

RESOLUCIÓN 6/2020, de 25 de septiembre.

PRESIDENTA: María Barrena Ezcurra.

VOCAL: Amaia Zurbano-Beaskoetxea Laraudogoitia.

SECRETARIO: Iñigo Alvear Lekue.

La Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia de la Diputación Foral de Bizkaia, compuesta por los miembros anteriormente expresados, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN ante la reclamación formulada por \_\_\_\_\_, contra resolución de 18 de junio de 2020 del Director General de Promoción de la Autonomía Personal del Departamento de Acción Social, actuando como ponente Doña María Barrena Ezcurra, quien expresa el parecer de la Comisión

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de junio de 2020 \_\_\_\_\_ formula reclamación ante esta Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia en la que hace constar:

*Con fecha de 11 de mayo de 2020 se plantea ante la Diputación Foral de Bizkaia una solicitud, de acuerdo con el derecho de acceso a la información pública, cuyo contenido literal es el siguiente*

*En relación con la epidemia del Covid-19 y su impacto en las residencias de mayores del territorio foral, se pide conocer los siguientes datos:*

*Número de personas contagiadas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias.*

*Número de personas fallecidas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias e indicando en cuántos casos existió positivo por Covid-19 y en cuántos casos se produjo el deceso con sintomatología compatible.*

*Del número total de fallecidos de cada residencia, entre el 1 de marzo y el 30 de abril, con positivo confirmado o con sintomatología compatible, enumerar cuántos decesos se produjeron en la residencia y cuántos en el hospital.*

*Segundo. – La Diputación de Bizkaia, con fecha 16 de junio de 2020, resuelve:*

*Primero. - Autorizar a \_\_\_\_\_ para poder acceder a la información solicitada.*

*Segundo. - La información cuyo acceso se autoriza se proporciona en el Anexo I a esta resolución.*

*El contenido del Anexo I, por su parte, indica literalmente:*



Para preservar el derecho a la intimidad tanto de las personas usuarias como de sus familias, así como para no estigmatizar a las residencias, se aportan datos generales de la red, anonimizados.

Tercero. – Pese a lo afirmado por la Diputación Foral de Bizkaia en su resolución, no es cierto que se haya accedido a la información solicitada, sino todo lo contrario.

a. Se realizó la siguiente solicitud:

Número de personas contagiadas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias.

Y lo único que aporta la Diputación Foral de Bizkaia es el número global de positivos confirmados. Sin embargo, esta información no se desglosa por residencias, tal y como se pedía en la solicitud de acceso a la información pública.

b. Se realizó la siguiente solicitud:

Número de personas fallecidas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias e indicando en cuántos casos existió positivo por Covid-19 y en cuántos casos se produjo el deceso con sintomatología compatible.

Y lo único que aporta la Diputación Foral de Bizkaia es el número global de fallecidos en residencias. Sin embargo, esta información no se desglosa por residencias, tal y como se pedía en la solicitud de acceso a la información pública.

Se realizó la siguiente solicitud:

Del número total de fallecidos de cada residencia, entre el 1 de marzo y el 30 de abril, con positivo confirmado o con sintomatología compatible, enumerar cuántos decesos se produjeron en la residencia y cuántos en el hospital.

Y la Diputación Foral de Bizkaia no aporta esta información porque asegura que “no dispone del dato”.

Así que, de los tres apartados de los que consta la solicitud de información planteada, la Diputación Foral de Bizkaia no responde realmente a ninguno.

#### Fundamentos de Derecho

Primero. – La jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la STS 3530/2017, de 16 de octubre, (Recurso 75/2017), el Tribunal Supremo destaca la “formulación amplia y expansiva” con que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013:

“Cualquier pronunciamiento sobre las “causas de inadmisión” que se enumeran en el artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre [...] debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013”.



[...]

*“Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1”. [FJ Cuarto]*

*Como consecuencia de esa formulación amplia con que aparece configurado en nuestro ordenamiento el derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Supremo determina que sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas y que en ningún caso nos encontramos ante una potestad discrecional de la Administración:*

*“Claramente lo deja así señalado el artículo 14.2 de la Ley 19/2013 cuando dispone: “(...) 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”. Por tanto, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración –o, en este caso, de la Corporación RTVE–, pues hemos visto que aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley”. [FJ Quinto]*

*Tras realizar esa interpretación, el Tribunal Supremo procede a dar respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional, dejando claro que las limitaciones al derecho de acceso a la información nunca pueden suponer un menoscabo injustificado y desproporcionado de dicho derecho:*

*“En virtud de lo expuesto en los apartados anteriores, la respuesta a la cuestión que en el auto de admisión del presente recurso se consideró que presenta interés casacional (véanse antecedente tercero y fundamento jurídico segundo, último párrafo) ha de ser la siguiente:*

*La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. [...] Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley”. [FJ Sexto]*

*En definitiva, la pionera sentencia del Tribunal Supremo permite establecer tres criterios claros a la hora de interpretar el derecho de acceso a la información que recoge la LTAIBG:*

*1º) Es un derecho que aparece configurado con una formulación amplia y expansiva, lo que obliga a interpretar de forma restrictiva cualquier limitación a su ejercicio. Sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas.*

*2º) La posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración. Es un derecho que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley.*



3º) No cabe aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información.

Segundo. – Incumplimiento por parte de la Diputación Foral de Bizkaia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La Diputación Foral de Bizkaia, en la resolución que aquí se recurre, acude a dos argumentos para no facilitar los datos e incumplir por tanto el derecho de acceso del solicitante:

- Que pretende “preservar el derecho a la intimidad tanto de las personas usuarias como de sus familias”.
- Que busca “no estigmatizar a las residencias”.

Ambos argumentos, no obstante, no se sostienen desde el punto de vista jurídico.

a. El derecho a la intimidad

Una simple lectura de la solicitud de información planteada permite concluir que el derecho a la intimidad nada tiene que ver en este caso, ya que en ningún momento se pidió conocer dato personal alguno de nadie.

Facilitar la información “anonimizada” consiste precisamente en dar la cifra de fallecidos por residencia, que es lo que no hace la Diputación Foral de Bizkaia.

Pero, insistimos, en la solicitud de información no se pide ningún dato personal. Ninguno.

b. “No estigmatizar a las residencias”

No facilitar los datos para “no estigmatizar a las residencias” supone anteponer los supuestos intereses de dichos centros a la transparencia en un tema de salud pública. Y el derecho a la salud debería prevalecer en un supuesto como el aquí planteado.

Para empezar, no se puede hurtar a las personas que viven en este momento en las residencias y a sus familiares, el conocimiento de lo que ha ocurrido durante el periodo de pandemia.

Pero el resto de los ciudadanos también tienen derecho a conocer esos datos. En algún momento pueden tener que decidir sobre el ingreso de una persona en una residencia del territorio foral y deben tener acceso a toda la información relevante sobre el funcionamiento de los centros.

El derecho a la salud está protegido constitucionalmente, en el artículo 43 de la Carta Magna. Los constituyentes quisieron darle protección constitucional a ese derecho conscientes de su importancia para los ciudadanos españoles.

Por otra parte, en el argumento de la Diputación Foral de Bizkaia de “no estigmatizar” a las residencias, está implícita la siguiente idea: que el público conocimiento del número de fallecidos en cada centro causaría un perjuicio a aquellas residencias donde ese número haya sido muy alto.



*Pero de aceptarse este razonamiento, habría que inferir también que el público conocimiento de esos datos podría suponer un beneficio para aquellas residencias donde el número de fallecidos haya sido muy bajo o inexistente.*

*En ningún caso parece que sea competencia de la Diputación Foral de Bizkaia proteger los intereses de unas residencias (las que tienen un alto número de fallecidos) frente a los intereses de otros centros residenciales (los que tienen un bajo número de fallecidos). Pero, si la Diputación Foral de Bizkaia entendiéndose que esa es una de sus funciones, lo que parecería completamente inapropiado es que optase por defender los intereses de aquellos centros residenciales que lo han hecho peor y no los de aquellas residencias que lo han hecho mejor.*

**Tercero. - Menoscabo injustificado del derecho del solicitante a acceder a información pública.**

*La consecuencia de la resolución de la Diputación Foral de Bizkaia es que se produce un menoscabo injustificado del derecho del solicitante a acceder a información pública.*

*Menoscabo que se produce en contra de la jurisprudencia expresa en este sentido del Tribunal Supremo, que configura ese derecho "con una formulación amplia y expansiva, lo que obliga a interpretar de forma restrictiva cualquier limitación a su ejercicio". Como se indicó con detalle en el Hecho Tercero, pese a que la resolución de la Diputación Foral de Bizkaia dice conceder acceso a la información solicitada, en realidad eso no es así en absoluto.*

#### **Solicitud a la Comisión de Reclamaciones**

*Por todo lo expuesto, se SOLICITA a la Comisión de Reclamaciones de Bizkaia que atienda la presente reclamación e inste a la Diputación Foral de Bizkaia a cumplir con su obligación de facilitar la información solicitada. Y, en concreto, que aporte la siguiente información:*

- a. Número de personas contagiadas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias.*
- b. Número de personas fallecidas en las residencias, entre el 1 de marzo y el 30 de abril de 2020, desglosado por residencias e indicando en cuántos casos existió positivo por Covid-19 y en cuántos casos se produjo el deceso con sintomatología compatible.*
- c. Del número total de fallecidos de cada residencia, entre el 1 de marzo y el 30 de abril, con positivo confirmado o con sintomatología compatible, enumerar cuántos decesos se produjeron en la residencia y cuántos en el hospital.*

**SEGUNDO.** - Esta Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia solicitó en reiteradas ocasiones al Departamento de Acción Social el envío de los antecedentes de la reclamación planteada, así como de informe en el que se analizara la misma.

A pesar del tiempo transcurrido en esta Comisión no se han recibido ni los antecedentes ni el informe solicitados.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia se crea por el artículo 27 de la Norma Foral 1/2016, de 17 de febrero, de Transparencia de Bizkaia.

De conformidad con el artículo 29.1.1, en relación con el artículo 2, ambos de esta Norma Foral, la Comisión de Reclamaciones será la competente para resolver las reclamaciones frente a la denegación expresa o presunta del derecho de acceso a la información pública de la Diputación Foral de Bizkaia y los organismos autónomos forales, las entidades públicas empresariales forales, las sociedades mercantiles forales, las fundaciones forales y los consorcios forales y otros entes forales de derecho público distintos de los mencionados anteriormente.

Por su parte, el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia de la Diputación Foral de Bizkaia, aprobado por Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 128/2016, de 26 de julio, establece en su artículo 18 que, entre otras, es competencia del Pleno de la Comisión: *"a) Resolver las reclamaciones contra la denegación expresa o tácita del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en los términos establecidos en la Norma Foral 1/2016."*

**SEGUNDO.** - La presente reclamación se formula contra la resolución adoptada por el Director General de Promoción de la Autonomía Personal del Departamento de Acción Social el día 16 de junio de 2020 en la que se autorizaba a \_\_\_\_\_ a acceder a la información solicitada en los siguientes términos:

*Al cierre del mes de abril, en la red de 155 residencias autorizadas para personas mayores en el Territorio Histórico de Bizkaia, con 10.748 plazas, había las siguientes personas afectadas por COVID19, según información a disposición del Servicio de Inspección y Control del Departamento de Acción Social, reportada por los titulares de los centros:*

*N.º de personas usuarias en residencia con positivo confirmado: 716.*

*N.º de personas usuarias de residencia, hospitalizadas, con positivo confirmado: 71.*

*A la misma fecha, eran 48 los centros con personas residentes afectadas.*

*Durante todo el mes de abril fallecieron en la red de residencias para personas mayores autorizadas de Bizkaia 219 personas con COVID19 positivo y 23 con sospecha o síntomas compatibles. Desde el inicio de la crisis hasta el 30 de abril, fallecieron con COVID19 en las residencias de Bizkaia 247 personas y 30 con sospecha.*

*Respecto a los decesos ocurridos hospital o centro residencial, no se dispone del dato.*

*Para preservar el derecho a la intimidad tanto de las personas usuarias como de sus familias, así como para no estigmatizar a las residencias, se aportan datos generales de la red, anonimizados.*

*Los datos sobre el número de personas usuarias afectadas por COVID-19 son publicados en la página web de la Diputación Foral de Bizkaia cada 2 días, y los datos de sobre personas fallecidas, cada quincena.*

**TERCERO.** - La falta de envío por parte del Departamento de Acción Social tanto del expediente administrativo tramitado, como el informe que le fue solicitando a la vista de la reclamación presentada, privan a esta Comisión de conocer la postura del Departamento ante la impugnación formulada.



A pesar de esta falta de remisión, esta Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia debe resolver la que le ha sido formulada, lo que realiza en la siguiente forma.

La Norma Foral de Transparencia de Bizkaia establece en su artículo 18, números 1 y 2, que las personas físicas y jurídicas podrán ejercer el derecho de acceso a la información pública en los términos recogidos en la citada Norma Foral y en la legislación general que regula esta materia, añadiendo que el ejercicio del derecho de acceso a la información pública no requerirá ningún tipo de motivación, ni acreditar que se dispone de la condición de interesado o que concurre ningún otro derecho e interés legítimo.

Por su parte el artículo 17 de la misma disposición declara que se entiende por información pública cualquier tipo de contenido o documento, independientemente del soporte que se utilice, que obre en poder de las entidades previstas en el ámbito de aplicación de la Norma Foral de Transparencia y que hayan sido elaborados, modificados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Dada la definición que realiza la normativa, debemos entender que los datos que solicitaba el hoy recurrente deben calificarse de información pública, por tratarse de datos que obran en poder de la Administración, y que hayan sido elaborados, modificados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

De la resolución impugnada, aportada por el recurrente, se desprende que, a pesar de estimar la solicitud de información realizada, la Administración no suministró toda la información que había sido solicitada, limitándose a dar el número de personas usuarias en residencia con positivo confirmado (716), el número de personas usuarias de residencia hospitalizadas, con positivo confirmado (71) y el número de centros con personas afectadas (el número de fallecidos en la red de residencias).

En la propia resolución se señala que se aportan datos generales y no individualizados para preservar el derecho a la intimidad tanto de las personas afectadas como de sus familias, así como para no estigmatizar a las residencias.

A falta de mayor argumentación o información por parte del Departamento de Acción Social, debemos entender que la información solicitada obra en poder de la Administración, toda vez que las razones que señalan en la resolución que da contestación a la solicitud presentada, para no entregar la totalidad de los datos requeridos, se limitan a las que hemos señalado.

A juicio de esta Comisión la denegación de los datos solicitados no puede ampararse en el derecho a la intimidad o en la protección de datos de carácter personal, por cuanto en la solicitud de información de forma expresa se señalaba que no se pedía las identidades de las personas, u otros datos que permitieran identificarlas, sino únicamente número de contagios y el número de fallecidos, tanto en residencia como en hospitales, en todos los casos desglosados por residencia

Tampoco entendemos que el segundo de los motivos por los que se deniega la petición, el riesgo de que se estigmatice a las residencias puede servir como base a la denegación, sin perjuicio de lo que seguidamente se dirá.

**CUARTO.** - Calificada como información pública, la solicitada por el recurrente, debemos analizar si resulta de aplicación a la misma alguno de los límites que establece la normativa de transparencia, o si la petición está sujeta algún trámite o requisito.

Para contestar esta cuestión debemos acudir a la Norma Foral 11/2005, de 16 de diciembre por



la que se regula el servicio público de residencias para personas mayores dependientes.

Los artículos 6, 7, 8 y 9 de la disposición citada establecen:

#### Artículo 6 La red foral de residencias.

El servicio foral residencial se prestará en los centros integrados en la red foral de residencias para personas mayores dependientes establecida por la Diputación Foral de Bizkaia. Los centros integrados en la red foral de residencias podrán ser:

- a) Centros de titularidad foral.
- b) Centros convenidos con otras Administraciones Públicas.
- c) Centros contratados de entidades privadas sin ánimo de lucro.
- d) Centros contratados de entidades privadas con ánimo de lucro y sociedades mercantiles.

#### Artículo 7 Centros de titularidad foral.

*Tendrán la consideración de centros de titularidad foral los adscritos al sector público foral del Territorio Histórico de Bizkaia tanto si dependen directamente de la Administración Foral como si se encuentran adscritos a cualquiera de las entidades que integran la Administración Institucional, esto es:*

- a) A los Entes Institucionales que se rigen por el Derecho Público, denominados Organismos Autónomos Forales.*
- b) A los Entes Institucionales que se rigen fundamentalmente por el Derecho Privado, y que pueden ser de dos clases: Entes Públicos Forales de Derecho Privado y Sociedades Públicas Forales.*

#### Artículo 8 Centros convenidos con otras Administraciones Públicas.

*Tendrán la consideración de centros convenidos aquellos centros residenciales de titularidad pública, distinta de la foral, situados en el Territorio Histórico de Bizkaia, para cuya gestión y explotación se haya suscrito el correspondiente convenio de colaboración entre la Administración Pública titular del centro y la Diputación Foral de Bizkaia.*

#### Artículo 9 Centros contratados.

*Tendrán esta consideración aquellos centros integrados en la red foral de residencias mediante alguno de los tipos de contrato de gestión de servicio público contemplados en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.*

**QUINTO.** - El artículo 23 de la Norma Foral 1/2016, de 17 de febrero, en su apartado 5 dedicado a las solicitudes de acceso a la información pública determina:

*5. Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se conferirá a estos un plazo de quince días para efectuar alegaciones, suponiendo la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación.*

El precepto citado resulta de aplicación a aquella información relativa a residencias que no sean de titularidad foral.

La necesidad de habilitar este trámite de audiencia, previa a la resolución de la solicitud de



información ha sido reiteradamente señalada por los tribunales. Podemos citar entre muchas otras las sentencias de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2018 (recurso 75/2018), 20 de marzo de 2019 (recurso de apelación 64/2018), 21 de marzo de 2019 (recurso de apelación 78/2018) o de 8 de abril de 2019 (recurso de apelación 75/2018),

No cabe duda de que las residencias afectadas por la información solicitada, cuyos intereses podrían verse afectados por el suministro de aquella a un tercero, están perfectamente identificadas, por lo que se les debió conceder trámite de audiencia antes de contestar a la solicitud de información origen de esta reclamación.

A la vista de lo anterior procede:

- En cuanto a la información relativa a las residencias de titularidad foral, reconocer el derecho del recurrente a que la misma le sea entregada con los desgloses solicitados.
- Respecto a aquella información relativa a residencias que no son de titularidad foral, subsanar la ausencia del trámite de audiencia establecido por la normativa de transparencia. En consecuencia, y una vez le sea comunicada esta resolución, el Departamento de Acción Social, deberá retomar el procedimiento y conceder trámite de audiencia en relación con la solicitud causada a aquellas residencias que no sean de titularidad foral. Una vez cumplimentado dicho trámite, y teniendo en cuenta tanto la solicitud de información como las alegaciones que pudieran formularse deberá resolver sobre la información solicitada.

Por todo lo cual, esta Comisión de reclamaciones en materia de Transparencia, acuerda:

## RESOLUCIÓN

**Primero.** - ESTIMAR PARCIALMENTE la reclamación planteada por  
contra resolución de 18 de junio de 2020 del Director General de Promoción de la Autonomía Personal del Departamento de Acción Social, instando a dicho Departamento a que se realicen las actuaciones que se recogen en el último de los fundamentos jurídicos de la presente resolución.

**Segundo.** - Notificar esta resolución al recurrente y a la Dirección General de Promoción de la Autonomía Personal del Departamento de Acción Social. Asimismo, se comunicará a la Dirección General de Buen Gobierno y Transparencia de la Unidad de Apoyo al Diputado General.

**Tercero.** - La presente resolución, que es definitiva, agota la vía administrativa y contra la misma se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de DOS MESES a contar del día siguiente al de su notificación



Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 128/2016, de 26 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Reclamaciones en materia de Transparencia de la Diputación Foral de Bizkaia y de las entidades del sector público foral de Bizkaia, y en los artículos 10 y 46 de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.