

Resolució 327/2018, de 15 de novembre**Número d'expedient de la Reclamació:** 257/2018**Administració reclamada:** Oficina Antifrau de Catalunya.**Informació reclamada:** Documentació d'un expedient de l'Oficina Antifrau.**Sentit de la Resolució:** Estimació

Resum: Es pot parlar d'un règim especial d'accés quan s'estableixen drets, limitacions, procediments, garanties i/o fins i tot principis generals i criteris interpretatius específics per poder accedir a determinats tipus d'informació pública. Les previsions dels articles 18 i 19 LOAC, als efectes del dret d'accés a la informació pública, no estableixen, doncs, un veritable règim especial d'accés, ja que únicament formulen una reserva de confidencialitat per a determinades informacions, oferint d'aquesta manera el complement legislatiu al qual es remeten els apartats 1.c (confidencialitat de procediments administratius establerta per llei) i 2 (informació protegida per norma amb rang de llei) de l'article 21 LTAIPBG. D'acord amb el que estableix expressament l'article 18.1 LOAC, les limitacions establertes obeeixen a dues finalitats diferents: evitar perjudicis a la persona o a l'entitat investigades, per una banda, i salvaguardar l'eficàcia del procediment jurisdiccional o administratiu que es pugui iniciar a conseqüència de les actuacions de l'OAC, per l'altra. La protecció de les dades personals de les persones investigades per les actuacions que les afecten no justifica l'aplicació de límits o restriccions al dret d'accés a la informació pública sol·licitada, perquè les persones afectades són o bé la mateixa persona reclamant o altres que manifesten expressament el seu consentiment a l'accés sol·licitat; i pel que fa a la resta de dades personals afectades, s'ha acreditat la necessitat de protegir la identitat de la persona denunciant i sembla raonable aplicar la mateixa mesura als testimonis, ja que específicament no s'ha demanat aquesta informació, que no sembla imprescindible per a la finalitat de l'accés i que només es podria facilitar prèvia audiència. Invocar la mera possibilitat del dany no té la consistència necessària per fer prevaldre el límit davant d'un accés que, a més dels generals, també serveix interessos específics de la persona reclamant, i aquesta mancança és especialment remarcable si es té en compte que la GAIP ha demanat l'informe complementari de l'OAC precisament amb la finalitat expressa d'obtenir d'aquesta Oficina consideracions sobre la raonable efectivitat del dany invocat circumstanciades al cas concret. No estem, òbviament, en un cas d'exercici estricte del dret de defensa en els termes que el formula l'article 24.2 de la Constitució; però això no treu que la persona reclamant segueixi tenint un interès molt intens en poder accedir a la informació sol·licitada, que pot ser molt rellevant per a la defensa dels seus drets i interessos, perquè les al·legacions que pot presentar en el procediment obert per l'OAC poden ser determinants del contingut de l'informe raonat de l'Oficina i de la comunicació a les autoritats competents per a l'eventual exigència de responsabilitats i, de retruc, de la possible obertura de procediments específics d'exigència de responsabilitats. L'OAC no ha acreditat, ni ha argumentat amb consideracions concretes vinculades al cas, el dany que l'accés sol·licitat per la persona reclamant ocasionaria als béns i interessos públics protegits pels apartats b i c de l'article 21.1 LTAIPBG i per l'article 18 LOAC; en canvi, té consistència l'argumentació de la persona reclamant, en el sentit que l'accés sol·licitat és necessari i idoni per a la defensa dels seus interessos en relació amb les actuacions de l'OAC i, de retruc, dels procediments d'exigència de responsabilitats que es puguin obrir a partir d'elles; per tant, la ponderació requerida per l'article 22 LTAIPBG entre els límits invocats per l'OAC i els drets i interessos al·legats per la persona reclamant a favor del dret d'accés, s'ha de resoldre a favor d'aquest.



Paraules clau: Administracions independents. Persona interessada. Règims especials d'accés. Protecció de dades personals. Investigació. Infraccions i sancions. Ponderació. Dret de defensa.

Ponent: Josep Mir Bagó

Antecedents

1. El 13 de juliol de 2018 entra a la GAIP la Reclamació 257/2018, presentada contra l'Oficina Antifrau de Catalunya (OAC), en relació amb la informació indicada a l'antecedent següent. La persona reclamant no sol·licita el procediment de mediació previst a l'article 42 de la Llei 19/2014, de 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 promulgat pel Decret 111/2017, de 18 de juliol (RGAIP).
2. El 24 de maig de 2018, després de fer referència a un escrit de l'OAC, segons el qual podria estar implicada en l'objecte investigat per les actuacions 011-02032016-046, que li dóna 10 dies per formular manifestacions, de fer constar que és funcionària de la Diputació de Barcelona, en comissió de serveis a l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat, d'invocar els articles 18.3 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (LOAC) i 53 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC) i l'LTAIPBG, de qüestionar que el termini donat per l'OAC per formular alegacions sigui fixat en dies naturals i de demanar la seva suspensió mentre no es resolgui sobre el seu dret d'accés a l'expedient sol·licitat, ja que d'altra manera patiria indefensió, demana que *“per tal de poder formular manifestacions en relació als fets respecte dels quals es determina la meva possible implicació, cal que se'm doni vista de totes les actuacions, actes i documents que integren l'expedient d'investigació, dret que comporta, a la vegada, l'obtenció de còpia suspenent, alhora, el termini de deu dies concedit a l'efecte, suspensió que s'haurà de mantenir fins que es materialitzi l'exercici del meu dret d'accés”*.
3. El 6 de juny de 2018 el Director de l'OAC respon l'escrit anterior indicant que de conformitat amb l'article 18.1 LOAC, desenvolupat pel 45 de les Normes d'actuació i règim interior (NARI) de l'OAC, *“les actuacions han estat tramitades amb la màxima reserva i, en compliment del que prescriuen els apartats 3r i 4t del precepte inicialment esmentat, heu estat degudament informada dels fets objecte d'investigació i de la determinació de possibles implicacions individuals que us afecten personalment. Així mateix, de conformitat amb l'expressat en aquests preceptes i la instrucció 1/2012 sobre la confidencialitat de les actuacions i accés al procediment de 9 de febrer de 2012, en cap cas resta autoritzada la consulta de les actuacions ni us podem facilitar cap altra documentació”*. Aquesta resposta és notificada a la persona reclamant el 13 de juny de 2018.

4. La Reclamació presentada el 13 de juliol de 2017 indica que la seva motivació és *“exercir el meu dret a formular al·legacions en les actuacions d’investigació de l’OAC amb el coneixement previ de les actuacions que hi consten i de la tramitació del procediment”*.
5. El 20 de juliol 2018 la GAIP comunica la Reclamació a l’OAC i li requereix que, dins del termini de quinze dies establert per l’article 33.4 RGAIP, li trameti un informe sobre ella, així com també còpia de l’expedient de la sol·licitud d’informació de la que deriva i, en general, dels antecedents que puguin ser rellevants per resoldre la Reclamació.
6. El 31 de juliol de 2018 l’OAC lliura a la GAIP els documents que formen part de l’expedient relatiu a la sol·licitud d’informació de la que deriva aquesta Reclamació, així com també l’informe de la seva Àrea legislativa i assumptes jurídics sobre la Reclamació. D’aquest informe cal posar en relleu les qüestions següents:

L’OAC no és una Administració pública i es regeix pel seu règim específic: l’LOAC, les NARI i, en relació amb l’accés sol·licitat, l’apartat 6è de la part dispositiva de la Instrucció del seu Director 1/2012, de 9 de febrer, sobre confidencialitat de les actuacions i accés al procediment (I 1/2012). D’acord amb l’establert per la disposició addicional 1ª.2 LTAIPBG, l’accés a la informació sol·licitada s’hauria de regir preferent pel règim especial d’accés establert per aquesta normativa específica i supletòriament per l’LTAIPBG.

L’article 18.1 LOAC estableix que *“les actuacions de l’OAC s’han de portar a terme i han d’ésser tramitades assegurant en tot cas la reserva màxima per a evitar perjudicis a la persona o a l’entitat investigades i com a salvaguarda de l’eficàcia del procediment jurisdiccional o administratiu que es pugui iniciar a conseqüència de les dites actuacions”*. L’apartat 2 d’aquest mateix precepte estableix el deure de secret dels membres de l’OAC i el 3 garanteix que si l’OAC contempla la possibilitat de què una persona sigui implicada de forma individual en un fet objecte d’investigació seva, se li ha de donar la possibilitat real de conèixer els fets i de deixar constància del seu parer. L’article 19 LOAC estableix la confidencialitat de les dades, especialment les de caràcter personal, obtingudes per l’OAC amb les seves potestats d’investigació i d’inspecció. Aquestes disposicions són desenvolupades pels articles 22 i 45 de les NARI i per l’apartat 6è de l’I 1/2012.

La informació sol·licitada forma part d’actuacions de l’OAC que encara no estan closes; concretament, es troben en el tràmit referit per l’article 21.1 LOAC: l’Oficina és pendent de rebre resposta de l’autoritat competent i, en funció d’ella, arxivar el cas o donar curs a altres actuacions per a l’exigència de responsabilitats.

Invoca jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), en relació amb el règim jurídic de l’Oficina europea de lluita contra el frau (OLAF), organisme anàleg en el seu

àmbit a l'OAC, que subratlla la confidencialitat de les dades obtingudes a les seves actuacions, que caldria mantenir un temps raonable posterior a la seva comunicació a les autoritats competents per a exigir responsabilitats, per tal d'evitar que les persones presumptament responsables puguin entorpir les seves actuacions; per tant, les persones afectades no tindrien dret d'accés als expedients de l'OLAF. Així mateix, cita jurisprudència del Tribunal de la Funció pública de la Unió europea, que subratlla també el règim de confidencialitat de les actuacions de l'OLAF, en aquest cas per protegir la presumpció d'innocència del personal que pugui estar-hi implicat.

L'accés sol·licitat és afectat pels límits dels apartats b (ja que les actuacions afectades encara no estan concloues i podrien donar lloc a qualificacions d'infracció i a procediments penals, sancionadors o disciplinaris) i c (perquè la informació sol·licitada forma part d'un procediment tramitat per l'Administració i la seva confidencialitat ha estat establerta per una norma amb rang de llei: l'LOAC) de l'article 21.1 LTAIPBG i pels dels articles 23 i 24 de la mateixa Llei, ja que la informació demanada conté dades personals, part d'elles especialment protegides, ja que l'expedient sol·licitat investiga altres persones a més de la persona reclamant.

Així mateix, l'OAC també indica a la GAIP que hi ha tres altres persones al servei de l'Ajuntament de l'Hospitalet, concernides per les actuacions d'investigació, la identitat de les quals forma part de la informació sol·licitada i no pot ser anonimitzada sense minva de la comprensió de la informació que consta a l'expedient.

7. El 7 d'agost de 2018 la GAIP inicia actuacions per donar trasllat de la Reclamació a l'Ajuntament de l'Hospitalet de Llobregat i a les persones que podrien resultar afectades per ella, de conformitat amb el previst pels articles 31 LTAIPBG i 34 RGAIP. Concretament se'ls demana si consenten o autoritzen l'accés reclamat.
8. El 10 d'agost de 2018 una de les persones afectades comunica a la GAIP la seva autorització perquè la persona reclamant pugui accedir a les dades sol·licitades que l'afecten.
9. El 31 d'agost de 2018 una segona de les persones afectades comunica a la GAIP la seva autorització perquè la persona reclamant pugui accedir a les dades sol·licitades que l'afecten.
10. El 4 de setembre de 2018 la tercera de les persones afectades comunica a la GAIP la seva autorització perquè la persona reclamant pugui accedir a les dades sol·licitades que l'afecten.
11. El 13 de setembre de 2018, atès que l'OAC justifica parcialment la denegació de la informació sol·licitada en l'afectació de dades personals, la GAIP demana a l'APDCAT l'informe previst per l'article 42.8 LTAIPBG.
12. El 13 de setembre de 2018 la GAIP convida a l'OAC a emetre un informe complementari, tant amb relació a aquesta Reclamació, com a la 281/2018, sobre la base de les consideracions



següents: “ ... la persona reclamant invoca el seu Dret de defensa, fet que sens dubte influirà en la ponderació requerida per l'article 22 de la Llei 19/2014. Les quatre persones investigades en les actuacions que es sol·liciten en aquestes reclamacions han expressat el seu consentiment a l'accés a la informació que afecta les seves dades personals, de manera que una eventual denegació s'haurà de fonamentar únicament en la finalitat de salvaguardar l'eficàcia dels procediments administratius o jurisdiccionals d'exigència de responsabilitats, ja que les altres dades personals afectades (de denunciants o testimonis, per exemple) poden ser anonimitzades sense detriment de la integritat de la informació sol·licitada. En aquest context, els vostres informes aportats als expedients indicats no acrediten ni argumenten suficientment davant d'aquesta Comissió de garantia que l'accés sol·licitat posi en risc els eventuais procediments d'exigència de responsabilitats. Cal tenir en compte que les persones investigades ja coneixen aquest fet i en els vostres informes no s'ofereix cap dada concreta ni cap consideració que palesi que l'accés sol·licitat comportaria un risc addicional al coneixement dels fets per als procediments d'exigència de responsabilitats. En aquestes circumstàncies, és qüestionable l'existència de la concreció requerida pels apartats 2 i 3 de l'article 20 de la Llei 19/2014 per poder aplicar límits legals al dret d'accés a la informació pública, i menys encara arguments sòlids per poder resoldre favorablement a l'aplicació de límits la ponderació amb el dret d'accés, reforçat amb el dret a la defensa. Atès que no descartem la possibilitat que una eventual resolució favorable a l'accés podria posar en risc l'exigència de responsabilitats a les funcionàries públiques afectades i, en general, la lluita contra la corrupció dels servidors i les servidores públiques, considerem especialment necessari poder tenir en compte tots els elements en joc per poder fonamentar plenament aquestes resolucions. En conseqüència, us convido a ampliar els vostres informes, cosa que podeu fer en el termini de set dies hàbils des de la recepció d'aquesta notificació, als efectes de posar de manifest els elements concrets que acreditin l'efectivitat del risc al·legat per ells indicat als paràgrafs anteriors, si s'escau”.

13. El 25 de setembre de 2018 la GAIP rep l'informe complementari de l'OAC, que reitera les consideracions fetes a l'informe referit a l'antecedent 6 i afegeix les següents:

Argumenta que les actuacions d'investigació de l'OAC relatives a l'expedient sol·licitat encara no estan concloses, ja que l'Ajuntament encara no hauria aportat la informació requerida per l'informe raonat de l'Oficina, perquè hauria demanat un informe de fiscalització interna de la gestió econòmica, que hauria d'emetre la Intervenció municipal, i en canvi l'informe facilitat per l'Ajuntament és de la seva gerència, que l'OAC considera no competent als efectes requerits. En conseqüència, l'OAC ha fet un nou requeriment a l'Ajuntament i mentre no hagi estat



complimentat no pot decidir si procedeix arxivar les actuacions o promoure algun procediment d'exigència de responsabilitats.

Indica que el Director de l'OAC hauria dictat una resolució de reserva de la identitat de la persona denunciant, de manera que, atès el previst pels articles 16.3 LOAC i 24 i 25 NARI, no es pot donar accés a la informació facilitada per la persona denunciant, inclosa la denúncia, sense protegir la seva identitat, fins i tot les dades que indirectament puguin dur a la seva identificació.

Cita jurisprudència del TJUE, segons la qual l'accés fins i tot parcial a un expedient d'investigació pot comprometre la utilització de les proves que s'hagin obtingut en aquest expedient en ulteriors procediments d'exigència de responsabilitats administratives o penals.

També cita jurisprudència del TJUE segons la qual el dret de defensa als efectes de garantir l'accés a l'expedient es pot exercir únicament en el marc d'un procediment obert d'exigència de responsabilitat administrativa o penal, que no és el cas. En el marc de les actuacions de l'OAC (tal com passa en relació amb l'OLAF), els interessos de les persones investigades són respectats si se'ls facilita un resum o una comunicació dels fets constatats, als efectes de poder confegir les seves al·legacions, i així s'hauria fet en aquest cas.

14. El 9 d'octubre de 2018 la GAIP rep l'informe de l'APDCAT, que conclou: "La normativa de protecció de dades no impediria l'accés per part de la persona reclamant a la informació personal referida a la mateixa persona, ni la referida a les persones treballadores de la corporació que han autoritzat expressament l'accés en el sí del procediment de reclamació. Tampoc impediria l'accés a les dades merament identificatives dels empleats públics intervinents en els diversos actes o documents. L'accés a la identitat de la persona denunciant o informant haurà de ser limitat en el cas que hagi manifestat el seu interès en preservar la confidencialitat de la seva identitat, a l'empara de l'article 16.3 de la Llei 14/2008, ja sigui en el moment d'informar dels fets a l'OAC o durant el tràmit d'audiència previst a l'article 31 LTAIPBG. Aquestes circumstàncies es poden fer extensibles a les persones que puguin constar com a testimonis. Per tal de facilitar l'accés a la identitat dels eventuais testimonis que puguin constar en l'expedient d'investigació, caldria que es complís amb el tràmit d'audiència (article 31 LTAIPBG) i valorar si concorren circumstàncies personals que aconsellen preservar la seva identitat. Tot això sens perjudici que en ambdós casos puguin concórrer altres limitacions previstes en la legislació de transparència".
15. El 15 d'octubre de 2018 la GAIP trasllada els informes municipals i de l'APDCAT a la persona reclamant i li dóna un termini de cinc dies per si vol formular-hi al·legacions.



16. El 22 d'octubre de 2018 la GAIP rep al·legacions de la persona reclamant en relació amb els informes aportats per l'OAC, en les que manifesta bàsicament el següent:

L'informe complementari de l'OAC no acredita que el denunciant hagi demanat la protecció de la seva identitat, ni la data de la resolució del Director de l'OAC que la estableix, quan la normativa de l'Oficina requeriria aquesta petició prèvia.

Argumenta que no són aplicables els límits dels apartats b i c de l'article 21 LTAIPBG i dels articles 18 i 19 LOAC amb la reproducció dels fonaments 4 i 5 de la Resolució de la GAIP 301/2017.

Davant del fet que l'informe raonat del Director de l'OAC insti a la Intervenció municipal a investigar i inspeccionar determinades conductes contràries als principis d'objectivitat i de legalitat i a donar-ne compte a l'OAC, indica que la Intervenció ja hauria intervingut i fiscalitzat l'expedient en qüestió i l'Ajuntament ja hauria corregit la deficiència assenyalada a títol d'"objecció no essencial".

Afirma que l'OAC està subjecta a la seva normativa i que la finalitat de la sol·licitud d'informació precisament és poder comprovar fins a quin punt les seves actuacions en aquest cas s'hi ajusten.

Manifesta la seva conformitat amb l'informe de l'APDCAT, que informa favorablement l'accés de l'Ajuntament a la informació personal de les persones treballadores de la corporació que haguessin prestat el seu consentiment, a les dades merament identificatives dels empleats públics intervinents i, cas que no haguessin sol·licitat la reserva d'identitat, a la identitat del denunciant o informant i dels testimonis.

17. El 23 d'octubre de 2018 la GAIP demana a la persona reclamant que, dins del termini de cinc dies, aclareixi si demana expressament la identitat dels empleats públics intervinents en les actuacions de l'OAC i, cas que no haguessin sol·licitat la reserva d'identitat, a la identitat del denunciant o informant i dels testimonis, als efectes d'iniciar els tràmits per donar-los trasllat de la Reclamació i el tràmit d'audiència previst per l'article 31 LTAIPBG. S'adverteix a la persona reclamant que si la GAIP no rep la seva resposta dins del termini de cinc dies indicat, entendrà que les dades relatives a les identitats assenyalades es poden suprimir i donar la informació anonimitzada.
18. El 23 d'octubre de 2018 la GAIP trasllada les al·legacions ressenyades per l'antecedent 18 a l'OAC, pel seu coneixement.



19. El 6 de novembre de 2018, en resposta a la petició d'aclariment indicada a l'antecedent 17, la GAIP rep un escrit de la persona reclamant, que manifesta el següent:

“1. En relació a si ha d'incloure la identitat dels seus empleats públics que han intervingut en les actuacions de referència: no resulta necessari incloure aquestes identitats, podent anonimitzar-se tals dades.

“2. Quant a si ha d'identificar informants, testimonis i denunciants: ja vaig dir al meu escrit d'al·legacions que de la transcripció dels articles 16.3 LOAC i 24 NARI es deriva la necessitat que els informants, testimonis o denunciants sol·licitin la reserva de la seva identitat. En conseqüència, si s'acredita degudament l'existència de la sol·licitud de reserva d'identitat per part dels informants, testimonis o denunciants i l'acord motivat de la Direcció de l'OAC en tal sentit, no es poden revelar tals identitats.

“Amb l'accés a la informació sol·licitat a l'OAC únicament pretenc tenir informació sobre els tràmits i erminis establerts en la seva normativa reguladora, com pot ser la data i motivació de la reobertura de les actuacions d'investigació núm. 011-02032016-046 (se suposa que l'expedient va estar arxivat, atès que la primera notícia que vam tenir de les citades actuacions va ser a través d'un requeriment de documentació que es va contestar el 22 d'agost de 2016), la sol·licitud del denunciant, informant o testimonis de reserva de la seva identitat i data de la resolució o resolucions emeses pel Director de l'OAC a l'efecte, etc.”.

Fonaments jurídics

1. Règim jurídic aplicable a l'accés sol·licitat

L'OAC sosté que l'LOAC, les NARI i l'I 1/2012 estableixen un règim especial d'accés, que s'ha d'aplicar preferentment en les sol·licituds d'informació continguda en els seus expedients, de manera que l'LTAIPBG seria aplicable només supletòriament, de conformitat amb el previst a la seva disposició addicional 1ª.2.

Des del punt de vista del dret d'accés a la informació pública, les disposicions citades no estableixen pròpiament un règim especial d'accés, sinó únicament determinades previsions de reserva o de confidencialitat, als efectes de les remissions previstes pels apartats 1.1. c i 2 de l'article 21 LTAIPBG. Es pot parlar d'un règim especial d'accés quan s'estableixen drets, limitacions, procediments, garanties i/o fins i tot principis generals i criteris interpretatius específics per poder accedir a determinats tipus d'informació pública. Les previsions dels articles 18 i 19 LOAC, als efectes del dret d'accés a la informació pública, no estableixen, doncs, un veritable règim especial d'accés, ja que únicament formulen una reserva de confidencialitat per a determinades informacions, oferint d'aquesta manera el complement legislatiu al qual es remeten



els apartats 1.c (confidencialitat de procediments administratius establerta per llei) i 2 (informació protegida per norma amb rang de llei) de l'article 21 LTAIPBG.

Aquesta puntualització pot tenir una certa transcendència. Si hom considerés que els articles 18 i 19 LOAC configuren un veritable règim especial d'accés a la informació que contenen les actuacions de l'OAC, la seva aplicació podria comportar una reserva radical d'accés; en canvi, al considerar que l'accés sol·licitat s'ha de regir per l'LTAIPBG, complementada amb les remissions citades als articles 18 i 19 LOAC, llavors caldrà interpretar les reserves formulades per aquests preceptes en coherència amb les disposicions, els principis i criteris interpretatius de l'LTAIPBG (especialment dels seus articles 20 i 21) i caldrà ponderar la seva aplicació amb el dret d'accés a la informació pública, ja que en els termes de l'article 21 LTAIPBG l'aplicació dels límits legals concurrents a les sol·licituds d'accés a la informació pública no són d'aplicació automàtica ni obligada, sinó que s'han de ponderar amb els drets i interessos favorables a l'accés, d'acord amb els criteris establerts per l'article 22 de la mateixa Llei.

2. Dret d'accés a la informació sol·licitada i límits que hi concorren

La informació sol·licitada (els documents i actuacions que integren un expedient d'investigació de l'OAC) és sens dubte informació pública, en el sentit que defineix aquest concepte l'article 2.b LTAIPBG (és informació a mans de l'Administració). Així mateix, en tant que administració independent, l'OAC és inclosa a l'àmbit d'aplicació de l'LTAIPBG per previsió expressa de l'article 3.1.b d'aquesta llei. En conseqüència, i d'acord amb el previst pels articles 18 i 20 LTAIPBG, cal pressuposar el dret de qualsevol persona a accedir a la informació sol·licitada, llevat que puguin concórrer límits legals que ho impedeixin.

L'OAC invoca els límits establerts pels articles 18 i 19 LOAC i 21.1.b i c, 21.2, 23 i 24 LTAIPBG.

L'article 18.1 LOAC estableix que "les actuacions de l'OAC s'han de portar a terme i han d'ésser tramitades assegurant en tot cas la reserva màxima per a evitar perjudicis a la persona o a l'entitat investigades i com a salvaguarda de l'eficàcia del procediment jurisdiccional o administratiu que es pugui iniciar a conseqüència de dites actuacions". Tot seguit, aquest mateix article estableix un deure estricte del secret del personal de l'OAC, que és desenvolupat per l'article 45 de les NARI, i reconeix el dret ordinari de les persones implicades individualment a les actuacions de l'OAC a ser informades dels fets (la Instrucció 1/2012 exclou expressament la consulta als documents i a les actuacions) i a formular al·legacions.

L'article 19 LOAC estableix el següent: "1. Les dades obtingudes per l'OAC com a conseqüència de les potestats d'investigació i inspecció que aquesta llei li atribueix, especialment les de caràcter personal, tenen la protecció de confidencialitat establerta per la legislació vigent. 2. L'OAC no pot



divulgar les dades a què fa referència l'apartat 1 ni posar-les en coneixement d'altres persones o institucions que no siguin les que, d'acord amb les disposicions vigents, poden conèixer-les per raó de llurs funcions ...”.

Així mateix, cal tenir en compte que l'article 21 LTAIPBG preveu que es pot denegar o restringir l'accés a la informació sol·licitada si el coneixement o la divulgació d'aquesta comporta un perjudici per a la investigació o per a la sanció d'infraccions (apartat 1.b) o per al secret o la confidencialitat de procediments tramitats per l'Administració, si així es preveu per disposició legal (apartat 1.c), o bé si la informació demanada té la condició de protegida per disposició d'una norma amb rang de llei (apartat 2). Per la seva banda, l'article 23 LTAIPBG impedeix difondre dades personals relatives a la comissió d'infraccions i el 24 de la mateixa llei condiona la difusió de la resta de dades personals a una ponderació amb el dret d'accés de la que en resulti la prevalença d'aquest.

D'acord amb el que estableix expressament l'article 18.1 LOAC, les limitacions establertes obeeixen a dues finalitats diferents: evitar perjudicis a la persona o a l'entitat investigades, per una banda, i salvaguardar l'eficàcia del procediment jurisdiccional o administratiu que es pugui iniciar a conseqüència de les actuacions de l'OAC, per l'altra. Es valora tot seguit fins a quin punt els límits legals citats poden prevaldre damunt del dret d'accés a la informació pública, en atenció a cada una de les dues finalitats que poden justificar la seva aplicació.

3. *Valoració de la finalitat de protegir les dades de les persones afectades*

Segons la informació aportada per l'OAC les persones investigades són quatre, inclosa la persona reclamant i, en la mesura que la informació relativa a elles que consta a les actuacions de l'OAC pot revelar la comissió d'infraccions (amb independència que aquesta valoració la faci més endavant una autoritat pública diferent de l'OAC, si bé sobre la base dels informes aportats per aquesta Oficina), no es podria divulgar per imperatiu de l'article 23 LTAIPBG.

El cas és, tanmateix, que no té sentit aplicar el límit anterior quan qui sol·licita l'accés és al mateix temps la persona titular de les dades personals afectades i, pel que fa a la resta de persones investigades, els antecedents posen de manifest que les tres afectades han presentat escrits amb els que consenten l'accés sol·licitat, de manera que des del punt de vista de la protecció de les dades personals no seria procedent limitar-lo.

Per una altra banda, tal com posa de manifest l'antecedent 13, el Director de l'OAC ha dictat una resolució de reserva de la identitat de la persona denunciant, en aplicació del previst per l'article 16.3 LOAC, i en conseqüència, aquesta informació no es pot lliurar.

En relació amb les dades personals d'altres possibles terceres persones afectades, com ara testimonis o personal de la mateixa Oficina responsable de les actuacions, l'OAC dóna a entendre



la seva intenció de dissociar-les, en la mesura que considera que aquesta operació no afectaria la comprensió de la informació sol·licitada. D'acord amb l'informe de l'APDCAT, l'accés a aquestes dades personals requereix donar audiència prèvia i termini per a al·legacions a totes les persones afectades; vist que la sol·licitud no les demana expressament, i que d'entrada no semblen especialment rellevants per a l'accés sol·licitat, la GAIP ha demanat a la persona reclamant (antecedent 17) si es poden excloure de la seva sol·licitud i així estalviar, a més del seu sacrifici, els costos administratius i la demora en el procediment que provocaria el tràmit d'audiència. La persona reclamant (antecedent 19) ha manifestat expressament la seva conformitat a què se li faciliti la informació sol·licitada de forma anonimitzada, sens perjudici de què també ha manifestat especial interès a què també se li faciliti la documentació que acredita el compliment efectiu dels requeriments legals establerts per a la protecció de la identitat dels denunciants, informadors i testimonis (sol·licitud de les persones interessades i resolució del Director de l'OAC).

Ateses les anteriors consideracions, cal concloure que la protecció de les dades personals de les persones investigades per les actuacions que les afecten no justifica l'aplicació de límits o restriccions al dret d'accés a la informació pública sol·licitada, perquè les persones afectades són o bé la mateixa persona reclamant o altres que manifesten expressament el seu consentiment a l'accés sol·licitat. I pel que fa a la resta de dades personals afectades, els antecedents posen de manifest que la persona reclamant accepta que no li siguin facilitades i, en conseqüència, no concorreria el límit.

4. Valoració de la finalitat de salvaguardar l'eficàcia dels procediments d'exigència de responsabilitats

L'informe de l'OAC argumenta que una de les finalitats en ares de les quals l'article 18.1 LOAC estableix un règim de reserva màxima per a les actuacions de l'OAC és la salvaguarda de l'eficàcia del procediment administratiu o jurisdiccional que es pugui iniciar a resultes d'aquestes actuacions. En aquesta línia, aporta també jurisprudència del TJUE que aplica aquest règim de reserva en relació amb actuacions de l'OLAF, tot justificant que s'hagi de mantenir, sempre en ares de la finalitat indicada, fins un temps prudencial posterior a la finalització de les actuacions de l'Oficina. Aquesta reserva és coherent amb la prevista per l'apartat 21.1.b LTAIPBG, segons el qual l'accés a la informació pública pot ser denegat o restringit si el coneixement o la divulgació de la informació comporta un perjudici per a la investigació o la sanció de les infraccions penals, administratives o disciplinàries (tot i que l'OAC no ostenta competències sancionadores, les seves actuacions poden connectar-se fàcilment amb l'eventual exercici d'aquestes potestats per part de les administracions competents a les que comunica els resultats de les seves actuacions, vinculació que justifica l'eventual aplicació d'aquest límit), així com també amb l'apartat c del mateix precepte, que preveu



que el dret d'accés pugui ser denegat si comporta un perjudici per al secret i la confidencialitat dels procediments tramitats per l'Administració, si el secret o la confidencialitat són establerts per una norma amb rang de llei (que en aquest cas seria l'article 18 LOAC). Així mateix, l'eventual aplicació dels límits a la difusió establerts per l'article 18 LOAC gaudeix també en l'àmbit del dret d'accés de la cobertura explícita de l'article 21.2, segons el qual el dret d'accés a la informació pública pot ser denegat o restringit si la informació té la condició de protegida i així ho estableix expressament una norma amb rang de llei (que en aquest cas seria l'article 18 LOAC).

Segons l'OAC, en aquest cas escauria aplicar els límits citats al paràgraf anterior perquè el seu informe ha estat traslladat a l'autoritat competent per a l'eventual exigència de responsabilitats, que podria iniciar un procediment a aquests efectes. La finalitat del límit invocat (que de fet és el mateix a tots els preceptes de l'LOAC i de l'LTAIPBG citats al paràgraf anterior) seria, doncs, la salvaguarda de l'eficàcia dels procediments d'exigència de responsabilitats que es puguin obrir a partir de les actuacions de l'OAC.

L'aplicació dels límits citats no és automàtica. Tant l'apartat 1, com el 2, de l'article 21 LTAIPBG afirmen que la concurrència dels límits que aquests mateixos preceptes estableixen o recullen "pot" dur a denegar l'accés sol·licitat, possibilitat que s'haurà de determinar aplicant la proporcionalitat i la ponderació entre drets i interessos previstes per l'article 22 de la mateixa llei.

L'FJ 4 de la Resolució de la GAIP 158/2018, de 29 de juny, valora l'aplicació d'aquests límits a una reclamació que demanava l'accés a diverses actuacions de l'OAC i, tot i que acaba desestimant l'accés sol·licitat, ho fa després de posar de manifest que la persona reclamant no aporta arguments que contradiguin vàlidament les argumentacions de l'Oficina, que coincideixen substancialment amb les que ha formulat inicialment en aquest procediment.

En aquest cas, tanmateix, la persona reclamant justifica de forma consistent el seu dret d'accés a la informació sol·licitada en el seu dret a la defensa, garantit per l'article 25 de la Constitució. És cert que en aplicació de l'article 18 LOAC, la persona reclamant ha pogut conèixer els fets i formular al·legacions en el marc de les actuacions de l'OAC que l'afecten singularment; no gensmenys, també és versemblant la seva consideració en el sentit de què per poder defensar-se degudament li convé conèixer, a més dels fets, el conjunt de documents, motivacions i actuacions que poden fonamentar les conclusions que puguin servir per incriminar-la. Davant la consistència d'aquestes consideracions, l'aplicació dels límits a l'accés invocats per l'OAC, malgrat la seva sòlida fonamentació normativa, resulten mancats de la justificació concreta requerida pels apartats 2 i 3 de l'article 20 LTAIPBG, mancança que pot afectar la seva ponderació amb els arguments favorables al dret d'accés fonamentats en el dret de defensa.

Efectivament, l'informe de l'OAC exposa els diversos preceptes que estableixen la reserva i la confidencialitat de les seves actuacions, però el seu informe inicial no aporta dades concretes que



acreditin davant d'aquesta Comissió de Garantia que l'accés sol·licitat pugui posar en risc els procediments d'exigència de responsabilitat que puguin iniciar-se a resultes de les seves actuacions, màxim si hom té en compte que les persones afectades ja han estat alertades per la comunicació dels fets. En aquestes circumstàncies, la GAIP ha convidat a l'OAC a presentar un informe addicional o complementari amb les consideracions i dades concretes que, si s'escau, acreditin que l'accés sol·licitat comportaria un risc cert per als eventuais procediments d'exigència de responsabilitats.

L'informe complementari de l'OAC, resumit a l'antecedent 13, fa les consideracions següents, als efectes de ponderar l'aplicació dels límits al dret d'accés valorats per aquest fonament jurídic:

Argumenta, en primer lloc, que les actuacions d'investigació de l'OAC relatives a l'expedient sol·licitat encara no estan concloues, ja que l'Ajuntament encara no hauria aportat la informació requerida per l'informe raonat de l'Oficina, i mentre no ho faci aquesta no pot decidir si procedeix arxivar les actuacions o promoure algun procediment d'exigència de responsabilitats. Cal considerar, per tant, que segueixen vives les circumstàncies en les que l'accés a la informació sol·licitada podria afectar-la i, de retruc, la viabilitat d'eventuals procediments posteriors d'exigència de responsabilitats.

En segon lloc, cita jurisprudència del TJUE, segons la qual l'accés fins i tot parcial a un expedient d'investigació pot comprometre la utilització de les proves que s'hagin obtingut en aquest expedient en ulteriors procediments d'exigència de responsabilitats administratives o penals. Aquesta consideració, tal com està formulada, és del tot versemblant com a mera possibilitat teòrica o general, però no va acompanyada de cap argument concret que valori fins a quin punt la informació sol·licitada, ateses les seves característiques específiques, la protecció de la que gaudeix i les capacitats de la persona reclamant o d'altres persones interessades, és susceptible de ser invalidada com a prova, com a conseqüència de l'accés sol·licitat, de cara a eventuais futurs procediments d'exigència de responsabilitats. Invocar la mera possibilitat del dany no té la consistència necessària per fer prevaldre el límit davant d'un accés que, a més dels generals, també serveix interessos específics de la persona reclamant, i aquesta mancança és especialment remarcable si es té en compte que la GAIP ha demanat l'informe complementari de l'OAC precisament amb la finalitat d'obtenir d'aquesta Oficina consideracions sobre la raonable efectivitat del dany invocat circumstanciades al cas concret.

En tercer lloc, l'OAC també cita jurisprudència del TJUE segons la qual el dret de defensa, als efectes de garantir l'accés a l'expedient, es pot exercir únicament en el marc d'un procediment obert d'exigència de responsabilitat administrativa o penal, que no és el cas, i recorda que en el marc de les actuacions de l'OAC (tal com passa en relació amb l'OLAF), els interessos de les persones investigades són respectats si se'ls facilita un resum o una comunicació dels fets



constatats, als efectes de poder confegir les seves al·legacions, i així s'hauria fet en aquest cas. D'acord amb aquesta jurisprudència, la persona reclamant no podria al·legar el dret de defensa en aquest procediment, ja que no ha estat encausada en cap procés sancionador, disciplinari, ni penal, en relació amb els fets objecte de l'expedient sol·licitat. Certament, si s'hagués produït aquest encausament, la persona reclamant ja tindria accés inqüestionable a tot l'expedient, en el marc del corresponent procediment d'exigència de responsabilitats, sense necessitat d'haver tingut que presentar aquesta Reclamació.

No estem, òbviament, en un cas d'exercici estricte del dret de defensa en els termes que el formula l'article 24.2 de la Constitució. Però això no treu que la persona reclamant segueixi tenint un interès molt intens en poder accedir a la informació sol·licitada, que pot ser molt rellevant per a la defensa dels seus drets i interessos, perquè les al·legacions que pot presentar en el procediment obert per l'OAC poden ser determinants del contingut de l'informe raonat de l'Oficina i de la comunicació a les autoritats competents per a l'eventual exigència de responsabilitats i, de retruc, de la possible obertura de procediments específics d'exigència de responsabilitats. Amb independència de què si s'obra un procediment d'exigència de responsabilitats segurament podrà accedir, per a la seva defensa, a tot l'expedient i a tots els antecedents, sens dubte la seva millor defensa és que ni tan sols s'obri aquest procediment, i les seves al·legacions davant l'OAC poden esdevenir un element clau a aquests efectes. Per tant, si bé formalment no procedeixi en aquesta fase invocar el dret de defensa en sentit estricte, no hi ha dubte de què l'accés a la informació sol·licitada pot jugar un paper molt rellevant en la defensa dels drets i interessos de la persona reclamant, en relació amb les actuacions de l'OAC que l'afecten.

Els paràgrafs anteriors porten a concloure que l'OAC no ha acreditat, ni ha argumentat amb consideracions concretes vinculades al cas, el dany que l'accés sol·licitat per la persona reclamant ocasionaria als béns i interessos públics protegits pels apartats b i c de l'article 21.1 LTAIPBG i per l'article 18 LOAC. En canvi, té consistència l'argumentació de la persona reclamant, en el sentit que l'accés sol·licitat és necessari i idoni per a la defensa dels seus interessos en relació amb les actuacions de l'OAC i, de retruc, dels procediments d'exigència de responsabilitats que es puguin obrir a partir d'elles.

Per tant, la ponderació requerida per l'article 22 LTAIPBG entre els límits invocats per l'OAC i els drets i interessos al·legats per la persona reclamant a favor del dret d'accés, s'ha de resoldre a favor d'aquest.



5. 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 el termini establert pels acords de mediació o per les resolucions de la GAIP per lliurar la informació reclamada, les persones interessades ho poden comunicar a la Comissió perquè aquesta en requereixi el compliment; la desatenció d'aquest requeriment, vista la remissió expressa feta a aquest precepte per l'article 77.2.b LTAIPBG, ha de ser qualificada d'infracció molt greu amb relació al dret d'accés a la informació pública (que pot ser sancionada de conformitat amb els articles 81 i 82 LTAIPBG). L'article 49.2 RGAIP preveu que, als efectes anteriors, la Comissió pot posar aquests fets en coneixement dels òrgans competents per ordenar la incoació del procediment sancionador corresponent 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 pels subjectes obligats.

6. 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 15 de novembre de 2018, resol per unanimitat:

1. Estimar la Reclamació 257/2018 i declarar el dret de la persona reclamant a vista i còpia de les actuacions, actes i documents que integren l'expedient d'investigació obert en relació amb ella, sens perjudici de la necessitat de protegir la identitat de les persones físiques que hi constin citades.
2. Requerir a l'OAC que lliuri a la persona reclamant la informació indicada a l'apartat 1 dins del termini màxim de quinze dies, tot informar-ne a la GAIP.



3. Convidar a la persona reclamant que informi a la GAIP de qualsevol incidència que es produeixi amb motiu del compliment d'aquesta Resolució.
4. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 257/2018, disposar la notificació d'aquesta Resolució a les parts i a les persones afectades que han participat en el procediment i disposar la seva publicació al web de la GAIP.

Barcelona, 15 de novembre de 2018

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 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 adreça 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.