

Con fecha 20 de octubre de 2022 tuvo entrada en el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, solicitud de acceso a la información pública al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante Ley 19/2013), solicitud que quedó registrada con el número 001-073104.

Con fecha 20 de octubre de 2022 esta solicitud se recibió en el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), fecha a partir de la cual empieza a contar el plazo previsto en el artículo 20.1 de la Ley 19/2013 para su resolución.

Una vez analizada la solicitud, presentada por D. _____, ADIF considera que no procede conceder el acceso a la información por lo que se le comunica que:

La información solicitada forma parte del expediente de contratación que fue requerido el pasado 26 de abril en el seno de las diligencias de investigación nº 10/2022 incoadas por la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada.

Con fecha 26 de mayo de 2022 el expediente de contratación fue entregado a la Guardia Civil.

Sobre la base de la regulación contenida en el art. 773.2 LECrim y en el art. 5 del EOMF, la Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, sobre las diligencias de investigación dispone que *"A tales efectos habrá de emplearse la denominación de diligencias de investigación siempre que se abran para investigar si un hecho tiene relevancia penal. Tal denominación tiene el valor añadido de distinguir estas actuaciones previas de la fase propiamente instructora, hasta el presente encomendada en exclusiva a los Jueces de Instrucción, Centrales de Instrucción y Violencia de Género. Al mismo tiempo esta denominación permite distinguir estas diligencias de otras que practicadas por el Fiscal extra processum, no tienen carácter penal. Cuando se reciba noticia de hechos que pudieran tener relevancia penal, sea cual fuere la vía a través de la cual la noticia criminis llegue al Fiscal, habrán de incoarse diligencias de investigación, y acomodarse a sus requisitos y exigencias. Según esta Circular, el contenido de la investigación del Fiscal abarca cualquier clase de diligencia documental, personal, pericial o real que estime útil a los efectos de investigación: ruedas y reconocimientos fotográficos, declaraciones testificales, inspecciones oculares, exhumación de cadáveres, investigaciones patrimoniales, entregas vigiladas, agentes encubiertos, acceso a la información de registros oficiales, informes periciales, incorporación de efectos que le sean entregados, diligencias diversas solicitadas por el investigado aparte de la declaración del investigado que resulta preceptiva desde el momento que haya un sospecho perfilado con cierta claridad"*

Es indudable que estas amplísimas capacidades indagatorias son perfectamente equiparables a las que se pueden practicar una vez que se ha incoado el procedimiento penal propiamente dicho, a través, por ejemplo, de unas diligencias previas. Por lo

tanto, la finalidad del límite contenido en el contenido 14.1 e) de la Ley 19/2013, es también perfectamente aplicable a las diligencias de investigación.

Esta tesis no es solo la que sostiene ahora ADIF, sino que el propio CTBG ya en su Resolución RT 0492/2015 expresaba:

“La solicitud de acceso a la información realizada por el Reclamante tuvo lugar el día 20 de noviembre de 2015 y la documentación que solicitó estaba en ese momento en poder de la Fiscalía que abrió las Diligencias de Investigación nº 474/2015, quedando en suspenso la información solicitada. Es obvio a juicio de este Consejo de Transparencia, que no se puede facilitar una información o documentación que, en el momento de su solicitud, está siendo objeto de una investigación que podría dar lugar a la apertura de un proceso de orden penal”

El presente supuesto, es, a estos efectos, idéntico al abordado en aquella resolución, por lo tanto, es coherente mantener el referido criterio.

En la misma línea se volvió a expresar el CTBG en su Resolución RT 0137/2019 cuando afirma:

“Este Consejo no dispone de información acerca del contenido exacto de la documentación remitida por el ayuntamiento de la Fiscalía, si bien resulta muy posible que en ella se puedan incluir cuestiones que afectan a la protección de datos de carácter personal, a la investigación de ilícitos penales o que puedan perjudicar la tutela judicial efectiva. Todas estas cuestiones aparecen recogidas entre los límites que la LTAIBG establece en sus artículos 148 y 159, que deben ser ponderados a la hora de conceder o no el derecho de acceso a la información pública.

A mayor abundamiento conviene destacar que nuestra legislación otorga preferencia al orden jurisdiccional penal frente a otros órdenes, como el administrativo, por ejemplo, en el artículo 10.210 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial:

“.. la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la

suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”.

Esa preeminencia del orden jurisdiccional penal lleva, en opinión de este Consejo, a que procedimientos administrativos, como la presentación de una solicitud de información y la correspondiente resolución de una reclamación sobre ella, deban decaer a la hora de ser estimados o tenidos en cuenta hasta que no se resuelva un procedimiento judicial penal que se encuentre en curso, como sucede en el supuesto de esta reclamación.

Todo ello sin perjuicio del hecho de que existen bienes jurídicos protegidos en los artículos 14 y 15 de la LTAIBG que pueden verse perjudicados si se decreta el acceso a la documentación requerida por los interesados”

En el presente caso, ADIF sostiene la total conformidad del expediente a Derecho, como por cierto ya ha corroborado el Tribunal de Cuentas en su “INFORME (nº 1.489) PARA LA

FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMERGENCIA CELEBRADOS EN 2020 PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL ESTATAL NO FINANCIERO, sin embargo, no puede haber ninguna duda de que al haber remitido todo el expediente de contratación a la Fiscalía en el seno de las diligencias de investigación nº 10/2022, va a ser su contenido o la ausencia de él, el factor que permitirá a la Fiscalía continuar, en su caso, con la práctica de las diligencias que considere oportuno para llegado el momento, remitir las actuaciones al Juez competente previa formulación de denuncia o querrela.

Si se produjese esta última circunstancia, de acuerdo con el artículo 301 de la LECrim, “Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley”.

Por su parte, el artículo 302 de la LECrim establece que “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”.

Esto es así porque, si la fase de instrucción tuviera carácter público, podría frustrarse la propia investigación, pues toda investigación precisa de cautela. Asimismo, se podría alentar un juicio paralelo de alguien que con posterioridad resultara absuelto, máxime cuando se pide específicamente “los nombres y apellidos de los técnicos, altos cargos, políticos, etc. que tomaron las decisiones finales de compra”.

Por el contrario, la publicidad con respecto a las partes personadas (investigado y perjudicado) parece lógica, al ser la mejor manera de salvaguardar el derecho a la defensa.

No obstante, puede declararse también el secreto para las partes personadas con las condiciones que la propia LECrim establece (párrafo segundo del artículo 302).

De todo lo anterior se colige que, mientras no se decrete la apertura del juicio oral en los procedimientos abreviados, los documentos obrantes en las diligencias previas tendrán carácter reservado, de manera que solo las partes personadas pueden acceder a ellos (artículos 301 y 302 de la LECrim).

A mayor abundamiento, en aplicación del posible perjuicio causado a los intereses en juego, la divulgación del expediente de contratación, o de parte de él, podría dar lugar a un menoscabo de la imagen pública de la persona jurídica involucrada, en este caso, Soluciones de Gestión y Apoyo a Empresas, S. L., con anterioridad a que recaiga resolución judicial.

En este sentido, el daño que tal difusión pudiera provocar a la imagen pública de una empresa es susceptible de conllevar la interposición de reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

Es relevante destacar que los argumentos anteriormente expuestos no constituyen una novedosa tesis doctrinal de ADIF, sino que fueron expuestos por la Comunidad de Madrid y favorablemente acogidos por el CTBG en su RT 0417/2021.

En definitiva, si no se llegase a producir la incoación del correspondiente procedimiento penal, el solicitante podrá tener acceso a la información pública

solicitada (*ex art. 13 de la Ley 19/2019*) de tal manera que en la ponderación del daño irreparable que causaría ahora la entrega tanto al buen desarrollo de la investigación penal como a los derechos de los agentes implicados (personas firmantes, empresa adjudicataria) debe prevalecer frente al interés del solicitante que en el peor de los casos, solo está viendo aplazado el ejercicio de su derecho por la concurrencia de una limitación al acceso que tiene un lógico carácter temporal.

Por todo lo expuesto, no se concede el acceso a la información interesada en aplicación del límite contenido en el artículo 14.1 e) de la Ley 19/2013 que expresa que:

1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para:

e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.

Por último, *obiter dicta*, interesa al derecho de esta entidad dejar constancia de que, dada la naturaleza pública y abierta del blog denominado navegandocontracorriente (ramirograumorancho.com) del solicitante, se ha podido comprobar que en un *post* de fecha 5 de octubre de 2022 se afirma que es el propio petionario quien formuló la denuncia (y su posterior ampliación) ante la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada que ha dado lugar a la formación de las referidas diligencias de investigación. Si esto es así, no cabe duda de que se está incurriendo en una profunda contradicción, ya que en primer lugar se realiza una denuncia con el lógico ánimo de que se produzca la fiscalización de la actividad pública relativa al referido contrato y atropelladamente, sin permitir que ésta concluya, se pretende el ejercicio fiscalizador que la Ley 19/2013 permite llevar a cabo a cualquier ciudadano. Es más, ha sido el propio legislador (y así lo ha apreciado el CTBG en resoluciones como la referida RT 0137/2019) él que ha establecido límites al acceso cuando la fiscalización está siendo desarrollada por un órgano de relevancia constitucional que tiene encomendada, entre otras, esta función.

Contra la presente Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), en el plazo de dos meses o, previa y potestativamente, reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el plazo de un mes; en ambos casos, el plazo se contará desde el día siguiente al de la notificación de la presente Resolución.

La Presidenta de ADIF

MARIA LUISA DOMINGUEZ GONZALEZ