



●

**Resolució del director de l'Oficina
Antifrau de Catalunya relativa a la
sol·licitud d'accés a la informació pública
núm. 20/2020**



Antecedents

1. En data 28.10.2020 va tenir entrada a l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant, l'OAC o l'Oficina) una sol·licitud d'accés a la informació pública a la qual se li ha donat com a referència el núm. 20/2020. La persona sol·licitant demana que se li doni accés a un expedient d'una determinada actuació d'investigació duta a terme per l'OAC per a conèixer els fets, documents, motivacions i actuacions en què es fonamenta la investigació per a l'exercici del dret de defensa previst a l'article 24 de la Constitució espanyola.
2. En data 14.11.2020 es va preparar un Ofici adreçat a la persona sol·licitant en el qual, d'acord amb les previsions de l'article 5 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (especialment d'acord amb els articles 5.1 i 5.3), se li sol·licitava acreditar la representació en la que manifestava actuar, en un termini de deu dies comptadors a partir de l'endemà de la notificació de l'Ofici, atès que aquesta representació no constava a l'expedient referenciat a la seva sol·licitud.
3. Per un error en la tramitació de l'esmentat Ofici, no va ser enregistrat de sortida i no va ser tramès a la persona interessada.

4. D'acord amb això i atès que ha transcorregut el termini per resoldre la sol·licitud d'accés a la informació pública conforme a la previsió de l'art. 33 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, cal dictar Resolució a la persona sol·licitant, d'acord amb els fonaments jurídics que s'exposen a continuació.

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, l'Oficina 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 es podria assimilar, 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

En relació amb l'admissibilitat d'aquesta sol·licitud, en l'accés sol·licitat a l'expedient d'una determinada actuació d'investigació no hi concorre 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, que n'hagin d'implicar la seva inadmissió i, per tant, és procedent admetre la sol·licitud a tràmit en aquest punt.

3. Manca d'acreditació de la representació de la persona sol·licitant

Atesa la manca d'acreditació de la representació que la persona sol·licitant afirma en la seva sol·licitud d'accés a la informació pública, s'entén que la persona sol·licitant presenta la seva sol·licitud a títol individual de conformitat amb l'art. 18.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre. Aquest dret no és condicionat a la concurrència d'un interès personal, ni resta subjecte a motivació i no requereix la invocació de cap norma (art. 18.2 de l'esmentada Norma).

4. Sobre el silenci administratiu en les sol·licituds d'accés a la informació pública

D'acord amb l'art. 35.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, si l'Administració no resol ni notifica en el termini establert, la sol·licitud s'entén estimada, llevat que una norma de rang de llei estableixi expressament un efecte desestimatori, total o parcial, en relació a una determinada informació. Així mateix, l'art. 35.2 d'aquest cos normatiu estableix que no es pot adquirir per silenci administratiu el dret d'accés si concorre algun dels límits establerts per la Llei de transparència o per altres lleis per a tenir accés a la informació pública.

Així doncs no opera amb caràcter automàtic el silenci positiu i, en el supòsit en què hi concorrin algun o alguns dels límits establerts a la Llei de transparència o en qualsevol disposició amb rang de llei, com és el criteri d'aquesta Oficina en relació amb aquesta sol·licitud referenciada com a SAIP 20/2020 tal i com s'exposarà a continuació, no escaurà, doncs, donar accés a la informació sol·licitada.

5. Limitacions aplicables

5.1 Sobre l'especial protecció de la persona alertadora

Com a primer punt de l'anàlisi jurídica sobre si concorren limitacions al dret d'accés exercitat, cal posar en relleu, com ja s'ha citat en altres resolucions dictades per l'Oficina, que per a la continuïtat i eficàcia en el desenvolupament de les funcions pròpies d'un organisme de prevenció i de control extern com l'OAC, resulta crític comptar amb la deguda protecció de la persona alertadora, sense la col·laboració de la qual molt difícilment arribarien a coneixement de la Institució els fets o circumstàncies a què es refereix l'article 1 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre.

Tot i que encara no ha estat transposada al nostre ordenament jurídic, ha vingut a reforçar aquest argument l'aprovació de la Directiva europea 2019/1937, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2019, de protecció de les persones que informen sobre infraccions del dret de la Unió.

Efectivament, en data 26.11.2019 es va publicar al Diari Oficial de la Unió Europea (DOUE), la Directiva esmentada, Norma que té la voluntat de protegir a totes aquelles persones que, en el context de les seves activitats laborals enteses en sentit ampli i fent ús de la seva llibertat d'expressió, denunciïn determinades irregularitats internament, davant les autoritats competents o la premsa. 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).

La Directiva estableix la importància que té en la protecció de la persona alertadora que la seva identitat no sigui revelada, i 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).

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 [...]».

Al seu torn 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 el mateix sentit, l'art. 24 de les Normes d'actuació i de règim interior de l'OAC regula el compromís, a sol·licitud de la persona alertadora, que la seva identitat no serà revelada a terceres persones.

En relació amb això, l'OAC considera que la protecció de la identitat de la persona alertadora constitueix un imperatiu absolut i que cal protegir qualsevol informació de què directament o indirecta se'n pugui deduir la identitat; cal afegir a la consideració anterior que, en general, ni la finalitat del dret d'accés ni la seva efectivitat no es veuen perjudicades per la manca de revelació de la identitat les persones alertadores.

Aplicant a la sol·licitud que ara ens ocupen la pràctica de l'OAC fonamentada en aquest raonament jurídic, cal concloure que caldria excloure en tot cas de l'accés la denúncia que ha donat lloc a l'inici de les anàlisis prèvies de versemblança i posteriors actuacions d'investigació per tal de preservar la confidencialitat de identitat de la persona denunciant. De la mateixa manera, en la documentació que es pogués facilitar, cas que la sol·licitud fos estimada total o parcialment, caldria excloure qualsevol dada que de manera directa o indirecta pogués portar a identificar la persona alertadora.

5.2 Reserva màxima en la tramitació de les actuacions d'investigació de l'Oficina i deure de secret dels seus membres

L'art. 18.1 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre, 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).

No es comparteix el criteri de la persona sol·licitant d'acord amb el qual la Llei 14/2008, del 5 de novembre no estableix un règim especial o específic d'accés a la informació pública; de fet, la Resolució de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública (GAIP) núm. 327/2018, de 15 de novembre de 2018 que la persona sol·licitant cita a la seva sol·licitud d'accés a la informació pública ha estat objecte d'impugnació i s'ha interposat un recurs contenciós administratiu contra la mateixa per part d'aquesta Oficina, causa que es troba actualment en tramitació davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

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

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 (Oficina Europea de Lluita contra el Fraud – OLAF-) quan aquestes actuacions s'estan tramitant, presumpció que fins i tot s'estén al moment en què la investigació acaba de ser conclusa.

Així, la Sentència del TJUE de 26.05.2016 va establir al seu fonament jurídic 34, en relació amb l'OLAF, que *el marco normativo aplicable a la OLAF excluye, en principio, que las personas afectadas tengan derecho de acceso al expediente de la OLAF. Únicamente si las autoridades destinatarias del informe final tienen intención de adoptar actos lesivos contra las*

personas afectadas deberían tales autoridades, de conformidad con las normas de procedimiento aplicables, conceder acceso al informe final de la OLAF para permitir a dichas personas ejercitar su derecho de defensa [...].

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 Fraud 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).

5.4 Limitacions relatives a perjudicis per a la investigació o sanció de determinades infraccions

D'acord amb l'article 21.1 b) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, el dret d'accés podrà ser limitat quan accedir a la informació suposi un perjudici per a la investigació o sanció de les infraccions penals, administratives o disciplinàries.

Alhora, l'article 14.1 e) de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern estableix, de manera més àmplia, que l'accés podrà ser limitat quan suposi un perjudici per a la prevenció, investigació i sanció dels il·lícits penals, administratius i disciplinaris.

L'article 23 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, estableix que les sol·licituds d'accés a la informació pública han d'ésser denegades si la informació que es vol obtenir conté dades personals especialment protegides, com ara les relatives a la comissió d'infraccions penals o administratives que no comportin l'amonestació pública de l'infractor, llevat que l'afectat hi consenti expressament per mitjà d'un escrit que ha d'acompanyar la sol·licitud.

Finalment, l'article 19 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre preveu que les dades obtingudes 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. L'Oficina Antifraud no pot divulgar les dades esmentades 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; tampoc no pot utilitzar aquestes dades amb finalitats diferents de les de la lluita contra la corrupció i contra qualsevol activitat il·legal connexa.

5.5. En relació amb el dret de defensa que argüeix la persona sol·licitant

En relació amb el dret de defensa que preveu l'article 24 de la Constitució Espanyola que argüeix la persona sol·licitant cal dir que en el marc normatiu vigent de les actuacions de l'OAC, les actuacions no conclouen en cap cas amb actes que incideixen de manera directa en l'esfera jurídica de cap persona individualitzada; quan es tramiten actuacions d'investigació, aquestes actuacions han de concloure en els termes de l'article 21 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre (emissió d'informe raonat tramès a l'autoritat competent, recomanacions, comunicació a l'òrgan competent, Ministeri Fiscal o a l'autoritat judicial, etc.).

La regulació establerta a la normativa d'aplicació a l'Oficina no es construeix, doncs, a partir del concepte de persona interessada; és més, quant a l'accés a les actuacions d'investigació de l'Oficina, la Llei ha configurat els tràmits específics que s'hagin de fer en relació amb les persones que puguin estar implicades en els fets examinats, tenint en compte que en aquest punt es considera aplicable la doctrina establerta pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea esmentada en relació amb les actuacions d'un ens que tramita actuacions de naturalesa similar a les de l'Oficina, l'OLAF (Oficina Europea de Lluita contra el Fraude).

5.6. Aplicació a aquest supòsit de les limitacions esmentades.

De l'anàlisi detallada de les circumstàncies concurrents en el supòsit objecte de la sol·licitud, es constata que en el moment que es dicta aquesta Resolució, l'Oficina encara està duent a terme les actuacions d'investigació a les quals la persona sol·licitant vol accedir, com de fet es dedueix del requeriment adreçat a la Fundació concernida en data 14 de juliol de 2020 i que la persona sol·licitant esmenta a la seva sol·licitud.

Així mateix, els antecedents recollits per l'OAC dins l'àmbit d'actuació que li és propi i en l'exercici de les funcions que li corresponen han d'ésser lliurats a l'autoritat competent per

a iniciar, si escau, els procediments de caràcter sancionador o les actuacions penals corresponents. És per aquest motiu que l'esmentat l'article 19 de la Llei 14/2008, del 5 de novembre, limita el lliurament dels antecedents recollits en les investigacions i el permet **únicament** a les autoritats competents per iniciar procediments de responsabilitat administrativa o penal.

En aquest cas, aquesta finalitat ha de prevaldre a la que persegueix el dret d'accés de la persona sol·licitant, en la mesura que la primera vetlla pel necessari funcionament i eficàcia d'aquesta Institució pública.

No es pot compartir el criteri de la persona sol·licitant segons el qual es garantiria la protecció de les dades personals d'aquelles persones que en el marc de la investigació estiguessin sent investigades amb la mera no facilitació de les dades personals de terceres persones afectades per la investigació; de fet, d'acord amb l'Informe jurídic de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades emès a petició de la GAIP sobre la reclamació d'un ciutadà contra l'Oficina Antifrau de Catalunya (Informe IAI 20/2018, Reclamació 103/2018), en la valoració de si el dret a la protecció de dades de les persones afectades justificaria o no la limitació del dret a la informació pública regulat a la Llei de transparència, es determina que «En la mesura que les actuacions de l'OAC tinguin per objecte la investigació d'un fets suposadament irregulars atribuïbles a determinades persones, la conducta dels quals podria ser constitutiva d'infraccions penals o administratives, la informació referida a aquestes persones és mereixedora d'especial protecció.» Així doncs, segons aquest informe, la informació que vagi en la línia de l'exercici de les funcions d'investigació estarà relacionada amb la comissió d'infraccions penals o administratives i per tant, als efectes de la protecció de dades de les persones afectades és plenament aplicable la limitació de l'article 23 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre i que ha de ser denegat en base del que preveu la legislació de transparència i en tot cas, s'hauria d'acompanyar el consentiment exprés i per escrit de la persona afectada.

Atès això, com se senyalava anteriorment l'OAC està duent a terme les actuacions d'investigació núm. 008-21012020/253 i d'acord amb el marc normatiu i jurisprudencial esmentat anteriorment, en la data d'aquesta Resolució l'accés a les actuacions esmentades contravindria els límits esmentats en l'apartat 5 d'aquesta Resolució.

No obstant això, d'acord amb l'art. 22 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, els límits aplicats al dret d'accés a la informació pública han d'ésser proporcionals a l'objecte i la finalitat de protecció. A més, aquest article preveu que 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.

Atès això, en aquesta data cal aplicar les limitacions inicialment esmentades, sens perjudici que la persona sol·licitant pugui tornar a sol·licitar l'accés a la informació que consideri escaient d'acord amb les previsions de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, un cop que hagin finalitzat les actuacions d'investigació, en el sentit que s'hagi arribat a un posicionament definitiu de l'Oficina Antifrau de Catalunya en relació amb les actuacions referenciades.

Per tot això,

Resolc:

1. Denegar l'accés pretès a la sol·licitud d'informació pública núm. 20/2020 d'acord amb la fonamentació exposada en la part expositiva d'aquesta Resolució, i en els termes que també s'hi exposen.
2. Ordenar que es faciliti l'accés a la persona sol·licitant a la informació objecte de la seva sol·licitud, prèvia dissociació de les dades personals si escaigués i tenint en compte les limitacions legalment establertes, quan ja no perdurin les raons que han justificat l'aplicació dels límits exposats en 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

CPISR-1 C Miguel

Angel Gimeno Jubero

Firmado digitalmente por CPISR-1
C Miguel Angel Gimeno Jubero
Fecha: 2020.12.07 18:18:50 +01'00'

Miguel Ángel Gimeno Jubero