Se publicarán "las directivas, circulares, instrucciones, notas o respuestas que tengan incidencia en la interpretación o aplicación del Derecho". Y también, en la Administración central, "los presupuestos ministeriales y de sus organismos públicos, con descripción de las partidas presupuestarias y los datos pertinentes para el seguimiento de su ejecución", así como la "información económica y estadística más relevante".

El Gobierno reconoce que el nivel de transparencia y la facilidad de acceso a la información pública se consideran internacionalmente como un "indicador de la calidad de los sistemas democráticos". No solo sirve para combatir la corrupción, sino también la mala gestión y la ineficacia. Pese a ello, ha tardado seis años en cumplir una promesa que ya figuraba en el programa electoral de 2004. En este campo... España no está en la vanguardia sino en el furgón de cola. La mayoría de los países europeos tienen una ley de transparencia y el Consejo de Europa aprobó en noviembre de 2008 el Convenio para el Acceso a Documentos Oficiales en el que, en buena medida, se inspira el anteproyecto".

II.- PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL RÉGIMEN COMUNITARIO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS.

«Nuestro objetivo es incrementar la transparencia, el acceso, el alcance y el entendimiento. Lo fundamental en cualquier sistema democrático es el derecho de los ciudadanos a saber. El acceso a los documentos es una herramienta esencial para la democracia y queremos mejorarla». Margot Wallström. Vicepresidenta de la Comisión Europea²⁷.

El artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 255 TCE) dispone:

“1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.

2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.

3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

²⁷ Nota de Prensa de la Comisión Europea. IP/08/661. 30 de abril de 2008. “La Comisión Europea propone mejorar el acceso público a los documentos de las instituciones de la UE”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo”.

Anteriormente, el artículo 255 del Tratado CE disponía que

“1. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con los apartados 2 y 3.

2. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, determinará los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam.

3. Cada una de las instituciones mencionadas elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos.”

Como se expone en el Informe anual del Parlamento Europeo sobre el acceso del público a los documentos, correspondiente al año 2009, “a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, el derecho de acceso del público se amplía a los documentos de todas las instituciones y agencias²⁸ de la Unión Europea, aunque con algunas restricciones por lo que se refiere a los documentos en poder del Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones”.

El derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias está asimismo reconocido como uno de los *derechos de ciudadanía* en el artículo 42 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*:

“*Derecho de acceso a los documentos.* Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las

²⁸ En abril de 2008 un ciudadano irlandés solicitó el acceso a unos documentos de la Agencia Europea de los Medicamentos, que denegó el acceso. El ciudadano reclamó al Defensor del Pueblo Europeo y ante las gestiones de éste, la Agencia aceptó la recomendación del Defensor del Pueblo y anunció la divulgación de sus informes sobre los efectos negativos de un medicamento. Caso 2493/2008/(BB)TS. Comunicado de Prensa del Defensor del Pueblo Europeo nº 16/2010, de 11 de agosto de 2010.

instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte”.

Dado que el derecho de acceso a los documentos es una manifestación de la libertad de información, a nuestro entender, el contenido del artículo 42 de la Carta debería haber sido ubicado como un apartado más del artículo 11: “*Libertad de expresión y de información*”.

Como se señalaba en la *web* de la Unión Europea²⁹:

“La Carta como texto de referencia de los Tribunales.

Regularmente mencionada en las deliberaciones de los Abogados generales, la Carta ha influido en sucesivas ocasiones en las conclusiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Las conclusiones de los Abogados generales no vinculan al TJCE sino que sugieren soluciones jurídicas susceptibles de influirlo. Estas conclusiones sólo hacen a veces referencia a la Carta de manera marginal, pero, en algunos casos, los Abogados generales se remiten a ella para interpretar los derechos fundamentales, recordando no obstante que no tiene fuerza vinculante. La ausencia de estatuto jurídico de la Carta no significa sin embargo que carezca de validez. Los tres Abogados generales Tizzano, Ligerio y Mischo declararon que «la Carta situó innegablemente los derechos que son objeto de la misma al más alto nivel de los valores comunes de los Estados miembros». Por primera vez, en su sentencia de 27 de junio de 2006 relativa a la Directiva sobre la reagrupación familiar (Asunto C-540/03), el Tribunal de Justicia hizo una referencia explícita a la Carta y destacó su importancia”.

Una vez en vigor el Tratado de Lisboa, la Carta adquiere carácter vinculante mediante la inserción de una Declaración por la que se le reconoce el mismo valor jurídico que los Tratados.

El artículo 255 del Tratado CE prevé la aplicación del derecho de acceso en dos niveles [COM(2003) 216 final]:

“- un marco jurídico que establece, para las tres instituciones (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión), los principios generales y los límites de este derecho de acceso;

²⁹ <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33501.htm>.

- disposiciones específicas que deben incorporarse en el reglamento interno de cada institución.

El Reglamento 1049/2001 establece el marco jurídico general”.

La Comisión Europea ha señalado [COM(2004) 45 final, citada] que tales principios fundamentales son los siguientes:

Derecho de acceso general y no condicional: El derecho de acceso se concede a toda persona física o jurídica; ésta no debe justificar su solicitud.

“Los gobiernos no deben preguntar por qué les piden información”³⁰.

Como señala la Comisión en su [COM(2003) 216 final], “la Decisión 2001/937 amplía el derecho de acceso a los documentos de la Comisión a toda persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad o del lugar de su domicilio social”.

Definición amplia del concepto de documento: La definición de “documento” cubre cualquier información conservada bajo cualquier forma: papel, soporte electrónico o registro sonoro, visual o audiovisual. Debe sin embargo tratarse de documentos relativos a las competencias de la institución en cuestión.

Principio del perjuicio: Ninguna categoría de documentos queda excluida del derecho de acceso, ni siquiera los documentos clasificados. La negativa a divulgar un documento debe basarse en un análisis del perjuicio que tal divulgación causaría a uno de los intereses públicos o privados mencionados expresamente en el Reglamento.

Vía de recurso administrativo: Toda decisión que deniegue, incluso parcialmente, el acceso a un documento, podrá ser objeto de un recurso administrativo ante la institución en cuestión. Tras presentarse una *solicitud confirmatoria*, la institución deberá reexaminar la solicitud de acceso. La confirmación de la denegación deberá justificarse debidamente y podrá ser objeto de un recurso judicial o de una denuncia al Defensor del Pueblo europeo.

³⁰ De la entrevista de Daniel Santoro a Lena Hjelm-Wallen, ex vicepremier sueca. Clarín.com, 8 de mayo de 2005.

Asimismo, el Reglamento (CE) 1049/2001 se aplica a las Agencias. Como expone la Comisión Europea en su [COM(2003) 216 final],

“De acuerdo con la redacción del artículo 255 del Tratado CE, el Reglamento sólo es aplicable al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. Las agencias comunitarias y otros órganos similares creados por el legislador comunitario disponen de personalidad jurídica y no pueden por tanto asimilarse a una de las instituciones cubiertas por el Reglamento. Por esta razón, al adoptar el Reglamento, las tres instituciones declararon que las agencias y órganos similares creados por el legislador deberían aplicar, por lo que respecta al acceso a sus documentos, normas conformes a este Reglamento³¹. A tal efecto, corresponde a la Comisión proponer las modificaciones necesarias a los actos constitutivos de las agencias”.

No debe confundirse el derecho de acceso a los documentos regulado por el Reglamento 1049/2001 con lo regulado por la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la reutilización de la información del sector público (incorporada al Derecho español por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público), pues aunque se complementan, la normativa sobre reutilización tiene una finalidad más mercantil, la utilización de la información pública por las empresas privadas, generando riqueza mediante la creación y comercialización de productos y servicios de valor añadido. Como se establece en el artículo 1 de la referida Ley 37/2007: “La aplicación de esta ley se hará sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora”.

Como ha señalado la periodista NAIARA GALARRAGA³², refiriéndose a los países que tienen una larga tradición de control de sus representantes y leyes de libertad de información, “no es el caso de España, que no tiene una ley de acceso a la información de la Administración, aunque sí, paradójicamente, una sobre reutilización de la información del sector público desde 2007. El Gobierno de Zapatero prometió una ley de transparencia que no acaba de llegar”.

³¹ Declaración común relativa al Reglamento 1049/2001, DO L 173 de 27 de junio de 2001.

³² “Administraciones: los datos no les pertenecen”. *El País*, 31 de julio de 2010.

III.- ASUNTO “IIG vs. Comisión y Alemania”. ANTECEDENTES.

“El corresponsal de un periódico alemán ilustra lo necesaria que es una ley de este tipo (de transparencia). “Como norma general, en España todo se considera información reservada, por si acaso”³³.

Mediante escrito de 6 de noviembre de 2006 me dirigí a la Comisión Europea con referencia a los procedimientos de infracción abiertos contra España relativos a la OPA de E.ON a ENDESA, señalando que en el comunicado de prensa de fecha 4 de noviembre de 2006, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio español, titulado: “Industria mantiene la condición de imponer la venta forzosa de las acciones de Endesa en el caso de que un tercero adquiriera en los próximos 10 años más del 50% de E.ON, pero no queda obligada a desinvertir los activos de generación de la compañía española”, puede leerse:

“d. Por lo que se refiere a la condición decimoséptima (facultad de la CNE –por 10 años- de imponer la venta forzosa de las acciones de ENDESA caso de toma de control por un tercero de más del 50% de E.ON) se mantiene en los mismos términos en que fue redactada por la CNE. Esta condición tiene cierta similitud con la impuesta por Resolución de 5 de julio de 2002 del Ministerio Federal de Tecnología y Economía con motivo de la concesión de autorización de la concentración de E.ON/RUHRGAS. Dicha condición no ha sido recurrida por E.ON”.

Respecto a dicha consideración del Gobierno español se señaló a la Comisión que el caso E.ON/ENDESA tenía cierta similitud con la reciente investigación preliminar abierta por la Comisión Europea respecto al caso E.ON/RUHRGAS y que ambos procedimientos deberían acumularse o resolverse al unísono, con objeto de que la opinión pública no perciba un tratamiento desigual respecto a ambos asuntos, y dado que el asunto alemán es más antiguo en el tiempo –se generó en el año 2002-.

Mediante escrito de 4 de diciembre de 2006 la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea contestó a la solicitud, señalando que

³³ Del artículo de ROSARIO G. GÓMEZ: “Lo que se oculta a los ciudadanos”. Diario El País, 3 de mayo de 2008.

Como se desprende de este apartado del presente trabajo, “en todos los lugares cuecen habas”. En España, en octubre de 2006, se constituyó la “Coalición Pro Acceso”. Grupo de organizaciones de la sociedad civil que promueven el reconocimiento pleno del derecho de acceso a la información pública en España y la adopción de una ley específica sobre la materia. www.proacceso.wordpress.com.

“Con respecto al caso E.ON/Ruhrgas, quería informarle que el servicio competente de la Comisión ya ha mandado una carta administrativa a las autoridades alemanas solicitando que clarifiquen las condiciones impuestas a la operación de concentración. Le aseguro que los diferentes servicios de la Comisión involucrados trabajan en estrecha cooperación”.

Mediante escrito de 17 de febrero de 2008 se solicitó a la Comisión Europea información sobre el estado de tramitación del expediente E.ON/RUHRGAS. Por escrito de 31 de marzo de 2008, la Comisión informó que

“En cuanto al caso alemán, las autoridades tomaron compromisos que rendían inoperativas las condiciones que impusieron en adquisiciones intra-UE por la Resolución del 5 de julio de 2002 sobre la concentración E.ON/Ruhrgas. Teniendo en cuenta todo ello así como las cláusulas con fecha de expiración previstas en la Resolución, la Comisión decidió no continuar con el caso”.

Con fecha 18 de abril de 2008 se solicitó, al Jefe de Unidad Libre Circulación de Capitales e Integración Financiera, **información** sobre “los compromisos que rendían inoperativas las condiciones que se impusieron en adquisiciones intra-UE por la Resolución del 5 de julio de 2002 sobre la concentración E.ON/Ruhrgas”, **que motivaron el cierre de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea.**

Por la Comisión se informó que antes de proporcionar dicha información debían consultar previamente a las autoridades alemanas.

IV.- ARGUMENTOS DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA LA DENEGACIÓN DE LA INFORMACIÓN.

Mediante escrito de 19 de junio de 2008, el Director de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios (Libre Circulación de Capitales, Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo), en el que tras exponer los argumentos que entiende oportunos, concluye manifestando que “debo informarle que la Comisión Europea está obligada a denegar el acceso a documentos/información que Vd. solicita por los motivos ya descritos”.

Nada menos que se alegan cuatro de las excepciones contempladas en el Reglamento comunitario. A saber:

- a) La relativa a la protección de las “*relaciones internacionales*”.
- b) Conjuntamente, la protección “*de la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro*” y la protección “*de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual*”.
- c) La protección “*del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría*”.

Prima facie, el asunto suscitado goza del mayor interés, ya que parece perjudicar a tan altísimos intereses (más propio de un drama legal de John Grisham³⁴. ¡Ni que fueran los *Papeles del Pentágono!*). En el diario *Expansión*, del 9 de julio de 2009, aparece la noticia: “Bruselas multa con 1.106 millones a E.ON y Suez. Las compañías habían acordado un reparto de sus mercados de gas, según la Comisión Europea”. En la noticia puede leerse que “el proceso comenzó en 1975, cuando **Ruhrigas, ahora integrada en E.ON** y Gaz de France, fusionada con Suez, decidieron construir un gasoducto conjunto, Megal, a través de Alemania, para importar gas procedente de Rusia en los dos países, Francia y Alemania. El acuerdo estipulaba que las dos empresas sólo venderían ese gas en sus mercados propios, una en Alemania y otra en Francia...”.

³⁴ Su libro más vendido en 1991 fue “*La tapadera*”.

Parece claro que es de gran interés para la opinión pública europea las relaciones de las grandes empresas europeas con el derecho comunitario.

El texto íntegro del escrito es el siguiente:

“Lamento informarle que en conformidad con el artículo 4(5) del Reglamento (CE) nº 1049/2001, el Gobierno federal alemán (en adelante: el Gobierno alemán) ha denegado la autorización de la divulgación de la información que Vd. solicita. El Gobierno alemán basa su petición en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (especialmente la sentencia del Tribunal del 18 de diciembre de 2007 en Suecia contra la Comisión, asunto C-64/05), según la cual un Estado miembro puede rechazar el permiso para la difusión de documentos originarios de ese Estado miembro, en conformidad con las excepciones previstas en el artículo 4(1) a (3) del Reglamento 1049/2001, particularmente si (punto 84) *et seq*):

“... la observancia de determinadas normas de Derecho nacional que protegen un interés público o privado, contrarias a la divulgación de un documento e invocadas por un Estado miembro a este efecto, pueda considerarse como un interés público digno de protección con arreglo a las excepciones establecidas por dicho Reglamento”.

El Gobierno alemán considera que tales intereses legítimos existen en este caso. A saber:

1. En primer lugar, la excepción prevista en el artículo 4(2), tercer guión, del Reglamento nº 1049/2001 es de aplicación. La publicación del documento en cuestión empeoraría la protección de actividades investigadoras.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la correspondencia relativa a procedimientos de infracción es confidencial y está cubierta por la excepción arriba mencionada. La protección que esta excepción permite abarca también los documentos de los Estados miembros. El Tribunal afirma (asunto T-191/99, David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni y otros/Comisión, puntos 68-69; cf. Asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04, Yves Franchet y Daniel Byk/Comisión, punto 113):

“68. En el presente caso, los documentos solicitados son escritos de requerimiento y dictámenes motivados que han sido redactados en el

*marco de investigaciones e inspecciones efectuadas por la Comisión. Como el Tribunal de Primera Instancia indicó en su sentencia WWF (citada en el apartado 59 supra, apartado 63), los Estados miembros tienen derecho a esperar la confidencialidad de la Comisión durante las investigaciones que podrían eventualmente dar lugar a un procedimiento por incumplimiento. Dicha exigencia de confidencialidad perdura incluso tras la interposición del recurso ante el Tribunal de Justicia debido a **que no puede excluirse que las negociaciones entre la Comisión y el Estado miembro** correspondiente, encaminadas a que éste se atenga voluntariamente a las exigencias del Tratado, **puedan seguir durante el procedimiento judicial y hasta el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia. Preservar este objetivo, a saber, la solución amistosa de la controversia entre la Comisión y el Estado miembro** correspondiente antes de la sentencia del Tribunal de Justicia, justifica, en nombre de la protección del interés público relativo a las actividades de inspección e investigación y a los procedimientos judiciales, que está comprendido en la primera categoría de excepciones de la Decisión 94/90, ...”*

La jurisprudencia arriba mencionada es aplicable al presente caso.

Aunque la Comisión mantiene en su carta del 28 de enero de 2008 a las autoridades alemanas que ha cerrado el procedimiento de infracción en cuestión, esto no implica que la Comisión haya abandonado el seguimiento del caso. Dado el “carácter restrictivo” de las condiciones requeridas para el permiso ministerial su impacto resultaría invalidado si no se aplican estrictamente los compromisos contraídos por las autoridades alemanas. En este sentido, la Comisión expresa claramente en la carta su intención de continuar sus actividades de supervisión y expresamente se reserva el derecho a actuar de acuerdo con las reservas comunitarias relativas a las condiciones del permiso Ministerial.

Esto implica, a la vista de la jurisprudencia arriba señalada, que la protección de la confidencialidad (que posibilita la cooperación y la resolución de conflictos por vía no contenciosa) debe continuar existiendo.

Dicha protección requiere que, por lo menos, continúen tratándose como confidenciales los documentos clave en que la Comisión y el Estado miembro intercambian sus opiniones respectivas sobre la admisibilidad, interpretación y ejecución de una medida.

La protección de esa confidencialidad por lo tanto se amplía a la carta del 14 de junio de 2007 mencionada en la petición de la Comisión.

2. El Gobierno alemán también cita la excepción prevista **en el artículo 4(1.a), el cuarto guión, y el artículo 4(2), primer guión, del Reglamento 1049/2001.**

La adquisición Ruhrgas AG por el conglomerado energético E.ON en 2004, que era el objeto del procedimiento de infracción nº 2007/2119, implica a una de las “cuatro grandes” empresas energéticas alemanas. La fusión de las dos empresas por lo tanto ha traído consigo un cambio fundamental al mercado de la energía alemán y ha tenido repercusiones muy significativas en la política económica. El permiso ministerial y las condiciones vinculadas al mismo eran el resultado de un equilibrio político difícil entre diversos intereses económicos y condiciones legales. Por otra parte, es concebible que se dañaran los intereses comerciales de las empresas implicadas en la fusión si se publicase la correspondencia entre el Gobierno alemán y la Comisión. Estos son argumentos adicionales en apoyo a la objeción del Gobierno alemán a la publicación de los documentos en cuestión.

3. Intereses legítimos que se pueden enmarcar en el punto anterior también surgen de disposiciones nacionales que rigen el acceso a la información oficial. Estas disposiciones están contenidas en la ley Informationsfreiheitsgesetz (IFG). De conformidad con §3 (1.a) del IFG, y conforme al **artículo 4(1.a), tercer guión, del Reglamento 1049/2001**, el derecho de acceso a la información queda limitado “si la divulgación de esa información puede tener **efectos perjudiciales (...) en relaciones internacionales**”. Eso sería el caso aquí.

Conforme a la legislación alemana, el concepto de “relaciones internacionales” se amplía a la relación entre la República Federal de Alemania y la Unión Europea (cf. Comisario federal para la protección de datos, Orientación de la aplicación (“Anwendungshinweise”) para §3 No. 1a de la ley IFG; situación a partir del 1 de agosto de 2007).

Los “efectos perjudiciales” en relaciones internacionales existen allí donde la divulgación de información pueda tener un efecto negativo, o por lo menos, desfavorable, en las relaciones internacionales. La puesta en peligro, la debilitación o

hasta el daño no son requisitos previos (cf. Tribunal administrativo de Berlín, sentencia del 31 de mayo de 2007, 2 A 93/06, punto 20).

La divulgación de documentos relativos a **procedimientos de denuncia e infracción** socavaría la **cooperación confidencial necesaria** entre la República Federal y la Comisión. Es precisamente en el contexto de procedimientos de infracción del Tratado que la búsqueda de una solución compatible con el Derecho comunitario es fundamental. Ese objetivo se pondría en peligro si se diera a terceros acceso a documentos relativos a dichos procedimientos (cf. Tribunal de Primera Instancia, las sentencias del 5 de marzo de 1997 en WWF Reino Unido contra la Comisión, asunto T-105/95, Rec. 1997, II-311, punto 63; 14 octubre 1999, Bavarian Lager contra la Comisión, asunto T-309/97, Rec. 1999, II-3217, punto 46; y 11 de diciembre de 2001, Petrie, Primhak, Verzoni y otros contra la Comisión, asunto T-191/99, Rec. 2001, II-3677, punto 68 *et seq*).

Esto es verdad tanto **durante, como tras el cierre**, de un procedimiento de infracción. Las comunicaciones de los Estados miembros que son parte de un procedimiento contienen información sobre su táctica de negociación, revelan sus posiciones de compromiso y las estrategias que podrían también afectar a procedimientos futuros. En el contexto de un procedimiento de infracción, el interés legítimo en rehusar la publicación de la correspondencia con la Comisión Europea surge de esta interacción global de intereses, incluso allí donde pudiera parecer no haber ningún peligro de efectos graves.

En relación a los comentarios del Gobierno alemán que arriba se reflejan, quisiera confirmar que la Comisión continúa supervisando las actividades en relación con el caso E.ON/Ruhrgas y se reserva el derecho de actuar de acuerdo con las reservas expresadas en relación a los compromisos tomados por las autoridades alemanas si fuese necesario.

Dada la justificación proporcionada por el Gobierno alemán, debo por tanto informarle que la Comisión Europea está obligada a denegar el acceso a documentos/información que Vd. solicita por los motivos ya descritos”.

V.- ARGUMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

Los argumentos del recurso de reconsideración, interpuesto ante la Secretaría General de la Comisión Europea, fueron los siguientes:

I.- “Debe tenerse en cuenta que lo que se solicita a la Comisión Europea no es la entrega de documentos, sino que suministrara la información referida.

Considero que los argumentos expuestos por la Comisión suponen una interpretación muy restrictiva de la normativa comunitaria sobre acceso a los documentos e informaciones en poder de la Comisión Europea, así como una vulneración del artículo 21 del Tratado CE; teniendo en cuenta, además, que la información requerida se refiere a un **procedimiento de infracción cerrado**, por lo que alegaciones tales como que “*la publicación del documento en cuestión empeoraría la protección de actividades investigadoras*” resultan inadmisibles.

Téngase en cuenta que respecto al objeto de los procedimientos de infracción cerrados puede darse una nueva denuncia que, por la aportación de nuevos datos u observaciones, aconseje la reapertura del procedimiento o la apertura de uno nuevo sobre el mismo asunto; por lo que el argumento señalado haría imposible que los ciudadanos europeos tuvieran información sobre las razones por las que la Comisión ha cerrado un procedimiento de infracción.

No ocurre lo mismo cuando el procedimiento desemboca en un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión ante el Tribunal de Justicia. En este caso, los ciudadanos tienen cumplida información –a través del relato de hechos de la sentencia- de las razones argumentadas por las partes y de la decisión final. **Por tanto, si un procedimiento se cierra sin acudir al Tribunal de Justicia, los ciudadanos tienen el mismo derecho de información.**

Resulta también inadmisibile citar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mencionada en la página 2 del escrito, pues la misma, como se puede apreciar *prima facie*, se refiere a la confidencialidad de la Comisión durante las investigaciones –que incluso puede

mantenerse durante el procedimiento judicial y hasta el pronunciamiento de la sentencia-. *“Preservar este objetivo, a saber, la solución amistosa de la controversia entre la Comisión y el Estado miembro correspondiente antes de la sentencia del Tribunal de Justicia..”*

Cerrado un procedimiento de infracción la Comisión ha decidido no demandar al Estado miembro ante el Tribunal de Justicia y se presupone que se ha alcanzado una solución amistosa que ha llevado al cierre del procedimiento.

La cita de la legislación alemana sobre el acceso a la información oficial es impertinente, pues la misma debería ser inaplicable si contraviene el Derecho comunitario. Considerar que el concepto de “relaciones internacionales” se amplía a la relación entre la República Federal de Alemania y la Unión Europea podría ser contrario al Derecho comunitario; **teniendo en cuenta que el expediente de infracción se refiere a libertades básicas del Derecho comunitario.**

Los ciudadanos europeos, por un elemental principio de transparencia, tienen derecho a conocer cuales son las causas o motivos por las que la Comisión Europea ha cerrado un procedimiento de infracción.

No se puede alegar de contrario que pueden existir procedimientos futuros sobre el mismo asunto, pues esto son meras hipótesis y la alegación valdría para todo tipo de procedimientos. Lo cierto y verdad es que existe un procedimiento de infracción **cerrado** y la Comisión no puede resistirse a dar explicaciones sobre las razones que le han llevado a tomar la decisión de cierre.

Las alegaciones efectuadas por el Gobierno alemán y aceptadas por la Comisión Europea podrían ser realizadas por cualquier Estado miembro y ante cualquier procedimiento de infracción cerrado; lo que viene a suponer el mayor oscurantismo informativo respecto al control de la aplicación del Derecho comunitario.

II.- Se vuelve a reiterar que en la solicitud no se requería la entrega de documentos concretos, sino de información sobre las razones que habían llevado a la Comisión a

cerrar el procedimiento de infracción, basadas en los compromisos adquiridos por el Estado alemán.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de julio de 2006 (Asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04) avalan la solicitud del que suscribe.

En efecto, el Tribunal reitera la jurisprudencia que señala que las excepciones comprendidas en el Reglamento nº 1049/2001 “deben interpretarse y aplicarse **restrictivamente**”.

Respecto a la excepción “actividades de investigación, inspección y auditoría” el Tribunal señala, siguiendo el principio de interpretación restrictiva de las excepciones antes aludido que (apartado 105) “el hecho de que un documento se refiera a una actividad de inspección o de investigación no basta en sí mismo para justificar la aplicación de la excepción invocada. **Según la jurisprudencia, cualquier excepción al derecho de acceso a los documentos de la Comisión debe interpretarse y aplicarse de forma estricta** (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2000, Denkvit Nederland/Comisión, T-20/99, Rec. P.II-3011, apartado 45).”

Es de interés esta sentencia porque aborda el asunto de actividades de investigación que “ya habían terminado”. Para el Tribunal (apartado 110), “Ciertamente, de la jurisprudencia resulta que los diferentes actos de investigación o de inspección pueden seguir amparados por la excepción basada en la protección de las actividades de inspección, investigación y auditoría en tanto prosigan las actividades de investigación o inspección, **incluso si la investigación o la inspección particular que dio lugar al informe al que se solicita el acceso ha terminado** (véase, en este sentido, la sentencia Denkvit Nederland/Comisión, antes citada, apartado 48)”.

Continúa el Tribunal señalando (apartado 111) que “No obstante, admitir que los diferentes documentos referidos a actividades de inspección, investigación o auditoría están amparados por la excepción basada en el artículo 4, apartado 2, tercero guión, del Reglamento nº 1049/2001 hasta que se hayan decidido las medidas a adoptar a raíz de dichos procedimientos **equivaldría a supeditar el acceso a los citados documentos a**

un acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano, dependiente de la celeridad y de la diligencia de las diferentes autoridades”.

(Apartado 112) “Esta solución sería contraria al objetivo consistente en garantizar el acceso del público a los documentos relativos a eventuales irregularidades cometidas en la gestión de los intereses financieros **con el fin de brindar a los ciudadanos la posibilidad de controlar de una manera más eficaz la legalidad del ejercicio del poder público** (véase, en este sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 2000, JT’s Corporación/Comisión, T-123/99, Rec. P. II-3269, apartado 50)”.

La solicitud de información controvertida se refiere a un procedimiento de infracción **cerrado**. Nada tiene que ver que posteriormente la Comisión controle los compromisos que adquirió el Estado miembro en el procedimiento de infracción y que provocaron su cierre. Denegar por este motivo la información solicitada **equivaldría a supeditar el acceso a los citados documentos (en este caso a la información) a un acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano y supondría negar a los ciudadanos la posibilidad de controlar de una manera más eficaz la legalidad del ejercicio del poder público, vulnerando los derechos conferidos por los artículos 21 y 255 del Tratado CE.**

III.- Respecto a todo lo relacionado con el *mercado interior* (que supone un espacio sin fronteras interiores que incluiría las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, libre competencia) entender que la excepción establecida en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001 relativa a **“las relaciones internacionales”** es aplicable a todo lo que concierne al mercado interior, en mi opinión, es una interpretación errónea y contraria a la jurisprudencia comunitaria favorable al acceso a los documentos; derecho reconocido por el artículo 255 del Tratado CE.

Dicho derecho de acceso a los documentos se vería comprometido por las legislaciones nacionales, como la alemana, que se alegan para denegar el acceso a los documentos por entender que el concepto de “relaciones internacionales” se amplía a la relación entre la República Federal de Alemania y la Unión Europea; haciéndose una interpretación tan extensiva que afecta a lo relacionado con el mercado interior.

Nos encontramos con actos internos de los Estados miembros que comprometen el efecto útil del Tratado (artículo 255 CE) y del Derecho derivado (Reglamento 1049/2001). Estos actos normativos internos de los Estados miembros estarían afectados por el principio de primacía del Derecho comunitario. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de febrero de 1969 (caso Walt Wilhelm) estableció que “el Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no puede variar de un Estado a otro por efecto de actos internos, sin dificultar el funcionamiento del sistema comunitario y poner en peligro la realización de las finalidades del Tratado...”

En mi opinión, la citada excepción (“relaciones internacionales”) del Reglamento 1049/2001 no es aplicable a todo lo relacionado con el mercado interior, por su propia naturaleza integradora.

Por tanto, las manifestaciones realizadas por el Gobierno alemán en dicho sentido, así como la propia legislación alemana citada (el concepto de “relaciones internacionales” se amplía a la relación entre la República Federal de Alemania y la Unión Europea) serían contrarias al Derecho comunitario, pues tratan de sustraer del debate público comunitario la posibilidad de controlar de una manera más eficaz la legalidad del ejercicio del poder público. No en vano, en el preámbulo del Reglamento 1049/2001 puede leerse:

“(2) La apertura permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. La apertura contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del Tratado UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

IV. La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008 (Asuntos acumulados C-39/05 P y C-52/05 P. Suecia y Mauricio Turco/Consejo), viene a clarificar cuestiones relativas al derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias, resaltando, una vez más que el Reglamento 1049/2001 tiene por objeto garantizar al público el derecho de acceso más amplio posible a los documentos de las instituciones lo que conlleva a una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. El derecho de acceso a los documentos se configura así como una garantía respecto a la necesidad de que las instituciones comunitarias expliquen el por qué (el fundamento) de sus decisiones. El derecho de acceso se opone, por tanto, a la respuesta que se atribuye a Carlos III de España cuando se le preguntó el por qué de la expulsión de los jesuitas de sus dominios: *“Por razones que guardo en mi real pecho”*.

A mi juicio, la jurisprudencia contenida en la sentencia citada es de aplicación general a las excepciones contenidas en el Reglamento 1049/2001, aunque se refiera a la excepción de *“procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico”*. Asimismo, es de gran interés el contenido del apartado 74 de la Sentencia: *“... el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 1049/2001 al decidir que el interés público superior que puede justificar la divulgación de un documento debe, por lo general, ser distinto de los principios que subyacen en dicho reglamento”*.

Lo que viene a sentar el Tribunal de Justicia es que la institución a la que se solicita el documento (o la información), después de comprobar que el documento pueda estar incluido en las denominaciones genéricas de las excepciones del artículo 4 del Reglamento 1049/2001 –*“lo cual no implica automáticamente que deba disfrutar de la protección”* de la excepción-, *“debe examinar si la divulgación de las partes del documento de que se trata... supone un perjuicio para la protección”* que le da la excepción. ***“Para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético”***.

Esta sentencia es de aplicación, a mi juicio, al contenido del escrito de la Comisión Europea de denegación de acceso a la información, de 19 de junio de 2008. En efecto:

La Comisión Europea asume los razonamientos esgrimidos por el Gobierno alemán, que no son suficientes para motivar la denegación de la información. Así, respecto al primer argumento (**excepción de la protección de las actividades investigadoras**), dado que estamos ante un procedimiento de infracción **cerrado**, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia “para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético”. La negativa equivale, como se ha señalado anteriormente, a supeditar el acceso a los citados documentos (en este caso, información) a un acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano, dependiente de la celeridad y de la diligencia de las diferentes autoridades.

Respecto al segundo argumento (**excepciones relativas a la política financiera, monetaria o económica de un Estado miembro e intereses comerciales de una persona física o jurídica**) no se motiva en ningún momento la necesidad de su aplicación sino que se hacen alegaciones genéricas sobre la importancia de las empresas afectadas y se alude al daño (a nuestro juicio sumamente hipotético) que podría ocasionar la publicación de la correspondencia entre el Gobierno alemán y la Comisión; cuando lo que se está solicitando es información y no la entrega de documentación que contenga tácticas de negociación, etc. Se puede argumentar de contrario que, precisamente, es de interés del público estar informado de los asuntos que afectan a las grandes empresas europeas desde la perspectiva de la aplicación del Derecho comunitario y sobre la forma en que la Comisión ha gestionado estos asuntos y en base a qué fundamentos ha tomado sus decisiones.

Respecto al tercer argumento (**excepción relativa a las relaciones internacionales**), hay que añadir a lo señalado anteriormente que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “**para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético**”. Ninguna justificación se da en este sentido sino que se cita simplemente la legislación nacional y la práctica administrativa que llega a decir que “*la puesta en peligro, la debilitación o hasta el daño no son requisitos previos*”, lo que choca frontalmente con la jurisprudencia contenida en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, que como acabo de señalar exige esa *puesta en peligro* (riesgo razonablemente previsible y no puramente hipotético) y la necesaria motivación, tanto por el Estado miembro como

por la Comisión Europea. Por tanto, la legislación nacional y la práctica judicial o administrativa serían contrarias al Derecho comunitario.

Es necesario volver a insistir en que el término “*relaciones internacionales*” a que se refiere el Reglamento 1049/2001 no puede referirse a los asuntos afectados por el mercado interior, de la misma forma que no todo *dictamen jurídico* puede considerarse dentro de la excepción “procedimientos judiciales y asesoramiento jurídico”, como sienta el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 1 de julio de 2008. Con la legislación alemana en la mano sería imposible acceder a cualquier documento o información sobre este Estado miembro relativo a sus relaciones con la Unión Europea en cuanto el Gobierno alemán alegara que “los efectos perjudiciales en relaciones internacionales existen allí donde la divulgación de información pueda tener un efecto negativo, o por lo menos, desfavorable, en las relaciones internacionales”.

La Comisión ha de tener en cuenta que la oposición del Estado miembro, en este caso el alemán, a que la Comisión entregue los documentos (o información) no supone un derecho de veto general e incondicional sin necesidad de motivación y que la propia institución comunitaria está obligada a motivar la decisión de denegación que opone al autor de la petición de acceso. “Dicha obligación implica que la institución no sólo mencione, en su decisión, la oposición a la divulgación del documento solicitado manifestada por el Estado miembro de que se trata, sino también los motivos invocados por este Estado miembro para acogerse a alguna de las excepciones al derecho de acceso establecidos en su artículo 4, apartados 1 a 3...” . **La institución comunitaria debe, si considera, por su parte, que no se aplica ninguna de dichas excepciones, permitir el acceso al documento solicitado.** (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007. Asunto C-64/05 P).

V. Se someten a la Comisión las siguientes **consideraciones finales**, extraídas de los documentos publicados por esa institución.

La doctrina mantenida públicamente por la Comisión Europea avala la autorización al acceso de la información.

Sobre la excepción “protección de las actividades investigadoras”, la Comisión Europea, en la [COM(2007) 548 final], hace referencia a las siguientes reclamaciones presentadas al Defensor del Pueblo Europeo:

“Reclamación 2403/2003/MF.

Un Miembro del Parlamento Europeo deseaba que se le transmitiesen los documentos sobre dos casos de infracción relativos a la exención del IVA concedida a la Iglesia Católica en España y en Portugal. **La Comisión le transmitió los documentos relativos a esos dos expedientes de infracción**, con la excepción de un dictamen de su Servicio Jurídico y de los documentos enviados por los Estados miembros en cuestión, que se habían opuesto a su divulgación. El Defensor del Pueblo archivó el expediente sin constatar mala administración por parte de la Comisión”.

Reclamación 2821/2004/OV.

Una ONG griega dedicada a la defensa del medio ambiente presentó una reclamación porque la Comisión sólo le había concedido **acceso parcial** a un informe de misión sobre la aplicación de una sentencia del Tribunal en un procedimiento de infracción. Puesto que la Comisión había iniciado un nuevo procedimiento de infracción con arreglo al artículo 228 del Tratado, había tapado una parte del documento para no perjudicar a las **negociaciones en curso** con las autoridades griegas. El Defensor del Pueblo archivó el expediente concluyendo que no había existido mala administración por parte de la Comisión”.

Reclamación 3381/2004/TN.

Esta reclamación se refería también a un procedimiento de infracción en el ámbito del medio ambiente, iniciado como consecuencia de una reclamación presentada por una asociación de vecinos. Durante la investigación la Comisión había negado acceso a los documentos intercambiados con las autoridades británicas. **Una vez archivado el procedimiento de infracción, la Comisión divulgó sus propios documentos** y, previa consulta, las respuestas de las autoridades británicas. Puesto que el asunto se había solucionado a satisfacción de los demandantes, el Defensor del Pueblo archivó el expediente”.

Sobre la excepción “relaciones internacionales”, a juicio de la Comisión Europea [COM(2004) 45 final],

“Por “relaciones internacionales” se entiende **las relaciones entre las instituciones comunitarias y los países terceros o las organizaciones internacionales**. Esta excepción cubre un espectro bastante amplio: relaciones bilaterales o multilaterales, políticas, comerciales o vinculadas

a la ayuda al desarrollo. En 2002, fue invocada principalmente por el **Consejo**.

En el caso del **Consejo**, las denegaciones se refieren en general a intercambios con terceros países u organizaciones internacionales en el ámbito de la política exterior y seguridad o en el de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior.

La **Comisión** ha invocado esta excepción con el fin de proteger las negociaciones con terceros países, bilaterales o multilaterales en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Estas decisiones dieron lugar a tres denuncias al Defensor del Pueblo europeo, presentadas por ONG. Una de estas denuncias fue archivada; se trataba de la negativa a divulgar documentos internos de la Comisión elaborados en preparación de conferencias transatlánticas. El Defensor del Pueblo europeo aceptó la argumentación de la Comisión según la cual la divulgación de estos documentos afectaría a las relaciones comerciales con los Estados Unidos.

El **Parlamento** se negó a divulgar la banda sonora de una reunión no pública con parlamentarios de un tercer país, con el fin de que no se vieran afectadas las relaciones con este país”.

La definición asumida en este documento por la Comisión Europea respecto a la excepción “protección de las relaciones internacionales” contrasta con la aceptación por la institución comunitaria de la alegación de la excepción por el Gobierno alemán y pone de manifiesto, a mi entender, tanto la carencia de fundamento de dicha decisión como la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa interna germana. Parece evidente que el espíritu que informa el Reglamento (CE) n° 1049/2001 no permite una interpretación –a los efectos del objeto del reglamento- del término “relaciones internacionales” referido a las relaciones entre un Estado miembro y la Unión Europea. Igualmente, la legislación nacional que se invoque en este sentido para negar el acceso a los documentos sería contraria al Derecho comunitario, pues debe tenerse en cuenta que todos los procedimientos de infracción abiertos a un Estado miembro se considerarían “relaciones internacionales”.

Sobre la excepción de “la protección de la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro”, para la Comisión Europea [COM(2004) 45 final],

“Esta excepción tiene por objeto proteger **intereses esenciales** de la Comunidad y de los Estados miembros, y está más vinculada a las

competencias específicas de la Comunidad que las dos primeras. A pesar de ello, el **Consejo** y la **Comisión** la han invocado de forma muy marginal (menos del 1% de los casos de denegación en 2002)”.

Las alegaciones del Gobierno alemán carecen de motivación, son genéricas, y no ponen de manifiesto la afectación negativa de interés esencial alguno; máxime, reitero, cuando lo que se solicita es información, no el acceso directo a documento alguno.

Asimismo, la Comisión tiene manifestado, respecto a la **divulgación parcial de documentos** [COM(2004) 45 final], que “la práctica del acceso parcial permite una mayor transparencia frente al público, protegiendo al mismo tiempo los intereses que se verían perjudicados por una divulgación total”. Estas manifestaciones son perfectamente aplicables a la solicitud de información del que suscribe, pues como se ha reiterado constantemente no se solicita el acceso a los documentos del procedimiento de infracción, sino la expresión de los compromisos del Gobierno alemán que han llevado a la Comisión a cerrar el caso.

VI.- LA DECISIÓN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMISIÓN EUROPEA.

Con fecha 5 de agosto de 2008, la Secretaria General de la Comisión Europea traslada al solicitante su Decisión de mantener la denegación de acceso, que es una mera reproducción parcial de la decisión inicial de denegación de acceso:

“1. OBJETO DE SU SOLICITUD.

Observo que Vd. no solicita un acceso a documentos, sino que se le suministre información sobre los compromisos de las autoridades alemanas que rendían inoperativas las condiciones para las adquisiciones intra-UE impuestas por la Decisión Ministerial del 5 de julio de 2002 sobre la concentración E.ON/Ruhrgas. Estos compromisos llevaron a la Comisión a cerrar el procedimiento de infracción relativo a este caso.

2. APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1049/2001.

La Dirección General Mercado Interior y Servicios se basó en el Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso público a documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. En su correo electrónico del 20 de junio, Vd. indica claramente que no solicita copias de documentos, sino solamente que se le comunique información. **Puesto que el reglamento mencionado rige el derecho de acceso a documentos, se podría argumentar que no se aplica a este caso.**

Acceder a su petición de información, sin embargo, revelaría el contenido de una carta enviada a la Comisión por las autoridades alemanas el 14 de julio de 2007. Por ello, considero que su solicitud debe interpretarse como una solicitud de acceso a dicha carta.

Su solicitud se ha examinado, pues, con arreglo a las disposiciones del Reglamento 1049/2001.

3. POSICIÓN DE LAS AUTORIDADES ALEMANAS.

Dado que la información que Vd. desea obtener fue comunicada por las autoridades alemanas en una carta enviada a la Comisión, se consultó a dichas autoridades conforme al artículo 4, apartado 5 del Reglamento, en virtud del cual “Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado”.

Las autoridades alemanas se han opuesto a la divulgación del documento en cuestión y han basado su posición en tres excepciones previstas en el Reglamento 1049/2001. Su posición queda claramente expuesta en la carta del 19 de junio de 2008 en la que la Dirección General Mercado

Interior y Servicios responde a su solicitud inicial. Esta posición puede resumirse como sigue:

3.1 Protección de la investigación en curso.

Las autoridades alemanas observan que, aunque haya cerrado el procedimiento de infracción, la Comisión sigue supervisando la aplicación correcta de los compromisos del Gobierno alemán. La Comisión ha manifestado claramente que mantiene sus reservas en cuanto a las condiciones restrictivas requeridas por la autorización ministerial y se reserva el derecho de actuar en este ámbito. Puesto que la investigación no está cerrada, las autoridades alemanas consideran que la excepción establecida por el artículo 4, apartado 2, tercer guión del Reglamento 1049/2001 es de aplicación. A este respecto, hacen referencia a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el caso T-191/99, *Petrie y otros/Comisión*.

3.2 Protección de intereses comerciales.

Por otra parte, las autoridades alemanas consideran que la divulgación del contenido de su carta del 14 de julio de 2007 dañaría los intereses comerciales de las empresas implicadas en la operación de concentración. Por lo tanto también citan la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, primer guión del Reglamento 1049/2001.

3.3 Protección de relaciones internacionales.

Según las autoridades alemanas, la divulgación del contenido de su carta del 14 de julio de 2007 tendría efectos perjudiciales en las relaciones de la República Federal con la Unión Europea. Sostienen que la divulgación de la carta pondría en peligro una solución compatible con el Derecho comunitario. El efecto perjudicial en las relaciones internacionales de la República Federal constituye un motivo de excepción en la legislación alemana sobre el derecho a la información. La excepción establecida en el artículo 4, apartado 1, párrafo (a), tercer guión del Reglamento 1049/2001 es la disposición equivalente que, según las autoridades alemanas, es de aplicación en este caso.

4. VALORACIÓN DE SU SOLICITUD.

Las autoridades alemanas se oponen a la divulgación de su carta a la Comisión del 14 de julio de 2007 que contiene la información que Vd. solicita. Su posición es motivada por tres excepciones establecidas en el artículo 4 del Reglamento 1049/2001. Por lo tanto, el artículo 4, apartado 5 de este Reglamento es de aplicación. Según la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso C-64/05 P, *Suecia/Comisión*, la Comisión tiene la obligación de denegar la solicitud de acceso a un documento originario de un Estado miembro cuando dicho Estado miembro justifique su oposición a la divulgación del documento en cuestión.

5. VÍAS DE RECURSO.

Por último, deseo indicarle las vías de recurso de que dispone para oponerse a la presente decisión. Puede Vd. interponer un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, o bien presentar una queja al Defensor del Pueblo Europeo, en las condiciones establecidas en los artículos 230 y 195 del Tratado CE”.

Respecto a los dos primeros puntos de la resolución (“1. Objeto de su solicitud” y “2. Aplicación del Reglamento 1049/2001”) las disquisiciones realizadas por la Secretaría General no tienen sentido, a nuestro entender, a la luz de la jurisprudencia comunitaria. En efecto, en su Sentencia de 19 de julio de 1999 (Asunto T-14/98. Hautala/Consejo), el Tribunal de Primera Instancia sentó

“87. Habida cuenta de lo que precede, el apartado 1 del artículo 4 de la Decisión 93/731³⁵ debe interpretarse a la luz del principio del derecho a la información y del principio de proporcionalidad. De ello se deduce que el Consejo está obligado a examinar si procede conceder el acceso parcial **a los datos** no amparados por las excepciones”.

Postura ratificada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Asunto C-353/99 P):

“31. Sin que sea necesario examinar si, como sostienen el Consejo y el Gobierno español, el Tribunal de Primera Instancia se basó indebidamente en la existencia de un “principio del derecho a la información”, de las anteriores consideraciones se desprende que el Tribunal de Primera Instancia **consideró acertadamente**, en el apartado 87 de la sentencia recurrida, que el artículo 4, apartado 1, de la Decisión 93/731 debe interpretarse en el sentido de que el Consejo está obligado a examinar si procede conceder el **acceso parcial a los datos** no amparados por las excepciones y anuló la decisión controvertida tras afirmar que el Consejo no había procedido a tal examen porque, según esta institución, el principio de acceso a los documentos se aplica únicamente a los documentos como tales y no a los elementos de información contenidos en ellos”.

Parece claro, pues, que el derecho de acceso a los documentos se aplica tanto al acceso a los documentos como tales como a la información contenida en ellos.

³⁵ Decisión del Consejo 93/731/CE, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo.

VII.- LA DECISIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO.

Con fecha 6 de agosto de 2008 se interpuso la correspondiente queja ante el Defensor del Pueblo Europeo³⁶, solicitando que se constatará que la citada Decisión ha vulnerado los derechos que confieren los artículos 21 y 255 del Tratado CE, el Reglamento (CE) 1049/2001 y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios. El Defensor del Pueblo solicitó al Presidente de la Comisión Europea inspeccionar el expediente de la reclamación, en particular la carta que las autoridades alemanas enviaron a la Comisión el 14 de junio de 2007, referente a la fusión E.ON/RuhrGas. La inspección tuvo lugar el día 14 de octubre de 2009, en Bruselas. Según el informe sobre la inspección, la carta estaba clasificada como confidencial, entregándose copia de la misma al Defensor.

El 22 de marzo de 2010 el Defensor del Pueblo emitió su “*Propuesta relativa a una solución amistosa*”, dirigida a la Comisión Europea, solicitándole que respondiera a la propuesta antes del 31 de mayo de 2010. El 30 de julio de 2010 el Defensor remite la respuesta de la Comisión a su propuesta de solución amistosa. Respuesta que es del siguiente tenor:

“1. CONCLUSIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y SU PROPUESTA PARA UNA SOLUCIÓN AMISTOSA.

Al Defensor del Pueblo no le convence la justificación que hace la Comisión de las medidas adoptadas para tramitar la petición del reclamante y plantea las siguientes preguntas:

- (1) ¿Por qué consultó la Comisión a las autoridades alemanas?.
- (2) ¿En que excepciones se basaron las autoridades alemanas para denegar el acceso?.

³⁶ Según la publicación *¿Qué puede hacer el Defensor del Pueblo Europeo por usted?* (2008): “Aproximadamente una cuarta parte de las investigaciones cursadas cada año por el Defensor del Pueblo tienen que ver con la omisión o denegación de información.

El Defensor del Pueblo supervisa el cumplimiento de esta normativa, **velando por que se dé una interpretación restrictiva a toda excepción al derecho de acceso y por que las instituciones y órganos respeten el principio de transparencia.** En paralelo a los tribunales, el Defensor del Pueblo ofrece una vía de recurso efectiva a los ciudadanos europeos que hayan visto denegado su acceso a la información.

A raíz de la intervención del Defensor del Pueblo, la Comisión Europea desclasificó dos cartas que había remitido a las autoridades del Reino Unido en el marco de un procedimiento de infracción. También hizo pública la respuesta del Reino Unido y se disculpó por la demora indebida al tramitar la solicitud relativa a estos documentos...”

(3) ¿Estaba la Comisión verdaderamente convencida de las razones alegadas por las autoridades alemanas?.

En su análisis, el Defensor del Pueblo considera que las excepciones previstas para proteger las relaciones internacionales (artículo 4, apartado 1, letra a), tercer guión) y el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría (artículo 4, apartado 2, tercer guión) no son aplicables al presente caso. Admite que la divulgación de la carta afectaría a los intereses comerciales de las empresas en cuestión, pero **considera que la Comisión no ponderó correctamente el interés público en difundir la carta con la protección de esos intereses comerciales. Según el Defensor del Pueblo, la Comisión no ha explorado suficientemente las posibilidades derivadas de un “diálogo genuino” con las autoridades alemanas y, por consiguiente, su decisión de denegar el acceso solicitado no cumple los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto Suecia/Comisión³⁷.**

Basándose en estas conclusiones, el Defensor del Pueblo propone que la Comisión reconsidere su negativa a facilitar la información solicitada por el reclamante.

2. ACLARACIONES SOBRE LA CONSULTA CON LAS AUTORIDADES ALEMANAS.

La Comisión consideró que si se suministraba la información solicitada por el reclamante se revelaría el contenido de una carta (en lo sucesivo “la carta”) que las autoridades alemanas enviaron a la Comisión el 14 de junio de 2007. Por lo tanto, la Comisión tramitó la petición como una petición de acceso al documento según lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 1049/2001. En su propuesta de solución amistosa, el Defensor del Pueblo indicó que estaba de acuerdo con esta manera de proceder.

La Comisión consideró que la divulgación de la carta afectaría negativamente al control del cumplimiento de los compromisos por parte de las autoridades alemanas. De hecho, la Comisión decidió no poner en marcha el procedimiento de infracción formal en relación con estos compromisos. El incumplimiento de los compromisos por las autoridades alemanas podría provocar la reapertura del procedimiento de infracción.

A pesar de esta valoración, la Comisión no excluyó completamente la posibilidad de suministrar la información solicitada y decidió, en consecuencia, consultar a las autoridades alemanas de conformidad con el artículo 4, apartado 5, del Reglamento.

Estas autoridades fueron consultadas el 20 de mayo de 2008 por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios (DG MARKT), al

³⁷ Asunto C-64/05 P (2007) Rec. I-11389.

tramitar ésta la solicitud inicial del reclamante. En su respuesta de 30 de mayo, las autoridades alemanas se opusieron a la revelación del contenido de la carta y dieron las siguientes razones en apoyo de su postura:

- la protección de la investigación, ya que la Comisión seguía controlando el cumplimiento (artículo 4, apartado 2, tercer guión);
- el hecho de que la adquisición constituía un cambio importante en el mercado energético alemán que repercutiría significativamente en la política económica de Alemania, y la necesidad de proteger los intereses comerciales de las empresas afectadas (artículo 4, apartado 1, letra a), cuarto guión, y artículo 4, apartado 2, primer guión);
- el efecto negativo en las relaciones internacionales de la República Federal (artículo 4, apartado 1, letra a), tercer guión).

La Comisión consideró que los argumentos presentados por las autoridades alemanas abundaban en su propia idea de que la revelación del contenido de la carta sería perjudicial y denegó el acceso a la carta, transmitiendo al reclamante las razones expuestas por las autoridades alemanas.

En su respuesta a la solicitud confirmatoria, la Comisión no mencionó el argumento basado en el artículo 4, apartado 1, letra a), cuarto guión, sino que se basó en las otras tres excepciones.

3. POSICIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LA PROPUESTA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.

La Comisión considera que dos excepciones al derecho de acceso son claramente aplicables en este caso, a saber, la protección del proceso de control en curso en el contexto de la investigación y la protección de los intereses comerciales de las empresas que intervienen en la operación de adquisición.

En el momento de la tramitación de la solicitud confirmatoria, la Comisión asumió los argumentos de las autoridades alemanas sobre los efectos negativos para las relaciones internacionales de Alemania. **Desde la perspectiva actual**, la Comisión no está convencida de que pueda invocarse esta excepción, ya que no es aplicable a las relaciones entre las instituciones de la UE y los Estados miembros.

La Comisión considera que el artículo 4, apartado 2, tercer guión, puede aplicarse a este caso porque ella sigue controlando el cumplimiento por las autoridades alemanas de los compromisos contenidos en la carta. Esta postura es compatible con la jurisprudencia del Tribunal General en el asunto *Franchet & Byk/Comisión*³⁸.

³⁸ Asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04 (2006) Rec. II-2023.

Efectivamente, el caso de la adquisición de Ruhrgas por E.ON no está cerrado y la publicación de la carta no depende de un *acontecimiento incierto, futuro y posiblemente distante*. La Comisión considerará la posibilidad de divulgar la carta cuando concluya el proceso de supervisión el 1 de febrero de 2013, es decir, 10 años después de la adquisición de Ruhrgas por E.ON, que tuvo lugar el 31.1.2003.

Además, la Comisión no tiene ninguna razón para cuestionar la afirmación de las autoridades alemanas de que la divulgación de la carta sería perjudicial para la protección de los intereses comerciales de las empresas afectadas.

La Comisión ha considerado la posibilidad de que exista un interés público en la divulgación de la carta que sea superior a la necesidad de proteger tanto el procedimiento de control actual como los intereses comerciales de las empresas afectadas. La Comisión recuerda que tenía reservas sobre algunas condiciones impuestas por las autoridades alemanas a las adquisiciones intracomunitarias. Los compromisos contraídos por las autoridades alemanas permitieron que la Comisión no continuara con el procedimiento de infracción, pero esta decisión está condicionada al cumplimiento de estos compromisos por las autoridades alemanas. La divulgación de la carta durante el período de cumplimiento de los compromisos de las autoridades alemanas en contra de su deseo socavaría el acuerdo alcanzado con estas autoridades y pondría en peligro la aplicación plena de los compromisos acordados. La Comisión considera que en este caso prevalece el interés público por asegurar una aplicación adecuada del Derecho de la UE. Además, el reclamante no ha aducido ningún argumento favorable a un interés público predominante en la divulgación.

Se deduce de lo anterior que tanto la Comisión como las autoridades alemanas consideran que la divulgación de la carta socavaría el proceso de control y que las autoridades alemanas han aportado otras razones relacionadas con la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento. Por lo tanto, la Comisión considera que la decisión de denegar el acceso a la carta, adoptada con el asentimiento de las autoridades alemanas, cumple con las normas establecidas por el Tribunal de Justicia en el asunto *Suecia/Comisión*.

Basándose en el razonamiento anterior, la Comisión concluye que el modo en que gestionó la denegación de la divulgación de la carta de las autoridades alemanas de 14 de junio de 2007, que contiene los compromisos que permiten a la Comisión no proseguir con el procedimiento de infracción en la operación de adquisición de Ruhrgas por E.ON, está justificado en las actuales circunstancias. La Comisión considerará la posibilidad de divulgar la carta cuando concluya el proceso de control”.

Las observaciones que realicé al Defensor sobre dicha respuesta de la Comisión fueron las siguientes:

“Me reitero en todos los escritos que le he remitido con relación a dicho expediente.

Ahora, la Comisión pretende poner una fecha lejana, a partir del 1 de febrero de 2013, para reconsiderar la divulgación de la carta. Dice la Comisión que la divulgación de la carta no depende de un acontecimiento *incierto, futuro y posiblemente distante*. ¿No es *futuro y distante* un período de DIEZ AÑOS?, ¿No es *incierto* decir que transcurrido dicho plazo la Comisión -entonces- *considerará*?

A mi modo de ver, de aceptarse los razonamientos de la Comisión, se aceptaría un precedente peligroso que pondría en peligro el derecho de acceso a los documentos.

Este precedente trata de contradecir la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea relativa al acceso a los expedientes cerrados. Ahora se abre otro portillo: el del control del cumplimiento de los expedientes cerrados.

Si el expediente de infracción está cerrado, los ciudadanos tienen derecho a conocer las razones por las cuales la Comisión cerró el expediente, sin esperar a que transcurran DIEZ AÑOS.

El argumento de que revelando los acuerdos se pondría en peligro la aplicación plena de los compromisos acordados es pueril. ¿Quiere decir la Comisión que la publicidad de un acuerdo que se ha adoptado para cerrar un procedimiento de infracción va a excitar a las autoridades nacionales a incumplir los acuerdos?.

Si en la naturaleza del derecho de acceso está ínsito el control democrático de la actividad de las instituciones comunitarias, postergar a un plazo de diez años la revelación de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea no permite controlar por parte de los ciudadanos la actividad de la Comisión que adoptó en su día las decisiones.

A mi juicio, parece claro que la Comisión pretende postergar, *sine die* y sin fundamento, la entrega de la información/documentación solicitada que está relacionada con un expediente de infracción cerrado.

Asimismo, entiendo que la resolución del Defensor del Pueblo debe referirse al contenido del escrito de denegación de acceso y al escrito de contestación a la solicitud confirmatoria, pues estos escritos son el objeto de la reclamación ante el Defensor del Pueblo. De los escritos posteriores de la Comisión al Defensor del Pueblo se trasluce que las decisiones adoptadas en su día para la denegación de acceso carecían de

fundamento. Por ejemplo, se trata de dar marcha atrás, de manera grosera (dicho sea con los mayores respetos), a la excepción de "*relaciones internacionales*" alegada en su día.

Lo cierto y verdad -así al menos se desprende de los escritos de denegación de acceso y del de contestación a la solicitud confirmatoria- es que la Comisión asumió desde el primer momento las observaciones de las autoridades nacionales, sin realizar -en ningún momento, ya que no se exterioriza en los mencionados escritos- ninguna ponderación acerca de si existía un interés público en la no divulgación de la carta que fuera superior al derecho de acceso. Incluso posteriormente no se manifiesta ninguna alegación -aunque sea a título meramente indiciario- que sostenga esa pretendida ponderación. Los argumentos de la Comisión ante el Defensor del Pueblo continúan siendo generales y su único fin es mantener la posición inicial”.

El 4 de noviembre de 2010, el Defensor del Pueblo Europeo adoptó su Decisión, por la que cierra la investigación realizada al respecto (Caso 2219/2008/(JMA)MHZ). De la citada resolución puede destacarse lo siguiente:

“.../...

Argumentos presentados al Defensor del Pueblo tras su propuesta de solución amistosa.

49. En su respuesta la Comisión rechazó la propuesta de solución amistosa (en adelante «la Respuesta») y declaró que en la carta de las autoridades alemanas a la Comisión de 14 de junio de 2007 (en adelante «la Carta») se recogían los compromisos de dichas autoridades que permitieron a la Comisión archivar el procedimiento de infracción relativo a la concentración E.ON/Ruhrgas. En caso de que las autoridades alemanas no cumplieran sus compromisos, la Comisión podría reabrir el procedimiento de infracción. A pesar de esta evaluación, la Comisión no excluyó totalmente la posibilidad de facilitar la información solicitada, por lo que decidió consultar a las autoridades alemanas de conformidad con el artículo 4, apartado 5, del Reglamento.

50. En el marco de la tramitación de la solicitud inicial del reclamante, la DG MARKT consultó a las autoridades alemanas el 20 de mayo de 2008. En su respuesta de 30 de mayo de 2008, las autoridades alemanas se opusieron a la divulgación de la Carta y adujeron los siguientes motivos para justificar su posición: i) la protección de la investigación, ya que la Comisión continuaba su seguimiento del cumplimiento de la normativa (artículo 4, apartado 2, tercer inciso del Reglamento), ii) el hecho de que la fusión representaba un importante cambio en el mercado energético alemán que tuvo importantes efectos en la política económica alemana (artículo 4, apartado 1, letra a), tercer inciso del Reglamento), iii) la

necesidad de proteger los intereses comerciales de las empresas participantes (artículo 4, apartado 2, primer inciso del Reglamento) y los efectos negativos para las relaciones internacionales de Alemania (artículo 4, apartado 1, letra a), tercer inciso).

51. La Comisión declaró que consideraba claramente aplicables dos excepciones al derecho de acceso en el presente caso, a saber, *«la protección del proceso de seguimiento en curso en el marco de una investigación»* y la protección de los intereses comerciales de las empresas participantes en la operación de concentración.

52. La Comisión señaló que tampoco estaba convencida de que pudiera aplicarse la excepción relacionada con los efectos negativos de la divulgación para las relaciones internacionales invocada por las autoridades alemanas, *«debido a que no es aplicable a las relaciones entre las instituciones de la UE y los Estados miembros»*.

53. Asimismo, la Comisión consideró que el artículo 4, apartado 2, tercer inciso del Reglamento puede aplicarse a este caso, porque la Comisión sigue muy de cerca el cumplimiento de los compromisos que figuran en la Carta por parte de las autoridades alemanas. Esta posición es compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Franchet y Byk*. El asunto de la concentración E.ON/Ruhrgas no se ha archivado y la publicación del documento no depende de *un acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano*.

54. Asimismo, la Comisión manifestó que consideraría la posibilidad de divulgar la Carta cuando hubiera concluido el proceso de seguimiento, a saber, a partir del 1 de febrero de 2013, es decir, diez años después de la concentración E.ON/Ruhrgas, que tuvo lugar el 31 de enero de 2003.

55. Por otra parte, la Comisión declaró que no tenía motivos para cuestionar la declaración hecha por las autoridades alemanas en el sentido de que la divulgación de la Carta sería contraria a la protección de los intereses comerciales de las empresas participantes.

56. La Comisión había examinado además si existía un interés público en la divulgación de la Carta *«que tuviera más peso que la necesidad de proteger tanto el proceso de seguimiento en curso, como los intereses comerciales de las empresas participantes»*. A este respecto, la Comisión recordó que tenía reservas respecto a algunas de las condiciones impuestas por las autoridades alemanas a adquisiciones en el interior de la UE. Los compromisos asumidos por las autoridades alemanas permitieron que la Comisión no siguiera adelante con el procedimiento de infracción, pero esta decisión está condicionada a que dichas autoridades cumplan tales compromisos. La divulgación de la Carta durante el período de ejecución de los compromisos de las autoridades alemanas, *«en contra de sus deseos»*, socavaría el acuerdo alcanzado con estas autoridades y pondría en peligro la plena ejecución de los compromisos acordados. Así pues, la Comisión consideró que en este caso prevalece el interés público

de velar por la correcta aplicación del derecho de la UE. Además, el reclamante no había presentado argumentos que justificaran un interés público superior de la divulgación.

57. La Comisión concluyó que «tanto la Comisión como las autoridades alemanas» consideran que la divulgación de la carta sería perjudicial para el proceso de seguimiento, y que las autoridades alemanas habían aducido otros motivos más, formulados en los términos de una excepción establecida en el artículo 4, apartado 2 del Reglamento. Por consiguiente, la Comisión estima que la decisión de denegar el acceso a la Carta, adoptada con el consentimiento de las autoridades alemanas, se ajusta a las normas establecidas por el Tribunal de Justicia en el asunto *Suecia*.

58. El reclamante no aceptó los puntos de vista de la Comisión. En sus observaciones sobre la Respuesta, señaló que la declaración de la Comisión en el sentido de que podría reconsiderar la divulgación de la carta en 2013, es decir, diez años después de la fusión, constituye una referencia a un *acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano*. El acceso a los documentos debería permitir el control democrático de las actividades de la institución a la que se refieren los documentos y dicho control se impide si la Comisión pospone el acceso «durante diez años». El reclamante consideró que la Comisión deseaba posponer *sine diem* y sin motivos la divulgación de un documento relacionado con el proceso de infracción, cuando dicho procedimiento ya se había archivado.

59. En opinión del reclamante, si la Comisión archiva el procedimiento de infracción, los ciudadanos tienen derecho a saber las razones y no tienen por qué esperar diez años. El reclamante se pregunta si la Comisión considera que la divulgación de un documento que contiene los compromisos de un Estado miembro sobre cuya base de archivó un procedimiento de infracción implica el riesgo de que dicho Estado miembro no cumpla dichos compromisos.

60. Por último, en relación con la excepción basada en las relaciones internacionales, el reclamante considera que la decisión del Defensor del Pueblo debería tener en cuenta la posición que adoptó la Comisión en la respuesta a su solicitud de acceso original y a su solicitud de confirmación, y no la posición que adoptó posteriormente. En sus primeras respuestas al reclamante, la Comisión tan sólo apoyó los puntos de vista de las autoridades nacionales y no ponderó el interés público de una divulgación.

Valoración del Defensor del Pueblo.

61. El Defensor del Pueblo observa con satisfacción que, en su Respuesta, la Comisión hizo su propia valoración de la aplicabilidad de la excepción del artículo 4, apartado 2, tercer inciso (protección de las investigaciones) en el presente caso. Asimismo señaló que las autoridades alemanas habían presentado motivos formulados en los términos de una excepción establecida en el artículo 4, apartado 2 del Reglamento, y que no veía

razones para poner en duda los motivos presentados por Alemania respecto a la aplicabilidad de la excepción contemplada en el artículo 4, apartado 2, primer inciso (protección de los intereses comerciales). **Esto parece responder suficientemente al argumento inicial del reclamante, según el cual la Comisión debería haber evaluado por sí misma la pertinencia de las excepciones previstas en el Reglamento en las que las autoridades alemanas fundamentaban su objeción.**

62. Por otra parte, en su Respuesta, la Comisión negó claramente que fuera aplicable el motivo invocado por Alemania basado en las relaciones internacionales, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento. En cuanto a este último aspecto, el Defensor del Pueblo no puede estar de acuerdo con el reclamante cuando este afirma que el **cambio de opinión de la Comisión** no debería valorarse positivamente.

63. El Defensor del Pueblo confía en que la valoración que hizo la Comisión de las objeciones a la divulgación presentadas por Alemania anuncia una práctica general que la Comisión adoptará en lo sucesivo para que, a la luz de la sentencia en el asunto *Suecia*, valore las objeciones de los Estados miembros a la divulgación de un documento en virtud del artículo 4, apartado 5 del Reglamento e invoque las excepciones establecidas en dicho Reglamento, **antes de utilizarlas para responder a solicitudes de acceso a documentos de los ciudadanos.**

64. El Defensor del Pueblo no puede estar plenamente de acuerdo con la explicación que ofrece la Comisión en su Respuesta respecto a la excepción basada en la protección de las investigaciones, porque en este caso la investigación ya había concluido en el momento de emitir la denegación de acceso objeto de la reclamación³⁹. Por otra parte, «*el proceso de seguimiento en curso en el marco de una investigación*» no parece ser una investigación. Sin embargo, el Defensor del Pueblo no considera necesario seguir discutiendo a este respecto con la Comisión. Sobre la base de su inspección de la Carta, mantiene que la aplicación de la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, primer inciso del Reglamento (la protección de los intereses comerciales) y de la excepción contemplada en el artículo 4, apartado 1, letra a), cuarto inciso (la protección de la política económica de Alemania) puede estar justificada en el presente caso. Como se señala en el apartado 45 de la presente Decisión, **basta con que sea aplicable una excepción para denegar la divulgación.**

65. Sobre la base de la inspección de la Carta, considera igualmente que su divulgación no representa un interés público superior a la protección de los intereses comerciales de las empresas participantes. Habida cuenta de que, según la Comisión, el examen de la concentración E.ON/RuhrGas aún no ha finalizado y, como señalan las autoridades alemanas, esta concentración reviste una gran importancia para el sector energético

³⁹ Véase el asunto Case Franchet y Byk c. Comisión, citado en la nota a pie de página 23, apartado 109. Véase igualmente el asunto T-111/07 Agrofert c. Comisión, no publicado aún en la Recopilación, apartados 96 a 99.

alemán, no se observa a primera vista que la divulgación de la Carta represente un interés público superior a la protección de los intereses comerciales de las empresas participantes, y el reclamante tampoco ha podido demostrarlo. A pesar del enunciado general del declarante con el que subraya, en sus observaciones sobre la Respuesta, la importancia del control democrático de las autoridades públicas, este enunciado general no demuestra concretamente que la necesidad de un control democrático de estas autoridades sea superior a la necesidad de proteger los intereses comerciales de las empresas participantes en el presente caso. Además, el Defensor del Pueblo no considera que deba concederse un acceso parcial a la Carta, ya que el reclamante sólo deseaba conocer la información que contenía esta, cuya confidencialidad debe mantenerse.

66. Por último, habiendo tomado conocimiento del contenido de la Carta, el Defensor del Pueblo estima que, en virtud del artículo 4, apartado 7 del Reglamento, puede establecerse que las excepciones antes mencionadas deberían aplicarse hasta finales de 2012.

67. A la luz de cuanto antecede, el Defensor del Pueblo considera que no es necesario realizar nuevas investigaciones con respecto a la reclamación.

B. Conclusión.

Sobre la base de su investigación de esta reclamación, el Defensor del Pueblo la cierra con la siguiente observación:

No es necesario continuar con las presentes investigaciones sobre esta reclamación.

Se informará de esta decisión al demandante y a la Comisión”.

En mi opinión, el Defensor del Pueblo debería haber constatado *mala administración* por parte de la Comisión Europea, pues de su investigación se desprende que la Comisión no fue diligente a la hora de **invocar y motivar** las excepciones en que basó su negativa de acceso; basándose exclusivamente en las excepciones que le señaló el Gobierno alemán. Es de esperar, asimismo, que se cumpla lo señalado en el apartado 63 de la Decisión del Defensor del Pueblo:

“**63.** El Defensor del Pueblo confía en que la valoración que hizo la Comisión de las objeciones a la divulgación presentadas por Alemania anuncia una práctica general que la Comisión adoptará en lo sucesivo para que, a la luz de la sentencia en el asunto *Suecia*, valore las objeciones de los Estados miembros a la divulgación de un documento en virtud del

artículo 4, apartado 5 del Reglamento e invoque las excepciones establecidas en dicho Reglamento, antes de utilizarlas para responder a solicitudes de acceso a documentos de los ciudadanos”.

El largo itinerario temporal (más de dos años y medio) de este caso de solicitud de acceso a los documentos fue el siguiente:

ACTO	FECHA
Solicitud de información a la Comisión Europea.	18 de abril de 2008.
Denegación de acceso a la información por la Comisión Europea.	19 de junio de 2008.
Solicitud de revisión de la decisión denegatoria, ante la Secretaría General de la Comisión Europea.	20 de junio de 2008.
Confirmación de la decisión denegatoria. Secretaría General de la Comisión Europea.	5 de agosto de 2008.
Queja ante el Defensor del Pueblo.	6 de agosto de 2008.
Propuesta de solución amistosa por parte del Defensor del Pueblo a la Comisión Europea.	22 de marzo de 2010.
Remisión al reclamante por el Defensor del Pueblo de la respuesta de la Comisión Europea a su propuesta de solución amistosa.	30 de julio de 2010.
Resolución del Defensor del Pueblo Europeo.	4 de noviembre de 2010.

VIII.- LAS EXCEPCIONES DEL REGLAMENTO (CE) 1049/2001.

La Comisión Europea, [COM(2004) 45 final, citada], clasifica las excepciones contenidas en el Reglamento comunitario entre excepciones absolutas y excepciones sujetas a un examen del interés público.

Las excepciones absolutas. “Las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento son obligatorias y absolutas: siempre que la divulgación de un documento cause un perjuicio a uno de los intereses contemplados, el acceso a dicho documento debe denegarse. La institución no dispone de un poder discrecional y el perjuicio no debe ponderarse con ningún otro interés”.

Las excepciones sujetas a un examen del interés público. “Los motivos de excepción citados en los apartados 2 y 3 del artículo 4 del Reglamento son también obligatorios, pero deben sopesarse con el interés del público en tener conocimiento del contenido de los documentos en cuestión. **Cuando este interés sea preponderante, los documentos se divulgarán a pesar de que sea aplicable una excepción**”.

Para la Comisión, “la ponderación del interés público de una divulgación con el interés que se pretende proteger es uno de los ejercicios más difíciles en la tramitación de las solicitudes de acceso a los documentos”. No obstante, en ocasiones la Comisión no realiza esta ponderación. Así el Defensor del Pueblo, en la resolución de reclamaciones en casos en los que se alegan excepciones sujetas a un examen del interés público, tiene que requerir a la Comisión Europea (mediante propuestas de solución amistosa) para que realice tal ponderación. A título de ejemplo, la decisión del Defensor del Pueblo Europeo en la reclamación 3699/2006/ELB):

“La reclamación concierne a la negativa de la Comisión a conceder acceso del público a documentos, en virtud del Reglamento nº 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos. A estos documentos se hacía referencia en una sentencia judicial sobre un concurso comunitario que interesaba a la Comisión. Los titulares de la reclamación deseaban utilizar dichos documentos en una demanda por daños y perjuicios ante un tribunal nacional contra la empresa a la cual la Comisión había denunciado por infracción del derecho de la competencia. Las razones de la Comisión para denegar el acceso eran, primero, proteger la finalidad de la investigación y, segundo, proteger los intereses comerciales.

Una vez investigados los documentos, el Defensor del Pueblo llegó a la conclusión de que contenían información sensible desde el punto de vista comercial. **Sin embargo también indicó que, en virtud de la normativa sobre el acceso público a los documentos, podía concederse el acceso a documentos confidenciales si existía un superior interés del público en dicha difusión. Por consiguiente, en su propuesta de solución amistosa y proyecto de recomendación, solicitó a la Comisión que contrapesara el interés del público en la difusión con la protección de la finalidad de la investigación y la protección de los intereses comerciales. En este contexto, el Defensor del Pueblo pidió a la Comisión que considerase si redundaría en interés del público la difusión de los documentos cuando, al hacerlo, se incrementase el efecto disuasorio del derecho comunitario de la competencia al facilitar la interposición de demandas ante los tribunales nacionales.**

La Comisión disintió en el principio de que en este caso la difusión de los documentos fuese en interés del público. Sin embargo, **llevó a cabo el ejercicio de contrapeso** solicitado por el Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo llegó así a la conclusión de que la Comisión había aceptado su proyecto de recomendación y cerró el caso.

Asimismo hizo una observación adicional, señalando que la Comisión podría defender el interés del público en las acciones a instancia de parte indicando, al responder a una petición de acceso a documentos de expedientes de la Comisión en materia de la competencia que, (i) los tribunales nacionales están facultados para solicitar documentos a la Comisión (en virtud del Reglamento nº 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia) y, (ii) hay que considerar si los documentos en cuestión pueden ser relevantes para la interposición de demandas por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales.”

En mi opinión, la falta de ponderación previa –y su motivación al solicitante- a la denegación inicial de acceso a los documentos (la ponderación es requisito esencial para la posible denegación) debe llevar al Defensor del Pueblo a constatar un caso de *mala administración* por parte de la institución de la Unión Europea que deniega el acceso sin efectuar el ejercicio de ponderación.

Debe tenerse en cuenta el contenido del apartado 74 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, ya señalado: “... *el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 1049/2001 al decidir que el interés público superior que puede justificar la divulgación de un documento debe, por lo general, ser distinto de los principios que subyacen en dicho reglamento*”.

Asimismo, según la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal General, de 19 de enero de 2010, recaída en los asuntos acumulados T-355/04 y T-446/04 (*Co-Frutta Soc. coop*):

“123. Además, el examen que requiere la tramitación de una solicitud de acceso a documentos debe revestir un carácter concreto. El mero hecho de que un documento se refiera a un interés protegido por una excepción no basta para justificar la aplicación de ésta (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia *Denkavit Nederland/Comisión*, antes citada, apartado 45). En principio, la aplicación de la excepción sólo está justificada en caso de que la institución haya valorado previamente, primero, si el acceso al documento perjudica concreta y efectivamente al interés protegido y, segundo, en los supuestos previstos en el artículo 4, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 1049/2001, si existe un interés público superior que justifique la divulgación del documento.

124. Asimismo, **es necesario un examen concreto e individual de cada documento**, puesto que, aunque fuese evidente que una solicitud de acceso se refiere a documentos amparados por una excepción, tan sólo tal examen permitirá a la institución valorar la posibilidad de conceder al solicitante un **acceso parcial** con arreglo al artículo 4, apartado 6, del Reglamento nº 1049/2001. En el ámbito de aplicación del Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y de la Comisión (DO 1993, L 340, p. 41), el Tribunal ha declarado insuficiente la valoración de los documentos efectuada por categorías y no en relación con los datos concretos que contienen los documentos. De este modo, el examen que ha de realizar la institución debe permitirle ponderar concretamente si la excepción alegada se aplica realmente a la totalidad de la información que contienen los citados documentos (sentencias del Tribunal de 12 de octubre de 2000, *JT's Corporation/Comisión*, T-123/99, Rec. p. II-3269, apartado 46; de 13 de abril de 2005, *Verein für Konsumenteninformation/Comisión*, T-2/03, Rec. p. II-1121, apartado 73, y *Franchet y Byk/Comisión*, antes citada, apartado 117).”

A) LAS EXCEPCIONES ABSOLUTAS.

Sobre las dos primeras excepciones del artículo 4.1 del Reglamento (“protección de la seguridad pública” y “protección de la defensa y los asuntos militares”) nos remitimos a las apreciaciones que hace la Comisión Europea en las diferentes Comunicaciones sobre el derecho de acceso a los documentos.

Es de señalar, asimismo, que el artículo 9 del Reglamento prevé un *régimen especial* para los llamados documentos “*sensibles*”. Como ha señalado la Comisión Europea en su [COM(2004) 45 final], “cabe señalar que el número de documentos clasificados que obran en poder del Consejo y la Comisión es escaso y que las solicitudes de acceso a estos documentos son infrecuentes. El Parlamento no tiene documentos sensibles...”.

Las relaciones internacionales. Artículo 4, apartado 1 a), tercer guión.

A juicio de la Comisión Europea [COM(2004) 45 final, citada],

“Por “relaciones internacionales” se entiende las relaciones entre las instituciones comunitarias y los países terceros o las organizaciones internacionales. Esta excepción cubre un espectro bastante amplio: relaciones bilaterales o multilaterales, políticas, comerciales o vinculadas a la ayuda al desarrollo. En 2002, fue invocada principalmente por el **Consejo**.

En el caso del **Consejo**, las denegaciones se refieren en general a intercambios con terceros países u organizaciones internacionales en el ámbito de la política exterior y seguridad o en el de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior.

La **Comisión** ha invocado esta excepción con el fin de proteger las negociaciones con terceros países, bilaterales o multilaterales en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Estas decisiones dieron lugar a tres denuncias al Defensor del Pueblo europeo, presentadas por ONG. Una de estas denuncias fue archivada; se trataba de la negativa a divulgar documentos internos de la Comisión elaborados en preparación de conferencias transatlánticas. El Defensor del Pueblo europeo aceptó la argumentación de la Comisión según la cual la divulgación de estos documentos afectaría a las relaciones comerciales con los Estados Unidos.

El **Parlamento** se negó a divulgar la banda sonora de una reunión no pública con parlamentarios de un tercer país, con el fin de que no se vieran afectadas las relaciones con este país”.

La definición asumida en este documento por la Comisión Europea respecto a la excepción “protección de las relaciones internacionales” contrasta con la aceptación por la institución comunitaria de la alegación de la excepción por el Gobierno alemán en el asunto que hemos tratado en este trabajo y pone de manifiesto, a nuestro entender, tanto la carencia de fundamento de dicha decisión como la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa interna germana.

Sobre la excepción “relaciones internacionales” pueden verse la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999 (Asunto T-14/98. Hautala/Consejo) y la del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2001 (Asunto C-353/99 P).

Asimismo, el Defensor del Pueblo Europeo examinó un caso (944/2008/OV) relativo a la excepción “relaciones internacionales”⁴⁰:

“El demandante solicitó, al amparo del Reglamento 1049/2001/CE, el acceso al documento COREU CFSP/SEC/1126/06, clasificado como «RESTREINT EU». El documento incluía un informe sobre la reunión celebrada el 3 de marzo de 2006 entre la Troika de la UE y las autoridades estadounidenses **sobre la lucha contra el terrorismo**. El Consejo denegó el acceso al documento invocando la aplicación de dos excepciones previstas en el Reglamento: el artículo 4, apartado 1, letra a), tercer inciso, protección del interés público, por lo que respecta a las relaciones internacionales, y el artículo 4, apartado 3, protección del proceso de toma de decisiones de la institución. El demandante formuló una solicitud confirmatoria. **El Consejo mantuvo la denegación de acceso al documento, en este caso refiriéndose únicamente a la excepción prevista en el artículo 4, apartado 1, letra a), tercer inciso.** El Consejo aludió al contenido sensible del documento, que incluía un informe detallado sobre las posiciones de los Estados Unidos y de la Unión Europea. **Alegó que su revelación sería perjudicial para el buen funcionamiento de las relaciones UE-EE.UU. y entorpecería las tentativas diplomáticas de buscar soluciones constructivas en áreas políticas sensibles.** El Consejo denegó también el acceso parcial, considerando que la información recogida en el documento constituía un todo indivisible.

En su reclamación al Defensor del Pueblo, el demandante alegó que el Consejo debía conceder acceso pleno o, en su caso, parcial al documento. El Consejo mantuvo su posición en su dictamen, invocando jurisprudencia que declara imperativas las excepciones previstas en el artículo 4, apartado 1, letra a), tercer inciso, del Reglamento. Consideró, por tanto, que era innecesario buscar un equilibrio entre los intereses protegidos y otros intereses en conflicto.

Los servicios del Defensor del Pueblo inspeccionaron el documento en cuestión. El Defensor del Pueblo consideró que el Consejo había aplicado justificadamente la excepción basada en la protección del interés público, **por lo que respecta a las relaciones internacionales, dado que revelar el documento hubiera perjudicado claramente las relaciones UE-EE.UU.** Con respecto al acceso parcial, la inspección del Defensor del Pueblo confirmó que el documento recogía las posiciones de la UE y de los EE.UU. de tal manera que hubiera sido imposible revelar partes del documento sin vulnerar la protección del interés amparado por el artículo

⁴⁰ Nota de Prensa del 16 de agosto de 2010.

4, apartado 1, letra a), tercer inciso, del reglamento. El Defensor del pueblo consideró, por tanto, que el Consejo tenía motivos legítimos para denegar el acceso al documento. Consideró también, en consecuencia, que el Consejo no había incurrido en mala administración y cerró el caso”.

También la Resolución del Defensor del Pueblo en el asunto 90/2009/(JD)OV⁴¹ se refiere a la excepción “relaciones internacionales”:

“Fundamentando su actuación en el Reglamento 1049/2001/CE, el denunciante, una Fundación holandesa que aboga por la transparencia, presentó al Consejo de la Unión Europea una solicitud de acceso a varios documentos relacionados con las negociaciones entre la UE, los Estados Unidos (EE.UU) y Japón y relativas al nuevo Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (‘el ACTA’). El ACTA persigue el objetivo de establecer normas internacionales en materia de aplicación de los derechos de propiedad intelectual. El Consejo concedió acceso parcial a varios documentos, pero denegó el acceso a seis. El Consejo explicaba que tres eran documentos de trabajo elaborados por los servicios de la Comisión en relación con al ACTA. Otros dos eran notas enviadas por la Presidencia a las delegaciones en relación con ACTA. Un sexto documento, clasificado como «RESTREINT UE» (‘documento UE de acceso restringido’), incluía información sobre el resultado de la consulta de los Consejeros de Justicia y Asuntos de Interior de 26 de septiembre de 2008, relativa a la tercera sesión de negociaciones sobre ACTA. Según el Consejo, la divulgación de todos estos documentos debilitaría la posición negociadora de la UE, y las relaciones con terceros podrían verse afectadas. En consecuencia, el Consejo denegó el acceso a estos documentos amparándose en el tercer inciso del artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento que regula la protección del interés público en materia de relaciones internacionales. Por lo que se refiere al acceso parcial, el Consejo sostuvo que, dada la excepción aplicada a los documentos en su integridad, no era posible concederlo. El denunciante presentó una solicitud confirmatoria. El Consejo se reafirmó en la denegación.

En la denuncia presentada al Defensor del Pueblo, el denunciante sostenía que el Consejo debía concederle acceso a los seis documentos. El Consejo se reafirmó en su posición y rechazó los argumentos esgrimidos por el denunciante en el sentido de que los documentos equivalían a proyectos de legislación.

Los servicios del Defensor del Pueblo inspeccionaron los documentos relevantes. **El Defensor del Pueblo concluyó que estaba justificada la aplicación por parte del Consejo de la excepción basada en la protección del interés público en lo que se refiere a las relaciones**

⁴¹ Nota de Prensa del 18 de octubre de 2010.

internacionales. El Defensor del Pueblo consideró que la divulgación de los documentos tendría un efecto negativo sobre el actual clima de confianza de las negociaciones en curso con los Estados Unidos y Japón, y que ello podría obstaculizar una cooperación abierta y constructiva. El Defensor del Pueblo consideró también que, salvo una excepción, la información contenida en los seis documentos guardaba relación con propuestas y observaciones sobre las posturas adoptadas por la Unión Europea, los Estados Unidos y Japón, y que no sería posible revelar partes de los documentos sin minar la protección del interés cubierto por el tercer inciso del artículo 4, apartado 1, letra a). La citada excepción guardaba relación con varios apartados sobre cuestiones puramente de procedimiento en un documento en el que se enfocaban las negociaciones desde la perspectiva de la UE. El denunciante precisó que no le interesaba la información cuyo carácter fuera puramente de procedimiento. En consecuencia, el Defensor del Pueblo consideró que la cuestión del acceso parcial no requería ulterior consideración. Consecuentemente, no apreció mala administración por parte del Consejo y procedió a archivar el caso”.

La protección de la política financiera, monetaria o económica de la Comunidad o de un Estado miembro. Artículo 4, apartado 1 a), cuarto guión.

Para la Comisión Europea [COM(2004) 45 final, citada],

“Esta excepción tiene por objeto proteger **intereses esenciales** de la Comunidad y de los Estados miembros, y está más vinculada a las competencias específicas de la Comunidad que las dos primeras. A pesar de ello, el **Consejo** y la **Comisión** la han invocado de forma muy marginal (menos del 1% de los casos de denegación en 2002)”.

La protección de la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales. Artículo 4, apartado 1 b).

Nos remitimos a lo expuesto por la Comisión Europea en sus distintas comunicaciones y al documento del Supervisor Europeo de Protección de Datos: “Acceso del público a los documentos y protección de datos”.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 8 de noviembre de 2007 (asunto T-194/04. *Bavarian Lager*) analiza en profundidad la “vertebración entre los Reglamentos nº 1049/2001 y nº 45/2001”. Dice en su apartado 98:

“Con carácter preliminar, es necesario examinar la relación existente entre los Reglamentos nº 1049/2001 y nº 45/2001 con vistas a la aplicación de la excepción prevista en el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 1049/2001 en el caso de autos. A estos efectos, es necesario tener en cuenta que **tienen objetivos diferentes. El primero pretende garantizar la mayor transparencia posible en el proceso de toma de decisiones de las autoridades públicas y en la información en la que basan sus decisiones. En consecuencia, tiene por finalidad facilitar al máximo el ejercicio del derecho de acceso a los documentos y promover buenas prácticas administrativas.** El segundo pretende garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, en particular, del derecho a la intimidad en el tratamiento de los datos personales.”

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 29 de junio de 2010 (Asunto C-28/08 P. *Bavarian Lager*) considera correcto el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia expresado en el transcrito apartado 98 de la Sentencia. Sin embargo termina por anular la referida sentencia de 8 de noviembre de 2007.

A esta excepción, así como a las relativas a la “protección de los procedimientos judiciales” y a las “actividades de inspección, investigación y auditoría”, le puede afectar la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 (Asunto T-48/05, *Franchet y Byk/Comisión*)⁴². El Reglamento (CE) nº 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina de Lucha contra el Fraude (OLAF), regula los controles, verificaciones y acciones realizados por los agentes de la OLAF en el ejercicio de sus funciones. Este Reglamento dispone que estas investigaciones deben efectuarse de conformidad con el Tratado, respetando plenamente los derechos humanos y las libertades fundamentales y el derecho de la persona implicada a expresarse sobre los hechos que le afectan.

La Sentencia del Tribunal estima un recurso de indemnización interpuesto por los demandantes y condena a la Comisión Europea a indemnizarlos, pues al transmitir

⁴² Puede verse el Comunicado de Prensa del Tribunal, nº 47/08, de 8 de julio de 2008.

ciertas informaciones a las autoridades judiciales y a la prensa, la OLAF y la Comisión cometieron unas faltas capaces de generar una responsabilidad de la Comunidad. La OLAF realizó y concluyó unas investigaciones en las que se mencionaba por sus nombres a los demandantes y se les imputaba una eventual responsabilidad en unas irregularidades **constatadas públicamente mucho antes de que existiera una decisión definitiva**. Para el Tribunal, la OLAF violó los derechos de defensa, el principio de la presunción de inocencia, así como el deber de confidencialidad de las investigaciones y el principio de buena administración.

El Tribunal de Primera Instancia examina si la Comisión se comportó ilegalmente al divulgar ciertas informaciones relativas a las investigaciones en causa. **Al tiempo que recuerda que no puede impedirse que las instituciones informen al público sobre las investigaciones en curso**, el Tribunal estima que, en el presente asunto, no cabe considerar que la Comisión lo haya hecho con toda la discreción y la reserva necesarias y respetando un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los suyos propios.

De esta sentencia se infiere, en nuestra opinión, no la aplicación de plano de las excepciones previstas en el Reglamento a asuntos como el debatido, sino la obligación de la Comisión y de sus agencias de conciliar el derecho de acceso del público a la información con el respeto a los derechos fundamentales de los afectados.

También puede afectar indirectamente al derecho de acceso a los documentos la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010 (Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09. *Volker und Markus Schecke GbR*), en la que se declara:

“1) Los artículos 42, punto 8 *ter*, y 44 *bis* del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007, y el Reglamento (CE) n° 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), son inválidos en la medida en que obligan, **por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas** del FEAGA y del Feader, a publicar datos de carácter personal de todos los

beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas.”

B) LAS EXCEPCIONES SUJETAS A UN EXAMEN DEL INTERÉS PÚBLICO.

La protección de los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual. Artículo 4, apartado 2, 1er guión.

Según la Comisión Europea [COM2004) 45 final]⁴³:

“Esta excepción permite proteger no sólo los secretos comerciales o la propiedad intelectual de una persona física o jurídica, sino también sus intereses comerciales en un sentido más amplio, incluyendo por ejemplo los aspectos de reputación comercial. Esta excepción la invoca casi exclusivamente la **Comisión**.

En la mayoría de los casos, el motivo de la denegación derivaba de la necesidad de proteger los datos comunicados por empresas, tanto en el marco de investigaciones relativas al respeto de las normas de competencia como con el fin de obtener un contrato de obras o de suministro a raíz de un concurso lanzado por la Comisión. La solicitud de acceso precedía por lo general de una empresa competidora.

En una serie de casos, la denegación no se refería tanto a la información comunicada por la empresa como a los datos cuya divulgación habría afectado a su reputación, lo que habría podido generar pérdidas de cuotas de mercado. También en este caso se trataba de proteger los intereses comerciales de la empresa.

La negativa a comunicar documentos con el fin de proteger intereses comerciales dio lugar a varios recursos ante el Tribunal de Primera Instancia. No obstante, en cada uno de estos asuntos, la protección de los intereses comerciales se alegó junto con otros motivos de denegación”.

Puede verse la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal General, de 19 de enero de 2010, recaída en los asuntos acumulados T-355/04 y T-446/04 (*Co-Frutta Soc. coop*), que trata de esta excepción, pero teniendo en cuenta que el solicitante del acceso a los documentos es un competidor de las empresas a que afectan los documentos.

⁴³ Puede verse asimismo la opinión manifestada por la Comisión Europea sobre esta excepción en el “Libro Verde sobre el Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión.

Esta excepción ha sido tratada también por el Defensor del Pueblo en el caso 488/2007/PB:

“La reclamación fue presentada por un ciudadano austriaco que había solicitado a la Comisión Europea acceso a unos documentos que obraban en poder del *Grupo de Entidades Reguladoras Europeas* (ERG). La Comisión creó el ERG con el fin de mejorar la regulación en el ámbito de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. El ERG está formado por los jefes de los organismos nacionales competentes.

Los documentos solicitados por el demandante incluyen diversos datos comerciales que corresponden a empresas privadas. La Comisión denegó el acceso total a los documentos. El demandante alegó que los motivos de esta denegación contravenían la legislación de la UE relativa al acceso del público a los documentos (Reglamento nº 1049/2001)

La Comisión invocó varios requisitos de confidencialidad tales como la **excepción por «intereses comerciales»**, ciertas inquietudes en relación con las **«relaciones internacionales»** (Suiza había proporcionado algunos datos al ERG) y un requisito evidente de mantener la confidencialidad porque así lo habían solicitado inicialmente algunos Estados miembros. La última consideración guarda relación con una disposición de la legislación comunitaria sobre el acceso del público que hace referencia a **documentos «procedentes de» un Estado miembro**.

El Defensor del Pueblo consideró que la Comisión no había aducido razones válidas para denegar el acceso a los documentos. Asimismo, cuestionó la sugerencia de la Comisión de que los documentos «procedían» total o parcialmente de los Estados miembros, señalando que los documentos fueron redactados por el ERG, entidad que la Comisión reconoce como parte de su propia institución.

Por lo tanto, el Defensor del Pueblo propuso una solución amistosa.

En su respuesta, la Comisión afirmó que había consultado con todos los Estados miembros afectados respecto a la divulgación de los documentos. Sólo un Estado miembro manifestó su preocupación acerca de la divulgación. Por consiguiente, la Comisión pudo facilitar casi toda la información solicitada por el demandante. La Comisión mantendrá informado al Defensor del Pueblo sobre la situación en relación con el Estado miembro que sigue oponiéndose a la divulgación. El demandante informó al Defensor del Pueblo de que aceptaba la respuesta de la Comisión.

El Defensor del Pueblo concluyó que, en vista de las observaciones del demandante, el resultado de la propuesta de solución amistosa podía considerarse satisfactorio. Por lo tanto, archivó el asunto.

No obstante, el Defensor del Pueblo señaló también que la Comisión no había abordado cuestiones importantes planteadas en este caso. En particular, la Comisión no aclaró si sigue considerando que los documentos «proceden» de los Estados miembros, o si reconoce que los documentos corresponden en su totalidad al ERG. Por consiguiente, el Defensor del Pueblo formuló más observaciones e invitó a la Comisión a aclarar su posición sobre estas cuestiones al responder a dichas observaciones.”

La protección de los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico.

Artículo 4, apartado 2, 2º guión.

Según la Comisión Europea [COM2004) 45 final]:

“.../...

El concepto de “protección de los procedimientos judiciales” tiene un alcance limitado: sólo cubre los documentos elaborados a efectos de un procedimiento judicial determinado (memorias o escritos presentados, documentos internos relativos a la instrucción del asunto en curso, comunicaciones con el servicio jurídico de la institución o con un despacho de abogados). **Este motivo de excepción no permite denegar el acceso a los documentos administrativos vinculados al objeto del litigio**⁴⁴.

.../...

... La interpretación y el alcance de esta excepción (“asesoramiento jurídico”) destinada a proteger el asesoramiento jurídico ha dado lugar a divergencias de opiniones, especialmente entre las instituciones y el Defensor del Pueblo europeo. Éste considera que cabe distinguir, por una parte, los dictámenes emitidos en el marco de la actividad legislativa, que deberían hacerse públicos una vez finalizado el proceso de toma de decisiones y, por otra parte, los dictámenes relativos a un procedimiento contencioso. La excepción prevista en el apartado 2 del artículo 4 del Reglamento sólo se aplicaría a esta segunda categoría.

.../...”

El Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia de 12 de septiembre de 2007 (Asunto T-36/04. *Association de la presse internationale ASBL / Comisión*)⁴⁵, clarifica la excepción relativa al acceso a los documentos de las instituciones referentes a asuntos

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-92/98, *Interporc Im-und Export GmbH c/Comisión*, Rec. 1999, p. II-3521.

⁴⁵ Puede verse el completo Comunicado de Prensa nº 60/07, de 12 de septiembre de 2007.

de los que conocen los órganos jurisdiccionales comunitarios. El Tribunal recuerda a la Comisión que está obligada a efectuar un examen concreto del contenido de cada documento solicitado. El Tribunal reconoce que las partes tienen derecho a defender sus intereses independientemente de toda influencia externa y que la garantía de un intercambio, sin influencia externa alguna, de información y opiniones puede exigir, en aras del buen funcionamiento de la justicia, que se deniegue el acceso al público de los escritos de las instituciones mientras su contenido no haya sido debatido ante el juez. Por consiguiente, el referido órgano jurisdiccional concluye que, cuando el procedimiento judicial se refiere a un asunto en el que todavía no se haya llegado a la fase de la vista, la Comisión puede negarse a divulgar sus escritos sin proceder a un examen concreto de su contenido. En cambio, después de la vista, la Comisión está obligada a apreciar en concreto cada documento solicitado para comprobar, a la luz de su contenido, si puede ser divulgado o si su divulgación supondría un perjuicio para el procedimiento judicial al que se refiere.

Concluido un asunto, el Tribunal rechaza que deba denegarse el acceso so pretexto de que se haya interpuesto un recurso de indemnización. Tampoco puede rechazarse el acceso porque los Estados miembros afectados no hayan cumplido las sentencias. **Denegar el acceso a los documentos hasta que se hayan tomado todas las medidas que deban adoptarse a raíz de dichos procedimientos, incluso si una nueva investigación que eventualmente dé lugar a la interposición de un segundo recurso resulta necesaria, equivaldría –a juicio del Tribunal- a supeditar el acceso a los citados documentos a acontecimientos futuros e inciertos, dependientes de la celeridad y de la diligencia de las diferentes autoridades involucradas.**

El Defensor del Pueblo Europeo vuelve a insistir en este asunto en la resolución del caso 819/2007/PB:

La Comisión denegó el acceso del público en un asunto sometido por Irlanda al Tribunal de Justicia que tenía por objeto la anulación de la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

La Comisión consideró que el acceso a la solicitud de Irlanda podría suponer un perjuicio para el procedimiento judicial y se fundaba en una excepción en la legislación comunitaria sobre el derecho de acceso del público a los documentos, es decir, el Reglamento 1049/2001.

El demandante mostró su discrepancia sosteniendo que, incluso si la excepción a la que se refería la Comisión era de aplicación, existía un «interés público superior» que justificaba el acceso a la solicitud de Irlanda e hizo referencia a una disposición del Reglamento 1049/2001 que prevé que, incluso cuando se aplica una excepción al derecho de acceso, debe existir un «interés público superior».

Durante la investigación realizada por el Defensor del Pueblo Europeo, el Tribunal de Primera Instancia dictó una resolución en la que sugería que las alegaciones de las partes a un asunto judicial permanecieran confidenciales hasta que se celebrara la vista. En el caso presentado ante el Defensor del Pueblo Europeo, la Comisión denegó el acceso del público al documento cuando todavía no se había celebrado la vista.

El fondo de la decisión de la Comisión fue, por lo tanto, correcto en el momento en que se tomó. Posteriormente, el Tribunal de Justicia celebró una vista iniciada por Irlanda. El Defensor del Pueblo Europeo sostuvo que, tras la vista, la Comisión estaba obligada a dar razones válidas de la denegación del acceso del público a la solicitud de Irlanda y basó su opinión en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia antes mencionada. Sin embargo, la Comisión mantuvo la denegación de acceso sin presentar razones válidas. Por consiguiente, el Defensor del Pueblo formuló un comentario crítico.

El Defensor del Pueblo cuestionó además si la Comisión había ignorado en la práctica la interpretación pertinente de esa sentencia del Tribunal de Primera Instancia. A su entender, la Comisión podría haberlo hecho porque la sentencia había sido recurrida ante el Tribunal de Justicia cuya decisión podría suponer la modificación de algunas partes de la sentencia recurrida.

El Defensor del Pueblo Europeo indicó en una observación adicional que entendía que la existencia de un recurso ante el Tribunal de Justicia no justificaba la decisión de ignorar una interpretación establecida en la sentencia contra la que se interpone un recurso.

El Defensor del Pueblo Europeo invitó a la Comisión a que proporcionara la información y los comentarios pertinentes sobre su posición y las prácticas relacionadas con este asunto y consideró infundado el argumento del demandante sobre la existencia de un «interés público superior».

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2010 (Recurso de casación recaído en los asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P) se ha detenido extensamente en lo relativo al derecho de acceso a los documentos referentes a la **actividad jurisdiccional**:

79. Pues bien, se deduce tanto del tenor de las disposiciones pertinentes de los Tratados, como del sistema del Reglamento nº 1049/2001 y de la finalidad de la normativa de la Unión en la materia, que **la actividad jurisdiccional como tal está excluida del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos previsto por dicha normativa.**

80. En primer lugar, en cuanto a las disposiciones pertinentes de los Tratados, resulta con claridad del tenor del artículo 255 CE que **el Tribunal de Justicia no está sujeto a las obligaciones de transparencia** previstas en dicho artículo.

81. **La finalidad de dicha exclusión se deduce, por otra parte, aún más claramente del artículo 15 TFUE, que sustituyó al artículo 255 CE y que, al ampliar el ámbito de aplicación del principio de transparencia, precisa, en su apartado 3, párrafo cuarto, que el Tribunal de Justicia sólo estará sujeto a las obligaciones de transparencia cuando ejerza funciones administrativas.**

82. Se deduce de ello que la exclusión del Tribunal de Justicia de la relación de instituciones sometidas, en virtud del artículo 255 CE, a dichas obligaciones se justifica precisamente por la naturaleza de la actividad jurisdiccional que debe ejercer, de conformidad con el artículo 220 CE.

83. El sistema del Reglamento nº 1049/2001, que tiene por fundamento jurídico el propio artículo 255 CE, confirma, por lo demás, también esta interpretación. El artículo 1, letra a), de este Reglamento, al precisar su ámbito de aplicación, excluye al Tribunal de Justicia, al no referirse a éste, de las instituciones sometidas a las obligaciones de transparencia que establece, al tiempo que el artículo 4 de dicho Reglamento consagra una de las excepciones al derecho de acceso a los documentos de las instituciones precisamente para la protección de los procedimientos jurisdiccionales.

84. De este modo, resulta tanto del artículo 255 CE como del Reglamento nº 1049/2001 que **las limitaciones a la aplicación del principio de transparencia a la actividad jurisdiccional persiguen la misma finalidad, concretamente, garantizar que el derecho de acceso a los documentos de las instituciones se ejerza sin perjudicar la protección de los procedimientos jurisdiccionales.**

85. A este respecto, procede señalar que la protección de estos procedimientos conlleva, en particular, que se garantice el **respeto**

de los principios de igualdad de armas y de buena administración de la justicia.

86. Pues bien, por una parte, en cuanto a la **igualdad de armas**, procede señalar que, como declaró en esencia el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 78 de la sentencia recurrida, si el contenido de los escritos de la Comisión tuviese que ser objeto de un debate público, las críticas vertidas frente a los mismos, más allá de su verdadero alcance jurídico, podrían influir en la posición defendida por la institución ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.

87. Además, tal situación podría falsear el equilibrio indispensable entre las partes en un litigio ante los mencionados órganos jurisdiccionales –equilibrio que está en la base del principio de igualdad de armas– en la medida en que únicamente la institución afectada por una solicitud de acceso a sus documentos, y no el conjunto de partes en el procedimiento, estaría sometida a la obligación de divulgación.

88. Por otra parte, procede recordar a este respecto que el principio de igualdad de armas, al igual que, en particular, el de contradicción, sólo es un corolario del concepto mismo de proceso justo (véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 31; de 2 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 50; y de 17 de diciembre de 2009, *Revisión M/EMEA*, C-197/09 RX-II, Rec. p. I-0000, apartados 39 y 40).

89. Pues bien, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el principio de contradicción debe beneficiar a cualquier parte en un proceso del que conoce el juez de la Unión, sea cual sea su condición jurídica. En consecuencia, las instituciones de la Unión pueden de este modo invocarlo cuando son partes en un proceso (véase, en este sentido, la sentencia *Comisión/Irlanda y otros*, antes citada, apartado 53).

90. Así pues, la API alega infundadamente que la Comisión, en su condición de institución pública, no puede invocar un derecho a la igualdad de armas, puesto que dicho derecho sólo beneficia a los particulares.

91. Ciertamente, el propio Reglamento nº 1049/2001 impone sólo obligaciones de transparencia a las instituciones que enumera, como alega la API. Sin embargo, el hecho de que tales obligaciones se impongan únicamente a las instituciones afectadas no puede conllevar, en los procedimientos jurisdiccionales pendientes, que la posición procesal de éstas se debilite en lo relativo al principio de igualdad de armas.

92. Por otra parte, en cuanto a la **buena administración de la justicia**, la exclusión de la actividad jurisdiccional del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos, sin distinguir entre las distintas fases del procedimiento, se justifica por la necesidad de garantizar, durante todo el procedimiento jurisdiccional, que los debates entre las partes y la deliberación del órgano jurisdiccional que conoce del asunto pendiente, se desarrollen serenamente.

93. Pues bien, la divulgación de los escritos procesales en cuestión llevaría a permitir que se ejercieran, aunque sólo fuera en la percepción del público, presiones externas sobre la actividad jurisdiccional y que se perjudicara la serenidad de los debates.

94. **En consecuencia, ha de reconocerse la existencia de una presunción general de que la divulgación de los escritos procesales presentados por una institución en un procedimiento jurisdiccional perjudica la protección de dicho procedimiento, en el sentido del artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001 mientras dicho procedimiento esté pendiente.**

95. Dicha divulgación no tendría en cuenta las particularidades de esta categoría de documentos y equivaldría a someter al principio de transparencia una parte esencial del procedimiento jurisdiccional. Esto supondría que la exclusión del Tribunal de Justicia de entre las instituciones a las que se aplica el principio de transparencia, de conformidad con el artículo 255 CE, quedara en gran parte privada de su efecto útil.

96. Además, tal presunción se justifica también en relación con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con los Reglamentos de Procedimiento de los órganos jurisdiccionales de la Unión (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 55).

97. En efecto, aunque el Estatuto del Tribunal de Justicia establece, en su artículo 31, la publicidad de la vista, limita, de conformidad con su artículo 20, párrafo segundo, la notificación de los documentos del procedimiento a las partes y a las instituciones de la Unión cuyos actos se impugnen.

98. Del mismo modo, los Reglamentos de Procedimiento de los órganos jurisdiccionales de la Unión prevén la notificación de los escritos únicamente a las partes del procedimiento. En concreto, el artículo 39 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el artículo 45 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y el artículo 37, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de la Función Pública establecen que la demanda sólo será notificada al demandado.

99. **En consecuencia, ha de señalarse que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia, ni dichos Reglamentos de Procedimiento prevén el derecho de acceso de terceros a los escritos procesales presentados ante el Tribunal de Justicia en los procedimientos jurisdiccionales.**

100. Pues bien, procede tener en cuenta esta circunstancia para interpretar la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento n° 1049/2001. Si estos terceros pudieran acceder, sobre la base del Reglamento n° 1049/2001, a dichos escritos, se cuestionaría el sistema normativo procesal que regula los procedimientos jurisdiccionales ante los órganos jurisdiccionales de la Unión (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 58).

101. A este respecto, procede señalar que carece de pertinencia la alegación por la API de que otros sistemas jurídicos nacionales han adoptado soluciones distintas que prevén, en particular, que los órganos jurisdiccionales permitan el acceso a los escritos procesales presentados ante ellos. Como sostiene la Comisión, y como declaró justamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 85 de la sentencia recurrida, la normativa procesal de los órganos jurisdiccionales de la Unión no prevé que los terceros tengan derecho a acceder a los escritos procesales depositados en la secretaría por las partes.

102. Al contrario, es precisamente la existencia de dicha normativa procesal, a la que se hallan sometidos los escritos procesales en cuestión, y el hecho de que no sólo no prevea ningún derecho de acceso a los autos, sino que, de conformidad con el artículo 31 del Estatuto del Tribunal de Justicia, prevea incluso que se pueda celebrar una vista a puerta cerrada o que determinadas informaciones, como el nombre de las partes, se mantengan reservadas, lo que contribuye a fundamentar la presunción de que la divulgación de los escritos procesales en cuestión perjudica a los procedimientos jurisdiccionales (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartados 56 a 58).

103. Es cierto, como ha precisado el Tribunal de Justicia, que **esta presunción general no excluye el derecho del interesado a demostrar que un documento determinado cuya divulgación se solicita no está amparado por la citada presunción** (sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 62). No es menos cierto que, en el caso de autos, no resulta de la sentencia recurrida que la API hubiese invocado este derecho.

104. A la vista del conjunto de consideraciones precedentes, procede concluir que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un

error de Derecho al considerar que la Comisión, a falta de cualquier elemento que pudiera desvirtuar dicha presunción, estaba obligada, una vez celebrada la vista, a valorar en concreto cada uno de los documentos solicitados para comprobar si, a la vista de su contenido específico, su divulgación perjudicaría la protección del procedimiento jurisdiccional con el que guardaba relación.

105. Sin embargo, ha de señalarse que, como ya se ha precisado en el apartado 66 de la presente sentencia, las consideraciones contenidas en el apartado 82 de la sentencia recurrida sólo constituyen una fase del razonamiento que llevó al Tribunal de Primera Instancia a desestimar el motivo planteado ante él por la API. Dicho apartado 82, en cambio, no sustenta de ningún modo el fallo de la sentencia recurrida.

106. Se deduce que la anulación de esta parte de la motivación de la sentencia recurrida no conlleva la anulación del fallo de la misma.”

Cosa distinta es que nos encontremos con un procedimiento jurisdiccional sobre el que haya recaído sentencia. Como expone el Tribunal de Justicia en la referida Sentencia de 21 de septiembre de 2010:

“130. De entrada, ha de declararse que, aunque, por las razones expuestas en los apartados 68 a 104 de la presente sentencia, se presuma que la divulgación de los escritos procesales presentados en un procedimiento jurisdiccional pendiente perjudica la protección de dicho procedimiento, dado que esos escritos constituyen la base sobre la cual se ejerce la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia, **otra cosa ocurre cuando el procedimiento en cuestión ha finalizado con una decisión jurisdiccional.**

131. **En este último supuesto, ya no cabe presumir que la divulgación de los escritos procesales perjudique la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia, dado que una vez finalizado el procedimiento, esta actividad ha terminado.**

132. No se puede excluir ciertamente que, como alega la Comisión, la divulgación de escritos procesales relativos a un procedimiento jurisdiccional finalizado pero **relacionado con otro procedimiento aún pendiente** pudiera perjudicar a este último procedimiento, en particular, cuando las partes en él no son las mismas que las del procedimiento finalizado. En semejante situación, si la Comisión ha utilizado las mismas alegaciones en apoyo de su posición jurídica en

ambos procedimientos, la divulgación de sus alegaciones en el procedimiento pendiente puede perjudicar a éste.

133. Sin embargo, ese riesgo depende de múltiples factores, entre ellos, en particular, el grado de semejanza entre las alegaciones formuladas en ambos procedimientos. Si los escritos procesales de la Comisión sólo coinciden parcialmente, podría bastar una **divulgación parcial** para evitar cualquier posible perjuicio para el procedimiento pendiente.

134. Pues bien, en estas circunstancias, **únicamente un examen concreto de los documentos cuyo acceso se solicita, realizado de conformidad con los criterios recordados en el apartado 72 de la presente sentencia, puede permitir a la Comisión determinar si se puede denegar su divulgación**, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001.

135. Se deduce de ello que el Tribunal de Primera Instancia resolvió, en esencia, conforme a Derecho que la posibilidad de perjudicar un interés protegido, exigida por esta disposición, no se puede presumir basándose únicamente en la relación que existe entre los procedimientos jurisdiccionales de que se trata.”

La Sentencia de 1 de julio de 2008 del Tribunal de Justicia (Asuntos acumulados C-39/05 y C-52/05. *Suecia y Turco / Consejo y otros*)⁴⁶ considera que la transparencia del proceso legislativo y el fortalecimiento de los derechos democráticos de los ciudadanos europeos pueden constituir un interés público superior que justifique la divulgación de los **dictámenes jurídicos**. El Tribunal considera que la divulgación de los documentos que contienen el dictamen del Servicio Jurídico de una institución acerca de cuestiones jurídicas surgidas durante el debate sobre iniciativas legislativas puede aumentar la transparencia y reforzar el derecho de los ciudadanos europeos a controlar la información que constituyó la base de un acto jurídico.

Refiriéndose al Consejo, el Tribunal puntualiza que el examen que ha de realizar el Consejo antes de divulgar un documento debe desarrollarse en tres tiempos. En un primer momento, el Consejo debe cerciorarse de que, más allá de la denominación del documento, se trata realmente de un dictamen jurídico. En un segundo momento, el Consejo debe examinar si la divulgación de partes del documento de que se trata supone

⁴⁶ Además de la sentencia puede verse el completo Comunicado de Prensa del Tribunal sobre la misma, nº 43/08, de 1 de julio de 2008

un perjuicio para la protección de dicho asesoramiento. A este respecto, el Tribunal de Justicia interpreta la excepción relativa al asesoramiento jurídico prevista en el Reglamento en el sentido de que su objeto es proteger el interés que tiene una institución en solicitar dictámenes sinceros, objetivos y completos. Además señala que el argumento general y abstracto de que la divulgación puede inducir a dudar de la legalidad del acto legislativo no basta para caracterizar tal perjuicio, en la medida en que es precisamente la transparencia lo que contribuye a una mayor legitimidad y confianza a los ojos de los ciudadanos. Asimismo, ante la ausencia de un perjuicio razonablemente previsible y no puramente hipotético, la divulgación de los dictámenes jurídicos no cuestiona la independencia del Servicio Jurídico del Consejo. Por último, el Tribunal de Justicia puntualiza que corresponde al Consejo comprobar que no existe un interés público superior que justifique la divulgación.

El Tribunal concluye que el Reglamento obliga, en principio, a divulgar los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo relativos a un proceso legislativo. No obstante, este principio se exceptúa en el caso de dictámenes emitidos en el contexto de un proceso legislativo que tenga un carácter especialmente sensible o un amplio alcance que vaya más allá del marco del proceso legislativo. En tal caso, correspondería a la institución de que se trate motivar detalladamente la denegación.

A nuestro entender, la práctica que se venía manteniendo hasta esta sentencia de denegar el acceso a dictámenes jurídicos relativos a un proceso legislativo era inadmisibles. En España, por ejemplo, se da publicidad casi inmediata a través de las páginas *web* de los dictámenes del Consejo de Estado y de los informes del Consejo General del Poder Judicial sobre proyectos normativos⁴⁷.

La protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría. Artículo 4, apartado 2, tercer guión.

Como la propia Comisión Europea reconoce, se trata del motivo de excepción más frecuentemente invocado por la Comisión. A ello se añade el interés que suscitan las actividades de investigación de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF),

⁴⁷ Puede verse: IBÁÑEZ GARCIA, "El Gobierno en Internet". Actualidad Administrativa, nº 16, abril 2001.

así como las auditorías relativas a proyectos y programas financiados por fondos comunitarios.

En su Sentencia de 29 de junio de 2010 (Asunto C-139/07 P. *Technische Glaswerke*), el Tribunal de Justicia sentó lo siguiente:

“53. Es cierto que, para justificar la denegación de acceso a un documento cuya divulgación se ha solicitado, no basta, en principio, que dicho documento esté incluido en el ámbito de una actividad mencionada en el artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 1049/2001. La institución de que se trate debe también explicar la razón por la que el acceso al citado documento puede menoscabar concreta y efectivamente el interés protegido por una excepción prevista en dicho artículo (véase la sentencia de 1 de julio de 2008, Suecia y Turco/Consejo, C-39/05 P y C-52/05 P, Rec. p. I-4723, apartado 49).

54. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que, la institución comunitaria de que se trate puede basarse, a este respecto, en **presunciones generales** que se apliquen a determinadas categorías de documentos, toda vez que consideraciones de carácter general similares pueden aplicarse a solicitudes de divulgación relativas a documentos de igual naturaleza (véase la sentencia Suecia y Turco/Consejo, antes citada, apartado 50).

61. De todo lo anterior se deriva que, a efectos de la interpretación de la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, tercer guión, del Reglamento nº 1049/2001, el Tribunal de Primera Instancia habría debido tener en cuenta en la sentencia recurrida que los interesados que no sean el Estado afectado **en los procedimientos de control de ayudas de Estado** no tienen derecho a consultar los documentos del expediente administrativo de la Comisión y, por tanto, debería haber reconocido la existencia de una presunción general de que la divulgación de los documentos del expediente administrativo perjudicaría, en principio, a la protección del objetivo de las actividades de investigación.

62. **Esta presunción general no excluye el derecho de dichos interesados a demostrar que un documento determinado cuya divulgación se solicita no está amparado por la citada presunción o que existe un interés público superior que justifica la divulgación del documento** a que se refiere el artículo 4, apartado 2, del Reglamento nº 1049/2001.

63. Al no tomar en consideración dicha circunstancia y al declarar erróneamente, en los apartados 87 a 89 de la sentencia recurrida, que no resultaba manifiesto, en el caso de autos, que procediese denegar el acceso a todos los documentos relativos a los procedimientos de control de las ayudas de Estado a que se refiere la solicitud de acceso presentada por TGI sobre la base del Reglamento nº 1049/2001, sin proceder previamente a un examen concreto e individual de dichos documentos, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de interpretación del artículo 4, apartado 2, tercer guión, del citado Reglamento”.

En su decisión sobre la reclamación 2953/2008/FOR⁴⁸ contra la Comisión Europea, el Defensor del Pueblo Europeo señaló:

“La reclamación, presentada por un bufete de abogados, se refiere a la petición de acceso público a una «*evaluación preliminar*» efectuada por la Comisión y enviada a la empresa de suministro energético alemana E.ON. Dicha evaluación preliminar tenía por objeto conseguir que E.ON. se comprometiera a poner fin a una supuesta infracción del Derecho de competencia comunitario por su parte.

En su decisión, el Defensor del Pueblo observó que «*el procedimiento aplicable a los compromisos*» depende de la voluntad de la Comisión y de la parte investigada de mostrar flexibilidad, voluntad de cooperar y confianza mutua. El Defensor del Pueblo concedió que hacer pública la evaluación preliminar antes de haber llegado a un acuerdo definitivo y vinculante podría haber tenido repercusiones negativas sobre la voluntad de E.ON de colaborar con la Comisión. Ello, a su vez, podía haber hecho peligrar la finalización de la investigación de E.ON por la Comisión. Por ello, el Defensor del Pueblo aceptó que **la negativa de la Comisión a otorgar acceso público estaba justificada por la necesidad de proteger el propósito de la investigación.**

El Defensor del Pueblo fue asimismo de la opinión de que no existía un interés público absoluto en la revelación del documento.

Así pues, archivó el asunto concluyendo que no había existido mala administración por parte de la Comisión”.

A esta excepción me he referido en páginas anteriores. Como ha señalado la Comisión Europea en el Libro Verde sobre el acceso del público a los documentos de las

⁴⁸ Hecha pública el 15 de noviembre de 2010.

instituciones de la Comunidad Europea (Revisión), “puede resultar necesario aclarar la aplicación concreta de estos principios”.

He postulado por la publicidad de los dictámenes motivados en los procedimientos de infracción del Derecho comunitario⁴⁹, de gran interés para los operadores jurídicos. Así, mi contribución⁵⁰ al Libro Verde relativo a la mejora del acceso a los documentos de las instituciones de la Unión Europea –COM(2007) 185, de abril de 2007-:

“En opinión del que suscribe, el **texto íntegro** de los **dictámenes motivados** expedidos por la Comisión Europea en el procedimiento de infracción del Derecho comunitario deberían ser publicados de forma rápida en la página *web* de la Comisión, por exigencias del principio de transparencia y del derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la UE.

Por tanto, debería reformarse el Reglamento 1049/2001 en dicho sentido.

No existe un interés prevalente a dichos principios que impida la publicación. La decisión de publicarlos es una decisión política, que debe tener muy en cuenta el principio de transparencia y el derecho de acceso a los documentos.

Cosa distinta es que se decida no publicar los escritos de requerimiento dirigidos por la Comisión a los Estados miembros, dado que se refieren a una fase incipiente del procedimiento de infracción.

Los ciudadanos europeos tienen derecho a conocer, una vez emitido el dictamen motivado, los fundamentos esgrimidos por la Comisión contra los Estados miembros por vulneración del Derecho comunitario.

Un importante ejemplo de transparencia es el que da la **Comunidad Andina**, cuyos dictámenes motivados son publicados rápida e íntegramente en su página *web*.

El procedimiento de infracción de la Comunidad Andina es tributario del procedimiento de la Comisión Europea.

Debería tomarse como ejemplo de transparencia la citada página *web* de la Comunidad Andina e imitarse su formato (www.comunidadandina.org/normativa.htm), en la que se da amplia

⁴⁹ Sobre el “procedimiento de infracción” puede verse: IBÁÑEZ GARCÍA, “El procedimiento precontencioso para el control de la aplicación del Derecho comunitario”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 248, marzo/abril 2007. “Propuestas sobre la inserción del Derecho europeo en nuestro ordenamiento”. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 249, mayo/junio 2007.

⁵⁰ Contribución publicada en www.ec.europa.eu/transparency/revision/contrib_4.htm, el 23 de abril de 2007.

información centralizada sobre el curso dado a los procedimientos de infracción, insertando los documentos correspondientes, entre ellos los dictámenes motivados.”

En el mismo sentido de solicitar que se permita el acceso a los dictámenes motivados emitidos por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión de las Comunidades Europeas va la amplia contribución presentada el 10 de mayo de 2007 por la Asociación para la Defensa de la Naturaleza (WWF/Adena), publicada en la misma *web*. Para esta asociación, la publicidad de los dictámenes motivados: “ello ayudaría a conocer la forma en que la Comisión CE interpreta el Derecho comunitario con ocasión de las reclamaciones que presentan los ciudadanos”.

Según WWF/Adena, especialmente en lo relativo a los dictámenes motivados en procedimientos de infracción instados mediante denuncia de la Asociación, “el no conocer la opinión de la Comisión sobre la actividad denunciada nos priva de cualquier apoyo para exigir el cumplimiento de la normativa europea de medio ambiente y deja en situación de absoluta indefensión al público interesado en la protección del medio ambiente costero y marítimo”. WWF/Adena “entiende que el acceso al dictamen motivado no causa perjuicio al *objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría* para con el Estado miembro, tanto por el momento en que se solicita la información, ya ha concluido el expediente; como por la fase en que se encuentra el proceso, donde ya es facultad de la Comisión decidir si lleva el asunto o no ante el tribunal de Luxemburgo”. Respecto a la materia relacionada con el medio ambiente, esta Asociación considera que dado que es aplicable el *Convenio de Aarhus* sobre “acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, el Reglamento (CE) n° 1049/2001, “ha de ser interpretado necesariamente de modo que sea coherente con dicho Convenio, que impone a cada Parte firmante, y por tanto a la CE, el deber de garantizar, entre otros, el derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente”.

El Parlamento Europeo, en el Informe de su Comisión de Asuntos Jurídicos, de 2 de julio de 2007, sobre “Legislar mejor” en la Unión Europea:

“53. Solicita a la Comisión que mejore la transmisión de información en materia de transposición y de procedimientos por infracción para que esta información sea pública y fácilmente accesible en la página web de la Comisión”.

La protección del proceso de toma de decisiones. Artículo 4, apartado 3.

Según la Comisión Europea [COM2004) 45 final]:

“La excepción prevista en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento 1049/2001 permite a las instituciones proteger, bajo ciertas condiciones, las deliberaciones internas previas a la toma de decisiones. Esta excepción, cuyo objetivo es garantizar que las decisiones se tomen al amparo de presiones externas indebidas, es aplicable a las tres instituciones.

Las condiciones para la aplicación de esta excepción son sin embargo muy estrictas. En efecto, a diferencia de las otras excepciones que se aplican cuando la divulgación de un documento perjudica al interés protegido, en este caso la divulgación debe “perjudicar gravemente” al proceso de toma de decisiones. La distinción entre el concepto de perjuicio “grave” es muy teórica y difícil de determinar de forma concreta. Más que un examen de la gravedad del perjuicio causado, será su ponderación con el interés público de la divulgación del documento lo que determinará la decisión de hacerlo público o no.

La existencia de un perjuicio grave es especialmente difícil de demostrar cuando, en aplicación del segundo párrafo del apartado 3 del artículo 4, la denegación se refiere a una decisión adoptada. En efecto, el proceso de toma de decisiones de la institución sobre un expediente concreto ha finalizado y la divulgación de un documento preparatorio elaborado en el marco de las deliberaciones internas sobre dicho acto debería perjudicar gravemente a la capacidad de la institución para tomar decisiones futuras. El análisis del perjuicio corre el riesgo de convertirse en un ejercicio demasiado abstracto.

.../...”

A mi entender a esta excepción le es aplicable la jurisprudencia contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia, ya citada, de 1 de julio de 2008 (Asuntos acumulados C-39/05 y C-52/05): ***“Para poder ser invocado, el riesgo de menoscabar dicho interés debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético”***.

Es de interés la decisión del Defensor del Pueblo Europeo en la reclamación 70/2008/TS contra la Comisión Europea⁵¹:

⁵¹ Comunicado de prensa del 27 de julio de 2009.

“PGEU, una ONG que representa al sector farmacéutico europeo, solicitó acceso a un estudio realizado para la Comisión por un instituto privado de investigación médica. El estudio versa sobre la reglamentación comunitaria del sector farmacéutico en la Unión Europea. Dicha petición de acceso al estudio se efectuó al amparo del Reglamento (CE) n° 1049/2001 relativo al acceso público a los documentos de las instituciones de la UE.

La Comisión publicó el estudio antes de que el Defensor del Pueblo comenzase su indagación. Sin embargo, éste consideró que el caso merecía una evaluación completa.

Las razones de la Comisión para rechazar la difusión eran las siguientes: la Comisión afirmaba que la difusión del estudio en el momento de la petición del demandante habría perjudicado seriamente su proceso de toma de decisiones al exponer a la Comisión y a sus servicios a una «*anormal presión externa*». La Comisión subrayaba que, según sus previsiones, el estudio podía contribuir de manera considerable a su estrategia y política en la materia. Sin embargo, cuando recibió la petición del demandante, sus servicios no habían llegado aún a conclusiones sobre las propuestas a remitir a instancias superiores. Asimismo, el conceder acceso al estudio en esa fase habría conducido a un «*debate estéril*» sobre los méritos y repercusión del estudio.

El Defensor del Pueblo consideró que estas razones no eran ni válidas ni pertinentes.

En primer lugar, la Comisión no facilitó información sobre la decisión concreta y específica que preveía adoptar ni sobre el calendario del proceso de toma de decisiones. En particular, no había facilitado información sobre el tipo de proceso de toma de decisiones, sobre la forma y tipo de decisión que preveía adoptar, sobre los servicios que la adoptarían, ni sobre el momento previsto para su adopción. En segundo lugar, no facilitó información concreta sobre qué consideraba un «*debate estéril*». Por ejemplo, no ofreció indicación sobre qué le habría llevado a entrar en este debate y sobre el modo en que dicho debate habría «perjudicado seriamente» su proceso de toma de decisiones.

El Defensor del Pueblo consideró que lo anterior constituía un caso de mala administración, y cerró el caso formulando observaciones críticas”.

La Comisión Europea ha manifestado, en su Informe sobre la aplicación del Reglamento 1049/2001 en el año 2009 (COM(2010)351 final), refiriéndose a las sentencias de 11 de marzo de 2009 en los asuntos T-121/05 y T-166/05, *Borax Europe Ltd contra Comisión* que, “en estas sentencias, el Tribunal anuló las decisiones de la Comisión por las que se denegaba el acceso a distintos documentos relativos a una

reunión de un grupo de expertos científicos especialistas en materia de efectos tóxicos de ciertas sustancias químicas sobre la reproducción humana. Estos expertos fueron designados por los Estados miembros pero participaron en esta reunión en calidad de expertos y no de representantes de los Estados miembros.

Con relación al argumento de la Comisión, según el cual el hecho de desvelar la identidad de los expertos y la opinión que expresaron durante la reunión atentaría claramente contra su integridad, exponiéndoles a presiones exteriores injustificadas, el Tribunal consideró que las decisiones impugnadas sólo contienen motivos generales y que la Comisión no ha aportado pruebas relativas al caso particular que pudieran demostrar la existencia de tal riesgo.

Por lo que se refiere a la **excepción “proceso decisorio”**, también alegada por la Comisión, el Tribunal indicó que las opiniones de carácter científico recogidas por una institución para la elaboración de un texto “legislativo” deben, en principio, hacerse públicas, incluso si, potencialmente, pueden levantar polémicas o disuadir a las personas que las formularon de aportar su contribución al proceso decisorio de esta institución. El riesgo, alegado por la Comisión, de que un debate público surgido de la revelación de su opinión incite a los expertos a no participar más en su proceso decisorio, es inherente a la norma que reconoce el principio de acceso a los documentos que contienen opiniones destinadas al uso interno en el marco de consultas y deliberaciones preliminares, entre las que se incluyen obviamente las consultas de expertos.

El Tribunal, por lo tanto, anuló las decisiones impugnadas, considerando que las motivaciones de denegación eran demasiadas generales”.

IX.- EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS DE TERCEROS Y DOCUMENTOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS.

La oposición de terceros. Artículo 4(4).

Según la Comisión Europea [COM2004) 45 final]:

“El apartado 4 del artículo 4 del Reglamento 1049/2001 estipula que en el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 ó 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos. En caso de oposición del tercero autor a la divulgación de su documento, y si la institución considera que no es aplicable ninguna excepción, el Consejo y la Comisión han previsto en sus medidas de aplicación que el tercero deberá ser informado de la intención de hacer el documento accesible, y que éste dispondrá de un plazo de 10 días laborables para oponerse a la divulgación. En cualquier caso, la decisión corresponde a la institución. En la práctica, las denegaciones están motivadas por lo general, y se tiene en cuenta la oposición del autor. **Es muy raro que las instituciones notifiquen al autor su intención de divulgar un documento en contra de su opinión,** e incluso en los casos que se han presentado, la divulgación no ha dado lugar a un procedimiento contencioso”.

A mi entender, la interpretación de la Comisión es contraria a lo dispuesto en el Reglamento. Si no existe excepción aplicable ha de darse acceso al documento. Pensemos, por ejemplo, que se solicita el acceso a un documento presentado por un grupo de interés (*lobby*).

En la Comunicación de la Comisión “Iniciativa Europea a favor de la Transparencia. Un marco para las relaciones con los representantes de intereses (Registro – Códigos de conducta)” [COM(2008) 323 final. 27 de mayo de 2008], se prevé:

“Publicación de contribuciones y otros documentos. Se informa a las entidades registradas que sus contribuciones a las consultas públicas se publicarán en Internet con mención del nombre del autor, a menos que éste se oponga a la publicación de datos personales por considerar que ésta pueda dañar sus legítimos intereses. **De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 1049/2001, relativo al acceso a los documentos, la Comisión podrá revelar, previa petición,**

correspondencia y otros documentos relativos a las actividades de los representantes de intereses”.

La capacidad de los Estados miembros de oponerse a la divulgación de documentos originarios de dichos Estados. Artículo 4(5).

La Comisión Europea, en el Libro Verde, ha señalado que “la declaración nº 35 adjunta al Acta Final del Tratado de Ámsterdam prevé que un Estado miembro podrá solicitar a la Comisión o al Consejo que no divulguen a terceros documentos originarios de dicho Estado sin su consentimiento previo. Esta declaración se refleja en el artículo 4(5) del Reglamento. El Tribunal de Primera Instancia sostuvo que, cuando el Estado miembro de origen solicite que no se divulgue un documento, **la solicitud de acceso de dicho documento se regirá por las disposiciones nacionales pertinentes y no por el Reglamento.** De conformidad con esta jurisprudencia, las instituciones consultarán siempre a las autoridades del Estado miembro cuando reciban una solicitud de acceso a un documento originario de un Estado miembro”.

Como hemos visto anteriormente, ha de tenerse en cuenta que la oposición del Estado miembro a que la institución comunitaria entregue los documentos (o información) no supone un derecho de veto general e incondicional sin necesidad de motivación y que la propia institución comunitaria está obligada a motivar la decisión de denegación que opone al autor de la petición de acceso. “Dicha obligación implica que la institución no sólo mencione, en su decisión, la oposición a la divulgación del documento solicitado manifestada por el Estado miembro de que se trata, sino también los motivos invocados por este Estado miembro para acogerse a alguna de las excepciones al derecho de acceso establecidos en su artículo 4, apartados 1 a 3...” . **La institución comunitaria debe, si considera, por su parte, que no se aplica ninguna de dichas excepciones, permitir el acceso al documento solicitado.** (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007. Asunto C-64/05 P).

La Comisión Europea ha manifestado, en su Informe sobre la aplicación del Reglamento 1049/2001 en el año 2009 (COM(2010)351 final) que “el motivo de denegación basado en la mera oposición del Estado miembro ya no se utiliza desde que

el Tribunal⁵² declaró que el artículo 4, apartado 5, del Reglamento no confiere al Estado miembro un derecho de veto que le permita oponerse de manera discrecional a la difusión de documentos que emanan de él. En efecto, el Estado miembro debe justificar su oposición, basándose en las excepciones previstas en el Reglamento, y sólo estas últimas pueden, por tanto, constituir motivos de denegación”.

En la explicación que da la “Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. 30 de abril de 2008. [COM(2008) 229 final]” a las modificaciones propuestas por la Comisión Europea puede leerse:

“3.4 Consultas a terceros – artículo 5.

El nuevo artículo 5, apartado 2, establece el procedimiento que debe seguirse para solicitar el acceso a documentos procedentes de un Estado miembro. Se deberá consultar al Estado miembro, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los documentos; si éste aduce razones para no divulgar los documentos solicitados, tomando como base el Reglamento (CE) nº 1049/2001 o **normas específicas o similares aplicables de su legislación nacional**, la institución denegará el acceso a estos documentos. Esta nueva disposición tiene en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto de recurso C-64/05 P”.

Ya en el texto de la modificación propuesta, puede leerse (artículo 5.2):

“Cuando una solicitud se refiera a un documento procedente de un Estado miembro, distinto de los documentos transmitidos en el marco de los procedimientos de adopción de actos legislativos o no legislativos de carácter general, se consultará a las autoridades de dicho Estado miembro. La institución que posea el documento lo divulgará a menos que el Estado miembro aduzca razones para no hacerlo basadas en las excepciones previstas en el artículo 4 o **en disposiciones específicas de su propia legislación que impidan la divulgación del documento en cuestión**. La institución examinará las razones aducidas por el Estado miembro siempre que estén basadas en las excepciones previstas en el presente Reglamento”.

A nuestro entender, tanto la explicación de la modificación como el texto propuesto son confusos. Aunque la Comisión señala que dicha propuesta acoge la sentencia recaída en el asunto C-64/05 P, esto no está tan claro. Lo que dice la sentencia es que “La

⁵² Véase la Sentencia del Tribunal, de 18 de diciembre de 2007, en el asunto C-64/05P *Suecia contra Comisión*.

institución comunitaria debe, si considera, por su parte, que no se aplica ninguna de dichas excepciones, permitir el acceso al documento solicitado”. Esto parece que lo acoge la última frase de la modificación propuesta. No obstante, el inciso “o en disposiciones específicas de su propia legislación que impidan la divulgación del documento en cuestión”, plantea la duda de si lo que pretende la Comisión es que, por el mero hecho de invocar legislación nacional que impida la divulgación, el acceso debe ser denegado. Es decir ¿trata de establecerse indirectamente una excepción basada en lo dispuesto en la legislación nacional?.

En nuestra opinión esto no puede ser así y sería contrario al artículo 255 Tratado CE, pues socavaría su efecto útil. Si el documento procedente de un Estado miembro es relativo a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de las instituciones comunitarias⁵³ el principio es el de acceso, sin perjuicio de la aplicación de una excepción si es procedente. La institución comunitaria debe examinar si el documento procedente del Estado miembro está amparado por alguna de las excepciones del reglamento –con independencia de lo que diga la legislación nacional-. Sólo si una de las excepciones del Reglamento es aplicable debe denegar el acceso.

El inciso de las disposiciones nacionales específicas tiene su reflejo en el artículo 9 del Reglamento relativo a la “tramitación de los documentos sensibles”, que se refiere a la protección de **intereses esenciales**, en particular *la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares*. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el Reglamento, en su preámbulo, señala que “el derecho de acceso es asimismo de aplicación a los documentos referentes a la política exterior y de seguridad común y a la cooperación policial y judicial en materia penal”. También ha de tenerse en cuenta la excepción del artículo 4.1 del Reglamento relativa a la *protección de la defensa y de los asuntos militares*.

Por tanto, el inciso de las disposiciones nacionales específicas no puede tener alcance legitimador para denegar el acceso ni interpretarse fuera de las excepciones previstas en

⁵³ La adaptación del artículo 2 (Beneficiarios y **ámbito de aplicación**), apartado 2, de la propuesta de la Comisión, dice:

“El presente Reglamento será de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución, a saber, los documentos por ella elaborados o recibidos y que estén en su posesión referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean de su competencia, en todos los ámbitos de actividad de la Unión Europea”.

el reglamento. El principio de *cooperación leal* que preside las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros no permite que la legislación nacional obstaculice el derecho de acceso a los documentos reconocido en el artículo 255 del Tratado CE, pues socavaría el *principio de efectividad* de dicho artículo.

Es más, y a título de ejemplo. Supongamos que la Comisión abre, sobre el mismo asunto, un expediente de infracción contra varios Estados miembros –nada infrecuente en la práctica- porque sus legislaciones nacionales infringen el Derecho comunitario. No sería razonable ni compatible con el artículo 255 Tratado CE que en función de lo que dispongan las disposiciones nacionales específicas sobre derecho de acceso, se pudiera acceder a los documentos procedentes de ciertos Estados miembros y no se pudiera acceder a los de otros. El rasero en estos casos debe ser igual para todos y debe estar constituido por las excepciones previstas en el reglamento, no por las legislaciones internas.

Es de gran interés la Recomendación del Defensor del Pueblo Europeo en el caso 0355/2007/TN⁵⁴:

“El Defensor del Pueblo europeo, P. Nikiforos Diamandouros, ha solicitado a la Comisión Europea que haga públicos los documentos concernientes a la construcción de un puerto industrial en Granadilla, Tenerife. Esta actuación es el resultado de la reclamación presentada por la Oficina Europea de Medio Ambiente (OEMA), una confederación de organizaciones de ciudadanos por el medio ambiente, que vio rechazada por parte de la Comisión su solicitud de acceso a dichos documentos.

Según declaró la Comisión, las autoridades españolas se oponían a la revelación de documentos producidos en España. El resto de documentos en cuestión eran documentos internos de la Comisión relativos a la aprobación del proyecto de Granadilla. **La Comisión alegó que la revelación de los documentos perjudicaría seriamente el proceso de toma de decisiones en dicha institución.**

Tras la inspección de los documentos, el Defensor del Pueblo consideró que, salvo en un caso, debería facilitarse el acceso a los documentos internos. Asimismo, **el Defensor recomendó que la Comisión debería contactar de nuevo con las autoridades españolas y revelar los documentos internos de dicho Estado miembro, salvo que España ofreciese una justificación para oponerse al acceso, que cumpliera con los estándares previstos por el Tribunal de Justicia.**

⁵⁴ Comunicado de prensa nº 15/2009, 7 de julio de 2009.

La controvertida construcción de un puerto industrial en Granadilla, Tenerife

En 2006, la Comisión Europea aprobó el proyecto de las autoridades españolas de construir un puerto industrial en Granadilla, Tenerife. Los tribunales españoles acordaron la suspensión cautelar de las obras de construcción del puerto con motivo de motivo del posible impacto medioambiental de las obras sobre determinadas especies de algas marinas.

En julio de 2006, la OEMA solicitó a la Comisión acceso a varios documentos relacionados con la decisión de la Comisión de aprobar el proyecto del puerto. **La Comisión denegó el acceso a algunos de los documentos solicitados, porque las autoridades españolas, de donde los documentos son originarios, no se mostraban conformes con su publicación.** También fue denegado el acceso a varios documentos internos de la Comisión, alegando el serio perjuicio que dicha revelación podría ocasionar al proceso de toma de decisiones por parte de dicha institución.

Durante su investigación, el Defensor inspeccionó los correspondientes documentos. **En cuanto a los documentos procedentes de las autoridades españolas, el Defensor concluyó que la Comisión no puede negarse a revelarlos, a no ser que ofrezca una justificación que cumpla con los estándares previstos por el Tribunal de Justicia. El Defensor recomendó a la Comisión que iniciara un diálogo con las autoridades españolas para asegurar que, efectivamente, se trata de motivos que justifican su oposición a la revelación de documentos. En caso de no existir tales motivos, el Defensor declaró, la Comisión debería revelar los documentos.**

El Defensor no encontró evidencias de que la revelación de la mayor parte de los documentos internos pudiese perjudicar el proceso de toma de decisiones por parte de la Comisión. Antes al contrario, en su opinión, autorizar el acceso a dichos documentos ayudaría a mejorar las deliberaciones internas de la Comisión. Sin embargo, el Defensor coincide con la Comisión en que uno de los documentos en discordia no debería ser publicado. El Defensor solicitó a la Comisión que presentara su opinión detallada antes del 31 de octubre de 2009.”

Documentos en los Estados miembros (Artículo 5).

Según el Reglamento:

“Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y **que tenga su origen en una institución**, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en

peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento.

Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”.

Comentando este artículo, la Comisión Europea [COM(2004) 45 final] ha señalado que “el Reglamento 1049/2001 no tiene por objeto ni por efecto modificar las legislaciones nacionales sobre acceso a los documentos... El Estado miembro al que se presente una solicitud de acceso a un documento originario de una institución aplicará su propia legislación. El artículo 5 del Reglamento no hace sino concretar el principio de lealtad enunciado en el artículo 10 del Tratado CE. Por tanto, el Estado miembro deberá consultar a la institución de origen en caso de duda y tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del Reglamento. En la práctica, el Estado miembro velará por conciliar las disposiciones del Reglamento con las de su propia legislación”.

Según la Comisión, algunos Estados miembros **“han divulgado escritos de requerimiento y dictámenes motivados sin consulta previa a la Comisión”**.

Este artículo pone de manifiesto lo paradójico de la situación creada por el propio reglamento comunitario, que produce una asimetría contraria al principio de igualdad respecto a los nacionales de los distintos Estados miembros. En efecto, dependiendo de la apertura a favor de la transparencia de las legislaciones nacionales y de sus prácticas administrativas, ciertos ciudadanos de ciertos Estados miembros podrán tener acceso a documentos originados por las instituciones comunitarias –así como a documentos originarios de los Estados miembros en poder de las instituciones comunitarias-, mientras que otros ciudadanos de otros Estados miembros no podrán tener acceso. Es de resaltar que puede darse la situación de que un ciudadano de un Estado miembro reciba a través de su Estado documentación o información relativa a las instituciones comunitarias y a otros ciudadanos se les niegue la misma documentación mediante denegaciones de acceso adoptadas por su propio Estado o por las instituciones comunitarias.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998 (Asunto T-174/95. *Svenska/Consejo*), por la que se anula la decisión del Consejo de 6 de julio de 1995, por la que se deniega a la demandante el acceso a determinados documentos relativos a la Oficina Europea de Policía (Europol) pone de manifiesto un caso en el que se describe la asimetría y desigualdad antes mencionada. Como ha expuesto PÉREZ CARRILLO⁵⁵:

“La inclusión expresa de los Estados entre los sujetos obligados a respetar este reglamento destinado fundamentalmente a las instituciones muestra la influencia de un asunto dirimido ante el Tribunal de Justicia, en el que se puso de manifiesto que la negativa de las instituciones a facilitar el acceso podía perder toda eficacia si los Estados entregaban tales documentos. Se trata del asunto conocido como “*Svenska*”, cuyos hechos subyacentes consisten en que tras la adhesión del Reino de Suecia a la Unión Europea, el 1º de enero de 1995, una asociación de periodistas suecos, la *Svenska Journalistförbundet*, se puso en contacto con 46 autoridades suecas solicitándoles acceso a un determinado número de documentos del Consejo relativos al establecimiento de la Oficina Europea de Policía (Europol) y obtuvo acceso a 18 de estos últimos 20 textos solicitados. A continuación, la misma asociación solicitó al Consejo acceso a los mismos 20 documentos, pero éste sólo concedió el acceso a 2 de ellos basándose en la excepción de confidencialidad, por motivos de interés público (seguridad pública) y por afectar a las deliberaciones del Consejo. Pues bien, los demandantes hicieron públicos en *Internet* los documentos obtenidos a través del Estado sueco, a pesar de que se trataba de contenidos considerados confidenciales por el Consejo”.

Para esta autora este asunto “puso de manifiesto las diferencias de interpretación en varios Estados. El Reino de Dinamarca, de Países Bajos y el Reino de Suecia entraron a coadyuvar a las demandantes. Mientras que la República Francesa y el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte participaron a favor de la demandada. A lo largo de la tramitación se produjo un incidente procesal debido a que la demandante había publicado en *Internet* cierta correspondencia recibida del Consejo”.

⁵⁵ “Transparencia en la adopción de decisiones en el proceso de integración europea”. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. V, 2005.

X.- DENEGACIÓN DEL ACCESO. VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO.

Debe tenerse en cuenta previamente, respecto a las solicitudes de acceso a los documentos, la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de enero de 2010 (Asunto C-362/08 P, *Internationaler Hilfsfonds eV*), en la que tras declarar que “el Reglamento 1049/2001 concede un derecho de acceso muy amplio a los documentos de las instituciones”; reconoce que “(57) **una persona puede presentar una nueva solicitud de acceso a documentos a los que anteriormente se le había denegado el acceso. Tal solicitud obliga a la institución de que se trate a examinar si la anterior denegación de acceso sigue estando justificada habida cuenta de una modificación de la situación de hecho o de Derecho acaecida en el ínterin**”. A título de ejemplo, el Parlamento Europeo aceptó el proyecto de recomendación del Defensor del Pueblo Europeo (793/2007/(WP) BEH) relativo a unos documentos solicitados por el reclamante en el año 2007 y que se referían a la compra por el Parlamento de los edificios que ocupa en Bruselas. La excepción que motivó la denegación (protección de los intereses comerciales de terceros) ya no era de aplicación dado el tiempo transcurrido.

Como dispone el artículo 8 del Reglamento comunitario, “en caso de denegación total o parcial deberá informar al solicitante de los recursos de que dispone, a saber, el recurso judicial contra la institución y/o la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, con arreglo a las condiciones previstas en los artículos 230 y 195 del Tratado CE, respectivamente”. Dicho artículo establece asimismo un régimen de silencio administrativo negativo ante la ausencia de respuesta en el plazo establecido.

Previamente se establece una vía de recurso *de reposición* administrativo que podría entenderse potestativa, pues según el artículo 7.2 del Reglamento, “en caso de denegación total o parcial, el solicitante *podrá* presentar, en el plazo de 15 días laborables a partir de la recepción de la respuesta de la institución, una solicitud confirmatoria a la institución con el fin de que ésta reconsidere su postura”.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia de 6 de julio de 2006 (Asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04)⁵⁶ sienta que

- “46 Es jurisprudencia reiterada que sólo aquellas medidas que producen efectos jurídicos obligatorios que afecten a los intereses del demandante, modificando de forma caracterizada su situación jurídica, constituyen actos susceptibles de recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE. Cuando se trata de actos o de decisiones cuya elaboración se lleva a cabo en **varias fases**, en particular al término de un **procedimiento interno, únicamente constituyen actos impugnables las medidas que fijan definitivamente la posición de una institución al término de dicho procedimiento, con exclusión de los trámites intermedios, cuyo objetivo es preparar la decisión final** (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 10, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de mayo de 1996, AITEC/Comisión, T-277/94, Rec. p. II-351, apartado 51).
- 47 De la aplicación de los artículos 3 y 4 del anexo de la Decisión 2001/937, en relación con el artículo 8 del Reglamento nº 1049/2001, se desprende claramente que la respuesta a la solicitud inicial sólo constituyó una primera postura, que concedía a los demandantes la posibilidad de solicitar al Secretario General de la Comisión o al Director de la OLAF que revisara tal posición.
- 48 Por consiguiente, **sólo la medida adoptada por el Secretario General de la Comisión o por el Director de la OLAF, que tiene carácter de decisión y sustituye íntegramente a la postura anterior, puede producir efectos jurídicos que afecten a los intereses de los demandantes y, por tanto, ser objeto de un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE** (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de octubre de 2003, Co-Frutta/Comisión, T-47/01, Rec. p. II-4441, apartado 31).
- 49 Por ello, son inadmisibles el recurso T-391/03, por lo que se refiere a la decisión de 18 de agosto de 2003, y el recurso T-70/04, por lo que se refiere a la decisión implícita denegatoria de las solicitudes de los demandantes de los días 21 y 29 de octubre de 2003.”

La Comisión Europea, en su [COM(2003) 216 final], ha explicado

⁵⁶ Puede verse, asimismo, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal General, de 19 de enero de 2010, recaída en los asuntos acumulados T-355/04 y T-446/04.

“La organización del trámite de las solicitudes en dos niveles, con el fin de garantizar una vía de recurso administrativa interna: así pues, las Direcciones Generales autoras o depositarias de los documentos tramitan las solicitudes iniciales y el Secretario General tramita las solicitudes confirmatorias, actuando este último por delegación del Colegio de Comisarios; cuando una solicitud confirmatoria se refiera a un documento relativo a las actividades de investigación de la OLAF, el Director General de la OLAF decidirá por delegación de la Comisión”.

Y en la [COM(2004) 45 final]:

“El Reglamento prevé explícitamente un recurso administrativo interno contra toda decisión que deniegue el acceso a un documento (considerando 13 y artículos 7 y 8). **Este recurso**, llamado *solicitud confirmatoria*, reviste la forma de una renovación de la solicitud inicial con el fin de obtener una revisión de la posición de la institución. Toda decisión (parcialmente) negativa informa al solicitante de la posibilidad de presentar una solicitud confirmatoria en el plazo de 15 días laborables tras la recepción.

Las solicitudes confirmatorias son examinadas por una **instancia independiente** de la que tomó la decisión inicial”.

En mi opinión, las instituciones comunitarias deben poner el mayor empeño en aplicar el *principio general de acceso* a los documentos e informaciones en su poder, sin realizar una aplicación extensiva de las excepciones. Asimismo, el órgano que resuelve el recurso administrativo –*solicitud confirmatoria*– debe extremar su celo en aplicar dicho principio general, pues aunque el solicitante que ve denegada su petición de acceso puede *reclamar* ante el Defensor del Pueblo, éste no hace sino constatar si ha existido o no un caso de *mala administración* por parte de la institución comunitaria al denegar el acceso. Por otra parte, aunque existe la posibilidad de un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia (y posteriormente recurso de casación ante el Tribunal de Justicia), en la práctica, por los altos costos que estos procesos suponen, que disuaden a la mayoría de los mortales a instarlos, los mismos quedan reservados a medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales, etcétera. Asimismo, los recursos jurisdiccionales establecidos carecen de efecto útil distinto a la constatación de la vulneración del derecho de acceso, pues el acceso a los documentos, tras largos años de proceso⁵⁷, pierde seguramente la finalidad pretendida por el *ciudadano* solicitante.

⁵⁷ A título de ejemplo, la solicitud de acceso denegada que provocó la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de julio de 1999 (Asunto T-14/98, Hautala/Consejo) y la posterior Sentencia en casación

Seguramente ésta sea la razón por la que llegan a los órganos jurisdiccionales comunitarios escasos asuntos relacionados con el acceso a los documentos, teniendo en cuenta el número de solicitudes de acceso, respuestas negativas y solicitudes confirmatorias presentadas a la Comisión. Así⁵⁸:

Solicitudes iniciales de acceso y respuestas iniciales.

Ejercicio	Nº de solicitudes	Respuestas positivas	Respuestas negativas	Acceso parcial
2004	3.093	2.005	981	107
2005	3.396	2.188	1.084	124
2006	3.841	2.836	892	113

Solicitudes confirmatorias.

Ejercicio	Nº de solicitudes	Confirmación de la posición inicial	Revisión parcial	Revisión total
2004	219	157	40	22
2005	233	159	57	17
2006	140	97	31	12

Dada la falta de efecto útil del recurso a los órganos jurisdiccionales europeos, distinto de la constatación de la vulneración del derecho de acceso, lo ideal sería, en mi opinión, la creación de una *autoridad independiente*, similar a la *Freedom of Information Clearing House* norteamericana o a la *Comisión Nacional de Informática y Libertades* (CNIL) y de la *Comisión de Acceso a la Documentación Administrativa* (CADA)

del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2001 (Asunto C-353/99 P). La petición de acceso se realizó el 17 de junio de 1997. Por tanto, entre dicha fecha y la de la sentencia del Tribunal de Justicia **transcurrieron más de cuatro años.**

⁵⁸ Estos datos se refieren exclusivamente a la Comisión Europea. Extraídos del Informe de la Comisión sobre la aplicación en el año 2006 del Reglamento (CE) nº 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Bruselas, 20 de diciembre de 2007 [COM(2007) 841 final].

Según este Informe, “la mayor parte de las denuncias archivadas en 2006 por el Defensor del Pueblo contenía observaciones críticas”.

francesa⁵⁹. Supondría también una ventaja para la unificación de doctrina relativa al conjunto de las instituciones comunitarias sobre el otorgamiento o la denegación de acceso a los documentos públicos. Asimismo, debería ponerse al frente de tal instancia a una personalidad de reconocido prestigio, aprovechando los funcionarios y estructuras administrativas destinadas actualmente a tal efecto, con el fin de no incrementar los gastos públicos (incluso al existir una instancia única al efecto podría reducirse el número de funcionarios dedicados actualmente en las distintas instituciones a estas actividades). Una opción plausible podría ser atribuir dichas funciones a la *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Para ello sería necesario modificar el Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea la Agencia.

Es de interés la propuesta de la eurodiputada FRASSONI⁶⁰:

“Inspirándose en la legislación mexicana sobre la libertad de información y **teniendo presente que el recurso a los tribunales europeos en caso de denegación de divulgación de un documento puede ser una solución excesiva para los ciudadanos**, la ponente propone que se habilite al Defensor del Pueblo Europeo para pronunciarse sobre las solicitudes de acceso a los documentos con efecto definitivo para la administración de que se trate, mientras que los solicitantes podrán optar por presentar ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso contra la denegación de acceso”.

⁵⁹ “Legislación extranjera sobre Derecho a la información”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Noviembre de 2004.

⁶⁰ “Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos (del Parlamento Europeo) para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (versión refundida)”. 2008/0090(COD), 30 de enero de 2009. Ponente: MONICA FRASSONI.

XI.- SUPRESIÓN DE LA “REGLA DEL AUTOR”.

En el Reglamento comunitario, el derecho de acceso se amplía a todos los documentos que obren en poder de las instituciones afectadas, incluidos los documentos procedentes de terceros. Según el artículo 4 del Reglamento:

“4. En el caso de documentos de terceros, la institución consultará a los terceros con el fin de verificar si son aplicables las excepciones previstas en los apartados 1 ó 2, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de los mismos.

5. Un Estado miembro podrá solicitar a una institución que no divulgue sin su consentimiento previo un documento originario de dicho Estado”.

Sobre los documentos procedentes de un Estado miembro puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-64/05 P), a la que me he referido con anterioridad. Según el Tribunal de Justicia (apartado 56 de la Sentencia), “tal como señala el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 53 y 54 de la sentencia recurrida, el legislador comunitario abandonó con ello, en particular, la **regla del autor** que había primado hasta entonces. Según las decisiones 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (DO L 340, p.43), 94/90/CECA, CE, EURATOM de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión (DO L 46, p.58), y 97/632/CE, CECA, EURATOM del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1997, relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo (DO L 263, p. 27), **dicha regla implicaba que, cuando el autor de un documento en poder de una institución era una persona física o jurídica, un Estado miembro, otra institución u otro órgano comunitario o cualquier otro organismo nacional o internacional, el acceso a este documento debía pedirse directamente a su autor**”.

Es de gran interés la Recomendación del Defensor del Pueblo Europeo en el caso 0355/2007/TN61, ya citada.

⁶¹ Comunicado de prensa nº 15/2009, 7 de julio de 2009.

Asimismo, es muy importante la decisión del Defensor del Pueblo en el asunto “*Puerto industrial en Granadilla, Tenerife*”. En su Nota de Prensa de 15 de diciembre de 2010 (EO/10/25), puede leerse:

“El Defensor del Pueblo Europeo, P. Nikiforos Diamandouros, ha solicitado a la Comisión Europea que haga públicos los documentos concernientes a la construcción de un puerto industrial en Granadilla, Tenerife. Esta actuación es el resultado de la reclamación presentada por la Oficina Europea de Medio Ambiente (OEMA), una confederación de organizaciones de ciudadanos por el medio ambiente.

Según declaró la Comisión, las autoridades españolas se oponían a la revelación de documentos producidos en España. El Defensor del Pueblo Europeo señaló, sin embargo, que si los Estados miembros exigían a la Comisión que no se difundiesen los documentos que le remitían, debían proporcionar argumentos convincentes basados en la normativa europea sobre transparencia. También resaltó que España todavía no ha proporcionado dichos argumentos.

La controvertida construcción de un puerto industrial en Granadilla, Tenerife

En 2006, la Comisión Europea aprobó el proyecto de las autoridades españolas de construir un puerto industrial en Granadilla, Tenerife. En julio de 2006, la OEMA solicitó a la Comisión acceso a varios documentos relacionados con la decisión de la Comisión de aprobar el proyecto del puerto. La Comisión denegó el acceso a algunos de los documentos solicitados, porque las autoridades españolas, de donde los documentos son originarios, no se mostraban conformes con su publicación, dado que ésta afectaría el desarrollo de procedimientos judiciales en curso. También fue denegado el acceso a varios documentos internos de la Comisión, alegando el serio perjuicio que dicha revelación podría ocasionar al proceso de toma de decisiones por parte de dicha institución.

Tras inspeccionar los documentos en cuestión, el Defensor concluyó que la Comisión debía publicarlos, a no ser que las autoridades españolas arguyesen motivos válidos contra su publicación. Además, el Defensor consideró que no era justificada la posición de la Comisión, que defendía que la revelación de todos los documentos menos uno perjudicaría los procesos decisorios de aquélla.

Siguiendo la recomendación del Defensor del Pueblo Europeo, la Comisión publicó los documentos internos a la OEMA. También pidió disculpas por el retraso acumulado en el caso. Sin embargo, continuó negándose a revelar el contenido de los documentos procedentes de las autoridades españolas debido a las objeciones de éstas a la revelación.

El Defensor del Pueblo Europeo, a la vez que alababa la actuación de la Comisión al publicar sus documentos internos, la criticó por no haber verificado convenientemente si el razonamiento de las autoridades españolas era convincente. Así, pidió a la Comisión que tuviese su crítica en cuenta al hilo del diálogo mantenido con las autoridades españolas sobre el caso. Además, el Defensor anunció también su plan para abrir una investigación acerca de la manera en la que la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo gestionan las solicitudes de acceso a documentos provenientes de los Estados miembros”.

XII.- LA OPORTUNIDAD DEL DICTAMEN DE LA AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO 1049/2001.

Con fecha 11 de julio de 2008 formulé la siguiente propuesta al Consejo de la Unión Europea:

“Que la Comisión Europea, con fecha 30 de abril de 2008, ha adoptado su “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión” [COM(2008) 229 final].

Que el derecho de acceso a los documentos de las instituciones comunitarias está reconocido en el artículo 255 del Tratado CE y en el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Que el derecho de acceso a los documentos es uno de los derechos fundamentales más ejercitado por los ciudadanos europeos.

Que tanto el Tribunal de Primera Instancia como el Tribunal de Justicia tienen declarado, en jurisprudencia constante, que las excepciones previstas en el Reglamento (CE) 1049/2001 deben interpretarse restrictivamente.

Que existe abundante jurisprudencia de dichos órganos jurisdiccionales que pone de manifiesto que las instituciones comunitarias han realizado una interpretación extensiva de dichas excepciones, lo que afecta al ejercicio del derecho fundamental reconocido en el Tratado y en la Carta de los Derechos fundamentales.

Que el artículo 4 (cometidos), 1 d), del Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone que la Agencia

“formulará y publicará, por propia iniciativa o a petición del Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, conclusiones y dictámenes sobre temas concretos para las instituciones de la Unión y los Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario”.

Que según el preámbulo de dicho Reglamento

“... las instituciones deben poder solicitar dictámenes sobre sus propuestas legislativas o posiciones adoptadas en el curso de procedimientos legislativos, en la medida en que afecten a su compatibilidad con los derechos fundamentales”.

Que dada la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios, que afecta también a la institución impulsora de la modificación del

Reglamento 1049/2001, y dado que esta norma afecta a un derecho fundamental reconocido en la normativa de la Unión Europea, el que suscribe considera que sería oportuno solicitar a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea un dictamen sobre esta iniciativa legislativa.

Por todo cuanto antecede, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 del Tratado CE,

SOLICITA AL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA:

Que por el Consejo se solicite a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea un dictamen sobre la propuesta legislativa de la Comisión Europea antes citada, con el fin de coadyuvar a la mejora de la misma.

Que informe al que suscribe sobre la decisión adoptada.”

Con la misma fecha realicé la misma propuesta al Presidente del Parlamento Europeo. La Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, considerando las cuestiones planteadas, acordó transmitir la petición, para información, a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.

XIII.- EL ACCESO A LAS NORMAS “INTERNAS” DEL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN Y A LOS EXPEDIENTES DE INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Aunque resulte paradójico, las normas que rigen el procedimiento de infracción no están publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea ni en la página *web* de la Comisión Europea. Tampoco están redactadas en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea⁶². Sin embargo, sí son citadas por la Comisión Europea en las controversias

⁶² No es extraordinaria la falta de transparencia gubernamental. El 14 de septiembre de 1993, solicité al Presidente del Gobierno copia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de octubre de 1987, por el que se aprueban las “*Instrucciones para la tramitación de asuntos en los órganos colegiados del Gobierno*”, así como de cualquier otro acuerdo que modifique el anterior o que tenga que ver con este asunto. La respuesta denegatoria por parte del Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, de 5 de noviembre de 1993, fue la siguiente: “*Lamentablemente no le puedo facilitar el texto del referido Acuerdo, toda vez que se trata de una norma de funcionamiento interno carente de virtualidad fuera del ámbito del Consejo de Ministros, y que al no afectar a los derechos e intereses de los ciudadanos no precisa ni publicación ni publicidad*”. Sobre este asunto puede verse mi artículo: “*Falta transparencia en el Gobierno*”. *Expansión*, 24 de noviembre de 1993.

Reiterada, el 6 de junio de 2010, la misma solicitud a la Presidencia del Gobierno, el Secretario General Técnico del Ministerio de la Presidencia, con fecha 8 de julio de 2010, contesta lo siguiente: “*Las Instrucciones para la tramitación de asuntos ante los órganos colegiados del Gobierno actualmente en vigor fueron aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de junio de 1996 y no fueron objeto de publicación en el “Boletín Oficial del Estado”*”.

La falta de inserción en el BOE fue debida a su propio carácter, ya que las Instrucciones no son normas de carácter general, sino disposiciones administrativas de orden interno, que tienen por objeto establecer los mecanismos de funcionamiento de los órganos colegiados del Gobierno y carecen de efectos jurídicos frente a terceros.

Por las razones expuestas, así como por la confidencialidad que debe presidir las actuaciones de los órganos colegiados del Gobierno, no es posible acceder a su petición”.

Asimismo, en España falta transparencia respecto a la agenda gubernamental. ACCESS INFO EUROPE remitió, el 26 de agosto de 2010, al Presidente del Gobierno español el documento “*Información comparativa sobre la transparencia de Consejos de Gobierno*”, en el que puede leerse:

“En España las agendas de las reuniones de gabinete son secretas hasta después de que la reunión haya tenido lugar, momento en el que se celebra una conferencia de prensa para informar a los medios de comunicación y al público acerca de las grandes líneas de la reunión.

En muchos otros países, la agenda de las próximas reuniones de gabinete y la información acerca de lo que se discutirá está disponible por adelantado...

Es razonable que los programas no se publiquen con mucha antelación porque las reuniones de gabinete siempre responden a los acontecimientos actuales. Sin embargo, **el hecho de saber de antemano cuándo una determinada cuestión se discutirá y el tener acceso a los materiales relevantes ayuda a los medios de comunicación, la sociedad civil y el público en general a seguir las actuaciones del gobierno y a participar en el debate público sobre las cuestiones objeto de las reuniones oficiales”**.

sobre las solicitudes de acceso a los documentos. Así, el Defensor del Pueblo Europeo expuso lo siguiente en una reclamación:

“Resumen de la decisión sobre la reclamación 1890/2008 / (CHM) BU contra la Comisión Europea.

.../...

En cuanto a su decisión de cerrar el caso, la Comisión hizo referencia a su manual de procedimientos (SEC (2005) 254 / 5) («el Manual»), según el cual, si el denunciante no responde o si sus observaciones no llevan al departamento a reconsiderar su posición, se hace una propuesta de cerrar el procedimiento de infracción en cuestión. En tales casos el denunciante es informado, si procede, de la decisión de la Comisión. Sin embargo, en el presente caso, la Comisión no consideró adecuado enviar a las empresas la decisión de cerrar el caso.

El Defensor del Pueblo recordó que, en los puntos 9 y 10 del anexo de su comunicación al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo Europeo sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario (COM/2002/0141 final) («la Comunicación»), la Comisión se comprometió a informar a los denunciantes de sus decisiones definitivas de cierre de los casos de infracción. **El manual interno, al que la Comisión hace referencia en su dictamen, no puede dejar sin efecto el compromiso citado de la Comisión en virtud de la Comunicación.**

El Defensor del Pueblo, por lo tanto, concluyó que la falta de información a las empresas, por parte de la Comisión, de la decisión de fecha 4 de abril de 2006, constituía un caso de mala administración. En consecuencia, hizo un comentario crítico a este respecto.

El Defensor del Pueblo también hizo tres observaciones adicionales relativas a aspectos del procedimiento de tramitación por la Comisión de las denuncias de infracción, al objeto de contribuir a una mejor tramitación de estos casos en el futuro.”

Para RAMÍREZ PRADILLA⁶³, existe una ausencia de norma procedimental. El procedimiento está conformado por la práctica administrativa de la Comisión y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dado el carácter sucinto del tenor literal de los artículos 258 y 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶³ “Fuentes y aplicabilidad del Derecho comunitario”. Curso sobre la Unión Europea. Escuela Diplomática. Madrid, febrero de 2010.

Solicitados a la Comisión Europea (al amparo del Reglamento 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión) los documentos SEC(2005) 254/1 /2 /3 /4 y /5, la Secretaría General, con fecha 21 de enero de 2010, contestó lo siguiente:

“Solicita usted estos documentos preferiblemente en su versión en español o, en caso de no existir ésta, en su versión en francés. **Se trata de documentos internos de la Comisión**, que sólo están disponibles en francés. **Todos ellos se refieren al Manual de procedimientos para el control de la aplicación del Derecho Comunitario durante el primer mandato del Presidente Barroso.**

El documento SEC(05)254/1 es una Comunicación del Presidente a la Comisión sobre el “Control de la aplicación del Derecho Comunitario – Manual de procedimientos”. Me complace informarle que puede acceder a él en su totalidad. Adjunta con la presente encontrará una copia del mismo.

El documento SEC(05)254/2, que lleva por título “ANEXOS de la Comunicación del Presidente a la Comisión. Asunto: control de la aplicación del Derecho Comunitario – Manual de procedimientos”, aborda, en una primera parte, la lista de importantes modificaciones introducidas en el Manual de procedimientos e incluye, en una segunda, una hoja con los resultados de la consulta interservicios llevada a cabo en este contexto.

Dado que, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 1049/2001, la primera parte del documento no está cubierta por ninguna de las excepciones previstas en ese Reglamento, encontrará en un anexo de la presente carta una copia de esa parte del documento, que puede hacerse pública. Debo recordarle, no obstante, que no podrá reproducirse o divulgarse con fines comerciales sin el consentimiento previo de la Comisión.

Por el contrario, lamento comunicarle que la segunda parte de ese documento está cubierta por una de las excepciones previstas en el Reglamento relativo al acceso del público a los documentos, razón por la cual no se la podemos proporcionar.

Las partes suprimidas se refieren a información que no puede ser divulgada, pues ello podría perjudicar gravemente el proceso de toma de decisiones de la Comisión. Permítame informarle que las partes suprimidas quedan sujetas a una de las excepciones previstas en el Reglamento referido al acceso a los documentos.

La excepción es la prevista en el artículo 4, apartado 3, segundo guión, del citado Reglamento, según la cual:

“Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior”.

Divulgar estos documentos desvelaría las opiniones vertidas en el marco de deliberaciones y consultas preliminares e internas en el seno de la institución. Esto podría afectar gravemente al proceso de toma de decisiones de la Comisión, dado que minaría el carácter colegial utilizado por la Comisión para adoptar sus decisiones.

Como cualquier otra administración pública, la Comisión requiere en este contexto la protección de las consultas internas a las cuales procede. Desvelar públicamente el contenido de las posiciones de los servicios sobre tal o cual punto conlleva efectivamente el riesgo de comprometer el proceso de toma de decisiones en otros casos similares. Por lo demás, también podría afectar gravemente a la libertad de expresión sobre tal o cual tema, dañando, a su vez, el carácter contradictorio requerido en el marco del proceso de toma de decisiones. A falta de tales garantías, la Comisión no podría contar con la aportación de las opiniones y dictámenes, necesarios y objetivos, requeridos para el establecimiento de posiciones sólidas y equilibradas.

En lo que respecta a los dos siguientes documentos solicitados, esto es, los documentos SEC(05)254/3 y /4 que contienen los cambios introducidos en el documento SEC(254)/2 a raíz de la celebración de una reunión de Jefes de Gabinete de los Miembros de la Comisión, lamento informarle de que estas versiones preparatorias están cubiertas por una de las excepciones contempladas en el Reglamento relativo al acceso a los documentos y, por lo tanto, no se le pueden facilitar. La excepción aplicable en este caso es la misma invocada en relación con el documento SEC(05)254/2.

El último documento SEC(05)254/5, lleva por título “Manual de procedimientos modificado para el control de la aplicación del Derecho comunitario”.

Me es grato comunicarle que podemos facilitarle la mayor parte de este documento. Sin embargo, dado que está parcialmente cubierto por una de las excepciones previstas en la política de acceso a documentos, no se le podrá proporcionar íntegramente,

La excepción aplicable en este caso es la prevista en el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 1049/2001, en el que se establece que:

“Las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de:

.../...

b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales.”

Esta excepción se aplica a la parte del documento que contiene datos personales de funcionarios.

Las referencias a direcciones electrónicas también se han eliminado, ya que son para uso exclusivamente interno de la institución.

Así pues, se puede autorizar el acceso a la mayor parte del documento solicitado por usted, y que encontrará en el anexo de la presente carta. Las partes suprimidas se señalan en el texto con las siguientes indicaciones “persona de contacto”, “buzón funcional” y “enlace de Internet”.

El documento que le remitimos no ha sido sometido a una revisión final detallada por los servicios de la Comisión para garantizar su precisión técnica y lingüística. Actualmente se está reconsiderando esa posibilidad.

.../...”

Presentada la correspondiente solicitud confirmatoria de acceso (recurso de reconsideración ante la Secretaría General de la Comisión Europea) la Secretaría General, con fecha 13 de julio de 2010, resuelve: conceder el acceso pleno a ciertos documentos; conceder el acceso parcial a otros documentos y, finalmente, denegar el acceso a la totalidad de un documento.

De dicha resolución se puede destacar que la excepción alegada es la relativa a la **protección del proceso de toma de decisiones**. Para la Secretaría General:

“Divulgar las informaciones obtenidas en la consulta inicial de los servicios de la Comisión desvelaría al público las opiniones vertidas en el marco de deliberaciones y consultas preliminares e internas en el seno de la Institución en lo que respecta a las reglas de procedimiento para tratamiento de las infracciones. Esto podría afectar gravemente al proceso de toma de decisiones de la Comisión, dado que conllevaría el menoscabo del principio de colegialidad que rige las decisiones de la misma.

Como cualquier otra administración pública, la Comisión requiere en este contexto la protección de las consultas internas a las cuales procede.

Desvelar públicamente el contenido de las posiciones de los servicios y el resultado de las consultas sobre el proyecto de manual de procedimientos conlleva efectivamente el riesgo de comprometer el proceso de toma de decisiones en futuras discusiones sobre este tema. Por lo demás, también podría afectar gravemente a la libertad de expresión de los servicios sobre asuntos que requieren un alto grado de especialización y un conocimiento exhaustivo de las reglas internas de procedimiento y de la experiencia de cada Dirección General en el control de la aplicación del Derecho de la UE. La divulgación de la posición de los servicios, afectaría al carácter colegial requerido en el marco del proceso de toma de decisiones. A falta de tales garantías, la Comisión no podría contar con la aportación de las opiniones y dictámenes, necesarios y objetivos, requeridos para el establecimiento de posiciones sólidas y equilibradas. Esta situación reduciría de forma significativa la flexibilidad de la Comisión para adoptar nuevas propuestas en este sector de su actividad.

Además, tratándose de un tema que se refiere a la actividad de la Comisión como “guardiana de los Tratados”, divulgar los comentarios, estrategias, críticas y sugerencias expresadas por los servicios durante las consultas que precedieron la adopción de las dos versiones finales del manual de procedimiento podría perjudicar seriamente la capacidad de la Institución y de sus servicios para organizar y coordinar las investigaciones sobre las infracciones. La divulgación de las consultas y en concreto del contenido de las opiniones aportadas por los servicios puede dar a conocer métodos y medidas que aunque pueden no haberse tenido en cuenta durante el debate interno sean en el futuro objeto de discusión. Su divulgación puede perjudicar el proceso de toma de decisiones desplazando el debate interno al exterior de la Institución, comprometiendo la futura adopción de nuevas reglas de procedimiento.

Como Vd. sabe, este sector de actividad de la Comisión despierta un gran interés por parte de otras Instituciones comunitarias, de los Estados miembros y de los ciudadanos. Considero que la divulgación de los manuales de procedimiento interno es en si mismo un paso importante para la transparencia sobre el trabajo de la Comisión en materia de infracciones. Sin embargo, el conocimiento exhaustivo de las diferentes alternativas sobre los métodos de trabajo examinados por los servicios de la Comisión, puede no solo dar lugar a críticas con el riesgo que ello supone para el equilibrio institucional sino que puede incluso provocar la anticipación de determinados comportamientos contrarios al Derecho de la Unión Europea.

.../...

Interés público superior.

... hay que concluir que el interés público superior que debe protegerse es velar por que la Comisión pueda ejercer sus funciones llevando a cabo sin obstáculos el examen de las propuestas que los servicios preparan para su adopción”.

La doctrina de la Comisión expresada anteriormente puede oponerse a las sentencias de 11 de marzo de 2009, en los asuntos T-121/05 y T-166/05, *Borax Europe Ltd contra Comisión*, a la que nos hemos referido al tratar la *excepción relativa a la protección del proceso de toma de decisiones*.

Por otra parte, cuando se solicita a la Comisión Europea el acceso a un **procedimiento de infracción**, en base a lo dispuesto en el Reglamento 1049/2001, sobre el acceso al público de los documentos de las instituciones de la Unión Europea, la motivación de la Comisión suele ser *estereotipada o formularia*:

“... el documento solicitado forma parte del régimen de excepciones contempladas por la política de acceso a los documentos, y que, por lo tanto, no nos es posible ponerlo a su disposición. Dicha excepción está recogida en el artículo 4, párrafo 2 del Reglamento 1049/2001, que estipula que *“las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de (...) el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior”*.

El documento solicitado corresponde a un expediente relativo a investigaciones en curso de la Comisión Europea. Para poder realizar eficientemente su tarea como *“guardiana de los tratados”*, la Comisión debería llevar a cabo sus investigaciones preservando un clima de confianza mutua con el Estado miembro en cuestión, necesario para poder fomentar una solución amistosa ante la controversia entre la Comisión y dicho Estado para que este último pueda cumplir voluntariamente con los requisitos del Tratado.

En esta delicada etapa, durante el procedimiento de infracción, cualquier tipo de publicidad de dicho documento sería prematura y podría tener un efecto negativo e incluso poner en peligro una solución amistosa de dicha controversia. El Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia con fecha 11 de diciembre de 2001 referida al asunto T-191/99 (*David Petrie y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* –véase especialmente lo indicado en el punto 68), ha confirmado dicha posición afirmando que *“la solución amistosa de la controversia entre la Comisión y el Estado miembro correspondiente antes de la sentencia del Tribunal de Justicia, justifica, en nombre de la protección del interés público relativo a las actividades de inspección e investigación y a los procedimientos judiciales, que está comprendido en la primera categoría de excepciones de la Decisión 94/90, la denegación de acceso a los escritos de requerimiento y a los dictámenes motivados redactados en el marco del procedimiento del artículo 226 CE”*.

Dicha contestación se refiere a un expediente de infracción en el que el servicio correspondiente de la Comisión había propuesto su cierre, **una vez que el Estado miembro había modificado sus prácticas administrativas contrarias al Derecho comunitario**. Por tanto, decaen las argumentaciones de la Comisión para denegar el acceso, pues ya se han realizado las investigaciones **y el Estado miembro se ha avenido a la solución amistosa**, cumpliendo voluntariamente con los requisitos del Tratado. Solucionada la controversia parece claro que ésta no se puede poner en peligro de solución. La cita jurisprudencial no es pertinente, pues no tiene conexión con el caso concreto y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene constantemente declarado que las excepciones del Reglamento deben interpretarse restrictivamente, favoreciendo el derecho de acceso a los documentos.

Realizadas las anteriores consideraciones en la correspondiente solicitud confirmatoria de acceso (recurso de reconsideración ante la Secretaría General de la Comisión Europea) ésta es resuelta favorablemente, una vez consultadas las autoridades nacionales, por la que se procedió a remitir todos los documentos incorporados al procedimiento de infracción (cartas de emplazamiento y dictamen motivado de la Comisión Europea, respuestas de las autoridades nacionales, ficha de infracción, etcétera).

La Comisión Europea ha manifestado, en su Informe sobre la aplicación del Reglamento 1049/2001 en el año 2009 (COM(2010)351 final), que “como en años anteriores, la visión de conjunto que se desprende del análisis de las solicitudes de acceso es que una proporción importante de éstas se refiere a las **actividades de la Comisión en materia de control de la aplicación del Derecho comunitario**. Así es que, en numerosísimos casos, el acceso se solicita con el fin de obtener documentos que podrían apoyar la posición del solicitante en el caso de una denuncia, por ejemplo sobre una supuesta infracción al Derecho comunitario, o de un recurso administrativo o jurisdiccional, por ejemplo acerca de una decisión de la Comisión en materia de política de competencia...”

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2010 (Recurso de casación recaído en los asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P) ha puesto coto a uno de los argumentos dilatorios de la Comisión Europea para denegar el acceso a los procedimientos de infracción:

“118. En cuanto al fondo, procede señalar que aunque es cierto que los procedimientos previstos en los artículos 226 CE y 228 CE tienen la misma finalidad, concretamente, garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión, no es menos cierto que constituyen dos procedimientos distintos, con objetos distintos.

119. El procedimiento instituido por el artículo 226 CE pretende que se declare y se ponga fin al comportamiento de un Estado miembro que infringe el Derecho de la Unión (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1979, *Francia/Comisión*, 15/76 y 16/76, Rec. p. 321, apartado 27, y de 6 de diciembre de 2007, *Comisión/Alemania*, C-456/05, Rec. p. I-10517, apartado 25), mientras que el objeto del procedimiento previsto en el artículo 228 CE es mucho más limitado, y sólo pretende inducir al Estado miembro infractor a ejecutar la sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2005, *Comisión/Francia*, C-304/02, Rec. p. I-6263, apartado 80).

120. Se deduce de ello que, una vez que el Tribunal de Justicia ha declarado, mediante sentencia dictada en virtud del artículo 226 CE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones, las negociaciones entre dicho Estado miembro y la Comisión ya no tendrán por objeto la existencia del incumplimiento –que precisamente ya ha sido declarada por el Tribunal de Justicia–, sino comprobar si se dan los requisitos necesarios para interponer el recurso previsto en el artículo 228 CE.

121. Además, en cuanto a la posibilidad de que el recurso por incumplimiento conduzca a un acuerdo amistoso, hay que señalar que, una vez que el incumplimiento ha sido declarado mediante una sentencia del Tribunal de Justicia dictada de conformidad con el artículo 226 CE, para dicho incumplimiento ya no cabe tal subsanación.

122. En tales circunstancias, procede declarar que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en ningún error de Derecho al considerar que no se puede presumir que la divulgación de los escritos procesales presentados en un procedimiento en el que se haya dictado una sentencia de conformidad con el artículo 226 CE

perjudique las actividades de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento en virtud del artículo 228 CE.

123. A la vista de cuanto antecede, debe desestimarse por infundada la primera parte del segundo motivo.”

XIV.- CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Derecho de acceso a los documentos e informaciones en poder de los poderes públicos, nacionales o comunitarios, es una manifestación del derecho fundamental de información, formando parte de su contenido esencial.

SEGUNDA.- La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y la doctrina del Defensor del Pueblo Europeo es clara en cuanto al Derecho de acceso a los documentos y a la información en poder de las instituciones de la Unión: las excepciones previstas al respecto deben interpretarse y aplicarse de forma estricta. El principio general que ha de regir este asunto es el de máxima divulgación.

TERCERA.- Antes que reformas legislativas de las normas comunitarias en vigor sobre el Derecho de acceso es más necesaria una toma de conciencia por parte de las instituciones de la Unión sobre los principios que rigen el derecho de acceso, teniendo en cuenta la jurisprudencia⁶⁴. Dicho de otra manera, si se aplican bien los principios

⁶⁴ No obstante, es de interés la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2009, sobre las mejoras necesarias en relación con el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (Reglamento (CE) n° 1049/2001), en la que el Parlamento:

“Considera que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Reglamento (CE) n° 1049/2001 debe actualizarse urgentemente con las siguientes medidas:

a) ampliar su ámbito de aplicación para abarcar el conjunto de instituciones, órganos y organismos de la UE no cubiertos actualmente, como el Consejo Europeo, el Banco Central Europeo, el Tribunal de Justicia, Europol y Eurojust;

b) modificar las disposiciones relativas a los procedimientos legislativos y no legislativos de conformidad con las nuevas definiciones que contienen los Tratados;

c) actualizar, sobre la base de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, las normas que rigen, en particular, el tratamiento de los documentos, la información y los datos internos, con el fin de facilitar un acceso más amplio a los dictámenes del Servicio Jurídico emitidos en el marco del proceso de toma de decisiones, los documentos y la información relativa a los representantes de los Estados miembros cuando actúan en calidad de miembros del Consejo –incluidos los actos, propuestas y enmiendas presentados, la transcripción de las reuniones, sus posiciones y votaciones en el Consejo, incluidos sus grupos de trabajo y grupos de expertos–, los documentos relativos a acuerdos internacionales, la protección de datos personales e intereses comerciales, el contenido de los registros de las instituciones, etc.;

d) facilitar el acceso a la información disponible en las instituciones de la UE que permita realizar una evaluación objetiva de la aplicación de las normas, actos, medidas y programas de la UE en los Estados miembros; asegurar una mayor transparencia financiera facilitando información detallada en lo que se refiere al presupuesto de la UE, su ejecución y los beneficiarios de los fondos y subvenciones de la UE;

desarrollados por la jurisprudencia no es necesaria o al menos no es perentoria una reforma legal. Si se aplican mal dichos principios, de nada vale una reforma legal para luego parapetarse en excepciones interpretadas de forma extensiva y en perjuicio del Derecho de acceso.

CUARTA.- El Derecho de acceso a los documentos es *perecedero*. Si se niega el Derecho de acceso, de poco valen las vías de recurso establecidas al efecto, pues está constatado que duran varios años (tanto la reclamación al Defensor del Pueblo como el recurso jurisdiccional). Son puro *derecho al pataleo*. Supóngase un periodista que requiere el acceso a un documento de la Comisión Europea. Si se le deniega el acceso, de nada vale que al cabo de los años se le revise la denegación: el derecho de acceso y su posterior transmisión a la opinión pública han perdido su finalidad: el daño es irreparable.

QUINTA.- En nuestra opinión, en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea, sería deseable, como hemos señalado anteriormente, concentrar en un único órgano interinstitucional todo lo relativo a la gestión del Derecho de acceso a los documentos.

Asimismo, sería de interés acoger la propuesta de la eurodiputada FRASSONI, ya citada y relativa a que “el recurso a los tribunales europeos en caso de denegación de divulgación de un documento puede ser una solución excesiva para los ciudadanos, la ponente propone que se habilite al Defensor del Pueblo Europeo para pronunciarse sobre las solicitudes de acceso a los documentos con efecto definitivo para la administración de que se trate, mientras que los solicitantes podrán optar por presentar

e) establecer, a través de un procedimiento transparente y respetando plenamente los principios democráticos y del Estado de Derecho, los principios generales y las restricciones, por motivos de interés público o privado, que limitan el acceso a los documentos clasificados excepcionalmente como "Très secret/Top secret", "secret" o "confidentiel" para proteger los intereses esenciales de la UE (artículo 9 del Reglamento (CE) n° 1049/2001);

f) definir los principios que podrían desarrollarse con acuerdos interinstitucionales en virtud del artículo 295 del TFUE con miras a aplicar de forma coordinada las nuevas disposiciones reglamentarias sobre legislar mejor;

g) mejorar la accesibilidad de los documentos de la UE creando sistemas de uso más sencillo;

h) asegurar que el Parlamento predique con el ejemplo en la UE garantizando el máximo grado de apertura, transparencia y acceso a los documentos”.

ante el Tribunal de Primera Instancia (ahora Tribunal General) un recurso contra la denegación de acceso”.

ANEXO 1.- LOS PRINCIPIOS DE LA COALICIÓN PRO ACCESO (ESPAÑA).

La **Coalición Pro Acceso**⁶⁵ es una plataforma formada por organizaciones de la sociedad civil e individuos que se constituyó en Octubre de 2006 con el fin de promover la adopción e implementación de una Ley de Acceso a la Información en España.

La Coalición Pro Acceso ha definido los **nueve principios** que deberían recogerse en una futura ley española de acceso a la información. Estos principios se han derivado de un estudio comparativo de la legislación y la práctica en más de 80 países del mundo así como de la nueva Convención del Consejo de Europa sobre el acceso a documentos públicos (2008).

“Los 9 principios.

Uno. El derecho a la información es un derecho de todas y todos.

El acceso a la información es un **derecho de toda persona**, que debe aplicarse sin discriminación por razón de nacionalidad o carácter del solicitante y que debe poder ejercerse sin necesidad de justificar las razones por las que se solicita la información.

Dos. El derecho de acceso se aplica a todas las entidades públicas.

El derecho se aplica a **todas las entidades públicas**, incluso a todos los poderes del Estado (poder judicial y el poder legislativo incluidos) así como todas aquellas entidades privadas y personas naturales que ejercen autoridad administrativa, realicen funciones públicas u operan con fondos públicos.

Tres. Realizar solicitudes debe ser sencillo, rápido y gratuito.

Sencillo: Los solicitantes deben tener el derecho de realizar las solicitudes de forma escrita u oral, en los idiomas oficiales de su autonomía, y el único requisito debe ser proporcionar un nombre, una dirección postal o de correo electrónico, y la descripción de la información buscada, sin que se les exija justificar el motivo de su solicitud.

Rápido: La información debe ser entregada **inmediatamente o dentro un plazo de 15 días hábiles**. Sólo en casos excepcionales, cuando la solicitud sea complicada y siempre con notificación al solicitante, la entidad pública podrá ampliar este plazo otros 15 días hábiles. El plazo sólo podrá ampliarse una vez.

Gratuito: El acceso a la información debe ser gratuito. Los solicitantes tendrán el derecho de consultar documentos que contengan la información buscada y/o a recibir información por correo electrónico de forma gratuita. Sólo se podrá cobrar una tasa al solicitante si se solicita copias de documentos. La tasa no podrá exceder el coste real en el que incurra la autoridad pública, que deberá ser, en todo caso, razonable y no exceder el coste real en el que incurra la autoridad pública. De la misma manera, cuando se trate de información que se entregue en otros formatos (como CDs, cintas de audio y/o video, etc.) se podrá cobrar únicamente el coste del soporte.

Cuatro. Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes.

⁶⁵ www.proacceso.org.

Los funcionarios tienen la obligación de ayudar a los solicitantes de información. Asimismo cada entidad pública y privada obligada por la ley de acceso a la información tendrá que designar uno o más funcionarios como **Responsables de Información**. El Responsable de Información recibirá y gestionará las solicitudes, ayudará a los solicitantes en sus búsquedas de información, y promoverá el conocimiento del derecho de acceso a la información dentro de su institución.

Cinco. Principio de publicidad de la información: el secreto y la denegación de la información son la excepción.

Toda información en poder de las administraciones, de todos los poderes del Estado y de todas aquellas entidades privadas que ejerzan funciones públicas debe ser pública. La denegación de acceso a cualquier tipo de información debe ser excepcional y solamente podrá fundamentarse en aquellas razones que específicamente se incluyan en la ley de acceso a la información, como pueden ser la seguridad nacional, protección de datos personales, la protección de secretos comerciales, o la prevención o investigación de delitos. Las excepciones tienen que ser en conformidad con las previstas por la Convención sobre acceso a documentos públicos del Consejo de Europa y sujetos a una prueba del daño al interés o derecho protegido así como una prueba de interés pública en conocer la información.

Seis. Las denegaciones de acceso a la información deben ser limitadas y estar debidamente motivadas.

Las **denegaciones de acceso** a la información deben estar **justificadas** y tener un **carácter limitado**. La ley debe establecer **el principio de acceso parcial**: Cuando un documento contenga información solicitada junto con otra información que caiga bajo uno de los límites establecidos por la ley, la entidad tendrá que separar la información reservada de la que pueda entregarle al solicitante, pero no podrá negar el acceso a toda la información.

Siete. Toda persona tiene el derecho de recurrir las denegaciones de acceso o la no contestación a las solicitudes realizadas.

Éstas podrán ser impugnadas mediante el régimen de recursos administrativos previstos en la Ley y, en su caso, en vía contencioso-administrativa, a través del **procedimiento para la protección de los derechos fundamentales** de la persona previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ocho. Las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público información sobre sus funciones y gastos sin que sea necesario realizar una solicitud.

Todos las entidades públicas, a iniciativa propia, deben poner a disposición del público un registro de todos los documentos que poseen y **deben asegurar el acceso fácil y gratuito a la información sobre sus funciones, responsabilidades, gastos**, y aquella información trascendente que les corresponda, **sin necesidad de que esta información les sea solicitada**. Dicha información debe ser actual, clara, y estar escrita en lenguaje sencillo.

Nueve. El derecho de acceso a la información debe ser garantizado por un órgano independiente.

Al igual que en la mayoría de los países que tienen una ley específica de acceso a la información deberá crearse **una agencia o comisionado específico e independiente** para revisar las denegaciones o no contestaciones a las solicitudes de acceso a la información. Asimismo este órgano se encargará de promover el conocimiento de este derecho entre los ciudadanos así como de impulsar su desarrollo en nuestra sociedad.”

Resulta de interés la carta que el 26 de agosto de 2010 remitió ACCESS INFO EUROPE al Presidente del Gobierno español:

“Access Info Europe, miembro de la Coalición Pro Acceso, le escribe hoy con la esperanza de que próximamente el Gobierno abra a debate público la futura ley de Transparencia y Acceso de los Ciudadanos a la Información. Por eso le solicitamos por la presente información sobre dicho anteproyecto de ley.

El lunes 16 de agosto, el periódico *El País* publicó numerosos detalles sobre el contenido de la futura ley. Puesto que la prensa, al contrario que el resto de los ciudadanos, ya ha tenido acceso al anteproyecto, quisiéramos saber, primero, en qué fechas tiene previsto el Consejo de Ministros considerar este anteproyecto de ley y, segundo, si hay algún tipo de consultas ciudadanas programadas sobre la futura ley de transparencia.

Tal y como muestra el documento adjunto, en muchos países Europeos tanto las agendas de los Consejos de Ministros como los documentos que van a ser considerados en dichas reuniones, se hacen públicos con cierta antelación, excepción hecha de documentos clasificados. En España, en cambio, las agendas del Consejo de Ministros son secretas hasta después de la reunión y, por lo tanto, en esta ocasión no se ha comunicado oficialmente ninguna información sobre el borrador de la ley de transparencia.

La Coalición Pro Acceso acudió a una reunión con el Ministerio de la Presidencia en diciembre de 2009. Aquella reunión tuvo lugar en una etapa temprana de la redacción del anteproyecto, y por ello entonces presentamos a miembros de la Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia los nueve principios de la Coalición Pro Acceso. En la reunión no se nos transmitió, sin embargo, ninguna información sobre el previsible contenido de la futura ley (alcance, plazos, etc.). Desafortunadamente ya han pasado nueve meses desde dicha reunión, que no tuvo continuidad, y cuatro meses desde que solicitamos sin éxito al Ministerio de la Presidencia alguna información sobre el estado del anteproyecto de la ley.

Quisiéramos además destacar que en muchos países de nuestro entorno existen requisitos legales de publicar los anteproyectos de ley e incluso los libros blancos que recogen las líneas maestras de éstos. Con todo, la sociedad civil española no ha podido hasta ahora participar en el debate sobre los detalles de este anteproyecto de ley por falta de información sobre su contenido.

Estamos firmemente convencidos de que es esencial que la sociedad civil pueda aportar comentarios fundados acerca de un anteproyecto de ley que está llamado a tener un gran valor en la defensa de los derechos de los ciudadanos de España, tal y como ya ocurre en otras democracias Europeas”.

ANEXO 2.- OBSERVACIONES⁶⁶ DEL AUTOR A LA CONSULTA PÚBLICA PROMOVIDA POR ACCESS INFO SOBRE EL “FILTRADO” ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA INFORMACIÓN PÚBLICA⁶⁷.

1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR.

Con fecha 17 de agosto de 2010 el que suscribe remitió el siguiente escrito a la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia:

Con agrado he leído en el diario *El País* de 16 de agosto la noticia: “*Una ley regulará el “derecho a saber” de los ciudadanos ante la Administración*”, en la que se da cuenta de la existencia de un anteproyecto de ley de acceso a los documentos y a la información, elaborado por el Gobierno.

Permítame felicitarle por ello.

A propósito del mismo, me permito adjuntarle mi estudio (prácticamente ultimado): “*Régimen jurídico del acceso a la información y a los documentos de las instituciones de la Unión Europea*” (de 103 páginas).

Al amparo de lo dispuesto en la Ley orgánica reguladora del Derecho de petición, le ruego sea tomado en consideración el mencionado estudio en los trámites relativos al referido anteproyecto de ley; pues considero que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y la doctrina del Defensor del Pueblo Europeo deben tomarse como referencia en la elaboración de una norma como la anunciada.

Asimismo, le ruego que el mencionado estudio se incorpore al expediente relativo a dicho anteproyecto.

Me parece muy oportuno residenciar en la Agencia Española de Protección de Datos las reclamaciones relativas a la denegación de acceso a los documentos. Respecto a la noticia periodística citada, en la que se informa que las resoluciones de la Agencia “*solo afectarán a la Administración central, no a la autonómica o a la local*”, creo que este punto debería modificarse, pues dado que estamos ante un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española, considero que la competencia para resolver las reclamaciones respecto a todas las Administraciones Públicas ha de residenciarse ante el mismo órgano, de la misma forma que en materia de protección de datos. La concentración en el mismo órgano, aparte de ser una exigencia constitucional evitaría la creación de órganos nuevos en las distintas Administraciones públicas, lo que reduciría el incremento del gasto público. Asimismo, es conveniente desde el punto de vista de unificación de criterios en la materia.”

2. ¿DE QUÉ DERECHO ESTAMOS HABLANDO?. RANGO DE LA NORMA PROYECTADA.

En opinión del que suscribe, el derecho de acceso a los documentos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española, que reconoce y

⁶⁶ De 23 de septiembre de 2010.

⁶⁷ Publicado en www.acces-info.org, el 22 de septiembre de 2010.

protege el derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”.

Esto debería clarificarse en la Exposición de Motivos de la norma proyectada, pues aunque la misma dice que “... *es también evidente que su eficacia complementa y refuerza la del derecho fundamental a recibir libremente información del artículo 20.1. d) de la Constitución, un derecho del que depende la posibilidad misma de la existencia de opinión pública, elemento indisociable del pluralismo político propio del Estado democrático*”, parece que no le queda claro al prelegislador que estamos ante el desarrollo de un derecho fundamental: de ahí que el rango otorgado a la norma por el anteproyecto sea el de ley ordinaria.

Asimismo, también el anteproyecto podría constituir el desarrollo de otro derecho fundamental: el de petición, reconocido en el artículo 29 CE.

El artículo 105 b) de la Constitución Española establece un mandato al legislador –sujeto, por tanto, a la reserva de ley-, al señalar que la ley regulará “*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”. Por consiguiente, el título jurídico en el que se basa el derecho de acceso es el artículo 20, no estableciendo el artículo 105 CE un derecho autónomo o distinto a aquél. A mi entender, la vulneración del derecho de acceso a los documentos administrativos es susceptible de protección en amparo.

Dado que estamos hablando del desarrollo de un derecho fundamental, el rango de la norma proyectada debe ser el de **ley orgánica**, pues, como establece el artículo 81.1 de la Constitución Española:

“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”

Lo anterior tiene especial repercusión en cuanto a la regulación y protección jurisdiccional del derecho fundamental, pues, como establece el artículo 53 de la Constitución:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

Respecto a la **protección jurisdiccional**, debería establecerse en el anteproyecto una norma similar a la prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

La ubicación del artículo 105 b) en el texto constitucional es, en mi opinión, bastante desafortunada, pues debería haberse insertado en el propio artículo 20, para no inducir a confusión.

A este respecto, son de gran interés las apreciaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*):

“A) *Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.*

75. La jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención, a través

de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo⁶⁸.

76. En este sentido la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, **el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”**⁶⁹. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.

77. En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente **los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado**, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea⁷⁰.

91. Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho⁷¹.

⁶⁸ Cfr. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 77-80; *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 108-111; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párrs. 146-149; *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párrs. 64-67; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 30-33 y 43.

⁶⁹ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párr. 108.

⁷⁰ Cfr. *Caso López Álvarez*, *supra* nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 80; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 108-111.

⁷¹ Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 121 y 123; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 46.

92. **La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación**, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.”

ÁLVAREZ⁷² subraya que “el acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, signadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo físico de la información no están orientadas a facilitar el acceso de las personas a la misma”. Respecto a la referida sentencia, el documentado Estudio citado señala que “uno de los avances más importantes en materia de derecho de acceder a la información en poder del Estado a través de la emisión de la sentencia de la Corte en el caso *Claude Reyes y otros* consiste en que por primera vez un tribunal internacional reconoce el carácter fundamental de dicho derecho en su doble vertiente, como derecho individual de toda persona descrito en la palabra “buscar” y como obligación positiva del Estado para garantizar el derecho a “recibir” la información solicitada”.

3. EXCLUSIONES DEL ARTÍCULO 2.3.

Según el artículo 2.3 “queda excluida del derecho de acceso la información... meramente auxiliar y de apoyo para el ejercicio de la actividad pública, como notas, borradores, opiniones, resúmenes, informes y comunicaciones internas, **que no tienen carácter oficial** y no se destinan a formar parte de un expediente”.

Esta excepción debería eliminarse o, al menos, matizarse, pues parece una contradicción en sus propios términos, dado que si es auxiliar o de apoyo para el ejercicio de la **actividad pública**, no puede predicarse que “no tienen carácter oficial”.

Por ejemplo, sometido un proyecto de norma a información o consulta pública, las aportaciones al mismo no pueden excluirse del derecho de acceso. Asimismo, si los informes, notas, etcétera, son realizados por funcionarios públicos, expertos –por ejemplo científicos-, etcétera, no debe negarse el acceso.

Es de interés la decisión del Defensor del Pueblo Europeo en la reclamación 70/2008/TS contra la Comisión Europea⁷³:

“PGEU, una ONG que representa al sector farmacéutico europeo, solicitó acceso a un estudio realizado para la Comisión por un instituto privado de investigación médica. El estudio versa sobre la reglamentación comunitaria del sector farmacéutico en la Unión Europea. Dicha petición de acceso al estudio se efectuó al amparo del Reglamento (CE) nº 1049/2001 relativo al acceso público a los documentos de las instituciones de la UE.

La Comisión publicó el estudio antes de que el Defensor del Pueblo comenzase su indagación. Sin embargo, éste consideró que el caso merecía una evaluación completa.

Las razones de la Comisión para rechazar la difusión eran las siguientes: la Comisión afirmaba que la difusión del estudio en el momento de la petición del demandante habría perjudicado seriamente su proceso de toma de decisiones al exponer a la Comisión y a sus servicios a una «*anormal presión externa*». La Comisión subrayaba que, según sus previsiones, el estudio podía contribuir de manera considerable a su estrategia y política en la materia. Sin embargo, cuando recibió la petición del demandante, sus servicios no habían llegado aún a conclusiones sobre las propuestas a remitir a instancias superiores.

⁷² Presentación del “Estudio especial sobre el Derecho de acceso a la información”. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría especial para la libertad de expresión. Washington DC, 2007.

⁷³ Comunicado de prensa del 27 de julio de 2009.

Asimismo, el conceder acceso al estudio en esa fase habría conducido a un «*debate estéril*» sobre los méritos y repercusión del estudio.

El Defensor del Pueblo consideró que estas razones no eran ni válidas ni pertinentes.

En primer lugar, la Comisión no facilitó información sobre la decisión concreta y específica que preveía adoptar ni sobre el calendario del proceso de toma de decisiones. En particular, no había facilitado información sobre el tipo de proceso de toma de decisiones, sobre la forma y tipo de decisión que preveía adoptar, sobre los servicios que la adoptarían, ni sobre el momento previsto para su adopción. En segundo lugar, no facilitó información concreta sobre qué consideraba un «*debate estéril*». Por ejemplo, no ofreció indicación sobre qué le habría llevado a entrar en este debate y sobre el modo en que dicho debate habría «perjudicado seriamente» su proceso de toma de decisiones.

El Defensor del Pueblo consideró que lo anterior constituía un caso de mala administración, y cerró el caso formulando observaciones críticas”.

La Comisión Europea ha manifestado, en su Informe sobre la aplicación del Reglamento 1049/2001 en el año 2009 (COM(2010)351 final), refiriéndose a las sentencias de 11 de marzo de 2009 en los asuntos T-121/05 y T-166/05, *Borax Europe Ltd contra Comisión* que, “en estas sentencias, el Tribunal anuló las decisiones de la Comisión por las que se denegaba el acceso a distintos documentos relativos a una **reunión de un grupo de expertos científicos especialistas** en materia de efectos tóxicos de ciertas sustancias químicas sobre la reproducción humana. Estos expertos fueron designados por los Estados miembros pero participaron en esta reunión en calidad de expertos y no de representantes de los Estados miembros.

Con relación al argumento de la Comisión, según el cual el hecho de desvelar la identidad de los expertos y la opinión que expresaron durante la reunión atentaría claramente contra su integridad, exponiéndoles a presiones exteriores injustificadas, el Tribunal consideró que las decisiones impugnadas sólo contienen motivos generales y que la Comisión no ha aportado pruebas relativas al caso particular que pudieran demostrar la existencia de tal riesgo.

Por lo que se refiere a la **excepción “proceso decisorio”**, también alegada por la Comisión, el Tribunal indicó que las opiniones de carácter científico recogidas por una institución para la elaboración de un texto “legislativo” deben, en principio, hacerse públicas, incluso si, potencialmente, pueden levantar polémicas o disuadir a las personas que las formularon de aportar su contribución al proceso decisorio de esta institución. El riesgo, alegado por la Comisión, de que un debate público surgido de la revelación de su opinión incite a los expertos a no participar más en su proceso decisorio, es inherente a la norma que reconoce el principio de acceso a los documentos que contienen opiniones destinadas al uso interno en el marco de consultas y deliberaciones preliminares, entre las que se incluyen obviamente las consultas de expertos.

El Tribunal, por lo tanto, anuló las decisiones impugnadas, considerando que las motivaciones de denegación eran demasiados generales”.

La Sentencia de 1 de julio de 2008 del Tribunal de Justicia (Asuntos acumulados C-39/05 y C-52/05. *Suecia y Turco / Consejo y otros*)⁷⁴ considera que la transparencia del proceso legislativo y el fortalecimiento de los derechos democráticos de los ciudadanos europeos pueden constituir un interés público superior que justifique la divulgación de los **dictámenes jurídicos**. El Tribunal considera que la divulgación de los documentos que contienen el dictamen del Servicio Jurídico de una institución acerca de cuestiones jurídicas surgidas durante el debate sobre iniciativas legislativas puede aumentar la transparencia y reforzar el derecho de los ciudadanos europeos a controlar la información que constituyó la base de un acto jurídico.

⁷⁴ Además de la sentencia puede verse el completo Comunicado de Prensa del Tribunal sobre la misma, nº 43/08, de 1 de julio de 2008

Refiriéndose al Consejo, el Tribunal puntualiza que el examen que ha de realizar el Consejo antes de divulgar un documento debe desarrollarse en tres tiempos. En un primer momento, el Consejo debe cerciorarse de que, más allá de la denominación del documento, se trata realmente de un dictamen jurídico. En un segundo momento, el Consejo debe examinar si la divulgación de partes del documento de que se trata supone un perjuicio para la protección de dicho asesoramiento. A este respecto, el Tribunal de Justicia interpreta la excepción relativa al asesoramiento jurídico prevista en el Reglamento en el sentido de que su objeto es proteger el interés que tiene una institución en solicitar dictámenes sinceros, objetivos y completos. Además señala que el argumento general y abstracto de que la divulgación puede inducir a dudar de la legalidad del acto legislativo no basta para caracterizar tal perjuicio, en la medida en que es precisamente la transparencia lo que contribuye a una mayor legitimidad y confianza a los ojos de los ciudadanos. Asimismo, ante la ausencia de un perjuicio razonablemente previsible y no puramente hipotético, la divulgación de los dictámenes jurídicos no cuestiona la independencia del Servicio Jurídico del Consejo. Por último, el Tribunal de Justicia puntualiza que corresponde al Consejo comprobar que no existe un interés público superior que justifique la divulgación.

El Tribunal concluye que el Reglamento obliga, en principio, a divulgar los dictámenes del Servicio Jurídico del Consejo relativos a un proceso legislativo. No obstante, este principio se exceptúa en el caso de dictámenes emitidos en el contexto de un proceso legislativo que tenga un carácter especialmente sensible o un amplio alcance que vaya más allá del marco del proceso legislativo. En tal caso, correspondería a la institución de que se trate motivar detalladamente la denegación.

4. DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DEL PODER LEGISLATIVO Y JUDICIAL Y DE OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.

Respecto a los **documentos jurisdiccionales** ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2010 (Recurso de casación recaído en los asuntos acumulados C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P) se ha detenido extensamente en lo relativo al derecho de acceso a los documentos referentes a la **actividad jurisdiccional**:

79. Pues bien, se deduce tanto del tenor de las disposiciones pertinentes de los Tratados, como del sistema del Reglamento nº 1049/2001 y de la finalidad de la normativa de la Unión en la materia, que **la actividad jurisdiccional como tal está excluida del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos previsto por dicha normativa.**

80. En primer lugar, en cuanto a las disposiciones pertinentes de los Tratados, resulta con claridad del tenor del artículo 255 CE que **el Tribunal de Justicia no está sujeto a las obligaciones de transparencia** previstas en dicho artículo.

81. **La finalidad de dicha exclusión se deduce, por otra parte, aún más claramente del artículo 15 TFUE, que sustituyó al artículo 255 CE y que, al ampliar el ámbito de aplicación del principio de transparencia, precisa, en su apartado 3, párrafo cuarto, que el Tribunal de Justicia sólo estará sujeto a las obligaciones de transparencia cuando ejerza funciones administrativas.**

82. Se deduce de ello que la exclusión del Tribunal de Justicia de la relación de instituciones sometidas, en virtud del artículo 255 CE, a dichas obligaciones se justifica precisamente por la naturaleza de la actividad jurisdiccional que debe ejercer, de conformidad con el artículo 220 CE.

83. El sistema del Reglamento n° 1049/2001, que tiene por fundamento jurídico el propio artículo 255 CE, confirma, por lo demás, también esta interpretación. El artículo 1, letra a), de este Reglamento, al precisar su ámbito de aplicación, excluye al Tribunal de Justicia, al no referirse a éste, de las instituciones sometidas a las obligaciones de transparencia que establece, al tiempo que el artículo 4 de dicho Reglamento consagra una de las excepciones al derecho de acceso a los documentos de las instituciones precisamente para la protección de los procedimientos jurisdiccionales.
84. De este modo, resulta tanto del artículo 255 CE como del Reglamento n° 1049/2001 que **las limitaciones a la aplicación del principio de transparencia a la actividad jurisdiccional persiguen la misma finalidad, concretamente, garantizar que el derecho de acceso a los documentos de las instituciones se ejerza sin perjudicar la protección de los procedimientos jurisdiccionales.**
85. A este respecto, procede señalar que la protección de estos procedimientos conlleva, en particular, que se garantice el **respeto de los principios de igualdad de armas y de buena administración de la justicia.**
86. Pues bien, por una parte, en cuanto a la **igualdad de armas**, procede señalar que, como declaró en esencia el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 78 de la sentencia recurrida, si el contenido de los escritos de la Comisión tuviese que ser objeto de un debate público, las críticas vertidas frente a los mismos, más allá de su verdadero alcance jurídico, podrían influir en la posición defendida por la institución ante los órganos jurisdiccionales de la Unión.
87. Además, tal situación podría falsear el equilibrio indispensable entre las partes en un litigio ante los mencionados órganos jurisdiccionales –equilibrio que está en la base del principio de igualdad de armas– en la medida en que únicamente la institución afectada por una solicitud de acceso a sus documentos, y no el conjunto de partes en el procedimiento, estaría sometida a la obligación de divulgación.
88. Por otra parte, procede recordar a este respecto que el principio de igualdad de armas, al igual que, en particular, el de contradicción, sólo es un corolario del concepto mismo de proceso justo (véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros*, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 31; de 2 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 50; y de 17 de diciembre de 2009, *Revisión M/EMEA*, C-197/09 RX-II, Rec. p. I-0000, apartados 39 y 40).
89. Pues bien, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el principio de contradicción debe beneficiar a cualquier parte en un proceso del que conoce el juez de la Unión, sea cual sea su condición jurídica. En consecuencia, las instituciones de la Unión pueden de este modo invocarlo cuando son partes en un proceso (véase, en este sentido, la sentencia *Comisión/Irlanda y otros*, antes citada, apartado 53).
90. Así pues, la API alega infundadamente que la Comisión, en su condición de institución pública, no puede invocar un derecho a la igualdad de armas, puesto que dicho derecho sólo beneficia a los particulares.
91. Ciertamente, el propio Reglamento n° 1049/2001 impone sólo obligaciones de transparencia a las instituciones que enumera, como alega la API. Sin embargo, el hecho de que tales obligaciones se impongan únicamente a las instituciones afectadas no puede conllevar, en los procedimientos jurisdiccionales pendientes,

que la posición procesal de éstas se debilite en lo relativo al principio de igualdad de armas.

92. Por otra parte, en cuanto a la **buena administración de la justicia**, la exclusión de la actividad jurisdiccional del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos, sin distinguir entre las distintas fases del procedimiento, se justifica por la necesidad de garantizar, durante todo el procedimiento jurisdiccional, que los debates entre las partes y la deliberación del órgano jurisdiccional que conoce del asunto pendiente, se desarrollen serenamente.
93. Pues bien, la divulgación de los escritos procesales en cuestión llevaría a permitir que se ejercieran, aunque sólo fuera en la percepción del público, presiones externas sobre la actividad jurisdiccional y que se perjudicara la serenidad de los debates.
94. **En consecuencia, ha de reconocerse la existencia de una presunción general de que la divulgación de los escritos procesales presentados por una institución en un procedimiento jurisdiccional perjudica la protección de dicho procedimiento, en el sentido del artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001 mientras dicho procedimiento esté pendiente.**
95. Dicha divulgación no tendría en cuenta las particularidades de esta categoría de documentos y equivaldría a someter al principio de transparencia una parte esencial del procedimiento jurisdiccional. Esto supondría que la exclusión del Tribunal de Justicia de entre las instituciones a las que se aplica el principio de transparencia, de conformidad con el artículo 255 CE, quedara en gran parte privada de su efecto útil.
96. Además, tal presunción se justifica también en relación con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con los Reglamentos de Procedimiento de los órganos jurisdiccionales de la Unión (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 55).
97. En efecto, aunque el Estatuto del Tribunal de Justicia establece, en su artículo 31, la publicidad de la vista, limita, de conformidad con su artículo 20, párrafo segundo, la notificación de los documentos del procedimiento a las partes y a las instituciones de la Unión cuyos actos se impugnen.
98. Del mismo modo, los Reglamentos de Procedimiento de los órganos jurisdiccionales de la Unión prevén la notificación de los escritos únicamente a las partes del procedimiento. En concreto, el artículo 39 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el artículo 45 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y el artículo 37, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de la Función Pública establecen que la demanda sólo será notificada al demandado.
99. **En consecuencia, ha de señalarse que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia, ni dichos Reglamentos de Procedimiento prevén el derecho de acceso de terceros a los escritos procesales presentados ante el Tribunal de Justicia en los procedimientos jurisdiccionales.**
100. Pues bien, procede tener en cuenta esta circunstancia para interpretar la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001. Si estos terceros pudieran acceder, sobre la base del Reglamento nº 1049/2001, a dichos escritos, se cuestionaría el sistema normativo procesal que regula los procedimientos jurisdiccionales ante los órganos jurisdiccionales de la Unión (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 58).

101. A este respecto, procede señalar que carece de pertinencia la alegación por la API de que otros sistemas jurídicos nacionales han adoptado soluciones distintas que prevén, en particular, que los órganos jurisdiccionales permitan el acceso a los escritos procesales presentados ante ellos. Como sostiene la Comisión, y como declaró justamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 85 de la sentencia recurrida, la normativa procesal de los órganos jurisdiccionales de la Unión no prevé que los terceros tengan derecho a acceder a los escritos procesales depositados en la secretaría por las partes.

102. Al contrario, es precisamente la existencia de dicha normativa procesal, a la que se hallan sometidos los escritos procesales en cuestión, y el hecho de que no sólo no prevea ningún derecho de acceso a los autos, sino que, de conformidad con el artículo 31 del Estatuto del Tribunal de Justicia, prevea incluso que se pueda celebrar una vista a puerta cerrada o que determinadas informaciones, como el nombre de las partes, se mantengan reservadas, lo que contribuye a fundamentar la presunción de que la divulgación de los escritos procesales en cuestión perjudica a los procedimientos jurisdiccionales (véase, por analogía, la sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartados 56 a 58).

103. Es cierto, como ha precisado el Tribunal de Justicia, que **esta presunción general no excluye el derecho del interesado a demostrar que un documento determinado cuya divulgación se solicita no está amparado por la citada presunción** (sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apartado 62). No es menos cierto que, en el caso de autos, no resulta de la sentencia recurrida que la API hubiese invocado este derecho.

104. A la vista del conjunto de consideraciones precedentes, procede concluir que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho al considerar que la Comisión, a falta de cualquier elemento que pudiera desvirtuar dicha presunción, estaba obligada, una vez celebrada la vista, a valorar en concreto cada uno de los documentos solicitados para comprobar si, a la vista de su contenido específico, su divulgación perjudicaría la protección del procedimiento jurisdiccional con el que guardaba relación.

105. Sin embargo, ha de señalarse que, como ya se ha precisado en el apartado 66 de la presente sentencia, las consideraciones contenidas en el apartado 82 de la sentencia recurrida sólo constituyen una fase del razonamiento que llevó al Tribunal de Primera Instancia a desestimar el motivo planteado ante él por la API. Dicho apartado 82, en cambio, no sustenta de ningún modo el fallo de la sentencia recurrida.

106. Se deduce que la anulación de esta parte de la motivación de la sentencia recurrida no conlleva la anulación del fallo de la misma.”

Cosa distinta es que nos encontremos con un procedimiento jurisdiccional sobre el que haya recaído sentencia. Como expone el Tribunal de Justicia en la referida Sentencia de 21 de septiembre de 2010:

“130. De entrada, ha de declararse que, aunque, por las razones expuestas en los apartados 68 a 104 de la presente sentencia, se presume que la divulgación de los escritos procesales presentados en un procedimiento jurisdiccional pendiente perjudica la protección de dicho procedimiento, dado que esos escritos constituyen la base sobre la cual se ejerce la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia, **otra cosa ocurre cuando el procedimiento en cuestión ha finalizado con una decisión jurisdiccional.**

131. **En este último supuesto, ya no cabe presumir que la divulgación de los escritos procesales perjudique la actividad jurisdiccional del Tribunal de**

Justicia, dado que una vez finalizado el procedimiento, esta actividad ha terminado.

132. No se puede excluir ciertamente que, como alega la Comisión, la divulgación de escritos procesales relativos a un procedimiento jurisdiccional finalizado pero **relacionado con otro procedimiento aún pendiente** pudiera perjudicar a este último procedimiento, en particular, cuando las partes en él no son las mismas que las del procedimiento finalizado. En semejante situación, si la Comisión ha utilizado las mismas alegaciones en apoyo de su posición jurídica en ambos procedimientos, la divulgación de sus alegaciones en el procedimiento pendiente puede perjudicar a éste.

133. Sin embargo, ese riesgo depende de múltiples factores, entre ellos, en particular, el grado de semejanza entre las alegaciones formuladas en ambos procedimientos. Si los escritos procesales de la Comisión sólo coinciden parcialmente, podría bastar una **divulgación parcial** para evitar cualquier posible perjuicio para el procedimiento pendiente.

134. Pues bien, en estas circunstancias, **únicamente un examen concreto de los documentos cuyo acceso se solicita, realizado de conformidad con los criterios recordados en el apartado 72 de la presente sentencia, puede permitir a la Comisión determinar si se puede denegar su divulgación**, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, segundo guión, del Reglamento nº 1049/2001.

135. Se deduce de ello que el Tribunal de Primera Instancia resolvió, en esencia, conforme a Derecho que la posibilidad de perjudicar un interés protegido, exigida por esta disposición, no se puede presumir basándose únicamente en la relación que existe entre los procedimientos jurisdiccionales de que se trata.”

5. COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

La ley, dado que desarrolla un derecho fundamental debe ser aplicable en su integridad a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que se establezca un precepto similar a la Disposición final única (**Desarrollo** y entrada en vigor de la Ley) de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

PRINCIPALES NORMAS Y DOCUMENTOS OFICIALES DE INTERÉS.

Reglamento (CE) N° 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. DOCE del 31 de mayo de 2001.

Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento interno. DOCE del 29 de diciembre de 2001.

Convenio sobre “acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, hecho en Aarhus, Dinamarca, el 25 de junio de 1998. Dado el 15 de diciembre de 2004, DOCE de 17 de mayo de 2005.

Acceso a los documentos de la Comisión Europea. Guía del ciudadano.

Informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios del Reglamento (CE) 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. 30 de enero de 2004. COM(2004) 45 final.

Informe de la Comisión relativo a la aplicación durante el año 2002 del Reglamento (CE) 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. 29 de abril de 2003. COM(2003) 216 final.

Idem. Año 2003. 30 de abril de 2004. COM(2004) 347 final.

Idem. Año 2004. 29 de julio de 2005. COM(2005) 348 final.

Idem. Año 2005. 24 de septiembre de 2007. COM(2007) 548 final.

Idem. Año 2006. 20 de diciembre de 2007. COM(2007) 841 final.

Idem. Año 2007. 10 de octubre de 2008. COM(2008) 630 final.

Idem. Año 2008. 2 de julio de 2009. COM(2009) 331 final.

Idem. Año 2009. 30 de junio de 2010. COM(2010) 351 final.

Informe anual 2009 sobre el acceso del público a los documentos. Parlamento Europeo.

Informe anual del Consejo sobre el acceso a los documentos (2008). Abril de 2009.

Libro Verde. Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión. Comisión de las Comunidades Europeas, 18 de abril de 2007. COM(2007) 185 final.

Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. 30 de abril de 2008. [COM(2008) 229 final].

Acceso del público a los documentos y protección de datos. Supervisor Europeo de Protección de Datos. Serie documentos de base. Resumen. Julio de 2005, n° 1.

Reglamento (CE) n° 168/2007, del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2009, sobre las mejoras necesarias en relación con el marco jurídico de acceso a los documentos a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (Reglamento (CE) n° 1049/2001).

Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos oficiales, de 18 de junio de 2009. (Visto en http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convenio.esp-en.pdf).