

Resolució 107/2017, de 5 d'abril

Número d'expedient de la Reclamació: 66/2017.

Administració reclamada: Transports Metropolitans de Barcelona (TMB).

Informació reclamada: Contractes de determinats informes jurídics externs.

Sentit de la Resolució: Estimació.

Resum: No procedeix la tramitació d'urgència de l'article 33 LPAC perquè no s'acrediten motius que puguin justificar una dedicació preferent a aquest assumpte, en detriment dels altres que estan en tràmit. La sol·licitud d'accés identifica clarament la informació demanada, i el fet de referir-la a un expedient de contractació que segons TMB formalment no existeix (degut a què una directiva europea pendent de transposició exclou del seu àmbit d'aplicació el tipus de negoci jurídic pel qual s'hauria elaborat la documentació demanada) no pot ser un motiu racional per denegar l'accés sol·licitat, màxim si és evident que els documents demanats existeixen al si de TMB i formen part d'una relació contractual, que amb tota probabilitat comporta que no només constitueixin informació pública, sinó que també hagin de ser objecte de publicitat activa; en aquestes circumstàncies, la resposta donada per l'empresa es podria qualificar de subterfugi per obstaculitzar l'exercici del dret d'accés a la informació pública i en conseqüència podria constituir una infracció contra ell tipificada per l'LTAIPBG.

Paraules clau: Administració local. Empreses públiques. Contractes. Informes jurídics. Tramitació d'urgència. Informe de l'Administració. Responsabilitat sancionadora.

Ponent: Josep Mir Bagó.

Antecedents

1. El 22 de febrer de 2017 entra a la GAIP la Reclamació 66/2017, presentada en relació amb la sol·licitud d'informació pública indicada a l'antecedent següent. La persona reclamant, que en la fonamentació de la Reclamació s'identifica com a periodista, no demana seguir el procediment de mediació.
2. El 28 de desembre de 2016 la persona reclamant es va adreçar al portal de transparència de TMB i va formular la sol·licitud d'informació següent: "Segons consta en l'acta de la reunió del consell d'administració de l'empresa Ferrocarril Metropolità de Barcelona, S.A., de 29 de setembre de 2016, el conseller delegat va informar el consell d'administració que Transports Metropolitans de Barcelona disposa i ha encarregat «diferents estudis i dictàmens interns i externs» sobre «diferents extrems» i sobre «l'oportunitat de recórrer» la Resolució de la Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública de 7 de juliol de 2016, d'estimació de la Reclamació 19/2016. Per això, de conformitat amb el que disposa la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, sol·licito l'accés als expedients de contractació íntegres dels diferents estudis i dictàmens externs a què fa al·lusió



l'acta de la reunió esmentada, amb tots els seus documents, que incloguin en tot cas l'aprovació de les despeses i les factures corresponents”.

3. El 27 de gener de 2017 el Conseller Delegat de TMB respon la sol·licitud anterior assenyalant que de conformitat amb la Directiva 2014/25/UE, no estarien sotmesos a la normativa de contractació pública determinats serveis jurídics, com ara el de l'assessorament jurídic prestat com a preparació d'un procediment judicial davant d'òrgans o autoritats públiques, com seria el cas plantejat pel sol·licitant. En conseqüència, s'informa a la persona reclamant que la documentació que sol·licita “no existeix com a expedient de contractació, havent-se encarregat i aprovat per la Direcció de l'Assessoria Jurídica de TMB, autoritzada a aquests efectes”. Sobre la base d'aquests arguments, TMB no facilita la informació demanada.
4. La Reclamació comença argumentant que la resposta donada per TMB és arbitrària i nul·la de ple dret, d'acord amb la jurisprudència de la Sentència de la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans de 8 de novembre de 2016, perquè vulnera el dret fonamental a comunicar lliurement informació, en relació amb el dret d'accés a la informació pública; aquesta valoració derivaria de la condició de periodista de la persona reclamant, que seria coneguda per TMB, de l'interès públic de la informació demanada (que posa de manifest amb diversos arguments) i de la seva disponibilitat per part de l'empresa. En aquestes circumstàncies, la denegació de la informació demanada seria arbitrària, ja que no es justificaria en cap límit, sinó només en la voluntat de sostreure-la del control social.

Davant l'afirmació de la resposta de TMB, en el sentit que la informació demanada no existeix com a expedient de contractació, la persona reclamant acudeix al concepte d'expedient donat per l'Institut d'Estudis Catalans (“conjunt dels documents corresponents a un assumpte o negoci”) per concloure que és obvi que hi ha d'haver a l'empresa un conjunt de documents relatius a uns encàrrecs que TMB ha reconegut que existeixen, recorda que no és obligació del sol·licitant conèixer la terminologia exacta que fa servir l'empresa per denominar aquest conjunt de documents i que si creu que la sol·licitud no és prou precisa, ha d'aplicar l'article 28.2 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (LTAIPBG).

La Reclamació també afirma que les consideracions fetes per TMB en relació amb la legislació de contractació pública no tenen rellevància per a la resolució de la sol·licitud d'accés a la informació i son errònies, ja que invoca una Directiva pendent de transposició a l'ordenament jurídic intern i, encara que aquesta norma fos d'aplicació, el fet que determinats contractes no li siguin subjectes no vol dir que restin exclosos de la normativa interna de contractació pública. A més, també argumenta jurídicament que fins i tot els contractes dels ens públics exclosos de la legislació de contractes de sector públic han de ser objecte no només del dret d'accés a la informació pública, sinó també de les obligacions de publicitat activa.



D'acord amb les anteriors consideracions i atès el previst per la legislació de contractació pública, els encàrrecs sobre els quals es demana informació s'haurien de fer aplicant les instruccions internes de contractació, que en tot cas demanen documentar els contractes corresponents.

Les anteriors consideracions posarien de manifest l'arbitrarietat de la resposta donada per TMB i, a judici de la persona reclamant, demostrarien que amb ella aquesta empresa "està impedit de manera deliberada l'accés a la informació pública sol·licitada, que ha entès perfectament i que és absolutament clara", cosa que a parer seu mereixeria una resposta especialment contundent per part de la GAIP. En aquest sentit, i sobre la base de la definició legal d'aquesta Comissió de Garantia com a "encarregada de vetllar pel compliment i les garanties del dret d'accés a la informació pública" (article 39.1 LTAIPBG), la Reclamació li demana que faci una petició raonada a la presidència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona (AMB), per tal que adopti les decisions pertinents i que posi els fets a coneixement dels òrgans adequats per sancionar les infraccions greus en matèria d'exercici del dret d'accés a la informació pública, especialment tenint en compte que la GAIP seria coneixedora d'anteriors incompliments manifestos d'aquest dret per part de TMB.

La Reclamació també argumenta la concurrència de motius que justificarien l'aplicació del procediment de tramitació d'urgència previst per l'article 33 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC): afectació directa del dret fonamental a comunicar informació lliurement, el fet que la informació demanada hauria d'haver estat objecte de publicitat activa i perquè hi ha un interès públic evident en la necessitat d'aturar l'obstrucció deliberada practicada per TMB contra el dret d'accés a la informació pública.

Sobre la base de les anteriors consideracions, la Reclamació demana el següent:

"1. Que admetent aquesta reclamació contra la comunicació de 27 de gener de 2017 del conseller delegat de Transports Metropolitans de Barcelona, s'estimi i es declari l'esmentada comunicació nul·la de ple dret o, subsidiàriament, anul·lable; es reconegui el dret a l'accés a la informació pública sol·licitada, i se n'ordini la seva entrega en el termini màxim de cinc dies, per analogia amb el termini màxim de deu dies que preveu l'article 22.1 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en relació amb la petició de la tramitació d'urgència que s'estableix en l'apartat 3 d'aquest petitum.

"2. Que, en la seva funció de comissió «encarregada de vetllar pel compliment i les garanties del dret d'accés a la informació pública» que li atribueix l'article 39.1 de la Llei 19/2014, i d'acord amb el que preveu l'article 61 de la Llei 39/2015, s'elevi petició raonada a la presidència de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, d'acord amb el que preveuen l'article 84.3 i la lletra c) de l'article 86 de la Llei 19/2014, en relació amb la lletra p) de l'article 11.3

de la Llei 31/2010, del 3 d'agost, de l'Àrea Metropolitana de Barcelona, perquè s'incoï el corresponent procediment sancionador per aquests fets, que poden ser constitutius de les infraccions en matèria de transparència que preveuen les lletres d) de l'article 77.2; a) i d) de l'article 78.2; i l'article 79.1 de la Llei 19/2014.

"3. Que d'acord amb l'article 33 de la Llei 39/2015, i ateses les raons d'interès públic al·legades, aquesta reclamació es tramiti pel procediment d'urgència".

5. El 6 de març de 2017 la GAIP tramet a TMB un escrit que li demana, per a dins del termini de 10 dies, el seu informe sobre aquesta reclamació i còpia de l'expedient de sol·licitud d'accés a la informació pública.
6. El 28 de març de 2017 entra a la GAIP l'informe i còpia de l'expedient tramesos per TMB, que a la vista dels arguments exposats per la Reclamació facilita la documentació següent: propostes d'honoraris i factures corresponents a un dictamen, una nota i un informe, redactats per dos bufets d'advocats a petició de TMB, en relació amb l'aplicació de la normativa de transparència i d'arxius a la informació d'aquesta empresa sobre les retribucions dels seus càrrecs directius i del seu personal.
7. El 28 de març la GAIP trasllada la documentació indicada a l'antecedent anterior a la persona reclamant, a qui convida fer dins del termini de tres dies les al·legacions que consideri pertinents.
8. El 4 d'abril la GAIP rep les al·legacions formulades per la persona reclamant a l'informe i altra documentació aportades per TMB. Manifesta que la informació lliurada és incompleta i no satisfà tot el sol·licitat, ja que:
 - No aporta totes les factures (només les d'un dels despatxos d'advocats consultats, i restarien pendents les de l'altre).
 - No aporta l'autorització de la despesa, que segons les instruccions internes de contractació de TMB seria un element necessari per a tots els contractes de l'empresa.
 - Només es lliura un correu electrònic d'encàrrec, quan de fet van ser encarregats quatre informes i caldria aportar la documentació de tots els encàrrecs fets o, de no existir, manifestar expressament que es varen encarregar de forma no documentada.

Fonaments jurídics

1. Sobre l'aplicació del procediment d'urgència

La persona reclamant demana que s'apliqui a la seva Reclamació la tramitació d'urgència. L'article 33 LPAC estableix que es pot acordar, d'ofici o a petició de persona interessada, aplicar al procediment a seguir la tramitació d'urgència si ho aconsellen raons d'interès públic; aquesta tramitació comportaria



reduir a la meitat els terminis previstos pel procediment ordinari. La persona reclamant demana a la GAIP aplicar aquesta tramitació d'urgència al procediment de reclamació regulat per l'article 42 LTAIPBG i desenvolupat pel Manual de Reclamació de la GAIP. Fonamenta aquesta petició argumentant la concurrència de les raons d'interès públic exposades a l'antecedent 4.

Sens perjudici de la consistència de les raons d'interès públic esgrimides per la persona reclamant, la GAIP no pot atendre favorablement aquesta petició. El termini màxim previst per la tramitació dels procediments de reclamació per l'article 42 LTAIPBG (dos mesos) ja és molt ajustat, atès que en el seu marc no només s'ha d'estudiar l'assumpte i redactar la resolució, sinó també permetre la participació de les parts afectades, practicar notificacions i sovint demanar informes diversos, de manera que pràcticament és impossible fer-ho tot en la meitat del temps donat per la llei. A més a més, si hom té en compte que els recursos humans de la GAIP són molt limitats per atendre les nombroses reclamacions que se li plantegen (aproximadament una mitjana de dues al dia), el cost de tramitar d'urgència un procediment inevitablement és el de demorar proporcionalment la tramitació de la resta, amb el corresponent sacrifici per a les persones i els interessos públics afectats. Malgrat la seva consistència, no s'acrediten motius que puguin justificar una dedicació preferent de la GAIP a aquesta Reclamació, en detriment de l'atenció deguda a les altres que estan en tràmit. Malgrat tot, i com ve sent habitual en l'activitat de la GAIP, en la mida que les circumstàncies del cas ho permetin, es procura resoldre la Reclamació sense consumir la totalitat dels dos mesos legalment previstos.

2. Dret a obtenir la informació demanada

La sol·licitud d'informació de la que deriva aquesta Reclamació demana la documentació inclosa als expedients de contractació de determinats informes jurídics externs que haurien estat al·ludits pel Conseller delegat de TMB a una determinada reunió de Consell d'Administració; demana accés a la documentació íntegra dels expedients indicats i, en tot cas, a la documentació relativa a l'aprovació de les despeses i les factures corresponents.

No hi ha dubte que l'objecte d'aquesta sol·licitud és informació pública, atesos els termes amb que defineix aquest concepte l'article 2.b LTAIPBG ("la informació elaborada per l'Administració i la que aquesta té en el seu poder", i la demanada amb tota lògica és a mans de TMB, que és una empresa del sector públic, inclosa dins de l'àmbit d'aplicació de l'LTAIPBG pel seu article 3.1.b), sembla perfectament identificada (amb remissió a l'acta concreta on consta l'afirmació del Conseller delegat en el sentit que l'empresa hauria encarregat i disposaria dels informes concernits) i no sembla que sigui afectada per cap límit d'accés. Tot i que d'entrada es podria pensar en l'eventual concurrència del límit de l'article 21.1.d LTAIPBG (principi d'igualtat de les parts en els processos judicials), en realitat aquesta concurrència no hi és, perquè TMB no és part en el procés judicial plantejat en relació amb la Resolució de la GAIP de 7 de juliol de 2016, d'estimació de la Reclamació 19/2016. Per tant, tot indica que la persona reclamant tindria dret a obtenir la informació demanada.



En un primer moment, l'empresa denega la sol·licitud amb l'argument que la Directiva 2014/25/UE exclou de la seva aplicació aquesta mena de serveis jurídics, i en base a aquest fet no hi hauria expedient de contractació. És un argument insostenible, que gairebé es podria qualificar de fictici, per diversos motius:

- és altament qüestionable l'aplicació directa d'aquest aspecte de la Directiva citada (que encara no ha estat transposada) al dret intern;
- encara que fos aplicable, aquesta mena de contractes de serveis jurídics, quan no són harmonitzats, com és aquest cas, poden seguir sent inclosos dins l'àmbit de la legislació interna de contractació (com ho són actualment a l'apartat 21 de l'Annex II del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text Refós de la Llei de contractes del sector públic, LCSP, que inclou "els serveis jurídics" a la relació de serveis que estarien inclosos a l'article 10 d'aquesta norma, relatiu al contracte de serveis);
- encara que no fos aplicable l'LCSP, aquests encàrrecs seguirien sent negocis jurídics de naturalesa contractual i una empresa del sector públic els hauria de documentar (ho faci o no sota el nom d'expedient de contractació) i fer-los objecte de publicitat activa en aplicació de l'article 13 LTAIPBG;
- i està clar que el que demana la persona reclamant, més que l'expedient formal, són els documents relatius als encàrrecs, i especialment l'aprovació de les despeses i les factures corresponents. Si l'empresa tenia algun dubte sobre quin era exactament l'objecte de l'accés demanat, tenia l'obligació d'aplicar l'article 28 LTAIPBG i demanar a la persona reclamant que concretés més la informació a la que vol tenir accés i de prestar-li assistència a aquests efectes.

Procedeix, per tant, declarar el dret de la persona reclamant a obtenir la informació sol·licitada.

En un segon moment, ja en el marc d'aquest procediment de Reclamació, i a la vista dels arguments amb què l'ha fonamentada la persona reclamant, TMB lliura a la GAIP un dels documents d'encàrrec dels informes jurídics demanats, la proposta d'honoraris d'un altre, les factures de dos d'ells i la certificació que existirien les altres dues. Pel que sembla, aquesta resposta només facilita part de la informació demanada, perquè:

- No es facilita cap document relatiu a "l'aprovació de les despeses", quan és un element que es demana "en tot cas" a la sol·licitud. És de suposar que algú de TMB haurà aprovat aquestes despeses i, si no és així, caldria dir-ho expressament.
- Només s'aporten les factures d'un dels bufets consultats, de manera que estarien pendents de lliurar les de l'altre (que només aportaria un certificat de la seva existència).
- Només es lliura la documentació relativa a la formalització d'un dels encàrrecs, i per tant mancarien la dels altres tres.



- No es facilita cap més documentació, quan és probable que existeixi, ja que el que demana la sol·licitud són "tots els documents" relatius a aquests encàrrecs.

Per tant, cal que TMB completi la informació aportada a aquest procediment i lliuri a la persona reclamant tota la informació demanada a la seva sol·licitud, que com a mínim hauria d'incloure l'assenyalada específicament als paràgrafs anteriors (que en bona lògica ha d'existir, i si no existeix com a mínim caldria manifestar-ho expressament), així com també l'altra que pugui formar part de l'expedient relatiu a aquests encàrrecs (com podria ser el cas de correspondència addicional a la indicada o el text dels informes).

3. *Sobre les altres mesures addicionals reclamades*

L'antecedent 4 posa de manifest que, segons la persona reclamant, el Conseller delegat de TMB hauria comès una arbitrietat i obstruït de forma deliberada el seu dret d'accés a la informació pública al desatendre en els termes exposats la seva sol·licitud. En conseqüència, a més de l'obtenció de la informació sol·licitada, demana a la GAIP altres mesures addicionals: la comunicació dels fets a la Presidència de l'AMB i la incoació d'un procediment sancionador per infracció del dret d'accés a la informació pública.

Ateses les consideracions fetes a l'antecedent anterior, la resposta donada a la sol·licitud d'accés a la informació per part del Conseller delegat de TMB, que invoca una disposició jurídica d'eficàcia incerta en el nostre dret intern i que denega la sol·licitud amb l'argument exageradament formalista que es refereix a un expedient de contractació, quan la informació demanada no existiria en aquesta qualitat (o no seria designada en aquests termes al si de TMB), està mancada de la més elemental fonamentació jurídica racional, fins al punt que es podria qualificar de mer subterfugi per obstaculitzar l'exercici del dret d'accés a la informació pública.

A tenor dels fets relatats als antecedents i de les consideracions fetes als fonaments anteriors, sembla probable que l'actitud de TMB davant la sol·licitud d'informació de la persona reclamant sigui constitutiva d'infracció lleu, en aplicació del previst per l'article 79.1 LTAIPBG: "Són infraccions lleus els actes i les omissions que constitueixen descurança o negligència en el compliment de les obligacions establertes per aquesta llei i en l'atenció dels ciutadans quan exerceixen els drets que els garanteix la norma". Fins i tot es podria valorar la possibilitat d'incórrer en la infracció greu tipificada per l'article 78.2.d de la mateixa llei ("desestimar sense motivació les sol·licituds d'accés a la informació pública"), ja que la irracionalitat de la motivació donada, tenint en compte que es tracta d'una empresa molt gran, que compta amb els seus propis serveis jurídics, es podria entendre equivalent, o fins i tot pitjor, a una manca de motivació. El fet que més endavant, a la vista dels arguments que fonamenten aquesta Reclamació, TMB lliuri (en part) la informació demanada no treu que segueixin procedint les qualificacions eventualment infractores que s'acaben de fer, ja que l'accés sol·licitat ha estat retardat per una actitud deliberadament negligent de l'empresa i denegat inicialment



sense una motivació raonablement sostenible. Tanmateix, la GAIP no té competència per intervenir en la sanció de les infraccions comeses en relació amb el dret d'accés a la informació pública i per tant no és al seu abast prendre cap mesura concreta amb aquesta finalitat.

La persona reclamant també demana a la GAIP que elevi una petició raonada a la Presidenta de l'AMB, per tal que sancioni les autoritats de TMB responsables de la denegació de l'accés, sobre la base de les competències que li atorga l'article 11.3.p de la Llei 31/2010, de 3 d'agost, de l'AMB. A la vista dels articles 84.3 i 86 LTAIPBG, és evident que cap òrgan de l'AMB no té competències per sancionar infraccions en matèria de dret d'accés a la informació pública comeses per responsables d'entitats o empreses públiques amb personalitat jurídica pròpia, malgrat que siguin propietat de l'AMB o hagin estat creades per ella. Tanmateix, atesa la petició formulada per la persona reclamant, i vist que TMB forma part de l'entramat institucional o del sector públic de l'AMB, la GAIP acorda traslladar aquesta Resolució a les autoritats metropolitanes, als efectes que considerin pertinents.

4. *Seguiment de l'execució*

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

5. *Publicitat de les resolucions de la GAIP*

L'article 44 LTAIPBG preveu que les resolucions de la GAIP s'han de publicar en el portal de la Comissió, 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 5 d'abril de 2017, resol per unanimitat:

1. Declarar el dret de la persona reclamant a obtenir la informació següent: els documents relatius als encàrrecs dels estudis i dictàmens externs a què es va referir el Conseller delegat de TMB en el decurs de la sessió de 29 de setembre de 2016 del Consell d'Administració de l'empresa Ferrocarril Metropolità de Barcelona, segons consta a l'acta corresponent, i que haurien estat demanats per TMB sobre "diferents extrems" i sobre "l'oportunitat de recórrer" la Resolució de la



GAIP de 7 de juliol de 2016, d'estimació de la Reclamació 19/2016, de conformitat amb les concrecions fetes a l'FJ 2.

2. Requerir a TMB que lliuri a la persona reclamant la informació indicada a l'apartat anterior que encara no hagi lliurat, dins del termini màxim de cinc dies, tot informar-ne a la GAIP.
3. Traslladar aquesta Resolució a la Presidència i a l'Agència de Transparència de l'AMB, per al seu coneixement i per si consideren adient d'adoptar alguna mesura en relació amb l'actitud obstructiva de TMB davant la sol·licitud d'informació de la persona reclamant.
4. Declarar finalitzat el procediment relatiu a la Reclamació 66/2017 i disposar la publicació d'aquesta Resolució al web de la GAIP.

Barcelona, 5 d'abril de 2017

Elisabet Samarra i Gallego

Presidenta

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