



Resolució

● Resolució del director de l'Oficina Antifrau de Catalunya de 08.05.2020 relativa a la sol·licitud d'accés a la informació pública núm. 5/2020

● Antecedents

1. En data 20.02.2020 i 24.02.2020 van tenir entrada a l'Oficina Antifrau de Catalunya, mitjançant tramesa d'EACAT, tres comunicacions d'una corporació local. Al marge de presentar determinada documentació que se li havia requerit, hi formulava sengles sol·licituds d'accés a la informació pública (REG. E-0472/2020, E-0473/2020 i E-492/2020). Aquestes sol·licituds han estat acumulades tal i com s'exposarà als fonaments jurídics d'aquesta Resolució i han rebut la referència SAIP núm. 5/2020.

Concretament, hi sol·licitava el següent:

- a) l'accés a una còpia de la denúncia o escrit de la persona física, jurídica o grup polític que haurien motivat l'inici de les actuacions prèvies de versemblança (APV) núm. 022/2020 i 023/2020.
- b) L'accés a les actuacions, com a part interessada en el procediment i en virtut de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, i que es notifiqués tota la documentació que es dictés en endavant fins a la resolució definitiva de l'expedient per part de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant, OAC o l'Oficina).

2. Un cop revisades les sol·licituds presentades es constata que, tot i que a la sol·licitud registrada d'entrada amb el núm. E-473/2020 se sol·licita accés a l'APV núm. 022/2020, es tracta possiblement d'un error i en realitat la corporació sol·licitant es refereix a l'APV núm. 015/2020.
3. En data 11.03.2020 es va acusar rebuda de la sol·licitud d'accés a la informació pública a la persona sol·licitant d'acord amb l'art. 27.5 de la Llei 19/2014, de 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern i se li va comunicar que la data per resoldre la sol·licitud era, com a màxim, el dia 20.03.2020 (en aquesta comunicació únicament es va fer referència a una de les sol·licituds).
4. En data 14.03.2020 va entrar en vigor el Reial decret 463/2020, de 14 de març, pel qual es declara l'estat d'alarma per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19. D'acord amb les previsions sobre suspensió de terminis contingudes en el reial decret esmentat, en data 19.03.2020 es va comunicar a la sol·licitant que la Resolució no es dictaria en el termini inicialment previst, sinó un cop concloués la situació d'alarma, en els termes de la disposició adicional tercera del Reial decret esmentat.

No obstant això, en aquesta comunicació també s'informava la corporació local sobre les previsions normatives relatives a l'objecte de la seva sol·licitud, en els termes següents:

"En virtut d'aquest Reial decret s'interrompen els terminis administratius, i amb això, el termini per dictar i notificar resolució en el procediment iniciat a instància vostra; la Resolució no es dictarà, doncs, en el termini inicialment previst, sinó un cop conclusa la situació d'alarma, en els termes de la disposició adicional tercera del Reial decret esmentat.

Atesa aquesta situació, l'Oficina us vol avançar alguna informació sobre les qüestions que plantegeu en la vostra sol·licitud:

- En virtut de les previsions de la nostra normativa específica (Llei 14/2008, del 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya – LOAC- i Normes d'actuació i de règim interior de l'Oficina), no ens serà possible facilitar-vos còpia de la denúncia ni de qualsevol altra informació que directament o indirectament pugui portar a identificar qui va denunciar. A data d'avui també cal tenir en compte les previsions de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió.

- l'Oficina Antifrau de Catalunya examina i investiga els fets que determina la normativa d'aplicació i la seva actuació conclou amb les actuacions previstes per la nostra normativa, que no es concreten en resolucions que incideixin de manera directa en l'esfera jurídica de cap persona individualitzada. La Llei ha configurat el nostre procediment d'investigació tenint en compte aquesta premissa i en atenció a aquestes circumstàncies s'han configurat els tràmits de participació en el procediment i específicament els que s'hagin de fer en relació amb les persones que poguessin tenir implicació en els fets examinats; fem referència en aquest punt a les previsions de l'article 18 de la LOAC.

Al marge, doncs, de la resta de comunicacions que se us puguin trametre des de l'Oficina, si escaigués rebriu les comunicacions a què es refereix el precepte a què s'acaba de fer referència."

5. D'acord amb l'art. 9 del Reial decret 537/2020, de 22 de maig, pel qual es prorroga el Reial decret 463/2020, de 14 de març, el còmput de terminis administratius que van quedar suspesos es reprèn amb efectes des de l'1 de juny de 2020. Atesa aquesta previsió, amb efectes de la data esmentada s'ha reprès la tramitació de les sol·licituds presentades per la corporació local esmentada.
6. A les consideracions anteriors cal afegir que amb posterioritat que es presentessin les sol·licituds d'accés a la informació pública s'ha dictat resolució d'arxivament en les tres APV a què s'ha fet referència.

S'han dictat sengles resolucions en què es decideix l'arxivament dels tres procediments tot i que es requereixen determinades actuacions de la corporació local esmentada que, un cop ateses, hauran de ser analitzades per l'Oficina.

S'ha comunicat a la corporació local l'arxivament de les actuacions; concretament, mitjançant ofici del director d'Investigacions en data 26.03.2020 es va comunicar l'arxivament de l'APV 015/2020, i en data 17.04.2020 es va comunicar l'arxivament de les APV 022/2020 i 023/2020. Un dels requeriments inclosos en aquestes comunicacions ja ha estat atès en la data en què es dicta aquesta Resolució.

Fonaments Jurídics

1. Subjecció a la Llei de transparència

D'acord amb l'article 1 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant, LOAC), l'OAC és una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, que s'adscriu al Parlament de Catalunya. La institució té com a finalitat prevenir i investigar possibles casos concrets d'ús o destinació il·legals de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos o l'ús en benefici privat d'informacions derivades de les funcions pròpies del personal al servei del sector públic. L'Oficina actua amb independència de les administracions públiques en l'exercici de les seves funcions.

Quant a l'aplicació a l'Oficina de la normativa sobre transparència, accés a la informació pública i bon govern, d'acord amb l'article 3.1 b) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, l'Oficina podria assimilar-se, als sols efectes d'aquesta Llei, al concepte d'entitats de dret públic que actuen amb independència funcional o amb una autonomia especial reconeguda per la llei que exerceixen funcions de regulació o supervisió externa sobre un determinat sector o activitat. En conseqüència, l'Oficina resta subjecta a les disposicions de la Llei quant a publicitat activa i dret d'accés a la informació pública.

2. Admissibilitat

No concorren en les sol·licituds de la corporació local cap dels motius expressats en l'article 29 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, i per tant és procedent admetre-les a tràmit.

3. Acumulació de sol·licituds

De les tres sol·licituds d'accés presentades es constata que (i) existeix coincidència en la corporació sol·licitant; (ii) l'objecte de les sol·licituds se circumscriu a documentació relacionada amb determinades actuacions prèvies de versemblança en tots els casos i, finalment, l'OAC és la Institució que ha de resoldre totes les sol·licituds.

En atenció a aquestes condicions, es considera que es dona el compliment de la identitat substancial o connexió íntima a què fa referència l'art. 57 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant

LPAC) i, en conseqüència, les tres sol·licituds s'han acumulat i es tramiten de manera conjunta.

4. Consideracions generals

4.1 Accés a les actuacions d'avaluació prèvia de versemblança i d'investigació de l'OAC; previsions específiques de la Llei aplicable.

Amb caràcter previ a l'anàlisi de les sol·licituds de la corporació local sol·licitant, cal constatar que la disposició addicional primera, apartat segon, de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, estableix que l'accés a la informació pública en les matèries que tenen un règim d'accés especial és regulat per la seva normativa específica, i amb caràcter supletori, per la llei de transparència esmentada.

D'acord amb aquesta premissa, les actuacions d'investigació de l'OAC es regeixen per la seva normativa específica (LOAC i les Normes d'actuació i de règim interior de l'OAC).

En aquest marc, cal assenyalar que l'Oficina Antifrau de Catalunya examina i investiga fets o conductes presumptivament contraris als principis d'objectivitat, eficàcia i submissió plena a la llei i al dret però que la seva actuació conclou amb actes que **no incideixen de manera directa en l'esfera jurídica de cap persona individualitzada**.

La LOAC ha regulat el procediment d'investigació de l'OAC tenint en compte aquesta premissa i les altres a què es farà referència més endavant, i en atenció a aquestes circumstàncies s'han configurat els tràmits específics que s'hagin de fer en relació amb les persones que poguessin **estar implicades en els fets examinats**. En relació amb això, l'article 18.3 de la LOAC estableix específicament el següent:

- Si l'Oficina determinés la possibilitat de la implicació individual en els fets d'una persona que ocupa un alt càrrec o és funcionària, directiva, membre o empleada d'una institució, d'un òrgan o d'una entitat que entrin dins l'àmbit competencial de l'OAC, aquesta persona n'haurà de ser informada immediatament, llevat dels casos que, d'una manera motivada i d'acord amb el principi de proporcionalitat, fos exigible el manteniment d'un secret absolut en benefici de la mateixa inspecció, en els quals aquesta notificació hauria de ser diferida.
- A més a més, l'OAC no formularà o emetrà conclusions personalitzades ni farà referències nominals en els seus informes i

exposicions raonades si la persona concernida no ha tingut prèviament l'oportunitat real de conèixer els fets, de manera que pugui alhora deixar constància del seu parer sobre els que directament o indirectament l'afectin. En el marc de la tramitació de les actuacions l'Oficina donarà els tràmits a què fa referència l'article 18.3 de la LOAC a què s'ha fet referència anteriorment, si escaigués.

Finalment, les actuacions hauran de concloure en els termes de l'article 21 de la LOAC (emissió d'informe raonat tramès a l'autoritat competent, recomanacions, comunicació a l'òrgan competent, Ministeri Fiscal o a l'autoritat judicial, etc.), però, com s'ha senyalat anteriorment, l'actuació de l'Oficina no conclou amb actes que incideixin de manera directa en l'esfera jurídica de cap persona individualitzada.

La LOAC ha configurat el procediment d'investigació de l'Oficina de manera coherent i tenint en compte totes les circumstàncies a què s'ha fet referència, i en atenció a aquestes circumstàncies s'han configurat els tràmits de participació en el procediment i específicament els que s'hagin de fer en relació amb les persones que poguessin tenir implicació en els fets examinats. En definitiva, l'accés a les actuacions s'ha d'ajustar al règim jurídic específic de les actuacions d'investigació que duu a terme l'OAC i no són aplicables en aquest punt, ni les previsions de la normativa que regula el procediment administratiu comú, ni les invocades per la sol·licitant, de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

4.2 Jurisprudència europea de presumpció general de denegació d'accés als documents aplicables a actuacions d'investigació

A les consideracions anteriors cal afegir que la jurisprudència europea ha entès que existeix una presumpció general de denegació d'accés als documents aplicable a les actuacions d'investigació d'organismes europeus de similar naturalesa a l'Oficina Antifrau de Catalunya (Oficina Europea de Lluita contra el Fraude –OLAF-) quan aquestes actuacions s'estan tramitant, presumpció que fins i tot s'estén al moment en què la investigació acaba de ser conclusa (Sentència del Tribunal General de la Unió Europea de 26.05.2016).

En la mateixa línia, el Tribunal de la Funció Pública de la Unió Europea va establir que la mateixa norma sobre el deure de confidencialitat aplicable a l'Oficina Europea de Lluita contra el Fraude ha de ser interpretada en el seu context respectant plenament les llibertats fonamentals i no només com a norma dirigida a protegir la

confidencialitat de la informació per a l'esbrinament de la veritat, sinó que ha d'ésser considerada també com a dirigida a salvaguardar la presumpció d'innocència i, per tant, la reputació dels funcionaris i dels agents afectats per aquestes investigacions (Sentència de 02.05.2007, cas F-23/05 Giraudy).

4.3 Documentació continguda als expedients i de què ja disposa la corporació local sol·licitant

Com s'ha recollit als antecedents d'aquesta Resolució, en data posterior a la data d'entrada de les sol·licituds d'accés a la informació pública, s'han arxivat les APV objecte de la sol·licitud d'accés a la informació pública. En data 26.03.2020 es va comunicar a la corporació sol·licitant l'arxivament de l'APV 015/2020 i en data 17.04.2020 es va comunicar l'arxivament de les APV 022/2020 i 023/2020. Se sol·licitava, però, de la corporació local, la tramesa de determinada informació i documentació que un cop rebuda haurà de ser analitzada per l'Oficina; en la data d'aquesta Resolució la corporació sol·licitant ja ha donat resposta a una de les comunicacions.

En aquest punt, cal informar a la sol·licitant que, al marge de la resposta a què s'acaba de fer referència, els expedients corresponents a les APV esmentades contenen la documentació següent:

- Escrits de denúncia
- Resolucions d'inici de les actuacions prèvies de versemblança
- Resolució d'ampliació del termini d'avaluació prèvia de versemblança amb motiu de l'estat d'alarma decretat per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19 (a excepció de l'APV 015/2020)
- Documentació obtinguda de fonts obertes consultades
- Requeriments formulats a l'ens concernit (la corporació local sol·licitant)
- La documentació de resposta
- Les resolucions d'arxivament
- Les comunicacions de les resolucions d'arxivament a la sol·licitant.

Quant als requeriments formulats, la documentació de resposta i les comunicacions esmentades, la corporació local sol·licitant ja disposa de la documentació corresponent.

Per tant, a data d'avui la corporació local disposa de la documentació principal generada en la data de presentació de les sol·licituds d'accés a la informació pública a què dona resposta aquesta resolució, excepció feta dels respectius escrits de denúncia.

5. Limitacions aplicables

5.1. Protecció de les persones alertadores i de la seva identitat, en el marc europeu i a Catalunya

En data 26.11.2019 es va publicar al Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE), la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2019, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió, en període de transposició en aquest moment i que, entre d'altres, implicarà noves obligacions per als ens públics, per exemple quant a la configuració de canals interns de denúncia.

Aquest Instrument té la voluntat de protegir totes aquelles persones que entrin dins el seu àmbit d'aplicació subjectiu i que denunciïn determinades irregularitats, ja sigui internament, o davant les autoritats competents, o bé públicament. Aquestes persones desenvolupen un paper clau a l'hora de descobrir i prevenir aquestes infraccions i per tant, en la protecció del benestar de la societat (Considerant 1r i 31è de la Directiva).

També al seu considerant 82è, la Directiva afirma que *«Una medida ex ante esencial para evitar represalias consiste en salvaguardar la confidencialidad de la identidad del denunciante durante el proceso de denuncia y las investigaciones desencadenadas por la denuncia. Solo ha de poder divulgarse la identidad del denunciante en caso de que exista una obligación necesaria y proporcionada en virtud del Derecho de la Unión o nacional [...]»*.

També el considerant 85è de la Directiva estableix *in fine* que:

«Los Estados miembros deben velar que la presente Directiva sea eficaz, incluso, cuando sea necesario, restringiendo mediante medidas legislativas el ejercicio de determinados derechos de protección de datos de las personas afectadas [...] en la medida y durante el tiempo que sea necesario a fin de evitar y abordar los

intentos de obstaculizar las denuncias o de impedir, frustrar o ralentizar su seguimiento, en particular las investigaciones, o los intentos de averiguar la identidad del denunciante.»

En la mateixa línia, per tal de protegir la persona alertadora la Directiva estableix la importància **que la seva identitat no sigui revelada**, i de la cura especial que s'ha de tenir per tal que la seva identitat no es pugui deduir, ni directament, ni indirecta.

En aquest sentit, l'art. 16.1 d'aquest Instrument estableix que:

«Los Estados miembros velarán por que no se revele la identidad del denunciante sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias. Lo anterior también se aplicará a cualquier otra información de la que se pueda deducir directa o indirectamente la identidad del denunciante.»

Aquesta protecció de la identitat també s'estén a la identitat de les persones afectades o concernides per la denúncia (Art. 22.3 de la Directiva).

D'altra banda, com ja s'ha recollit en altres resolucions dictades per l'Oficina, resulta crític per a la continuïtat i eficàcia en el desenvolupament de les funcions pròpies d'un organisme de prevenció i de control extern com l'Oficina Antifrau de Catalunya, assegurar absolutament la protecció de la persona alertadora, sense la col·laboració de la qual molt difícilment arribarien a coneixement de la Institució els fets o les circumstàncies a què es refereix l'article 1 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre.

5.2. Quant a les concretes sol·licituds objecte d'aquesta Resolució, tot i que la corporació sol·licitant no demana la identitat de la persona o persones alertadores, sí que demana **accés als escrits de denúncia que van iniciar les actuacions prèvies de versemblança esmentades.**

Cal dir en aquest punt que, en cas que es donés accés a la informació sol·licitada, tot i que s'anonimitzés l'escrit i es dissociessin les dades personals que hi poguessin aparèixer o altres dades que a judici de l'Oficina poguessin contribuir a identificar la persona que va fer les comunicacions, la persona denunciant podria ser identificable a partir d'altres dades, per exemple les expressions que pugui utilitzar en el cos de la denúncia o la documentació que eventualment s'hi hagués pogut adjuntar.

La normativa reguladora de l'Oficina estableix, doncs, una obligació absoluta de protecció de les persones alertadores en aquest punt. El deure de reserva sobre la identitat de persona alertadora deriva en primer lloc de les previsions de l'art. 18.1 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre ja esmentat, que estableix que les actuacions de l'Oficina Antifrau de Catalunya 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.

En aquest mateix sentit, per a garantir la confidencialitat de les investigacions, els membres de l'Oficina Antifrau estan subjectes al deure de secret, que perdura també després que cessin en el càrrec (art. 18.2 de la LOAC). Les Normes d'actuació i de règim interior de l'Oficina Antifrau de Catalunya estableixen les mesures preventives i correctores que n'asseguren degudament la reserva i la discreció màximes.

Aquests preceptes, cal posar-los en relació amb els articles 22, 23 i 45 de les esmentades normes, relatius a les fases d'avaluació prèvia i investigació i als deures específics del personal al servei de l'Oficina, entre els quals es troba el deure de guardar secret sobre totes les informacions vinculades amb les investigacions portades a terme per la Institució i de guardar reserva sobre qualsevol altra informació a què s'hagi tingut accés amb motiu o en ocasió de l'exercici de les seves funcions i que no hagi d'ésser divulgada.

Específicament, l'article 25 de les Normes d'actuació i de règim interior preveuen la protecció de la persona alertadora per fer front a qualsevol acte de represàlia que pugui patir així com el deure de l'OAC de promoure qualsevol acció correctora o de restabliment que escaigui.

Ultra això i per rebre les denúncies de les persones que per raons de diversa naturalesa no desitgen revelar la seva identitat, l'Oficina també compta amb una bústia de denúncia anònima. Tot i que és evident que la identificació de la persona alertadora eventualment pot facilitar la tasca d'investigació i que, en un futur, quan l'instrument europeu es transposi, la identificació també haurà de permetre que es puguin desplegar eficaçment totes les mesures de protecció previstes a la Directiva, aquesta tasca investigadora se centra en la versemblança dels fets exposats i no pas en la seva procedència.

Per tot l'exposat, la protecció de la persona alertadora a què ve obligada l'Oficina porta a concloure que s'ha de denegar la sol·licitud

formulada sobre el lliurament a la corporació sol·licitant d'una còpia dels escrits de denúncia (i la documentació que s'hi pogués adjuntar), per preservar al màxim la identitat de la persona alertadora o les persones alertadores i en compliment d'allò que disposa tant la Directiva Europea esmentada com la normativa específica per la qual es regeix l'Oficina Antifrau de Catalunya.

5.3. Quant a les resolucions d'arxivament de les APV, al marge que encara no s'havien dictat en la data d'entrada de les sol·licituds d'accés a la informació pública, cal constatar novament que, tot i l'arxivament de les actuacions, s'ha requerit que la corporació local trameti determinada informació que, un cop rebuda, haurà de ser analitzada per la unitat corresponent de l'Oficina.

En aquest moment les actuacions no es poden considerar, doncs, totalment concloses; atès això, i seguint la jurisprudència europea esmentada anteriorment, en aquesta data no escau valorar la possibilitat de facilitar a la corporació local còpia de les resolucions d'arxivament o la resta de resolucions a les quals s'ha fet referència al fonament jurídic 4.3, sens perjudici que aquest lliurament es pugui produir un cop que s'hagi produït la resposta de la corporació local, s'hagi analitzat la documentació corresponent i s'hagin conclòs definitivament les actuacions.

Per tot això,

Resolc:

1. Denegar l'accés als escrits de denúncia que han donat inici a les actuacions prèvies de versemblança núm. 015/2020, 022/2020 i 023/2020.
2. Quant a la documentació generada amb posterioritat a la data d'entrada de les sol·licituds acumulades, la sol·licitant disposa de la documentació a què s'ha fet referència en la part expositiva d'aquesta Resolució; finalment, quant a les resolucions d'arxivament de les APV, en aquest moment no escau valorar l'accés a aquestes resolucions sense perjudici que es torni a fer la valoració en els termes de la part expositiva d'aquesta resolució.

3. Fer pública aquesta resolució en el web institucional, una vegada que hagi estat comunicada a la persona sol·licitant, prèvia dissociació de les dades de caràcter personal.
4. Fer avinent a la persona sol·licitant que, contra aquesta Resolució, que exhaureix la via administrativa, pot interposar recurs potestatiu de reposició davant del director de l'Oficina Antifrau de Catalunya en el termini d'un mes a comptar des de l'endemà de la notificació d'aquesta Resolució (art. 38 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre i art. 123 i 124 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre), o bé reclamació davant de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública en el termini d'un mes comptador des de l'endemà de la notificació de la Resolució (art. 39 i 42 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre), o bé directament un recurs contenciós administratiu davant dels jutjats contenciosos administratius de Barcelona, en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà de la notificació esmentada (articles 8.3, 25, 46 i concordants de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa).

Barcelona, a data de la signatura

El director de l'Oficina Antifrau de Catalunya

CPI SR-1 C Miguel

Angel Gimeno Jubero

Firmado digitalmente por CPI SR-1
C Miguel Angel Gimeno Jubero
Fecha: 2020.06.08 19:37:39 +02'00'

Miguel Ángel Gimeno Jubero