

Resolució 235/2021, de 4 de març

Número d'expedient de la Reclamació: 66/2021¹

Administració reclamada: Consorci de Serveis Socials de Barcelona

Informació reclamada: Sobre recusació o abstenció d'una funcionària pública.

Sentit de la resolució: Estimació

Resum: El CSSB respon a la persona reclamant (antecedent 3) que la recusació només cap als òrgans col·legiats, la qual cosa no és cert, doncs els articles 23 i 24 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic (LRJSP), que són els relatius a l'abstenció i a la recusació estenen clarament la seva aplicació a totes les autoritats i personal del sector públic, sense cap menció sobre si formen part o no d'òrgans col·legiats. És més: si la persona reclamant ha plantejat la recusació a la senyora xxxx, l'article 24 LRJSP requereix un procediment específic de tramitació i resolució, amb audiència de la persona eventualment recusada que, segons el parer dels indicis aportats per la persona reclamant i que reflecteix l'antecedent 6, segurament haurà estat advertida de la recusació que l'afecta, el que posa de manifest que algun tipus de tramitació haurà donat a aquest assumpte el CSSB. Per tant, si el CSSB ha pres alguna decisió sobre la recusació plantejada, la persona reclamant té dret a obtenir aquesta informació, i si no ha pres cap decisió, també té dret a ser informada d'aquest extrem.

Paraules clau: Consorcis. Persona interessada. Recusació. Persones amb discapacitat. Motivacions. Règim especial d'accés.

Ponent: Josep Mir Bagó

Antecedents

1. El 21 de gener de 2021 entra a la GAIP la Reclamació 66/2021, presentada per una persona interessada contra el Consorci de Serveis Socials de Barcelona (CSSB), en relació amb la sol·licitud d'accés a la informació pública indicada en l'antecedent 2. La persona reclamant no demana el procediment de mediació previst per l'article 42 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG) i regulat pels articles 36 a 41 del Reglament de la GAIP aprovat pel Decret 111/2017, de 18 de juliol (RGAIP).
2. El 14 de desembre de 2020 la persona reclamant sol·licita al CSSB les següents respostes en relació amb la hipotètica recusació d'una determinada professional, instada per la mateixa persona reclamant: 1. Per què no se'm va comunicar per escrit, en temps i forma per part del CSSB de la decisió presa a la sol·licitud a instàncies de part. 2. Se'm

¹ El text original d'aquesta resolució, elaborat pel ponent, ha estat escrit en castellà.



comuniqui la decisió de la meua petició per escrit i en la data que es va realitzar la recusació. 3. Se m'informi de les actuacions que ha realitzat en relació amb AM i els seus pares (se m'acrediti amb els documents administratius corresponents) abans de ser recusada. 4. En relació amb AM, per què no s'ha tingut en consideració la tutoria d'AM i no s'ha informat aquests tutors de les accions que s'han realitzat.

3. El 12 de gener de 2021 el CSSB contesta a la persona reclamant que la recusació està limitada als òrgans col·legiats i que no s'ha aplicat en aquest cas perquè no actua cap òrgan d'aquestes característiques. Indica també que el cas d'AM s'ha delegat un dels tècnics en discapacitat. Assenyala així mateix que la persona "recusada" hauria realitzat nombroses gestions, la majoria telefòniques. I en relació amb els últims apartats de la sol·licitud, assenyala que s'han dut a terme nombroses actuacions i s'informarà quan es consideri oportú en benefici d'AM.
4. La Reclamació presentada el 21 de gener de 2021 considera que la resposta anterior no és clara. Adjunta correus electrònics interns del CSSB que parlen de la recusació sobre la qual sol·licita informació.
5. El 25 de gener de 2021 la GAIP requereix la persona reclamant que necessiti la informació a què vol tenir accés. Invoca l'article 68 de la Llei 39/2015, del procediment administratiu comú i informa la persona reclamant que si no repara l'esmena en el termini de 10 dies es considerarà desistida la Reclamació.
6. El 26 de gener de 2021 la persona reclamant contesta el requeriment anterior. Indica que la concreció de la Reclamació és saber si aquesta recusada la Sra. xxxx i el detall de la informació sol·licitada. Considera que el CSSB en la seva resposta indica que la Sra. xxxx no ha estat recusada, però l'esmentada resposta no queda gaire clara pel motiu següent: de les proves que aporto l'esmentada senyora especifica que "sembla que jo estic recusada per part de la família, per a intervenir en aquesta situació. Ho han demanat al Departament i ho han acceptat". La persona reclamant entén que, si la mateixa persona afectada confirma que està recusada, és una contradicció que l'informe del Consorci digui que no. I per això afirma presentar la Reclamació per aclarir la situació.
7. El 29 de gener de 2021 la GAIP admet provisionalment la Reclamació, informa la persona reclamant sobre els aspectes més rellevants de la seva tramitació i de la posició jurídica que ostenta com a persona interessada, conforme a les legislacions de procediment administratiu i de transparència i accés a la informació pública. Li demana especialment que informi la GAIP immediatament de les comunicacions que rebí de l'Administració reclamada relatives a la informació pública sol·licitada, mentre duri la Reclamació.



8. El 29 de gener de 2021 la GAIP comunica la Reclamació al CSSB i li requereix que, dins del termini de quinze dies establert per l'article 33.4 RGAIP, li remeti un informe sobre ella, així com còpia de l'expedient de la sol·licitud d'informació de la qual porta causa i, en general, dels antecedents que puguin ser rellevants per resoldre la Reclamació. No consta resposta del CSSB, malgrat haver vençut àmpliament el termini indicat.

Fonaments jurídics

1. Competència de la GAIP i contingut i abast generals del dret d'accés a la informació pública

L'article 39.1 LTAIPBG estableix que "Les resolucions expresses o presumptes en matèria d'accés a la informació pública i, si escau, les que resolguin el recurs de reposició poden ésser objecte de reclamació gratuïta i voluntària davant la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública, encarregada de vetllar pel compliment i les garanties del dret d'accés a la informació pública que regula aquest títol". L'article 29 RGAIP desenvolupa aquest precepte i concreta que també poden ser objecte de reclamació davant la GAIP les comunicacions que substitueixin les resolucions i l'incompliment material del dret d'accés, quan aquest ha estat reconegut expressament o presumpta. D'acord amb aquests preceptes, la GAIP és competent per tramitar i resoldre aquesta Reclamació, ja que deriva d'una sol·licitud d'accés a informació pública.

L'article 2.c LTAIPBG defineix el dret d'accés a la informació pública com "el dret subjectiu que es reconeix a les persones per a sol·licitar i obtenir la informació pública, en els termes i les condicions regulats per aquesta llei". Per la seva banda, l'apartat b del mateix precepte defineix la informació pública com "la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder com a conseqüència de la seva activitat o de l'exercici de les seves funcions, inclosa la que li subministren els altres subjectes obligats d'acord amb el que estableix aquesta llei".

Segons l'article 18.1 LTAIPBG, "Les persones tenen el dret d'accedir a la informació pública, a què fa referència l'article 2.b, a títol individual o en nom i representació de qualsevol persona jurídica legalment constituïda". I l'article 20.1 de la mateixa llei afegeix que "El dret d'accés a la informació pública es garanteix a totes les persones, d'acord amb el que estableix aquesta llei. El dret d'accés a la informació pública només pot ésser denegat o restringit per les causes expressament establertes per les lleis".

Així mateix, els apartats 2 i 3 de l'article 20 LTAIPBG estableixen els següents requisits i criteris per a l'aplicació dels límits legals al dret d'accés a la informació pública: "2. 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. 3. Per a aplicar límits al dret d'accés a la informació pública, l'Administració no disposa de potestat discrecional i ha d'indicar en cada cas els motius que ho justifiquen. En la motivació cal explicitar el límit que s'aplica i raonar degudament les causes que en fonamenten l'aplicació”.

A més, els límits legals al dret d'accés a la informació pública no són d'aplicació automàtica i absoluta (l'encapçalament de l'article 21 LTAIPBG es refereix expressament a què els límits enumerats per aquest precepte “poden” dur a la denegació de l'accés sol·licitat), de manera que l'article 22 de la mateixa Llei requereix que siguin aplicats d'acord amb criteris de proporcionalitat i temporalitat: “Els límits aplicats al dret d'accés a la informació pública han d'ésser proporcionals a l'objecte i la finalitat de protecció. L'aplicació d'aquests límits ha d'atendre les circumstàncies de cada cas concret, especialment la concurrència d'un interès públic o privat superior que justifiqui l'accés a la informació. 2. Els límits del dret d'accés a la informació pública són temporals si així ho estableix la llei que els regula, i es mantenen mentre perduren les raons que en justifiquen l'aplicació”.

2. Admissibilitat de la Reclamació

Aquesta Reclamació es planteja en relació amb una sol·licitud presentada per una persona interessada en un procediment administratiu en curs. En relació amb aquest tipus de situacions, la disposició addicional 1a.1 LTAIPBG estableix que “l'accés dels interessats als documents dels procediments administratius en tràmit es regeix pel que determina la legislació sobre règim jurídic i procediment administratiu”. Tenint en compte aquesta disposició, és precís valorar l'admissibilitat de la Reclamació.

Des de la Resolució de 23 de desembre de 2015, sobre la Reclamació 17/2015, la GAIP ve admetent a tràmit reclamacions en relació amb sol·licituds d'accés a la informació afectades per la disposició addicional 1a.1 LTAIPBG, sobre la base de les següents consideracions:

No hi ha cap disposició en l'LTAIPBG, inclosa la seva disposició addicional primera, que estableixi cap motiu d'inadmissió, ni cap límit d'accés que es defineixin en funció del caràcter obert (o en tràmit) o tancat (o finalitzat) dels procediments administratius. Això comporta que el dret d'accés a la informació pública s'ha de poder exercir amb independència de si aquesta informació forma part d'un procediment en tràmit o finalitzat, o de cap procediment determinat. Així mateix, no hi ha cap precepte de l'LTAIPBG del qual es pugui desprendre que la condició de persona interessada en un procediment administratiu hagi o pugui ser un motiu d'inadmissió de les sol·licituds d'informació pública o de les reclamacions a la GAIP. La garantia de reclamació a la GAIP, que protegeix mitjançant un procediment breu i gratuït davant d'un òrgan independent el dret general d'accés a la informació pública de la ciutadania, amb igual o més



motiu ha d'emparar el dret de les persones interessades a obtenir la informació que forma part dels procediments administratius que les afecten, i no hi ha res a la disposició addicional 1a LTAIPBG que ho impedeixi.

Més aviat al contrari: el que estableix aquesta disposició és que la posició jurídica que correspon a les persones interessades en un procediment administratiu, en relació amb l'accés a la informació pública que l'integra, es defineix no tant pel règim jurídic aplicable al dret d'accés a la informació pública, sinó pels drets de més intensitat d'accés a l'expedient que els reconeix la legislació de procediment administratiu, tot això amb independència de si qui resol les sol·licituds d'accés és l'Administració responsable de tramitar el procediment que es tracti o, en la via de reclamació, la GAIP, o el jutge o tribunal que hagi de resoldre l'eventual recurs jurisdiccional. La disposició addicional 1a.1 LTAIPBG no qüestiona la competència de la GAIP per entendre de reclamacions en matèria d'accés a la informació pública formulades per persones interessades en un procediment administratiu, sinó que només incideix en el dret material (l'LTAIPBG o la legislació de procediment administratiu) que haurà d'aplicar aquesta Comissió per resoldre-les.

Certament, el més apropiat és que les persones interessades en un procediment administratiu en tràmit puguin accedir amb normalitat a l'expedient i que sigui precisament l'òrgan responsable de la seva tramitació el que garanteixi i faci efectiu aquest dret, de manera que el puguin exercir efectivament en els terminis que millor els convingui per a la resolució més favorable, no tant de l'accés per si mateix, sinó del procediment principal. Però si l'òrgan administratiu competent denega l'accés sol·licitat, res no impedeix que, sens perjudici de la continuació normal del procediment, ni dels efectes impugnatoris que la manca d'accés a l'expedient pugui tenir en el futur sobre la resolució del fons de l'assumpte, la persona interessada pugui acudir a la via especial de garantia instituïda per la legislació de transparència (la reclamació a la GAIP). Amb independència del règim substantiu aplicable, aquests també són casos d'exercici del dret d'accés a la informació pública, matèria que constitueix la missió de la GAIP, de manera que res no permet qüestionar la seva competència, si la llei no l'exclou expressament, cosa que sens dubte no fa.

En conseqüència, s'ha de concloure que la GAIP té competència plena per resoldre aquesta Reclamació, malgrat que s'hagi formulat en relació amb una sol·licitud d'informació relativa a un procediment en tràmit i que qui sol·licita la informació tingui la condició de persona interessada.

3. Sobre el dret d'accés a la informació sol·licitada

La informació sol·licitada (saber si la senyora xxxx s'ha considerat recusada, conèixer les actuacions que ha fet abans de ser-ho en relació amb la família de la persona reclamant i els



motius pels que no s'ha comunicat aquesta decisió a la persona reclamant per escrit en temps i forma i no s'ha tingut en compte en la tutoria del seu fill i no s'ha informat els tutors de les accions realitzades) és informació pública en la mesura que estigui en poder de l'Administració (el CSSB) i la persona reclamant té dret d'accedir-hi, especialment tenint en compte que ostenta la condició de persona interessada, tant per haver formulat la recusació, com per ser representant legal del seu fill, que és l'usuari dels serveis públics en la prestació del qual intervé o intervenia la persona eventualment recusada. Seguidament es valora més detalladament el dret d'accés a cada un dels apartats de la sol·licitud.

En primer lloc, la resposta que requereix prioritàriament la persona reclamant en els seus aclariments és que se li confirmi si la senyora xxxx ha de ser considerada recusada o no. Es tracta sens dubte d'una pretensió justificada, tenint en compte la resposta i d'altres indicis rebuts. En resposta a la seva sol·licitud, el CSSB respon a la persona reclamant (antecedent 3) que la recusació només cap als òrgans col·legiats, la qual cosa no és cert, doncs els articles 23 i 24 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic (LRJSP), que són els relatius a l'abstenció i a la recusació, estenen clarament la seva aplicació a totes les autoritats i personal del sector públic, sense cap menció sobre si formen part o no d'òrgans col·legiats. És més: si la persona reclamant ha plantejat la recusació a la senyora xxxx, l'article 24 LRJSP requereix un procediment específic de tramitació i resolució, amb audiència de la persona eventualment recusada que, segons el parer dels indicis aportats per la persona reclamant i que reflecteix l'antecedent 6, segurament haurà estat advertida de la recusació que l'afecta, el que posa de manifest que algun tipus de tramitació haurà donat a aquest assumpte el CSSB. Per tant, si el CSSB ha pres alguna decisió sobre la recusació plantejada, la persona reclamant té dret a obtenir aquesta informació, i si no ha pres cap decisió, també té dret a ser informada d'aquest extrem.

En segon lloc, es pot suposar que el CSSB ha de conèixer les actuacions que ha fet la persona recusada abans de ser-ho en relació amb la família de la persona reclamant. En la mesura que les conegui, és una informació que ha de facilitar a la persona reclamant i, si no té constància d'elles, així ha d'indicar-li-ho.

Finalment, la persona reclamant demana els motius del que considera dèficits o manca d'actuació de l'Administració, en assumptes en els quals creu que hauria d'haver actuat o informat. La motivació de les actuacions o de la inactivitat de l'Administració pública no és una cosa que estigui garantida en qualsevol cas pel dret d'accés a la informació pública; certament, aquest dret garanteix l'accés a la motivació si existeix en ser sol·licitada; però si s'ha d'elaborar o crear, de manera que no existeix realment com a tal motivació, la seva redacció no pot ser exigida partint del dret que ens ocupa, sens perjudici que l'Administració pugui facilitar-la voluntàriament o partint d'altres títols jurídics diferents del dret d'accés a la informació pública.



Tenint en compte les anteriors consideracions, és procedent declarar el dret de la persona reclamant a la informació relativa a si la senyora xxxx ha estat recusada, a conèixer les actuacions que hagi fet abans de ser-ho en relació amb la família de la persona reclamant i, en la mesura que existeixin, els motius pels quals no s'ha comunicat aquesta decisió a la persona reclamant i pels que no s'ha tingut en compte aquesta decisió en la tutoria del seu fill i no s'ha informat els tutors de les accions realitzades.

4. Seguiment de l'execució

L'article 43.5 LTAIPBG estableix que "l'Administració ha de comunicar a la Comissió 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 pels articles 48 i 49 RGAIP i per l'apartat 30 del seu Manual de reclamació, i pot adoptar les mesures que s'hi preveuen en cas d'incompliment.

L'article 43 LTAIPBG estableix que si l'Administració incompleix l'obligació de facilitar la informació dins del termini establert pels acords de mediació o per les resolucions de la GAIP, les persones interessades ho poden comunicar a la Comissió perquè aquesta en requereixi el compliment, i que la desatenció d'aquest requeriment pot donar lloc a l'exigència de responsabilitats en el marc del règim sancionador previst a la mateixa llei. Concretament, a la vista de la remissió expressa feta a aquest precepte per l'article 77.2.b LTAIPBG, la desatenció dels requeriments d'aquesta Comissió constitueix una infracció qualificada de molt greu que pot ser sancionada de conformitat amb els articles 81 i 82 LTAIPBG. Amb aquesta finalitat, l'article 49.2 RGAIP preveu que la Comissió n'informi als òrgans competents per ordenar la incoació del procediment sancionador a què fa referència l'article 86 LTAIPBG.

Així mateix, l'article 25.2.k RGAIP preveu la publicació en el web de la Comissió dels casos que els seus requeriments han estat desatesos per l'Administració i que se n'hi faci difusió mentre duri l'incompliment.

5. 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 previst a l'article 25 RGAIP, 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 4 de març de 2021, resol per unanimitat:



1. Estimar la Reclamació 66/2021 i declarar el dret de la persona reclamant a la informació relativa a si la senyora xxxx ha estat recusada, a conèixer les actuacions que hagi fet abans de ser-ho en relació amb la família de la persona reclamant i, en la mesura que existeixin, els motius pels quals no s'ha comunicat aquesta decisió a la persona reclamant i pels que no s'ha tingut en compte aquesta decisió en la tutoria del seu fill i no s'ha informat els tutors de les accions realitzades.
2. Requerir el CSSB perquè lliuri la informació indicada en l'apartat anterior a la persona reclamant en el termini de deu dies des de la notificació de la present resolució i perquè tot seguit n'informi la GAIP.
3. Convidar la persona reclamant a comunicar a la GAIP qualsevol incidència que sorgeixi en l'execució de la present resolució i que pugui perjudicar als seus drets i interessos.
4. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 66/2021 i disposar la publicació de la present resolució al web de la GAIP.

Elisabet Samarra Gallego

Presidenta

Els terminis establerts en aquesta Resolució per lliurar la informació s'han de comptar en dies hàbils (descomptant festius i dissabtes) i si no s'especifica una altra cosa comencen a partir de l'endemà de la recepció de la seva notificació per l'Administració reclamada.

L'Administració obligada pot sol·licitar a la GAIP l'ampliació del termini atorgat per fer efectiu el lliurament de la informació. Aquesta sol·licitud només pot ser admesa a consideració si és notificada a la GAIP abans que fineixi el termini fixat a la Resolució, i s'ha de fonamentar en circumstàncies que no hagin pogut ser tingudes en compte per la Comissió abans de dictar la seva Resolució. La GAIP únicament atorgarà l'ampliació sol·licitada, després d'informar-ne a la persona reclamant, si l'Administració obligada ha justificat de forma precisa i consistent la seva necessitat.

Si l'Administració obligada no lliura la informació dins del termini establert per aquesta Resolució, la persona reclamant pot posar-ho en coneixement de la GAIP, preferentment per correu electrònic adreçat a gaip@gencat.cat, per tal que la Comissió en requereixi el compliment. Mentre no s'acompleixi plenament la Resolució, la Comissió difondrà al seu web www.gaip.cat l'incompliment de l'Administració obligada, d'acord amb l'article 25.2.k RGAIP.

Si l'Administració desatén el requeriment d'execució que li adreci la GAIP, la Comissió posarà els fets en coneixement de l'òrgan competent, d'acord amb allò previst per l'article 86 LTAIPBG, i li sol·licitarà la incoació d'un procediment sancionador per infracció molt greu amb relació al dret d'accés a la informació pública, a l'empara de l'article 77.2.b LTAIPBG.

Tot això sens perjudici que la persona reclamant pugui, considerant que aquesta Resolució és un acte administratiu declaratiu de drets que vincula l'Administració, requerir-ne la seva execució davant dels Tribunals, a l'empara de l'article 29.1 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Aquesta acció es pot interposar després que hagin transcorregut tres mesos des que la persona afectada ha reclamat formalment i directament a l'Administració el compliment d'aquesta Resolució.

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.