



Resolución: RDA098/2023

Nº Expediente de la Reclamación: RDACTPCM279/2022

Reclamante: [REDACTED]

Administración reclamada: Ayuntamiento de Cercedilla.

Información reclamada: Información sobre pancarta LGTBI

Sentido de la resolución: Desestimación.

ANTECEDENTES

PRIMERO. El 8 de septiembre de 2022, se recibe en este Consejo reclamación D. [REDACTED] ante la falta de respuesta a su solicitud de información formulada en fecha 05/08/2022 al Ayuntamiento de Cercedilla, relativa la resolución en la que el ayuntamiento aprobó la colocación en la fachada del edificio consistorial de la bandera LGTBI. En concreto, el interesado señaló lo siguiente:

“Con fecha de 5 de agosto del año en curso, presente ante el Ayuntamiento de Cercedilla (Madrid), acogiéndome a la normativa actual sobre el derecho a la Transparencia y Buen Gobierno, una petición para que ese Ayuntamiento me proporcionara copia de la Resolución administrativa mediante la cual se aprobó la colocación en la fachada del edificio consistorial de una bandera LGTBI, sin que hasta la fecha haya recibido ninguna respuesta a mi solicitud”

SEGUNDO. El 10 de octubre de 2022, este Consejo admitió a trámite la reclamación y dio traslado de esta al alcalde del Ayuntamiento de Cercedilla,



solicitándole la remisión de las alegaciones que considere convenientes y, en general, toda la información o antecedentes que puedan ser relevantes para resolver la citada reclamación.

TERCERO. El 21 de octubre de 2022, se recibió por este Consejo el escrito de alegaciones presentado por la administración requerida. En dicho escrito, se indica lo siguiente:

“SEGUNDA. –En el caso que nos ocupa, lo que hizo el Ayuntamiento es colocar en la barandilla del balcón una lona con los colores del arco iris, junto a otras lonas de diferentes motivos de eventos municipales.

Para la realización de dicha acción institucional no se instruyó expediente administrativo alguno, como tampoco se hace cuando se colocan otro tipo de pancartas. Se trata de una acción recurrente amparada en la competencia que ostenta la Corporación en la regulación del uso de los edificios municipales, de acuerdo con lo establece la Ley de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

TERCERA. – Para mayor abundamiento, se trata de una actividad social de respeto a las minorías y a la diversidad social amparada por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y más especialmente en la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Establece el artículo 2.2. de esta Ley: La Asamblea de Madrid, las entidades locales de Madrid, así como cualquier entidad de derecho público o privado vinculada o dependiente de las mismas, y la Federación Madrileña de Municipios, garantizarán el cumplimiento de la Ley y promoverán las condiciones para hacerla efectiva en el ámbito de sus respectivas competencias. En este sentido, apoyarán acciones afirmativas sobre identidad sexual y de género, así como al apoyo del movimiento asociativo de la Comunidad de Madrid y sus propios proyectos.



Vemos por tanto que la colocación de la pancarta está legitimada por el poder legislativo, que promueve acciones positivas hacia el movimiento asociativo LGTBI. Algo que ya sostuvo el Tribunal Constitucional en su STC 176/2008.

En definitiva, si el Ayuntamiento coloca la pancarta, en el cumplimiento de esta norma, no se puede sostener que vulnere el principio de neutralidad.

CUARTA. - La cuestión jurídica suscitada surge a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª de lo Contencioso-administrativo, de 1163/2020, de 26 de mayo de 2020, que resuelve un recurso de casación sobre el cumplimiento de los preceptos de la Ley 39/1981, de 28 de octubre por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. Esta sentencia hace la siguiente consideración:

No resulta compatible con el marco constitucional y legal vigente, y en particular, con el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas, la utilización, incluso ocasional, de banderas no oficiales en el exterior de los edificios y espacios públicos, aun cuando las mismas no sustituyan, sino que concurren, con la bandera de España y las demás legal o estatutariamente instituidas.

Sin embargo, dicha Sentencia se refiere a las banderas, y otra muy distinta es una pancarta. La bandera es una tela de forma comúnmente rectangular, que se asegura por uno de sus lados a una asta o a una driza y se emplea como enseña o señal de una nación, una ciudad o una institución.

Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 261/2022 de 13 de junio de 2022, Rec. 633/2021, señalando que: Si observamos la ley de banderas, la misma no confunde en ningún momento bandera con otro tipo de señal o emblema. En todos los preceptos habla de enarbolar y ondear. Algo que solo puede hacer una bandera. Si no regula otro símbolo, otra señal o emblema, claro es que no podemos anular el establecimiento de una pancarta o comoquiera que lo llamemos porque vulnere la indicada norma.



De conformidad con lo expuesto, entendemos que la mera utilización de los colores arcoíris y su colocación en el balcón municipal, no vulnera la Ley de Banderas. No se ha colocado ninguna bandera en sentido propio.

QUINTA. - Por último, debemos indicar que la colocación de la pancarta no se ha realizado mediante ningún acto administrativo expreso y escrito. Se trata de una actuación material de la Administración que no requiere de tal formalidad. Por tanto, no hay expediente abierto al respecto, lo que ponemos de manifiesto en relación con la petición que hace ese Consejo de que remitamos copia del expediente que se hubiera tramitado.”

CUARTO. El 15 de noviembre de 2022, se remite al reclamante el escrito de la administración, concediéndole un plazo de 10 días para que formulase las alegaciones que considerase convenientes. El 16 de noviembre de 2022, se recibió por este Consejo el escrito de alegaciones presentado por el reclamante. En dicho escrito, se indica lo siguiente:

“Ese Ayuntamiento –según el apartado 1 del artículo 9-- está sujeto al cumplimiento de la CE, en cuyo artículo 103.1 se afirma taxativamente que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

La exhibición en la fachada consistorial de un símbolo que supone la violación del principio de objetividad es, por tanto, un delito, ya que con esa exhibición un organismo de la Administración Pública está incumpliendo el mandato de neutralidad, en lo que supone una política de propaganda de un colectivo determinado, en detrimento de otros colectivos que no comparten la ideología LGTBI, y cuyos derechos se ven discriminados, atentando contra el principio de igualdad recogido en el artículo 9.2 citado más arriba.



Esta arbitrariedad que resulta de promocionar a un determinado colectivo, y que demuestra una toma de postura ideológica, está condenada por el apartado 3 del artículo 9 citado anteriormente.

El símbolo exhibido es la bandera del colectivo LGTBI, aunque no ondee en un mástil, y su significado es la propaganda de este colectivo, cumpliendo el mismo efecto que si estuviera colocada en un mástil. Esto puede constituir un delito de prevaricación.

Asimismo, las Administraciones Públicas no tienen reconocido el derecho a la libertad de expresión, como dicta sentencia del Tribunal Constitucional: "Las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE " (por todas, SSTC 244/2007, de 10 de diciembre; 14/2003, de 28 de enero; 254/1993, de 20 de julio, entre otras). Por lo tanto, ese Ayuntamiento no puede expresar oficialmente su apoyo a una causa de sesgo ideológico, que no es compartida por una parte importante del municipio al que representa.

Y es que la propia STC 42/2014 aclara, en su FJ 4 c), en referencia al principio de legalidad que, «en él se manifiesta la preeminencia del Derecho entendido en este contexto como la subordinación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» y que « la primacía incondicional de la Constitución requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella».

Abundando en lo que afirma el FJ 4 c) de la STC 42/2014, la Constitución se fundamenta en el principio de vinculación positiva de todas las Administraciones públicas al principio de legalidad. Así resulta de los artículos 9.1 («los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico») y del artículo 103.1 CE «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», lo que alude a una conformidad total de la actuación a las normas y a los principios que las inspiran y no una libertad básica de actuación con el único límite externo de las normas mismas».



Otrosí, el acto administrativo de la colocación del símbolo partidista del colectivo LGTBI en la fachada de ese Ayuntamiento ha incurrido en nulidad de pleno derecho, y, subsidiariamente, en anulabilidad.”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid (en adelante, LTPCM) reconoce en su artículo 30 que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico. El artículo 5.b) de la misma entiende por información pública *“los contenidos o documentos que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley y que hayan sido elaborados, adquiridos o conservados en el ejercicio de sus funciones”*. El derecho de acceso, por tanto, se ejerce sobre una información existente y en posesión del organismo que recibe la solicitud, ya sea porque él mismo la ha elaborado o bien porque la ha obtenido en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

SEGUNDO. El artículo 47 y siguientes y el 77 de la LTPCM, así como el artículo 6 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid, reconocen la competencia de este Consejo para resolver las reclamaciones que se presenten en el ámbito del derecho de acceso a la información.

TERCERO. El artículo 2 de la LTPCM establece que las disposiciones de esa ley se aplicarán a: *“f) las entidades que integran la Administración local”* mientras que la Disposición Adicional Octava señala que *“Corresponde al Consejo de Transparencia y Participación la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra los actos expesos o presuntos resolutorios de las solicitudes de acceso a la información de los ayuntamientos de la Comunidad,*



de las universidades públicas de la Comunidad de Madrid, y de las entidades vinculadas o dependientes de los mismos.

CUARTO. La solicitud de acceso a la información presentada por el reclamante ha sido satisfecha por el ayuntamiento, ya que esta administración reclamada ha expresado que la instalación de la pancarta LGTBI en la fachada del edificio consistorial se adecua a lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y no se acordó mediante resolución administrativa expresa. Esto es, el ayuntamiento ha indicado que: *“Para la realización de dicha acción institucional no se instruyó expediente administrativo alguno, como tampoco se hace cuando se colocan otro tipo de pancartas. Se trata de una acción recurrente amparada en la competencia que ostenta la Corporación en la regulación del uso de los edificios municipales, de acuerdo con lo establece la Ley de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.*

Para mayor abundamiento, se trata de una actividad social de respeto a las minorías y a la diversidad social amparada por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y más especialmente en la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid. Establece el artículo 2.2. de esta Ley: La Asamblea de Madrid, las entidades locales de Madrid, así como cualquier entidad de derecho público o privado vinculada o dependiente de las mismas, y la Federación Madrileña de Municipios, garantizarán el cumplimiento de la Ley y promoverán las condiciones para hacerla efectiva en el ámbito de sus respectivas competencias. En este sentido, apoyarán acciones afirmativas sobre identidad sexual y de género, así como al apoyo del movimiento asociativo de la Comunidad de Madrid y sus propios proyectos. Vemos por tanto que la colocación de la pancarta está legitimada por el poder legislativo, que promueve acciones positivas hacia el movimiento asociativo LGTBI. Algo que ya sostuvo el Tribunal Constitucional en su STC 176/2008. En



definitiva, si el Ayuntamiento coloca la pancarta, en el cumplimiento de esta norma, no se puede sostener que vulnere el principio de neutralidad”

Por ello, no se ha dictado una resolución expresa mediante la cual se ha ejecutado dicha actuación y, por ende, esta resolución no puede ser facilitada. Si bien, pese a no existir dicha resolución, el Ayuntamiento ha facilitado al interesado los fundamentos que apoyan la colocación de la pancarta, por lo que se puede estimar como cumplida la solicitud.

Por otro lado, este Consejo no tiene competencia para entrar a valorar ni analizar las cuestiones planteadas por el interesado en su escrito de alegaciones, ya que estas exceden del ámbito competencial asignado a este órgano por aplicación de la LTPCM. Este Consejo cumple la labor de asegurar el cumplimiento de la normativa de transparencia por los sujetos obligados por la Ley, y garantiza el acceso a la infracción pública bajo los principios rectores de dicha norma. Todas las cuestiones que excedan de dicho marco normativo acotado no podrán ser resueltas a través de este procedimiento administrativo.

No obstante, en el caso de que el interesado considere que la actuación de la corporación local no es conforme a Derecho, este deberá acudir a los cauces legales expresamente previstos para impugnar dicha actuación, pero ello no podrá articularse a través de una solicitud de acceso a la información al amparo del régimen de transparencia.

RESOLUCIÓN

En atención de todos los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, el Consejo de Transparencia y Participación de la Comunidad Autónoma de Madrid ha decidido,

ÚNICO. Desestimar la reclamación con número de expediente RDACTPCM279/2022, presentada por D. [REDACTED], en fecha 10 de octubre de 2022.



De acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de Funcionamiento y Organización del Consejo de Transparencia y Participación, esta resolución tiene carácter ejecutivo y será vinculante para los sujetos obligados por la Ley 10/2019, de 10 de abril. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el artículo 47 de la Ley 10/2019, de 10 de abril y el artículo 37 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, esta resolución pone fin a la vía administrativa.

Madrid, en la fecha que figura en la firma.

Rafael Rubio Núñez. Presidente.

Responsable del Área de Publicidad Activa y Control.

Ricardo Buenache Moratilla. Consejero.

Responsable del Área de Participación y Colaboración Ciudadana.

Antonio Rovira Viñas. Consejero.

Responsable del Área de Acceso a la información.

Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa y en un plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de esta, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.