

# NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET  
ALFREDO GALÁN GALÁN  
ORIOI MIR PUIGPELAT  
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ  
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

## I. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA EN MEDIO AMBIENTE: NOCIÓN AMPLIA DE INFORMACIÓN AMBIENTAL E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS EXCEPCIONES

Uno de los ámbitos donde el derecho de acceso a la información administrativa ha experimentado un mayor avance en los últimos años ha sido en materia ambiental. Una buena muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.<sup>a</sup>) de 29 de septiembre de 2011 que examina el derecho de acceso a la información ambiental adoptando una posición favorable al mismo. Esta sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia del TSJ de Aragón de 11 de marzo de 2008 que estimó parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos por un ciudadano y un ayuntamiento, posteriormente acumulados, contra las resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Ebro de 1 de mayo y 20 de diciembre de 2004 que denegaron determinada información solicitada sobre las presas de Itoiz. Esta información consistía en todos los informes de auscultación de las dos presas y de las laderas vertientes del vaso del embalse realizados entre el 1 de enero de 2003 hasta la actualidad y los programas de puesta en carga. La sentencia anula las resoluciones recurridas y declara la obligación de la Confederación Hidrográfica del Ebro de proporcionar a los recurrentes esta información, lo cual es confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. Ante ello, el recurso de casación plantea dos motivos: la falta del carácter ambiental de la información y la aplicación de la excepción de documento inconcluso.

Antes de examinar estos dos motivos cabe señalar que, por razones temporales, se aplica la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el de-

recho de acceso a la información en materia de medio ambiente, que transpone la Directiva 90/313, de 7 de junio, relativa a la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Ahora bien, a la sentencia no le pasa por alto el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información ambiental y la singular relevancia de la más reciente normativa internacional, europea y española. Así, la sentencia manifiesta: «Hay, además, una idea que también conviene tener en cuenta, expresada hoy con absoluta claridad en el Convenio de Aarhus, en la Directiva 2003/4/CE y en la Ley 27/2006, pero que ya antes se deducía y era consecuencia de lo dispuesto en los artículos 45.1, 9.2 y 105.b) de la Constitución: un mayor acceso del público a la información medioambiental y la difusión de tal información contribuye a una mayor concienciación en materia de medio ambiente, a un intercambio libre de puntos de vista, a una más efectiva participación del público en la toma de decisiones medioambientales y, en definitiva, a la mejora del medio ambiente (en estos términos se condensa aquella idea en el primer considerando de la Directiva que acabamos de citar, expresándose con mayor detalle y amplitud en la exposición de motivos de la Ley 27/2006)». Vemos, pues, que la sentencia se hace eco del impacto del Convenio internacional sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental, de 25 de junio de 1998 (denominado Convenio de Aarhus). Este Convenio se ha integrado en el Derecho comunitario y el español mediante su ratificación y publicación (*DOCE* L-124, de 17 de mayo de 2005, y *BOE* 40, de 16 de febrero de 2005). Pero, además, ha obligado a realizar una profunda modificación de la normativa europea sobre acceso a la información ambiental ante las instituciones europeas (Reglamento CE 1367/2006 del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental) y ante los Estados (Directiva 2003/4/CE del Parlamento y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313). Y lo mismo ha sucedido a nivel interno mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la cual se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

En relación al primer motivo del recurso de casación, relativo a que la información sobre seguridad de la presa y del embalse y su proceso de llenado no forma parte de la materia de medio ambiente, la sentencia considera que debe rechazarse por ser una cuestión nueva no

planteada en el proceso de instancia. A pesar de ello, entra a examinar este motivo manifestando que es notorio que dicha información guarda relación directa con la materia ambiental por los efectos que dicha obra pública tiene en el medio ambiente y los posibles efectos de una hipotética rotura por defectos constructivos. La sentencia entiende que «se trata de documentos vinculados a la ejecución del proyecto de obras de una infraestructura de repercusión sin duda relevante en el medio natural atendiendo a su propia función (embalse que incide en el caudal de los ríos) y a su envergadura; y, en concreto, los documentos requeridos, por guardar relación con la posible afectación al entorno natural, a los asentamientos humanos y a las actividades agropecuarias río abajo en la hipótesis de rotura por algún defecto constructivo». Así se deriva de la definición de información ambiental en el artículo 2.1 de la Ley 38/1995, referida a «toda información disponible por las Administraciones públicas bajo cualquier forma de expresión y en todo tipo de soporte material, referida: a) Al estado de las aguas, el aire, el suelo y las tierras, la fauna, la flora y los espacios naturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como a las actividades y medidas que hayan afectado o puedan afectar al estado de estos elementos del medio ambiente». Y, con mayor claridad, se evidencia con la noción más concreta de información ambiental contenida en los artículos 2.3 del Convenio de Aarhus y de la Ley 27/2006.

Finalmente, la sentencia examina el segundo motivo alegado sobre la aplicación de la excepción de documentos inconclusos prevista en el artículo 3.3 de la Ley 38/1995. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación de esta excepción en base a la diferenciación entre documento inconcluso y expediente o procedimiento inconcluso, confirmando este criterio que ya había sido avanzado por algunas otras sentencias del TS. La sentencia manifiesta que esta excepción de acceso a la información ambiental solo puede predicarse del documento inconcluso, definiéndolo como aquel que se encuentra «en fase de borrador, pendiente todavía por ejemplo de firma por su autor, o de su preceptiva conformidad por el jefe de la unidad técnica correspondiente». Y, a continuación, afirma que no se puede confundir con un «expediente inconcluso» referido a un procedimiento sobre el que no se ha dictado aún su resolución y «en el que figuran sucesivos informes —todos ellos “conclusos”— a los que se podrán ir añadiendo nuevos datos o resultados de distinto signo conforme avancen las distintas fases del procedimiento administrativo». Como señala la sentencia, ello lo diferencia del derecho de acceso a la información administrativa previsto en los artículos 35.h) y 37 de la LRJPAC, limitado a los procedimientos terminados. Y, en el presente caso, considera que los documentos incorporados (los

informes de auscultación del embalse ya emitidos o el «Programa de Puesta en Carga» expedido en la fase de llenado de la presa) son «documentos evidentemente conclusos, aunque el procedimiento administrativo todavía no haya finalizado y no se excluya la posibilidad de que se emitan luego otros informes conforme a los nuevos datos que, en su caso, vayan apareciendo durante la ejecución del proyecto». Esta interpretación jurisprudencial de los documentos inconclusos se ha visto reforzada por la nueva definición de los mismos dada por el artículo 4.3.c) del Convenio de Aarhus («documentos que estén elaborándose») y el artículo 13.1.d) de la Ley 38/1995 («aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente»), exigiendo que entonces «la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración». Así como también cobra especial relevancia el principio de interpretación restrictiva de las excepciones, que obliga a ponderar, en cada caso concreto, el interés público en la divulgación de la información y el interés en su denegación y por la prohibición, tal como prescriben los artículos 4.4 del Convenio de Aarhus y 13.4 de la Ley 27/2006 (AP).

## II. NULIDAD DEL ARTÍCULO 10.2.B) DEL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS POR VULNERACIÓN DE LA DIRECTIVA 95/46/CE

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, recurso ordinario 25/2008, ha anulado el artículo 10.2.b) del Reglamento de protección de datos, Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, al estimar que su contenido vulneraba lo dispuesto en el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre. En concreto, se estima que el artículo anulado establece nuevas restricciones a los supuestos que legitiman el tratamiento de datos personales en la Directiva, reduciendo de este modo el principio de libre circulación de datos en contra de la norma comunitaria.

La Directiva establece el principio general según el cual el tratamiento de datos personales solo puede efectuarse si el interesado ha dado su conocimiento de forma inequívoca, o concurren otras causas legítimas que se relacionan expresamente, entre las que se encuentra la de resultar el tratamiento «necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o los terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del

interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva».

Por su parte, el artículo 10.2.b) (dictado de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales) dispone que «será posible el tratamiento o la cesión de datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando... b) los datos objeto de tratamiento o de gestión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tengan un interés legítimo para su tratamiento y conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado».

La discrepancia se centra en el añadido de un nuevo requisito en el artículo 10.2.b) del Real Decreto 1720/2007 respecto de lo dispuesto en el artículo 7.f) de la Directiva. En concreto, en la exigencia de que «... los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público...».

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, dicta su fallo tras un largo proceso en el que es determinante la sentencia del TJCE de fecha 24 de noviembre de 2011 dictada como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal español en el seno de este procedimiento.

El pleito se inicia con un recurso directo contra el Real Decreto 1720/2007 en el que se solicitó la nulidad de toda la norma por vicios del procedimiento y, subsidiariamente, la de algunos de sus preceptos. También se instó por el recurrente el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE. En un primer momento, el Tribunal Supremo, con fecha 15 de julio de 2010, dictó sentencia desestimando el recurso respecto de la mayor parte de sus pretensiones y anulando el artículo 18 del Reglamento impugnado, pero a su vez dejando impregjudada la impugnación del artículo 10.2.a) y b) por el planteamiento de una cuestión prejudicial respecto a la interpretación del artículo 7.f) de la Directiva comunitaria, de cuyo contenido se hace depender el fallo de la parte que queda por resolver en su citada primera sentencia. Para el Tribunal Supremo, es determinante para resolver sobre la impugnación del artículo 10.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos conocer la interpretación del artículo 7.f) de la Directiva por parte del TJCE. En este sentido, si para el Tribunal comunitario lo dispuesto en el artículo 7.f) significa que los Estados miembros no pueden añadir requisitos adicionales a los establecidos en la Directiva para poder acceder a los datos personales, y la Directiva tiene efecto directo, deberá proceder a inaplicar el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 y a anular el precepto de la norma reglamentaria por carecer

de cobertura. El Tribunal Supremo tiene dudas sobre la adecuación de la norma interna a la Directiva y formula al TJCE dos cuestiones. En primer lugar, cómo debe interpretarse el artículo 7.f) de la Directiva (si se opone o no a una normativa nacional que, no mediando consentimiento del afectado y para permitir el tratamiento de sus datos de carácter personal que resulte necesario para satisfacer un interés legítimo del responsable o de los terceros a los que se vayan a comunicar, exige, además de que no se lesionen los derechos y libertades fundamentales de aquel, que los datos consten en fuentes accesibles al público) y, en segundo lugar, si concurren en el artículo 7.f) las condiciones que exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario para atribuirle efecto directo.

Así las cosas, el fallo del Tribunal comunitario al resolver la cuestión prejudicial planteada se convirtió en el elemento determinante en la posterior sentencia del Tribunal Supremo. La sentencia del TJCE en relación a la cuestión prejudicial planteada se dictó el 4 de noviembre de 2011, conteniendo la misma una interesante interpretación del artículo 7.f) de la Directiva.

El Tribunal comunitario recuerda, en primer lugar, que la Directiva tiene como objetivo asegurar un nivel de protección equivalente en todos los Estados miembros y que, con este fin, establece una lista exhaustiva y taxativa de los casos en que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito. Por tanto, añade, los Estados miembros no pueden establecer exigencias adicionales para el acceso a estos datos. Ahora bien, lo que sí pueden hacer los Estados es «precisar» las condiciones para que el tratamiento de datos reales sea lícito.

Pues bien, ¿qué hace el artículo 10.2.b) en cuestión, precisa el contenido de la Directiva o añade un nuevo requisito? Para dar respuesta a esta pregunta es necesario conocer el sentido que el TJCE da a lo dispuesto en el artículo 7.f) de la Directiva.

El TJCE procede a interpretar el sentido del artículo 7.f) de la Directiva y señala que establece dos requisitos acumulativos para que el tratamiento de datos personales sea lícito. Por un lado, que este tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comunican los datos y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Este segundo requisito, continúa diciendo el TJCE, exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que deberá hacerse caso por caso, de acuerdo con los criterios generales determinados por el propio Tribunal. Los Estados miembros podrán establecer principios que regulen esta ponderación, pero, se añade, si «una norma na-

cional excluye la posibilidad de tratar determinadas categorías de datos personales, estableciendo con carácter definitivo el resultado de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto respecto de tales categorías, sin permitir un resultado diferente en atención a las circunstancias particulares de cada caso concreto, no se trata ya de una precisión en el sentido del citado artículo 5».

Lo expuesto lleva al Tribunal comunitario a resolver la primera cuestión planteada por el Tribunal Supremo en los términos siguientes: «procede responder a la primera cuestión que el artículo 7.f) de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesarios para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no solo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de este, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales extremos».

La segunda cuestión planteada por el Tribunal Supremo, relativa a si el artículo 7.f) de la Directiva tiene efecto directo, es resuelta por el Tribunal comunitario de forma mucho más rápida. En base a su propia doctrina, concluye que el artículo de la Directiva es suficientemente preciso para poder concluir que posee efecto directo.

Resuelta la cuestión prejudicial por el TJCE, el Tribunal Supremo pone ya de forma definitiva fin al pleito mediante unos breves fundamentos de Derecho. El Tribunal Supremo concluye que el artículo 10.2.b) del Real Decreto 1720/2007 es contrario a Derecho y, por tanto, nulo, al no respetar lo dispuesto en la norma comunitaria. Para fundar su decisión se remite a la sentencia del TJCE y concluye que la exigencia establecida en el artículo impugnado, de que para poder acceder a los datos estos deben figurar en fuentes accesibles al público, excluye de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes, lo que no está previsto en la Directiva y, por tanto, es contrario a la misma. Esta solución categórica introducida en la norma española impide toda ponderación, ya que el hecho de que los datos figuren en fuentes accesibles no actúa como elemento de ponderación, sino como requisito ineludible para poder acceder a los datos. No es posible ponderar en razón de las circunstancias particulares de cada caso concreto y, por tanto, la norma interna es contraria a lo dispuesto en el Derecho comunitario.

De esta forma, la sentencia comentada inaplica el artículo 6 de la Ley Orgánica de protección de datos y anula un importante precepto del

Real Decreto 1720/2007, lo que facilitará el acceso a determinados datos personales y obligará a una ponderación de los intereses en juego para concretar en cada caso el alcance del nuevo artículo 10.2 y determinar si es posible o no acceder a estos datos. Por otra parte, y desde una perspectiva diversa, deberá ponerse fin a los expedientes sancionadores y recursos en marcha en los que se trataba de sancionar por haber vulnerado lo dispuesto en el artículo 10.2.b). Y se puede abrir el debate sobre posibles acciones de reparación por las sanciones ya impuestas en base al mismo artículo ahora declarado nulo (JT).

### III. LÍMITES A LA POTESTAD DE LOS TRIBUNALES PARA CAMBIAR LA CALIFICACIÓN DE UN TERRENO.

La prohibición general que establece el artículo 71.2 de la Ley jurisdiccional a los tribunales para poder determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general, en sustitución de los que anularen, ha sido matizada por una jurisprudencia ya consolidada en el caso de la anulación de planes de urbanismo. En concreto, en los supuestos de la calificación de fincas. En estos casos, si el Tribunal estima que atendiendo a los hechos concurrentes se puede reducir a cero la discrecionalidad, no solo se ha anulado la calificación que se considera no ajustada a Derecho, sino que en ocasiones se atribuye a la finca en cuestión la calificación que según el Tribunal le corresponde. Esta doctrina tiene su *leading case* en la conocida sentencia de 15 de marzo de 1993, de la que fue ponente el magistrado Delgado Barrio (... *Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto... Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva calificación si las líneas del planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia —así, SS. 22 septiembre y 15 diciembre 1986—. Así lo reclama el principio de efectividad de la tutela judicial —art. 24.1 de la Constitución— que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando con datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación con las cuestiones planteadas en el proceso*).

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2011, recurso de casación núm. 5332/2007, ha vuelto a incidir en esta cuestión y, al precisar el motivo casacional en base al cual estima el recurso de casación, nos indica el verdadero problema que plantea la delimitación del alcance de la potestad jurisdiccional al controlar el ejercicio de la discrecionalidad del planificador urbanístico. No se niega la posibilidad



de extender el control hasta la sustitución de la decisión administrativa, pero se exige una motivación reforzada de la decisión judicial.

En este caso, el Plan atribuyó a una determinada finca la calificación de «zona de edificaciones singulares, clave A-5». La recurrente impugna esta calificación por su falta de coherencia con los hechos concurrentes y solicita se califique de «núcleo antiguo, clave A-1». El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso, anula la calificación y atribuye, «por razones de coherencia», a la finca la calificación solicitada por la recurrente.

Frente a la sentencia del TSJ, la Administración autonómica interpuso recurso de casación al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley jurisdiccional. Se alega exceso de jurisdicción con infracción del artículo 71.2 de la Ley jurisdiccional y, al amparo del artículo 228 de la LEC, incongruencia, incoherencia y falta de motivación de la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, niega que exista exceso de jurisdicción a pesar de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley jurisdiccional, ya que reconoce que la sentencia recurrida tiene en cuenta este precepto y trata de aplicar la doctrina de la «reducción a cero de la discrecionalidad». Por tanto, se confirma que es posible anular la calificación y atribuir una nueva y se rechaza este motivo casacional.

Ahora bien, el Tribunal casa la sentencia por falta de motivación suficiente, ya que si exige de forma rigurosa que este cambio de calificación esté motivado de forma suficiente, que se demuestre que solo era posible una solución, ya que lo contrario supone que el Tribunal asume la posición del planificador. Con cita de su sentencia de 10 de diciembre de 2008, el Tribunal afirma que es factible anular la calificación por falta de adecuación a los hechos concurrentes, pero es muy difícil poder asignar una nueva calificación, ya que lo lógico es que exista un margen de libertad para el planificador.

Consecuentemente, casa la sentencia recurrida en la parte en que atribuye a la finca objeto de litigio una nueva calificación al no estar demostrado que esta era la única solución posible. Y, por ello, remite a la Administración demandada el otorgar a la finca una nueva calificación «conforme al canon de racionalidad que ha de ser inherente al ejercicio de las potestades administrativas dotadas de un margen de discrecionalidad como es la planificación urbanística» (JT).

