

Resolució 113/2017, de 20 d'abril**Número d'expedient de la reclamació:** 62/2017.**Administració reclamada:** Ajuntament de Barcelona.**Informació reclamada:** Un informe jurídic encarregat a un advocat extern.**Sentit de la resolució:** Estimació.

Resum: El límit de l'article 21.1.d LTAIPBG (igualtat de les parts en els processos judicials) pressuposa l'existència d'un procés judicial en què l'Administració que invoqui el límit –o aquella en benefici de la qual s'invoqui– tingui la condició formal de part. Així es desprèn de la utilització pel legislador, en la formulació del límit, de l'expressió “parts en els processos judicials”, que té un significat processal inequívoc, i de la referència a la protecció de la seva “igualtat” en el marc del procés. L'Administració que no té la condició de part en el procés judicial no s'ha de defensar en el marc d'ell ni necessita la garantia que per a aquesta defensa proporciona l'article 21.1.d LTAIPBG. En el moment en què una Administració deixa passar el termini d'impugnació i decideix no interposar recurs contra una sentència ni ser, per tant, part en el procés de recurs posterior, perd la facultat d'invocar el límit de la igualtat de les parts en els processos judicials per oposar-se al lliurament dels documents o la informació que hagués pogut elaborar o encarregar amb anterioritat per a la seva defensa. L'argument que l'Ajuntament de Barcelona era part del procés judicial “a través de l'AMB”, en formar part d'aquesta, no es pot compartir ni des d'una perspectiva formal, ni material. Des del punt de vista formal, és evident que l'Ajuntament de Barcelona i l'AMB són dues persones jurídiques diferents, i que el fet que l'AMB sigui part d'un procés judicial no implica que ho siguin també els municipis que l'integren. Des d'un punt de vista material, l'argumentació de l'Ajuntament no té en compte que l'AMB, per molt que estigui presidida per l'alcalde de Barcelona i aquest municipi hi tingui un pes molt important, no és cap ens instrumental de l'Ajuntament, sinó una Administració amb competències pròpies, creada per llei del Parlament de Catalunya, que integra a trenta-cinc altres municipis de la conurbació de Barcelona i que pot adoptar decisions que no siguin compartides per la majoria que doni suport al govern d'aquest Ajuntament. En el cas objecte de reclamació manca, per tant, el requisit subjectiu de la condició formal de part en un procés judicial que es desprèn inequívocament de l'article 21.1.d LTAIPBG, i que ha de concórrer en l'Administració que pretengui oposar-se al lliurament d'una determinada informació a l'emparedat d'aquest límit legal al dret d'accés, sense que sigui suficient amb l'existència d'interessos enfrontats amb el sol·licitant d'accés que no es dirimeixin judicialment. A la vista del contingut de l'informe jurídic, manca també el requisit objectiu que la informació a la qual es vol tenir accés hagi estat elaborada específicament per al procés judicial en qüestió. En general, existeix un interès públic en l'accés als informes externs encarregats per les diferents administracions públiques, ja que són pagats amb diner públic i s'ha de poder comprovar el compliment efectiu de la prestació contractada amb el contractista i la pròpia justificació de l'encàrrec. Això, sumat a l'interès públic en un tema tan sensible i de tanta actualitat com el de la controvèrsia existent a molts municipis catalans sobre la gestió del servei públic d'abastament d'aigua domiciliària, fa que qualsevol ciutadà, i no només l'empresa reclamant o altres concessionàries presents o futures, pugui accedir a l'informe sol·licitat.

Paraules clau: Ajuntament. Aigua. Informes externs. Límits. Igualtat de les parts en els processos judicials.

Ponent: Oriol Mir Puigpelat.



Antecedents

1. El 14 de febrer de 2017 té entrada a la GAIP la Reclamació 62/2017, presentada per la societat d'economia mixta Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua (en endavant, AB), contra la desestimació per part de l'Ajuntament de Barcelona de la sol·licitud d'accés a informació que s'indica a l'antecedent següent. L'empresa reclamant declina el procediment de mediació que ofereix la GAIP.
2. El 15 de novembre de 2016, l'esmentada empresa adreça a l'Ajuntament de Barcelona un escrit (registre d'entrada núm. 1-2016-0589199-1) en què, després de manifestar que "a través dels mitjans de comunicació, s'ha tingut coneixement que l'Ajuntament de Barcelona ha sol·licitat l'emissió d'un informe jurídic per tal que analitzi i es pronunciï sobre els títols jurídics que Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. ostentava per a la prestació del servei d'abastament d'aigua potable a la ciutat de Barcelona i els quals van ser objecte d'aportació en el procés de constitució de la societat d'economia mixta, això és d'AB, entre aquella societat i l'Àrea Metropolitana de Barcelona (en endavant, AMB)", sol·licita accés i còpia d'aquest informe jurídic.

A l'escrit també es demana que es reconegui formalment a AB la condició d'interessada en "l'expedient administratiu en el marc del qual s'ha contractat l'emissió d'aquest informe jurídic, tota vegada que en aquest s'analitzen i valoren qüestions que afecten indubtablement a l'actual gestora del servei metropolità del Cicle Integral de l'Aigua, creat per mitjà dels Acords del Consell Metropolità, de data 6 de novembre de 2012 i de data 21 de maig de 2013, actualment vigents", que se li notifiquin tots els actes que s'adoptin en aquest procediment i que se li atorgui el corresponent tràmit d'audiència.

L'escrit es fonamenta tant en la normativa de procediment administratiu comú, com en la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG).

3. En no rebre resposta a aquesta sol·licitud en el termini d'un mes establert per l'LTAIPBG, el 16 de desembre de 2016 AB adreça a l'Ajuntament de Barcelona l'escrit previst en l'article 35.3 LTAIPBG, en què li comunica que la sol·licitud s'ha de considerar estimada per silenci positiu i on demana que l'Ajuntament li lliuri l'informe jurídic sol·licitat en el termini de trenta dies hàbils.
4. El 29 de desembre de 2016, el gerent de Recursos de l'Ajuntament de Barcelona dicta resolució, notificada a AB el dia 11 de gener de 2017, per la qual es desestima la sol·licitud d'accés a l'esmentat informe jurídic formulada per AB. La desestimació es fonamenta en el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG (el principi d'igualtat de les parts en els processos judicials o la tutela judicial efectiva), en la interpretació feta per la GAIP en el Dictamen 5/2016, en considerar-se que:

"En el cas que ens ocupa, la societat sol·licitant del dret d'accés a la informació pública és part en un recurs contenciós administratiu en què l'objecte del mateix és precisament l'acord



de constitució de la societat mixta formada per Aigües de Barcelona i l'Àrea Metropolitana de Barcelona, acord, el qual ha estat declarat nul per sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i actualment es troba en fase d'interposició de recurs davant del Tribunal Suprem.

L'informe jurídic demanat va ser encarregat per l'Ajuntament, en recaure la sentència anul·latòria del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, per la necessitat de conèixer l'abast de les conseqüències del pronunciament judicial, sobre el correcte servei de subministrament d'aigua a la ciutat de Barcelona.

El resultat i les conclusions d'aquest informe, de facilitar-se a una de les parts en litigi, pot crebantar el principi d'igualtat de les parts en els processos judicials i pot suposar un menyscapse de la tutela judicial efectiva. Per tant, aquest Ajuntament no pot més que denegar l'accés al mateix".

La resolució també considera que la concurrència d'aquest límit impedeix que la sol·licitud hagi estat estimada per silenci positiu (article 35.2 LTAIPBG) i que es pugui accedir a l'informe invocant la condició d'interessada.

5. El 10 de febrer de 2017 AB presenta la reclamació davant la GAIP, que té entrada al registre d'aquesta, com s'ha dit, el 14 de febrer. La llarga fonamentació de la reclamació es pot resumir així:
 - Les sentències del Tribunal Superior de Justícia a les quals es refereix la resolució de l'Ajuntament de Barcelona són quatre sentències de 9 i 10 de març de 2016 que estimen els recursos interposats per diverses empreses dedicades a la prestació de serveis d'abastament d'aigua i que han anul·lat els acords del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i 21 de maig de 2013 d'aprovació de l'establiment i prestació del servei del cicle integral de l'aigua i d'establiment del sistema de gestió d'aquest servei públic mitjançant una societat de capital mixt sota la modalitat de conveni amb societat existent, els estatuts de la nova societat de capital mixt (AB) i el conveni amb Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. (SGAB).
 - Aquestes sentències, "que únicament qüestionen el procediment dut a terme per a l'elecció del soci privat", no són fermes en haver estat impugnades en cassació davant del Tribunal Suprem. Tampoc no s'ha sol·licitat la seva execució provisional. Per tant, els esmentats acords de l'AMB segueixen tenint plena vigència, raó per la qual AB "continua prestant ininterrompudament i amb plenes garanties el servei del cicle integral de l'aigua que li ha estat encomanat".
 - La invocació del límit de l'article 21.1.d LTAIPBG que fa l'Ajuntament és "absolutament abusiva i desproporcionada" i "esbiaixada", "atès que el supòsit de fet que ens ocupa no



encaixa en l'abast d'aquest límit d'accés a la informació pública". AB considera que no concorren els requisits d'aplicació de l'esmentat límit exigits per aquesta Comissió al Dictamen 5/2016, perquè "l'Ajuntament de Barcelona, que és qui ha encarregat l'informe jurídic [al qual es vol tenir accés], i Aigües de Barcelona no tenen a dia d'avui cap procediment judicial en curs". Concretament, l'Ajuntament "no ha estat mai part en els recursos contenciosos administratius que han donat lloc a les sentències anul·latòries de l'acord de constitució d'Aigües de Barcelona", ni "tampoc és part en els corresponents recursos de cassació interposats contra els esmentats pronunciaments judicials i que a dia d'avui se substancien davant el Tribunal Suprem". AB acredita aquestes afirmacions amb un quadre de les parts dels diversos recursos contenciosos administratius interposats en relació amb els esmentats acords de l'AMB, i on no consta l'Ajuntament de Barcelona.

- En no ser ni haver estat part dels procediments judicials en qüestió, "l'encàrrec de l'informe jurídic ha estat realitzat indubtablement per l'Ajuntament de Barcelona per a la consecució d'altres finalitats diverses a la defensa judicial", vinculades a "altres finalitats polítiques o ideològiques de l'actual equip de govern de l'Ajuntament de Barcelona". "En la mesura que l'informe jurídic no ha estat elaborat específicament per al procés (o processos) judicial en qüestió, la seva revelació a Aigües de Barcelona no suposa conèixer cap estratègia processal que pugui situar a les altres parts en situació de desigualtat, no quedant, en conseqüència, tampoc compromesa la tutela judicial".
 - "L'Ajuntament de Barcelona oblida que aquest [límit] ha de ser interpretat en tot cas de forma restrictiva i proporcional a la seva finalitat, no essent possible impedir l'accés a l'expedient de contractació dels dictàmens jurídics o informes encarregats a tercers i pagats amb diner públic".
 - Per tots aquests motius, AB sol·licita "accés ple" a l'esmentat informe jurídic encarregat per l'Ajuntament i que s'anul·li la resolució denegatòria de 29 de desembre de 2016.
 - La reclamant adjunta la notícia apareguda en un mitjà digital el 10 de novembre de 2016 que va motivar la seva sol·licitud d'accés i on es resumien els aspectes principals de l'informe jurídic, es difonien algunes de les seves pàgines i es revelava la identitat del seu autor.
6. El 21 de febrer de 2017 la GAIP comunica a l'empresa reclamant l'admissió a tràmit de la reclamació. El 22 de febrer de 2017, la GAIP comunica la presentació de la reclamació a l'Ajuntament de Barcelona i li demana l'expedient, així com un informe jurídic sobre aquella.
7. El 8 de març de 2017 la GAIP rep l'informe de l'Ajuntament de Barcelona, signat pel seu gerent de Recursos, on es reitera la negativa a lliurar l'informe jurídic sobre la base del límit de l'article 21.1.d LTAIPBG, en considerar-se que l'Ajuntament ha estat part dels processos judicials de referència com a membre de l'AMB, i que l'AMB (i, per tant, l'Ajuntament de Barcelona) i AB mantenen posicions enfrontades en el recurs de cassació que s'està tramitant actualment, de



manera que són contraparts en aquest procés i concorren els requisits exigits per la GAIP en l'esmentat Dictamen 5/2016. En les paraules de l'informe:

- "Recaiguda la sentència en cadascun d'aquests processos judicials en data 9 i 10 de març, anul·latòries de l'acord impugnat, una de les parts codemandades, l'AMB, decideix no interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem contra les sentències anul·latòries, acatant el pronunciament del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Contràriament, AB decideix interposar els corresponents recursos de cassació contra les sentències anul·latòries".
- "L'AMB és l'administració pública de la gran conurbació urbana formada per un total de 36 municipis, entre ells, l'Ajuntament de Barcelona". "L'alcalde de Barcelona és la presidenta de l'AMB i el seu màxim representant polític. La presidència dirigeix el govern metropolità i ret comptes de la seva gestió davant del Consell Metropolità.

Per tant, l'Ajuntament de Barcelona forma part de l'Àrea Metropolitana i qualsevol resolució que afecta a aquesta administració impacta directament en els seus membres. En tot cas, l'Ajuntament de Barcelona ha estat part dels processos judicials de referència a través de l'AMB i, indiscutiblement, les decisions judicials adoptades impacten directament a cadascun dels ens locals membres d'aquesta administració supramunicipal.

En conseqüència, la sentències anul·latòries adoptades pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de l'acord del Consell Metropolità de 6 de novembre són sentències que afecten directament a l'AMB, però també a tots i cadascun dels membres que l'integren. Així mateix, la decisió d'acatar les esmentades sentències anul·latòries afecta a l'AMB i a tots els seus membres.

El fet que AB decidís interposar recurs de cassació no va ser compartit per l'AMB, que va mostrar la seva conformitat amb la decisió judicial i per tant, de forma tàcita, l'AMB s'ha convertit en la contrapart de l'AB en els recursos de cassació interposats".

- "L'informe jurídic al que es demana accés va ser encarregat per l'Ajuntament un cop va recaure la sentència anul·latòria per valorar l'abast de la decisió judicial i el seu impacte sobre el correcte servei de subministrament d'aigua a la ciutat de Barcelona.

Des del moment que la Presidenta de l'AMB i alcaldessa de Barcelona, decideix, en virtut de les competències que li reconeix la llei, no impugnar les sentències anul·latòries, acatant-les, adopta una posició contrària i enfrontada a la societat AB. Per tant, facilitant aquest informe jurídic a la contrapart, es trencaria l'equilibri entre les dues parts que, en fase de recurs de cassació, tenen posicions enfrontades".

- "En el supòsit que ens ocupa concorren els requisits necessaris per a la correcta aplicació del límit del dret d'accés a la informació pública, en tant en quant, d'una banda, l'Ajuntament de



Barcelona, a través de l'AMB, i la societat AB tenen posicions confrontades davant les sentències judicials anul·latòries objecte d'un procediment judicial en via de recurs; d'altra banda, l'informe de contínua referència es va emetre en recaure les sentències anul·latòries, per valorar l'abast de les mateixes i fruit d'aquest informe es dissenyarà l'actuació municipal.

Per últim, fer palès que a la vista de les posicions confrontades de l'AMB i l'AB, l'accés de la contrapart al contingut de l'informe encarregat per l'Ajuntament aniria contra els interessos d'aquesta administració, interès que és, avui per avui, acatar les sentències judicials anul·latòries.

No obstant, qualsevol decisió que prengui l'Ajuntament de Barcelona i que afecti la societat AB es farà seguint el procediment legalment establert, garantint en tot moment els drets que l'empararien en virtut de la seva condició d'interessat”.

8. El 9 de març de 2017 la GAIP tramet l'informe de l'Ajuntament de Barcelona a l'empresa reclamant i li dona un termini de deu dies per formular al·legacions.
9. El 10 de març de 2017 la GAIP demana a l'Ajuntament de Barcelona que li faci arribar l'informe jurídic sobre el qual versa la reclamació, d'acord amb l'apartat 20 del *Manual de reclamació* de la Comissió. L'Ajuntament tramet aquest informe a la GAIP el 15 de març de 2017.
10. El 23 de març de 2017 l'empresa reclamant fa arribar a la GAIP les seves al·legacions sobre l'informe emès per l'Ajuntament de Barcelona en relació amb la reclamació. En elles, s'oposa a les afirmacions de l'esmentat informe mitjançant una extensa argumentació, que pot ser sintetitzada de la següent manera:
 - “El fet que l'Ajuntament de Barcelona sigui un dels 36 municipis que formen part de l'AMB no modifica el fet que es tracta de persones jurídiques diferents”.
 - “El fet que l'Ajuntament de Barcelona formi part de l'AMB no li pot atorgar la condició de 'part processal' en els procediments judicials invocats per l'Informe de la Gerència de Recursos que aquí ens ocupa, per més que l'AMB sí tingués aquesta condició”.
 - “Per a que l'Ajuntament de Barcelona pogués invocar vàlidament el límit de l'article 21.1.d de la Llei 19/2014 hauria estat necessari que el propi Ajuntament hagués sigut part en aquells procediments, sense que la circumstància que ho fos l'AMB –a la qual el mateix pertany– sigui per sí sola suficient.

I no només això sinó que, en tot cas, tampoc era suficient ser part en els processos judicials, sinó que també haurien d'haver concorregut la resta de requisits que el propi Ajuntament va invocar, en citar el Dictamen 5/2016 [de la GAIP], requisits que [com s'argumenta després extensament] tampoc concorren en el cas que ens ocupa”.



- “El concepte de ‘part’ es limita única i exclusivament a aquella persona o entitat que ha estat formalment part en el procés”, i l’Ajuntament de Barcelona no ho ha estat en cap moment, “d’acord amb allò previst a l’article 21 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa [LJCA]”, “en no haver-se personat ni haver-se tingut per comparegut a l’Ajuntament de Barcelona en cap dels plets indicats”.
- “Si el legislador hagués volgut estendre la possibilitat d’aplicar aquest límit a qualsevol entitat, subjecte o organisme que es considerés ‘afectat’, tot i que no fos part en un determinat procés judicial, és evident que no hauria emprat el terme ‘*de las partes*’ al parlar de la igualtat en els processos judicials.

Només en aquest context, de ser parts processals personades i comparegudes en el mateix procediment judicial, troba sentit la referència a la ‘igualtat’ entre les parts”.

- Fins i tot “en l’hipotètic i negat supòsit en què consideréssim que [l’Ajuntament] era part per ser-ho l’AMB, ni tan sols seria la ‘contrapart’ atès que, en els procediments judicials en primera instància, tant AB com l’AMB són codemandades en aquells recursos. I, davant el Tribunal Suprem, l’AMB ni tan sols ha comparegut”.
- “Amb independència de quina sigui ara la posició ‘política’ o ideològica de l’Ajuntament de Barcelona davant de la qüestió de la gestió de l’aigua i de que per tant ara es consideri i es declari ‘enfrentada’ a AB, el que és incontestable és que no és una part ‘enfrentada’ a AB en els recursos de cassació endegats per aquesta última i, per tant, no són parts enfrontades en un procés judicial. Insistim, no només l’Ajuntament no és part en cap dels processos judicials sinó que, a més, l’AMB que sí ho era en els processos en primera instància, no era una part enfrontada o contrapart respecte d’AB. Al contrari, es tractava de parts codemandades que, en conseqüència, perseguen la mateixa finalitat, és a dir, l’estimació de la Sentència. Per tant, difícilment en segona instància haurien pogut ser, tampoc, parts ‘enfrentades’.

I el fet que l’AMB no hagi recorregut en cassació aquelles Sentències no la converteix tampoc –ni en el plànol formal ni processal– en la contrapart d’AB. A més i en aquest sentit, no pot obviar-se que l’Ajuntament de Barcelona no és ni podria ser l’Administració pública afectada pels pronunciaments judicials, condemnada per les Sentències del TSJC i per tant, no podria en cap cas –i prèvia confirmació del TS i un cop declarada la ferma– adoptar resolucions o actes tendents a la seva execució.

De manera que sigui quina sigui la lectura que es faci de la posició de l’Ajuntament de Barcelona en relació als processos judicials que ell mateix invoca, el que és evident és que no pot invocar legítimament el supòsit de limitació de l’article 21.1.d atès que no es dóna cap de les seves premisses bàsiques”.



- L'Ajuntament "està realitzant una interpretació extensiva i totalment contrària a dret del concepte de 'part' en els processos judicials", "interpretació extensiva que també es fa quan es pretén defensar que, també des del punt de vista material i no formal, l'Ajuntament seria la contrapart d'AB pel sol fet que l'AMB no hagi impugnat en cassació les Sentències dictades pel TSJC". I l'article 20.2 LTAIPBG estableix que les limitacions legals al dret d'accés "han d'interpretar-se sempre restrictivament en benefici d'aquest dret [el dret d'accés] i que no poden ampliar-se per analogia".
- A banda de l'element subjectiu, falten també els elements objectiu i temporal requerits per la GAIP perquè es pugui invocar el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG.
- L'Ajuntament tampoc no ha dut a terme ni el test del dany, ni l'exercici de ponderació que exigeixen l'LTAIPBG.
- AB té a més una posició reforçada per accedir a l'informe reclamat, atesa la seva condició d'interessada "en tots els procediments administratius que l'Ajuntament de Barcelona estigui tramitant en relació al servei d'abastament d'aigua potable i, per tant, també respecte al procediment administratiu en el marc del qual es va emetre l'informe jurídic controvertit". Adjunta un segon escrit presentat el 13 de febrer de 2017 en què va reiterar la seva petició de reconeixement formal de la seva condició d'interessada, i al qual l'Ajuntament encara no hauria donat resposta ni esmenta en l'informe emès durant la tramitació de la reclamació.

Fonaments jurídics

1. El límit de la igualtat de les parts en els processos judicials i el dret d'accés de l'empresa reclamant a l'informe jurídic sol·licitat

Aquesta reclamació, com es desprèn dels antecedents, té per objecte una sol·licitud d'accés a un informe jurídic encarregat per l'Ajuntament de Barcelona a un advocat extern. La sol·licitud prové de la societat d'economia mixta Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l'Aigua, SA (AB), participada en un 70 per cent per la Sociedad General de Aguas de Barcelona (SGAB, més coneguda per Agbar), en un 15 per cent per l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB) i en el 15 per cent restant per Criteria. La sol·licitud es presenta arran d'una notícia apareguda en un mitjà de comunicació on es resumeix el contingut de l'esmentat informe, informe que, segons el contingut descrit a la notícia, tindria un especial interès per a AB. L'Ajuntament de Barcelona denega l'accés a l'informe sobre la base del límit de l'article 21.1.d LTAIPBG, en considerar que AB i l'Ajuntament mantenen posicions enfrontades en quatre recursos de cassació paral·lels que s'estan tramitant actualment davant el Tribunal Suprem, i que el lliurament de l'informe a AB, com a contrapart, comportaria un perjudici per a la igualtat de les parts en aquests processos judicials (l'argumentació de l'Ajuntament es resumeix amb major detall als antecedents 4 i 7).



Els recursos de cassació han estat interposats per AB i la seva principal accionista, SGAB, contra quatre sentències paral·leles de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC) de 9 i 10 de març de 2016 (ECLI: ES:TSJCAT:2016:470, 4830, 4831 i 4836) que van anul·lar els acords del Consell Metropolità de l'AMB de 6 de novembre de 2012 i 21 de maig de 2013 d'aprovació de l'establiment i prestació del servei del cycle integral de l'aigua i d'establiment del sistema de gestió d'aquest servei públic mitjançant una societat de capital mixt sota la modalitat de conveni amb societat existent, els estatuts de la nova societat de capital mixt (AB) i el conveni amb SGAB. Les sentències, que tenen el seu origen en quatre recursos contenciosos administratius interposats per altres empreses dedicades a l'abastament d'aigua, competidores de SGAB, van anul·lar els esmentats acords en considerar que la selecció del soci privat que van dur a terme era contrària a la normativa de contractació pública. AMB, com a autora dels acords impugnats, tenia la condició de demandada en aquests processos judicials davant el TSJC, juntament amb AB i SGAB. En dictar-se les sentències, tanmateix, l'AMB va decidir no impugnar-les, de manera que els recursos de cassació van ser interposats únicament per les dues empreses que havien resultat afavorides pels acords després anul·lats, AB (creada arran dels acords) i SGAB. Les parts contra les quals es recorre en els recursos de cassació actualment en tramitació són només les quatre empreses competidores que van interposar els recursos davant el TSJC i que van obtenir les sentències favorables ara impugnades. L'Ajuntament de Barcelona, com a tal, no ha estat ni és part en cap d'aquests processos judicials, ni davant el TSJC, ni davant el Tribunal Suprem.

Aquesta Comissió ha tingut ja ocasió de pronunciar-se sobre el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG en diverses ocasions. En el Dictamen 5/2016, de 13 d'octubre, citat tant per l'Ajuntament de Barcelona, com per l'empresa reclamant, ha precisat el significat i l'abast d'aquest límit de la llei catalana en els termes següents:

«L'article 21.1.d LTAIPBG estableix que "el dret d'accés a la informació pública pot ésser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a: [...] El principi d'igualtat de les parts en els processos judicials o la tutela judicial efectiva". Aquesta formulació és pràcticament idèntica a la del article 14.1.f LTAIPBGE [Llei bàsica estatal 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern] ("La igualtat de les parts en els processos judicials i la tutela judicial efectiva"), i molt similar a la de l'article 3.1.i CADP [Conveni núm. 205 de Consell d'Europa d'accés als documents públics de 18 de juny de 2009], de la qual prové: "la igualtat de les parts en els processos judicials i el bon funcionament de la justícia" [traducció de la versió oficial francesa, una mica diferent de l'anglesa].

La Memòria explicativa de l'article 3.1.i CADP elaborada pel propi Consell d'Europa descriu amb claredat l'abast i la finalitat d'aquest límit al dret d'accés: "L'apartat i està destinat a protegir la igualtat de les parts en els processos judicials i el bon funcionament de la justícia. Aquest límit persegueix assegurar la igualtat de les parts en processos judicials tant davant tribunals



nacionals com internacionals i pot, per exemple, autoritzar una autoritat pública a denegar l'accés a documents elaborats o rebuts (per exemple del seu advocat) en relació amb els processos judicials dels quals sigui part. Deriva de l'article 6 del Conveni Europeu de Drets Humans, que garanteix el dret a un procés equitatiu. Els documents que no són creats amb vista a processos judicials com a tals no poden ser denegats a l'empara d'aquest límit”.

Aquest límit busca, per tant, assegurar que les administracions públiques disposin de les mateixes garanties que la resta de ciutadans per a la seva defensa en el marc dels processos judicials dels quals siguin part, sense que es puguin veure perjudicades pel dret d'accés, que no ha de permetre que la contrapart obtingui per aquesta via els documents i informacions elaborats específicament per al procés judicial, documents i informacions que la contrapart no té tampoc l'obligació de facilitar a l'Administració. L'accés a aquests documents podria permetre a la contrapart conèixer l'estratègia de defensa, l'argumentació jurídica i elements probatoris de l'Administració –i els seus punts febles– abans del moment processal oportú, i la situaria en una posició d'avantatge contrària a la igualtat d'armes que ha de regir tot procés, també aquells en què sigui part l'Administració. Es tracta, així, d'un límit clar i evident al dret d'accés, de funcionalitat similar al que permet denegar l'accés dels estudiants als exàmens abans de la seva realització o l'accés dels subjectes inspeccionats a les inspeccions que pretén dur a terme l'Administració (en els exemples que es posen en aquesta mateixa Memòria del CADP per il·lustrar el límit de l'article 3.1.e, semblant al dels articles 21.1.b LTAIPBG i 14.1.g LTAIPBGE).

Sembla clar, doncs, que aquest límit permet denegar una sol·licitud d'accés a informació relativa a l'estratègia de l'Administració en un procés judicial del qual sigui part, com es pregunta a la consulta. Aquesta és, precisament, la seva finalitat. Tanmateix, per a evitar el risc d'invocacions abusives d'aquest límit i que sigui al·legat automàticament sempre que qui demani accés a la informació sigui una persona amb la qual l'Administració té un litigi judicial en curs, convé precisar el seu abast objectiu, subjectiu i temporal.

Des del punt de vista objectiu, el límit permet restringir només l'accés a aquella informació que ha estat elaborada específicament per al procés judicial en qüestió, com s'afirma al darrer incís del fragment transcrit de la Memòria del CADP. Com aquesta Comissió ha assenyalat a la Resolució de 2 de febrer de 2016, sobre la Reclamació 31/2015, això significa que el límit “no seria aplicable si la informació sol·licitada ha estat elaborada o existeix al marge del procediment judicial, i és fins i tot prèvia a la seva iniciació” (FJ 2). En el cas resolt per aquesta resolució, l'Administració invocava el límit de la igualtat de les parts perquè la persona reclamant i ella mantenien en aquell moment un plet contenciós administratiu sobre una convocatòria de places, però la Comissió considera que el límit no és oposable perquè la informació demanada (la relació de llocs de treball del personal i el nombre de baixes laborals dels anys anteriors) “existeix des de molt abans de la presentació del recurs contenciós administratiu citat més amunt, i en absolut ha estat elaborada expressament als efectes d'aquest procés” (FJ 2). El límit



permetria denegar l'accés, per tant, entre d'altres, als escrits de defensa o de preparació de la defensa elaborats pels serveis jurídics de l'Administració o per advocats externs, a informes i comunicacions interns o dictàmens d'advocats o consultors externs sobre la reacció jurídica a emprendre front una determinada sentència (on es valori, per exemple, la conveniència d'interposar un recurs davant una instància judicial superior), a informes pericials encarregats a tercers per al procés en curs, a les declaracions demanades i obtingudes (o no obtingudes) de testimonis per al procés en curs, etc.

La finalitat de protecció de la igualtat de les parts que persegueix aquest límit i l'exigència d'interpretar-lo restrictivament i de forma proporcionada a aquella finalitat (articles 20.2 i 22.1 LTAIPBG) comporten, tanmateix, que no pugui impedir, per exemple, l'accés a l'expedient de contractació dels esmentats dictàmens jurídics o informes pericials encarregats a tercers i pagats amb diner públic (expedients en els quals, com a molt, s'haurà d'anonimitzar temporalment el nom del contractista quan aquesta dada pugui ser rellevant per a l'estratègia de defensa de l'Administració).

El límit opera en relació amb tots els ordres jurisdiccionals, i inclou també els processos davant el Tribunal Constitucional i tribunals europeus i internacionals (com el Tribunal de Justícia de la Unió Europea o el Tribunal Europeu de Dret Humans), ja que en tots ells s'ha de garantir la igualtat de les parts. Aquesta finalitat també justifica poder invocar el límit en el marc de processos de resolució de conflictes alternatius a la via judicial com l'arbitratge, en els casos en què l'Administració s'hi pot sotmetre, i en el marc de recursos davant òrgans independents quasijudicials com per exemple els tribunals administratius de recursos contractuals.

Des del punt de vista subjectiu, la denegació d'accés a l'empara d'aquest límit pot operar, naturalment, davant de la contrapart en el procés judicial en curs. Però la garantia real de la igualtat de les parts exigeix poder-lo oposar també front a qualsevol altra persona que sol·liciti l'accés a l'esmentada informació, ja que seria molt fàcil per a la contrapart aconseguir que demanés l'accés una altra persona, i obtenir així la informació per persona interposada; i, en tot cas, encara que qui sol·licités l'accés no ho fes per encàrrec de la contrapart, la informació podria acabar arribant a mans d'aquesta en el cas que aquella en fes la difusió que, com a regla general, es pot fer de la informació que s'obté en exercici del dret d'accés.

Finalment, des del punt de vista temporal, el límit opera només mentre dura el procés judicial, i fins que es dicti sentència ferma. Això significa que també s'ha d'incloure la via de recurs davant tribunals superiors, nacionals i supranacionals. El límit, en canvi, lògicament, no permet impedir l'accés dels interessats a l'expedient administratiu que doni lloc a la resolució susceptible de ser impugnada, després, en via judicial. En el marc del procediment administratiu inicial, l'Administració actua en exercici de les potestats que té atribuïdes, no com una part més que defensa la seva posició davant d'un jutge, i els interessats han de poder conèixer el resultat dels



diferents tràmits a mesura que es van produint i les raons que porten l'Administració a prendre la decisió que li posa fi, tal com exigeix el dret d'accés a l'expedient reconegut en termes amplis pels articles 53.1.a i 82.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques» (FJ 2).

Més recentment, a la Resolució 84/2017, de 8 de març, aquesta Comissió ha considerat aplicable, per primer cop, aquest límit per denegar l'accés d'un comitè d'empresa a dos informes jurídics externs encarregats per un consorci durant la tramitació d'un conflicte col·lectiu plantejat per aquell comitè contra l'esmentat consorci.

A la vista d'aquesta doctrina i d'aquests precedents, i de les concretes circumstàncies fàctiques del cas que és ara objecte de reclamació, no sembla que es pugui oposar el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG per impedir l'accés de l'empresa reclamant a l'informe jurídic sol·licitat.

Com assenyala l'empresa reclamant en la seva curosa argumentació (resumida als antecedents 5 i 10), el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG pressuposa l'existència d'un procés judicial, en curs o imminent (s'inclou el període d'interposició de recursos contra sentències que no són encara fermes), en què l'Administració que invoqui el límit –o aquella en benefici de la qual s'invoqui– tingui la condició formal de part. L'esmentat límit busca assegurar que les administracions públiques disposin de les mateixes garanties que la resta de ciutadans per a la seva defensa en el marc dels processos judicials dels quals siguin part, i evitar que el dret d'accés s'empri de manera fraudulenta per la contrapart per accedir a informacions i documents elaborats específicament per a la defensa de l'Administració en el procés judicial en qüestió, en detriment de la igualtat d'armes que ha de regir tot procés judicial. Tracta d'evitar, en definitiva, que les obligacions reforçades de transparència a què estan sotmeses les administracions públiques impedeixin que es puguin defensar adequadament en el marc dels processos judicials de què siguin part. Així es desprèn de la utilització pel legislador, en la formulació del límit, de l'expressió “parts en els processos judicials”, que té un significat processal inequívoc, i de la referència a la protecció de la seva “igualtat” en el marc del procés. L'accés a documents d'administracions que no són part d'un procés judicial no pot alterar la igualtat de les parts en el procés, per la senzilla raó que totes aquestes parts poden demanar aquest accés i disposar de les mateixes armes (en aquest cas, de les mateixes informacions i documents) per a la seva defensa. En el cas d'aquesta reclamació, totes les parts dels recursos de cassació que s'estan tramitant actualment davant el Tribunal Suprem (AB i SGAB, com a parts recurrents, i les altres empreses privades competidores que apareixen com a parts contra les quals es recorre) poden demanar i tenir accés a l'informe jurídic controvertit i utilitzar-lo com més els convingui per a la seva defensa.

L'empresa reclamant al·lega i l'Ajuntament de Barcelona no nega que aquest, com a tal, no ha tingut la condició de part ni en el procés judicial inicial davant el TSJC, ni en el procés judicial que s'està tramitant actualment davant el Tribunal Suprem per resoldre els recursos de cassació interposats contra les sentències del TSJC. L'Ajuntament de Barcelona al·lega que va ser part dels processos



davant el TSJC a través de l'AMB, de la qual forma part i que presideix l'alcalde de Barcelona, i que tant l'Ajuntament de Barcelona com l'AMB mantenen posicions enfrontades a la de l'empresa reclamant en els actuals recursos de cassació, després que aquells decidissin acatar les sentències del TSJC i no interposar recurs de cassació. Aquest plantejament de l'Ajuntament no pot ser compartit, ja que suposa ampliar indegudament el concepte estricte de part que maneja el legislador a l'article 21.1.d LTAIPBG, en una interpretació que no s'ajusta a la finalitat abans descrita d'aquest límit i que resulta contrària a la interpretació restrictiva de les limitacions legals al dret d'accés i a la prohibició expressa de la seva ampliació analògica que imposa l'article 20.2 LTAIPBG, en virtut del qual "les limitacions legals al dret d'accés a la informació pública han d'ésser aplicades d'acord amb llur finalitat, tenint en compte les circumstàncies de cada cas concret, s'han d'interpretar sempre restrictivament en benefici d'aquest dret i no es poden ampliar per analogia".

En primer lloc, l'AMB, per molt que vulgui acatar les sentències del TSJC i fins i tot desitgi que no prosperin els recursos de cassació interposats per AB i SGAB (aspecte aquest últim que l'Ajuntament no ha acreditat), no té la condició de part en els processos en què aquests s'estan tramitant i, per tant, no s'ha de defensar en el marc d'ells ni necessita la garantia que per a aquesta defensa proporciona l'article 21.1.d LTAIPBG. L'AMB només hauria pogut invocar l'esmentat límit durant el procés previ davant el TSJC, en què sí era part, i durant el termini de què disposava des de la notificació de les sentències d'aquest tribunal per interposar recurs de cassació davant el Tribunal Suprem (article 89.1 LJCA). En el moment en què deixa passar aquest termini i decideix no interposar recurs contra les sentències ni ser, per tant, part en els processos de recurs posteriors, perd la facultat d'invocar el límit de la igualtat de les parts en els processos judicials per oposar-se al lliurament dels documents o la informació que hagués pogut elaborar o encarregar amb anterioritat per a la seva defensa. La pèrdua d'aquesta facultat no implica, naturalment, que no puguin concórrer altres límits que puguin justificar impedir o restringir-ne l'accés. Per tant, ni tan sols en el cas que l'empresa reclamant demanés accedir a un informe jurídic encarregat per l'AMB per a la seva defensa, aquesta no podria, en l'actualitat (ni el moment en què es va presentar la sol·licitud d'accés, atès que ja havia transcorregut el termini d'interposició dels recursos de reposició), oposar el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG.

Però és que, en segon lloc, l'informe jurídic al qual es vol tenir accés ni tan sols va ser encarregat per l'AMB, sinó per l'Ajuntament de Barcelona, que no va ser part en els processos davant el TSJC ni estava, per tant, legitimat per interposar recurs de cassació contra les sentències d'aquest (article 89.1 LJCA). L'argument que l'Ajuntament de Barcelona era part d'aquests processos "a través de l'AMB", en formar part d'aquesta, no es pot compartir ni des d'una perspectiva formal, ni material. Des del punt de vista formal, és evident que l'Ajuntament de Barcelona i l'AMB són dues persones jurídiques diferents, i que el fet que l'AMB sigui part d'un procés judicial no implica que ho siguin també els municipis que l'integren. L'Administració que té l'obligació de complir la sentència que hi posi fi i d'assumir les responsabilitats que se'n derivin és l'AMB i no els municipis que la conformen.



Des d'un punt de vista material, l'argumentació de l'Ajuntament no té en compte que l'AMB, per molt que estigui presidida per l'alcalde de Barcelona i aquest municipi hi tingui un pes molt important, no és cap ens instrumental de l'Ajuntament, sinó una Administració amb competències pròpies, creada per llei del Parlament de Catalunya, que integra a trenta-cinc altres municipis de la conurbació de Barcelona i que pot adoptar decisions que no siguin compartides per la majoria que doni suport al govern d'aquest Ajuntament. Entre aquestes decisions es troba, precisament, la d'interposar recurs de cassació contra sentències que anul·lin acords del Consell Metropolità, com és el cas, decisió que correspon a aquest òrgan de l'AMB i no pas a la seva presidència (article 8.1.u de la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona; l'article 1.3 d'aquesta llei disposa que l'AMB "té personalitat jurídica pròpia i plena capacitat i autonomia per a complir les seves finalitats"). El fet, per tant, que l'Ajuntament de Barcelona vulgui o no ser part d'un procés judicial no implica que ho sigui o deixi de ser l'AMB, i viceversa.

A la vista de l'exposat, manca el requisit subjectiu de la condició formal de part en un procés judicial que es desprèn inequívocament de l'article 21.1.d LTAIPBG, i que ha de concórrer en l'Administració que pretengui oposar-se al lliurament d'una determinada informació a l'empara d'aquest límit legal al dret d'accés, sense que sigui suficient amb l'existència d'interessos enfrontats amb el sol·licitant d'accés que no es dirimeixin judicialment.

A això s'ha d'afegir que manca també el requisit objectiu que la informació a la qual es vol tenir accés hagi estat elaborada específicament per al procés judicial en qüestió. Com aquesta Comissió ha assenyalat en el dictamen i les resolucions abans citats, el sol fet de tenir la condició de part en un procés judicial no habilita a l'Administració a denegar a la contrapart l'accés a tota la informació que tingui en el seu poder, sinó només a aquella informació que hagi estat elaborada específicament per al procés judicial en qüestió. A la inversa, el fet que una determinada Administració no tingui la condició de part en el plet que mantingui una altra Administració amb un tercer no exclou automàticament que pugui denegar l'accés a la informació que hagi pogut elaborar específicament per a la defensa d'aquesta altra Administració en el marc del procés judicial, a l'empara del límit de l'article 21.1.d LTAIPBG; en aquest darrer cas, el límit s'invoça no en interès propi, sinó de l'altra Administració que és part del procés judicial. Doncs bé, per tal de tenir tots els elements de judici necessaris, aquesta Comissió ha demanat i obtingut de l'Ajuntament de Barcelona l'informe jurídic controvertit (anterior 9), i ha pogut constatar, després de la seva lectura, que no ha estat elaborat específicament per al procés judicial en curs ni hi està directament relacionat. En ell no es tracta, p. ex., d'examinar les sentències del TSJC i la viabilitat d'un eventual recurs de cassació, ni tan sols el règim actual de contractació dels serveis públics locals i de constitució de societats d'economia mixta, sinó que s'analitzen el règim jurídic, durada i efectes de la concessió atorgada a SGAB l'any 1953, i l'Administració competent en l'actualitat per a la prestació del servei d'abastament domiciliari d'aigua potable al municipi de Barcelona i a la resta de municipis de l'àrea metropolitana, com es desprèn ja del seu propi títol ("Informe sobre la competència de l'Ajuntament de Barcelona per exercir el servei



d'abastament domiciliari d'aigua potable i situació sobre aquesta matèria dels altres municipis de l'àrea metropolitana de Barcelona"). Les conclusions a què arriba l'autor de l'informe sobre el títol concessional de la SGAB, en el cas hipotètic que siguin assumides i portades a la pràctica per l'Ajuntament, poden acabar donant lloc, certament, a un procés judicial entre ambdues parts (i, eventualment, AB), però es tractarà d'un procés diferent del que s'està tramitant en l'actualitat davant el Tribunal Suprem, i que haurà de venir precedit d'una sèrie d'actuacions administratives en què l'Ajuntament haurà de donar audiència a aquestes empreses, com a interessades en el procediment, i donar-les accés a tot l'expedient, com s'admet al final de l'informe emès per l'Ajuntament durant aquesta reclamació. Com aquesta Comissió ha assenyalat en el Dictamen 5/2016, abans transcrit, el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG no permet impedir l'accés dels interessats a l'expedient administratiu que doni lloc a una resolució susceptible de ser impugnada, després, en via judicial.

De tot l'anterior es desprèn que no es pot oposar el límit de l'article 21.1.d LTAIPBG i que l'accés per part de l'empresa reclamant a l'informe jurídic sol·licitat no ocasionarà cap perjudici per a la igualtat de les parts en el procés judicial que s'està tramitant davant el Tribunal Suprem. Tot i que això no resulti determinant, no és sobrer apuntar, a més, que l'hipotètic perjudici ja s'hauria ocasionat en el moment en què es va difondre el resum del contingut de l'informe i es van publicar algunes de les seves pàgines en la notícia periodística que va motivar la petició d'accés de l'empresa reclamant.

En no existir perjudici per al bé jurídic protegit per l'esmentat límit, i no haver-se al·legat ni semblar que concorri cap altre límit que pugui veure's afectat per la sol·licitud d'accés, aquesta ha de ser estimada i s'ha de declarar el dret de l'empresa reclamant a obtenir còpia de l'informe jurídic demanat.

Cal remarcar, tanmateix, que encara que existís un perjudici per a algun dels béns jurídics protegits pels límits legalment establerts, caldria ponderar-lo amb l'interès públic en l'accés, com exigeix l'article 22.1 LTAIPBG. En general, existeix un interès públic en l'accés als informes externs encarregats per les diferents administracions públiques, ja que són pagats amb diner públic i s'ha de poder comprovar el compliment efectiu de la prestació contractada amb el contractista i la pròpia justificació de l'encàrrec. En aquest cas, a més, se suma l'interès públic en el propi contingut de l'informe, interès públic que és molt rellevant, com palesa el fet poc habitual que un mitjà de comunicació li dediqués una notícia tan extensa. Aquest interès públic en un tema tan sensible i de tanta actualitat com el de la controvèrsia existent a molts municipis catalans sobre la gestió del servei públic d'abastament d'aigua domiciliària, fa que qualsevol ciutadà, i no només l'empresa reclamant o altres concessionàries presents o futures, pugui accedir a l'informe sol·licitat.



2. Seguiment de l'execució

L'article 43.5 LTAIPBG estableix que "l'Administració ha de comunicar a la Comissió [GAIP] les actuacions fetes per a executar els acords de mediació i per a donar compliment a les resolucions dictades per la Comissió". Sobre la base d'aquestes comunicacions i de les efectuades per les persones interessades, la GAIP ha de fer seguiment del compliment de les seves resolucions, d'acord amb el previst per l'apartat 30 del seu *Manual de reclamació*, i pot adoptar les mesures que s'hi preveuen pel cas d'incompliment.

3. Publicitat de les resolucions de la GAIP

L'article 44 LTAIPBG preveu que les resolucions de la GAIP s'han de publicar en el portal de la Comissió, amb la dissociació prèvia de les dades personals.

Resolució

Sobre la base dels antecedents i fonaments jurídics exposats, el Ple de la GAIP, en la sessió de 20 d'abril de 2017, resol per unanimitat:

1. Estimar la Reclamació 62/2017 i declarar el dret de l'empresa reclamant a obtenir còpia de l'informe jurídic indicat en l'antecedent 2.
2. Anul·lar la Resolució de 29 de desembre de 2016 del gerent de Recursos de l'Ajuntament de Barcelona per la qual es denega la sol·licitud d'accés formulada.
3. Requerir a l'Ajuntament de Barcelona que, en el termini màxim de tres dies des de la notificació d'aquesta Resolució, faciliti a l'empresa reclamant l'informe jurídic indicat a l'apartat 1.
4. Requerir a l'Ajuntament de Barcelona que informi la GAIP sobre el compliment d'aquesta Resolució tan bon punt es produeixi.
5. Convidar l'empresa reclamant a comunicar a la GAIP qualsevol incidència que sorgeixi en l'execució d'aquesta resolució i que pugui perjudicar els seus drets i interessos.



6. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 62/2017 i disposar la publicació d'aquesta resolució al web de la GAIP.

Barcelona, 20 d'abril de 2017

Elisabet Samarra i Gallego

Presidenta

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa, es pot interposar recurs contenciós administratiu davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en un termini de dos mesos, a comptar de l'endemà de la notificació de la resolució, d'acord amb la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.