

APORTACIONS DE L'OFICINA ANTIFRAU DE CATALUNYA A LA PROPOSICIÓ DE LLEI DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN

Consideració preliminar

Les recomanacions i suggeriments continguts en el present document han estat formulats sobre la base de la darrera versió (de data 10.10.2013) del text de la Proposició feta pública a l'espai "Escó 136" del web del Parlament de Catalunya per la Ponència conjunta encarregada d'elaborar el text de la Proposició de llei de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

Article 1. Objecte de la Llei

Segons la lletra a) del primer apartat, la llei té per objecte, "garantir la transparència de l'activitat pública". Entenem que aquesta descripció és insuficient doncs no s'hi comprenen tots aquells àmbits que integren la informació pública, alguns de destacada importància, com el mateix procés de presa de decisions o la informació relativa a l'organització. Suggerim, doncs, que la redacció sigui modificada en el sentit següent: "garantir la transparència dels subjectes obligats per aquesta Llei".

La lletra b) del precepte fa extensiu l'objecte de la llei a "regular i garantir el dret d'accés dels ciutadans a la informació pública". Atès que aquesta és la norma d'obertura de la llei, suggerim la reformulació de l'apartat de tal manera que es visualitzi entenedorament i amb claredat que l'accés a la informació pública té una vocació tendencialment expansiva i que, per tant, ha de ser la regla general. En aquest sentit, proposem la redacció següent: "regular i garantir de la manera més àmplia possible el dret d'accés a la informació pública"¹.

Suggerim, igualment, que en el cas que es pretenguin mantenir en aquest article primer referències a les persones titulars del dret d'accés i beneficiàries, per tant, de la transparència, això es faci substituint les referències als "**ciutadans**" per "totes les persones". Alternativament, caldria donar una definició autèntica de ciutadans en l'article 2.

En relació amb l'apartat segon del precepte, convindria ampliar la referència que es fa a l' "**Administració pública**" per una noció més àmplia i que abasteixi la totalitat de

¹ Aquesta és la fórmula emprada per l'article 1 del Reglament (CE) 1049/2001 del Parlament Europeu i del Consell, de 30.5.2001, relatiu a l'accés del públic als documents del Parlament Europeu, del Consell i de la Comissió.

subjectes obligats² per la llei, tal i com s'ha fet en l'apartat primer, lletres a) i c), en què s'ha substituït el terme o s'ha complementat, respecte la primera versió de la Proposició.

Article 2. Definicions

Donem aquí per reproduïts els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa als termes de "ciudadans" i "Administració (pública)".

Les definicions autèntiques que es contenen en el precepte, a judici de l'Oficina Antifrau, no estan completes. En consideració a la seva importància a l'hora d'interpretar i aplicar aquesta llei (novadora en el nostre ordenament jurídic), convé introduir altres definicions d'especial transcendència:

Una definició d' "**informació pública**". Aquesta és la que hauria d'encapçalar el llistat de definicions. Si bé el text de la Ponència ja preveu una definició en l'article 19, entenem que —ja que la Llei ha optat per aquesta tècnica legislativa de donar definicions autèntiques— el seu contingut hauria de ser traslladat a aquest article 2. Les observacions en relació a la noció d'informació pública s'efectuaran en comentar l'article 19.

Pel que fa a la definició de "**transparència**", cal, d'acord amb el que ja hem exposat, substituir l'expressió "informació relativa als seus àmbits d'actuació" per "informació pública".

Trobem a faltar una definició de "**publicitat activa**" (transparència activa) doncs tal idea no està definida en el text normatiu i resulta de cabdal importància, doncs és l'altre gran contingut de la transparència juntament amb el dret d'accés a la informació pública el qual, en canvi, sí té una definició autèntica en l'article 2.

Dita definició suggerim que sigui formulada incorporant la idea que la transparència activa consisteix en el deure dels subjectes obligats de fer públics, d'ofici, els continguts d'informació pública que es relacionen en el Capítol 2 del Títol II.

Caldria incloure una definició que abasti tot l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei, d'acord amb l'article 3, com podria ser la de "**subjectes obligats**". Aquesta noció podria ubicar-se després de les de "**dret d'accés a la informació pública**", "**bon govern**" i "**govern obert**", i abans de la que s'ofereix d' "**Administració pública**".

Suggerim la introducció de la definició de "**ciudadà**", que ha de comprendre a qualsevol persona, natural o jurídica, que es relacioni o pugui relacionar-se amb els subjectes obligats.

També convindria definir la noció de "**persona sol·licitant**", entesa com aquell ciudadà que, en exercici del dret d'accés, presenta una sol·licitud davant els subjectes obligats per tal d'accedir a informació pública.

² En aquest sentit, en comentar l'article 2 següent, proposem la definició del terme "subjectes obligats".

En darrer terme, fora bo traslladar la definició d' "**alt càrrec**" de l'actual article 4.2 a aquest article.

Article 3. Àmbit d'aplicació

El títol que escauria millor a l'article, per major completesa, podria ser el d' "àmbit subjectiu d'aplicació".

D'acord amb les definicions que es proposen a l'article 2 anterior, caldria reformular l'estructura d'aquest article 3, per raons de coherència normativa. En aquest sentit, es proposa:

Un **primer apartat** de l'article que relacioni les entitats públiques que integren el concepte d' "**Administració pública**", que, al seu torn, constitueix un tipus integrant dels "subjectes obligats". Aquest primer apartat hauria d'incloure les Administracions generals de la Generalitat i locals (actual apartat 1), i també els organismes i ens que en depenen o s'hi vinculen (actual lletra a) de l'apartat 2), així com les universitats públiques de Catalunya (actual lletra b) de l'apartat 2).

Respecte de la redacció actual de la lletra a), es troba a faltar, a l'igual que s'ha fet respecte de les societats, que s'aclareixi el concepte de "fundacions públiques". En aquest sentit proposem la substitució del terme pel de "fundacions del sector públic", en els termes de l'article 331-2 del Codi civil de Catalunya. Convé també esmenar l'error en el terme "independents" (que ha de ser substituït pel de "dependents").

Un **segon apartat**, sota la denominació "**altres subjectes obligats**", on s'inclouin les activitats subjectes a dret administratiu del Parlament, òrgans estatutaris i organismes de control a què es refereix actualment l'apartat 5è de l'article, i als que són d'aplicació tan sols els Títols II i III de la Llei (publicitat activa i dret d'accés a informació), però no les disposicions relatives al bon govern.

D'entrada, observem certa contradicció entre el text de l'actual apartat 5è de l'article, que aplica a aquests ens els Títols II i III, i allò disposat a la DA 7a, relativa a les "obligacions de transparència del Parlament i altres institucions", que indica que aquests ens "han de complir com a mínim [...], les obligacions de transparència a què es refereixen els articles 9.1, lletres a), b), c) i d); e) i f); 9.2; i 11.1". Convé clarificar quin és el grau i abast de submissió d'aquests "altres subjectes obligats" a la Llei.

Respecte dels ens inclosos en aquest apartat, l'Oficina Antifrau entén oportú que s'hi incloguin també la **resta d'activitats d'aquests ens i institucions**, amb independència que es sotmetin o no al dret administratiu.

La Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern [art. 3 a)], inclou amb caràcter bàsic els partits polítics com a

“altres subjectes obligats” per la Llei, encara que aquesta categorització en la Llei 19/2013 implica el sotmetiment d’aquests, tan sols, a les obligacions de transparència activa que s’hi preveuen (i no al dret d’accés a informació pública).

A judici de l’Oficina, seria necessari que la Proposta de la Ponència inclogués de manera expressa com a (“altre”) subjecte obligat per la Llei, les fundacions i associacions sotmeses al Codi civil de Catalunya i vinculades a partits polítics que participin en els processos electorals l’àmbit dels quals es circumscriu a Catalunya, atès que és d’interès públic que aquestes entitats, per la procedència de bona part dels seus recursos (subvencions i ajuts públics), així com per les relacions econòmiques i fluxos financers amb les formacions polítiques, quedin sotmeses a un plus de supervisió o control, i la transparència, en aquest sentit, esdevé una eina de qualitat democràtica que pot contribuir de manera important a facilitar dita supervisió.

Aquesta Oficina ha manifestat en diverses ocasions el seu parer envers la necessitat d’inclusió entre els subjectes obligats el Poder judicial, tant en les seves tasques administratives com respecte de llur tasca jurisdiccional. De fet, la previsió continguda en l’article 10.1 h) del text proposat, pel que fa a les resolucions judicials amb rellevància pública, apunta en aquesta línia.

En un **tercer apartat** fora convenient referir-se a les **persones privades** que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, o presten serveis públics, o d’interès general, adjudicataris i contractistes, i les que perceben fons o finançament públic, així com altres grups d’interès (actuals lletres c), d) i e) de l’apartat segon).

En aquest cas, el denominador comú a tots aquests subjectes rau, sens dubte, en l’interès públic de la seva actuació amb motiu de les funcions o finançament públics referits. Tot i això, no tenen la consideració de “subjectes obligats”, en el sentit proposat a la definició del terme a l’article 2, per la qual cosa esdevenen subjectes privats als que la Llei imposa, amb caràcter instrumental, determinades obligacions davant els subjectes obligats amb els que s’hi vinculen o relacionen (que no davant Administració *stricto sensu –sic-*), relatives al trasllat a aquests de la informació que els sigui requerida³. En aquest sentit, convindria, dins d’aquest tercer apartat, seguidament, incloure el text de l’actual apartat 3r de l’article.

En un **quart apartat**, podria mantenir-se el contingut de l’actual apartat 4 de l’article, relatiu a les particularitats en el compliment de les obligacions de transparència per part dels **municipis**.

³ Cal advertir que l’article 3 b) de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, més garantista, fixa en canvi uns llindars mínims de finançament públic a partir dels quals les persones que rebin els fons públics passen a tenir la consideració d’ “altres subjectes obligats” (per tant, es consideren directament com a subjectes obligats, encara que sotmesos tan sols a deures de publicitat activa, i no d’accés a informació).

Article 5. Disposicions generals. Article 6. Obligacions de transparència

Donem aquí per reproduïts els advertiments fets en relació amb l'article 1, pel que fa a l'ús dels termes de "ciutadans" i "Administració (pública)".

Article 8. Informació subjecta al règim de transparència

Per raons de coherència tècnica, suggerim modificar el títol del precepte en el sentit d'afegir el terme "activa"; es recomana, doncs, la seva substitució pel d' "Informació objecte de transparència activa" o similar.

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Suggerim, per tal d'afegir major claredat al mandat legal, que en el text inicial de l'apartat 1r de l'article s'insisteixi en què el deure dels subjectes obligats a fer pública la informació (publicitat activa) ha d'operar "d'ofici" o per "pròpia iniciativa".

Seria oportú afegir, amb caràcter general i a mode de contingut addicional de la publicitat activa, el deure de fer pública la informació l'accés a la qual sigui sol·licitada per les persones amb major freqüència en exercici de llur dret d'accés a la informació pública.

Article 9. Informació institucional i organitzativa

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa, en diversos punts de l'article, del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Pel que fa a la relació d'informacions a publicar, entenem necessari incloure, a més, "els estatuts o normativa reguladora de qualssevol dels ens que integren l'àmbit d'aplicació subjectiva de la Proposició"; i la "normativa que sigui d'aplicació en cada cas, d'acord amb les funcions i serveis assumits".

Article 10. Informació de rellevància jurídica

Reiterem els advertiments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús, en diversos punts de l'article, del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Pel que fa a la relació d'informacions a publicar, entenem necessari incloure, a més, aquells documents que, d'acord amb la norma aplicable, hagin de ser sotmesos a un

període d'informació pública durant la seva tramitació; i el contingut íntegre dels textos dels avantprojectes de lleis i dels projectes de reglaments en tràmit⁴.

Article 11. Transparència en la gestió econòmica i pressupostària i en la patrimonial

Novament, hem de recordar els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Pel que fa a la relació d'informacions a publicar, entenem necessari incloure, a més, els comptes anuals de qualssevol dels ens que integren l'àmbit d'aplicació subjectiva de la Proposició; els informes de fiscalització emesos per òrgans de control o d'intervenció i informes d'auditoria de comptes; i la publicitat de convocatòries i dels resultats dels processos de selecció i promoció d'empleats públics.

Article 13. Transparència en la contractació pública

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa, en diversos punts de l'article, del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Pel que fa a la relació d'informacions a publicar, entenem necessari incloure, a més, les decisions de desistiment, renúncia, interpretació i resolució anticipada dels contractes formalitzats. També convindria afegir la publicació de les resolucions dictades pels òrgans competents per conèixer dels recursos especials en matèria de contractació i de les qüestions de nul·litat.

Article 19. Concepte d'informació pública

Reiterem el comentari efectuat en l'anàlisi de l'article 2 de la proposta, en el sentit que, per raons de coherència i sistemàtica, el contingut de l'article 19 hauria de ser traslladat a aquell article 2.

No obstant això, i en relació al contingut del precepte, passem a efectuar les següents consideracions:

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

D'entrada, convé posar de manifest que la definició que s'ofereix d'informació pública presenta deficiències que resulta necessari esmenar. No és correcte definir el concepte d'informació pública de manera tautològica, emprant el mateix terme d' "informació" en la pròpia definició. Per evitar-ho, convindria reconduir la formulació equiparant la

⁴ Tots aquests continguts es preveuen a la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

informació pública a “documents, dades o continguts” que, per haver estat elaborats per un subjecte obligat, o que per trobar-se en el seu poder, són d’interès públic⁵.

Caldria afegir un tercer apartat en l’article on es relacionessin, si escau, les exclusions al concepte d’informació pública, tot i la noció extensiva que ha de tenir el terme:

Al respecte, observem que l’article 29, en regular les causes d’ inadmissió de les sol·licituds, sembla referir-se a causes d’exclusió en la informació als efectes d’accés. La lletra a) de l’apartat 1 prescriu que seran inadmeses a tràmit les sol·licituds que “es refereixin a informació exclosa del dret d’accés en els termes establerts en aquesta llei”.

En relació a possibles exclusions del concepte d’informació pública, que motivarien la inadmissió d’una sol·licitud, l’article 29, a més, es refereix a “notes, esborranys, resums, opinions o qualsevol documentació interna de treball, sense rellevància o interès públic” (art. 29.1 e), i a sol·licituds d’informació consistents en “consultes jurídiques o peticions d’informes o dictàmens” (art. 29.2).

Les exclusions que motiven la inadmissió, i definitòries alhora de l’objecte del dret d’accés, en la mesura que delimiten el concepte d’ “informació pública”, haurien d’incorporar-se i definir-se en un apartat de l’article 19. Però no totes aquestes excepcions poden ser acceptades amb aquesta consideració.

Amb caràcter general i preliminar, convé dir que no s’han de confondre les causes d’ inadmissió, per exclusió del concepte d’informació pública, amb les limitacions a l’exercici del dret, en les que, encara que la informació que es sol·licita no és en principi exclosa del dret d’accés, existeix un altre interès susceptible de major protecció, que impedirà l’accés efectiu a la informació pública sol·licitada.

L’Oficina Antifrau, en base als antecedents legislatius en dret comparat, així com a la doctrina experta en la matèria, entén que és procedent excloure del concepte d’informació pública les següents informacions:

- Els documents inacabats (en curs d’elaboració), com serien esborranys sense forma de document;
- Els documents “a demanda”, és a dir, relatius a informació que s’hauria d’elaborar expressament per al peticionari (arts. 29.1 f) –“tasca d’elaboració”– i 29.2 –consultes jurídiques o peticions d’informes o dictàmens–).

⁵ A aquests efectes, entenem que hauria de servir de guia la definició de “document” que dona l’article 19.1 de la Llei 9/1993, del 30 de setembre, del patrimoni cultural català, que al·ludeix a “tota expressió en llenguatge oral, escrit, d’imatges o de sons, natural o codificat, recollida en qualsevol mena de suport material, i qualsevol altra expressió gràfica que constitueixi un testimoni de les funcions i les activitats socials de l’home i dels grups humans, amb exclusió de les obres d’investigació o de creació”. El concepte d’ “informació pública”, ha d’abastir, a més, altres dades o continguts d’interès públic que, tot i no identificar-se per elles mateixes amb un suport documental, poden ser extretes del contingut d’un o més dels documents referits.

En canvi, no pot ser acceptat com a causa d'exclusió d'informació pública el concepte jurídic indeterminat consistent en una tasca “de reelaboració complexa per a obtenir el resultat informatiu que es demana” (l'art. 29.1 f); i no només per l'ambigüïtat i vaguetat del terme, sinó perquè en cap cas una tasca excessiva o desproporcionada no pot ser concebuda com a excloent de l'objecte del dret d'accés, sinó que, en qualsevol, determinaria el deure de ponderar l'interès públic d'accés i estudiar altres opcions per a satisfer-lo.

Tampoc no procedeix excloure del dret, de forma genèrica i incondicional, com sembla fer l'art. 29.1 e) de la Proposició, els informes i documents preparatoris (*v.gr.*, informes interns, actes de reunions, comunicacions internes, notes preparatòries...): el fet que aquesta documentació tingui caràcter d'auxiliar o preparatòria, és a dir, que no impliqui una presa de decisió definitiva o l'exercici d'una funció o activitat pública, no la pot excloure *per se* del dret, perquè pot tenir rellevància pública i resultar determinant pel coneixement del procés de presa de decisió: promoure una visió del dret constreta a un document final suposa una restricció del dret que no estaria justificada⁶.

Article 20. Principis generals

Convindria, a l'apartat 1 de l'article, aclarir la reserva legal per a la previsió de causes de denegació o restricció del dret d'accés, exigint expressament que la norma només pot tenir rang de llei, d'acord i en coherència amb el mandat establert a l'article 7.2 del mateix text proposat.

Igualment serà convenient que, a fi i efecte d'establir limitacions legals al dret d'accés, s'exigís, amb caràcter general, que el límit o restricció sigui necessari en una societat democràtica per a l'interès públic, a més d'haver de ser proporcional a la finalitat que es protegeixi en cada cas.

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme “Administració” (substitució pel de “subjectes obligats”), a l'apartat 4 de l'article.

Article 21. Límits al dret d'accés

Amb caràcter general, des de l'Oficina Antifrau entenem que, atesa l'excepcionalitat dels límits i excepcions al dret d'accés, la relació de límits hauria de tractar-se d'una llista tancada o *numerus clausus*, mentre que el text proposat sembla deixar-la oberta a altres possibles supòsits que, a més, es configuren de forma imprecisa; per tot això, creiem que la norma proposada manca de seguretat jurídica i representa un greu risc de buidatge del dret d'accés. En aquest sentit, es conté una referència a interessos (públics o privats) “protegits expressament per la llei” (art. 21.1 h), o a informació que “tingui la

⁶ Vegi's, per exemple, el Reglament 1049/2001 UE que, en concebre la informació objecte d'accés amb gran amplitud, inclou expressament els documents preparatoris i d'ús intern.

condició de protegida, si així ho preveu expressament una norma amb rang de llei” (art. 21.2).

Pel que fa al límit del secret o confidencialitat en els procediments tramitats (lletra c) de l'apartat 1), només seria admissible eliminant la referència a “procediments tramitats per l'Administració pública”, atesa la seva generalitat (abasteix a qualsevol procediment). Es proposa, en canvi, que el precepte es circumscriuï a establir com a limitació la garantia de la confidencialitat o el secret necessari en aquells processos de presa de decisió de naturalesa política, mentre encara no hagi estat adoptada la decisió ⁷.

En relació a les lletres e) i f) de l'apartat 1 de l'article, convé anotar que el contingut dels preceptes no té precedents normatius en matèria de transparència i accés a la informació pública. L'actual ordenament jurídic —constitucional i legal— ja tutela abastament els drets subjectius referits en aquestes lletres, per la qual cosa es considera necessària la supressió d'ambdós apartats:

Tota limitació al dret d'accés ha d'estar definida en funció de l'interès que es pretén protegir i que en cada cas haurà de ser posat en l'altre costat de la balança. No seria possible efectuar la ponderació a què es fa referència en l'article 22 si, enfront el concret interès d'accés a la informació pública, en comptes de contraposar-hi un altre interès, contraposem el propi ordenament jurídic en tant que tutelador d'una plèiade d'interessos. El que fa el precepte proposat seria tant com ordenar que es tingui en compte la resta de l'ordenament jurídic a l'hora de decidir sobre l'accés a la informació, la qual cosa, per evident, resultaria innecessària i conduiria a l'absurd d'haver d'enumerar exhaustivament d'altres col·lectius, com ara persones discapacitades, dones, etc., que per raó de la seva qualitat subjectiva són objecte de reconeixement i protecció jurídics.

Encara més. El nostre argument resulta avalat pel fet que, com afirma l'article 20.4 del text proposat, tota limitació té la naturalesa “concepte jurídic indeterminat” la qual cosa no pot predicar-se de cap dels dos límits ara considerats, mentre que sí ho fa de la resta de límits.

Article 23. Protecció de les dades íntimes i de la privacitat

Fora recomanable identificar les dades personals a què es refereix el precepte amb les dades sensibles, tot emprant la terminologia pròpia de l'article 7 de la Llei Orgànica 15/1999.

⁷ L'actual redacció podria incloure a l'errònia inclusió en l'excepció també de procediments administratius en tràmit quan, en realitat, aquests són d'accés restringit a les persones interessades.

En aquest sentit, un bon exemple és el de l'art. 4.3 del Reglament 1049/2001, d'accés del públic als documents de la UE: *“Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicaría gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.”*

Encara que el precepte sembla atorgar el caràcter d'excepció absoluta a les dades sensibles com a límit al dret d'accés ("es denegaran"), des d'aquesta Oficina s'ha defensat⁸ que caldrà sempre, i també en el cas de concurrència de dades sensibles, un test de ponderació dels interessos, públics i/o privats, en joc. De fet, la darrera versió coneguda de l'article 22.1 així ho preveu.

El primer apartat de l'article sembla contenir una errada material en l'expressió "que continguin" doncs, així redactada, sembla referir-se al contingut de les sol·licituds quan, en realitat, la norma només té sentit si l'expressió es refereix a la pròpia informació pública. Caldria, modificar l'expressió per "que contingui".

Constatem, igualment, que el precepte omet, a part del consentiment escrit, referir-se a l'altra causa que, d'acord amb la LOPD, permet l'accés a dades sensibles: la previsió en una norma amb rang de llei.

En parer de l'Oficina, la previsió consistent en haver d'acompanyar a la sol·licitud d'accés el document que incorpori el consentiment exprés de la persona titular de les dades especialment protegides suposa en la pràctica que el ciutadà hagi d'assumir una càrrega que, en la major part del casos, li resultarà de molt difícil o impossible compliment. Dita càrrega no ha de recaure sobre les persones sol·licitants, titulars del dret d'accés a la informació, i sí sobre els subjectes obligats, als que correspon, en tot cas, remoure els obstacles per facilitar l'accés.

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Article 24. Protecció de dades personals

Reiterem els advertiments fets en relació amb l'article 1, pel que fa a l'ús del terme "Administració pública" (substitució pel de "subjectes obligats").

Suggerim, pel que fa al contingut de l'article, la seva refosa amb l'article 23 anterior, en la mesura que ambdós venen a completar les limitacions relatives a la protecció de la intimitat i al règim de dades de caràcter personal.

Article 25. Accés parcial

De forma semblant a la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (article 16), i seguint el text literal de l'art. 6.2 Conveni del Consell Europa núm. 205 sobre l'accés als documents públics, caldria afegir com a pressupòsit d'aplicació d'aquest precepte el fet que l'eventual aplicació d'algun dels límits al dret d'accés no afecti a la totalitat de la informació sol·licitada (o s'apliquin a una part de la informació).

⁸ Apt. 4.7.4 de l'estudi publicat per l'Oficina Antifrau titulat *Dret d'accés a la informació pública i transparència*, que fou entregat enguany al Parlament de Catalunya, i objecte de difusió a través del web de l'Oficina Antifrau.

Recomanem substituir el terme “documentació” pel d’ “informació”, atesa la major amplitud que implica aquest últim, com a objecte del dret d’accés.

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l’article 1 pel que fa a l’ús incorrecte que es fa del terme “Administració” (substitució pel de “subjectes obligats”), als apartats 2 i 4 de l’article.

Proposem eliminar l’apartat 3r de l’article, relatiu a les causes de denegació d’accés parcial⁹. Subsidiàriament, per al cas de no ser eliminat el precepte, cal que es doni una redacció òptima del mateix: la desproporció pot deure’s a un volum excessiu de la informació “a eliminar o triar”, però en cap cas de la “informació requerida”. En qualsevol cas, i pel mateix motiu, ha d’eliminar-se la “complexitat” de la informació com a fonament de la desproporció, atès que en tractar-se d’un aspecte substantiu o de contingut de la informació no pot en cap cas motivar una desproporció en la tasca d’eliminació.

Caldria deixar constància en la norma que, en aquests casos, la càrrega de la prova de la distorsió i, sobretot, de la “càrrega manifestament no raonable” (segons art. 6.2 Conveni del Consell Europa), correspon als subjectes obligats als que es sol·liciti l’accés.

Suggerim fer referència a les tècniques necessàries per a dur a terme l’accés parcial (procediments de dissociació de dades –art. 3 f) LO 15/1999–, o d’anonimització).

Seria necessari, quan l’òrgan es plantegi oferir un accés parcial, donar audiència (en qualsevol cas) a la persona interessada, atès que és possible que l’accés parcial ja no satisfaci llur interès en l’accés.

Article 26. Requisits de les sol·licituds d’informació pública

En relació a la identitat del sol·licitant (lletra a) de l’apartat 1), convé tenir en compte que l’art. 4.2 del Conveni del Consell d’Europa faculta els estats part a reconèixer als sol·licitants d’informació el dret a mantenir llur anonimat (excepte si la identificació és essencial per a tramitar la sol·licitud). Així, seria convenient valorar la possibilitat d’incloure l’opció de no identificar-se el sol·licitant en la seva sol·licitud.

Caldria deixar constància expressa de què la indicació d’un format o suport preferent per a l’accés (lletra c) de l’apartat 1) consisteix en un contingut potestatiu de la sol·licitud, i no preceptiu, per la qual cosa no pot ser considerat com un requisit de la sol·licitud.

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l’article 1 pel que fa a l’ús incorrecte que es fa del terme “Administració” (substitució pel de “subjectes obligats”) a l’apartat 1, lletra d), de l’article.

⁹ El Consell d’Europa contempla la possibilitat de rebutjar l’accés parcial si aquest “suposa una càrrega manifestament irraonable”.

Article 27. Presentació de les sol·licituds

L'observació preliminar que convé fer al redactat proposat de l'article té a veure amb el seu apartat 3r que, per raons de coherència, ha de suprimir les dues opcions descrites, en la mesura que la segona d'elles (lletra b de l'apartat 3r) ha de desaparèixer, en haver-se eliminat de l'article 38 del text proposat la previsió (i regulació) de les anteriorment anomenades "oficines responsables". Per tant, no restaria opció possible, i la única solució pel que fa a la destinació on han d'adreçar-se les sol·licituds d'informació es redueix "a l'entitat o òrgan administratiu que posseeix la informació" –lletra a–.

Dit això, resulta dubtós que es pugui imposar a la persona sol·licitant el deure d'haver de conèixer quina entitat o òrgan posseeix la informació, per la qual cosa es fa necessari suggerir que s'elimini l'exigència d'haver de presentar les sol·licituds d'informació davant de l'òrgan que la posseeix. Aquesta recomanació rau tant en la normativa general en matèria de sol·licituds administratives (art. 38.4 Llei 30/1992 i 25 i 42 Llei 26/2010) segons la qual, les sol·licituds poden ser presentades davant de qualsevol ens (amb excepció d'ens locals d'escassa població i sense conveni a l'efecte); com en virtut dels principis de coordinació i interoperativitat administrativa; així com en atenció a allò disposat a l'art. 30 del mateix text proposat, relatiu al deure dels òrgans en els que s'hagi presentat la sol·licitud (quan no disposin de la informació sol·licitada) de derivar les sol·licituds a l'òrgan que efectivament disposi de la informació.

Article 28. Sol·licituds amb contingut imprecís

Novament, amb caràcter preliminar, hem de reiterar els suggeriments fets en relació amb l'article 1, pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme "Administració" (substitució pel de "subjectes obligats").

En relació amb l'objecte substantiu de l'article, s'observa:

Que el redactat del primer apartat és ambigu i incomplet; en aquest sentit, caldria aclarir, tant en el títol del precepte com en el mateix text de l'apartat primer, que l'objecte de l'article és el de regular l'esmena de la sol·licitud. Així doncs, hauria de preveure que l'autoritat ha de formular al sol·licitant un requeriment a l'efecte i precisar en aquest primer apartat el termini d'esmena a què es refereix l'apartat 3r, de forma similar a com es regula a l'art. 71 de Llei 30/92 l'esmena de les sol·licituds amb caràcter general en el procediment administratiu.

Que el requeriment d'esmena hauria d'abastir qualsevol defecte que pugui presentar el contingut de la sol·licitud en relació amb la identificació de la informació sol·licitada, i no només el relatiu a la imprecisió o generalitat amb què es formuli la sol·licitud.

Que convindria referir-se, a l'apartat 3r, a què el desistiment (i correlatiu arxiu de la sol·licitud) requereix que l'autoritat competent dicti i notifiqui una resolució expressa

en aquest sentit, d'acord amb allò que en dret administratiu general estableix l'art. 71 Llei 30/92¹⁰.

Article 29. Inadmissió de sol·licituds

Amb caràcter previ, convé reiterar que, d'acord amb els comentaris fets valer en relació amb l'article 19 del text proposat, són procedents les causes d' inadmissió que s'identifiquen amb supòsits exclosos del propi concepte d'informació pública, més amunt referits i acceptats com a tals.

Ara bé, a l'article 29 es relacionen altres motius d' inadmissió que res no tenen a veure amb causes d'exclusió del concepte d'informació pública, i que tot seguit passem a comentar:

Pel que fa a la primera causa (art. 29.1 a) –“informació exclosa del dret d'accés”–, cal dir que el precepte sembla referir-se a les mencionades “exclusions” del concepte d'informació pública accessible. Ja hem apuntat que, en tal cas, la inadmissió de la sol·licitud seria procedent. Tanmateix, sembla que els autors del text proposat realment s'estan referint, amb aquesta causa d' inadmissió, als límits del dret d'accés, previstos als arts. 21 a 24. Aquesta interpretació s'infereix clarament de l'apartat 4rt d'aquest art. 29, que vincula aquesta causa d' inadmissió a les “limitacions” del dret d'accés.

Més amunt hem defensat que l'aplicació de les limitacions en cap cas pot legitimar a inadmetre una sol·licitud, sinó que, en el seu cas, podria motivar la denegació (total o parcial) de la sol·licitud, tal i com efectivament preveu l' art. 34.2 del text proposat. Per tant, cal concloure que aquesta primera causa d' inadmissió, així com l'apartat 4rt de l'article, que la desenvolupa, són incoherents amb la resta de la norma i, per tant, improcedents amb el concepte i significat que tenen les inadmissions i les limitacions al dret d'accés, respectivament.

La mateixa opinió ha de predicar-se de la segona causa d'inadmissió; la relativa a que les sol·licituds “es dirigeixin a un òrgan o entitat [...] que no disposi de la informació”. En virtut dels principis d'antiformalisme, d'interoperativitat entre òrgans i administracions i de finestra única, així com en respecte a la legislació general de dret públic, relativa a la presentació de sol·licituds, no és possible negar l'admissió d'una sol·licitud pel mer fet de presentar-la a un òrgan diferent d'aquell que posseeix la informació que s'està demanant.

En aquest sentit, l'art. 49 de la Llei 26/2010 prescriu que “el desconeixement de l'òrgan al qual s'ha de dirigir la sol·licitud no constitueix en cap cas un obstacle per a la tramitació d'aquesta”.

L'art. 5.2 Conveni del Consell d'Europa estableix que “[u]na petició per a accedir a un document oficial serà atesa per qualsevol autoritat pública posseïdora del document. Si l'autoritat pública no té el document oficial sol·licitat o si no està

¹⁰ La Llei Foral de Navarra així ho estableix expressament, al seu art. 27.2.

autoritzada per a tramitar aquesta petició, haurà, quan sigui possible, de remetre la petició del sol·licitant a l'autoritat pública competent”.

Aquesta conclusió es troba, a més, avalada pel propi text proposat quan, a l'art. 30.1 (derivació de sol·licituds), obliga als òrgans i ens a traslladar la sol·licitud a l' "entitat o òrgan que disposi la informació, si el coneix"; per tant, la derivació no pot comportar la inadmissió, sinó que es preveu precisament per a donar curs i vetllar per l'èxit i garantia de la tramitació de la petició i, per tant, de l'eventual dret d'accés (principi *in dubio pro actione*).

Per al supòsit en què l'ens o òrgan destinatari de la sol·licitud no conegui quin és l'òrgan, unitat o ens que posseeix la informació, però, podria ser acceptada la causa d' inadmissió que exigís aquesta precisió (desconeixement de l'òrgan que posseeix efectivament la informació, la qual cosa impedeix el trasllat), però sembla difícil i injustificable que amb les comunicacions telemàtiques i els deures que recauen sobre el sector públic pugui presumir-se un desconeixement com aquest. Així doncs, fins i tot en aquests casos, cal efectuar una reflexió: davant del dubte o incògnita sobre qui és el detenedor de la informació sol·licitada, és oportú traslladar la càrrega de la recerca al ciutadà interessat en la informació, preveient la inadmissió de la seva sol·licitud? O potser són els subjectes obligats els més idonis per a conèixer, saber o, si més no, investigar quina és l'autoritat o l'òrgan que pot (o més aviat, ha de) posseir la informació sol·licitada? Resultaria conforme a l'article 9.2 de la Constitució fer suportar a la ciutadania un etern pelegrinatge per esbrinar allò que, tot i ser difícil d'esbrinar, sempre ho serà menys per als subjectes obligats que per als ciutadans?

La tercera causa d'inadmissió, relativa a l'abús de dret, per ser la sol·licitud irraonable o repetitiva, no ens planteja tants dubtes com les anteriors, encara que, atesa la seva generalitat i ambigüitat, pot esdevenir molt perillosa pel que fa la seva aplicació, en la mesura que pot buidar de contingut injustificadament, i en molts casos, el dret d'accés. Caldria delimitar el contingut d'aquesta excepció i precisar el seu abast.¹¹

Tampoc no és acceptable la quarta causa d'inadmissió, consistent en què la petició sigui formulada "en termes excessivament genèrics", atès que en aquests casos és aplicable allò establert a l'art. 28 del text normatiu proposat: cal que l'autoritat envii un requeriment d'esmena. Com a conseqüència d'aquest requeriment, l'interessat podrà atendre'l (esmenar) o no atendre'l (se'l tindrà per desistit). La tercera opció es circumscriu a què l'interessat esmeni, però la seva petició segueixi essent formulada de forma genèrica, de tal forma que no es pugui identificar la informació que es sol·licita. Per tant, la inadmissió de la sol·licitud per manca de claredat o definició requereix, com a pressupòsit previ, que l'interessat hagi esmenat la seva sol·licitud i que, tot i així, aquesta segueixi essent imprecisa o genèrica i dificulti la identificació de l'objecte.

¹¹ També la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, preveu que les sol·licituds siguin "manifestament repetitives" o tinguin un "caràcter abusiu no justificat amb la transparència" com a causa d'inadmissió (art. 15 c). El Conveni del Consell d'Europa admet que es puguin rebutjar peticions "manifestament irraonables" (art. 5.5 ii). Al respecte, el Síndic de greuges (informe 2012) aclareix que l'exercici abusiu del dret implica necessàriament "sol·licituds que són manifestament no raonables" o que comporten un bloqueig de l'activitat ordinària de l'ens, i que la càrrega de prova al respecte d'aquesta situació d'abús correspon a l'autoritat que la invoca.

En aquest sentit, l'art. 5.5 i) Conveni del Consell d'Europa estableix que la petició pot ser "rebutjada" si "tot i l'ajuda de l'autoritat pública la petició segueix sent massa vaga per a permetre que el document oficial sigui identificat". Només seria viable la causa d'inadmissió que establís, per tant, que, tot i l'assistència de l'autoritat (prevista a l'art. 28.2) i tot i l'esmena de la sol·licitud per l'interessat, la identificació de la informació segueixi sent vaga i, per aquest motiu, impedeixi identificar el document.

Les causes d'inadmissió que fan referència a deures de publicitat legal general haurien de tenir com a condició d'aplicació, o bé la propra i immediata publicació de la informació sol·licitada (el termini de tres mesos a què es refereix la lletra g) és excessiu, atès que no és raonable que superi el termini d'un mes previst per resoldre les sol·licituds d'accés), o bé que hagi estat ja efectivament publicada. En canvi, no resulta acceptable com a causa d'inadmissió l'al·lusió que la lletra h) fa al mer mandat legal als poders públics de publicació general, atès que aquest pot ser incomplet, i en tal cas no haurien de recaure sobre el ciutadà els efectes d'aquell eventual incompliment legal pels ens públics.

En qualsevol dels casos, valdria la pena que el precepte, al seu tercer apartat, deixés palesa la necessitat que la inadmissió es reculli en l'oportuna resolució.

Article 30. Derivació de les sol·licituds

És necessari eliminar la menció a "oficina responsable" en l'apartat 1r de l'article, atès que aquestes unitats han estat excloses del text normatiu proposat (art. 38).

En virtut de les raons i principis d'actuació i organització pública exposats en comentar l'article 29 anterior, no és procedent la segona de les opcions consignades a l'apartat 2n de l'article, per la qual cosa els subjectes obligats, amb independència de si pertanyen a la mateixa o a diferents persones jurídicopúbliques, haurien de tenir el deure de traslladar-se (derivar-se) entre ells, en tot cas, les sol·licituds rebudes, preferentment per via electrònica.

Convindria preveure expressament que d'aquests trasllats, l'ens o òrgan remitent n'informi al sol·licitant de la informació. Alhora, l'ens o òrgan destinatari, i d'acord amb l'art. 42.4 segon paràgraf, de la Llei 30/1992, haurà de comunicar a l'interessat la data i hora en què la sol·licitud entra en el seu registre, a efectes d'inici del còmput del termini per resoldre.

Reiterem, també aquí, els suggeriments fets en relació amb l'article 1, pel que fa a l'ús incorrecte del terme "Administració" (substitució pel de "subjectes obligats").

Article 31. Afectació de drets o interessos de tercers

Pel que fa a l'exigència continguda a l'apartat tercer, relativa a què el trasllat de la sol·licitud a tercers ha d'indicar la identitat del sol·licitant, certament aquest

requeriment podria oposar-se a la possibilitat de reconèixer un eventual anonimat en les sol·licituds, d'acord amb els nostres suggeriments al redactat de l'article 26 anterior¹².

Article 32. Competència per a resoldre

L'apartat 1 d'aquest article estableix: “[e]n l'àmbit de l'Administració de la Generalitat la competència per a resoldre les sol·licituds d'accés a la informació correspon als òrgans superiors jeràrquics dels serveis o unitats que disposen de la informació, d'acord amb el que estableixin les normes reguladores de l'organització administrativa”.

A judici de l'Oficina, aquesta formulació hauria de ser revisada, tot partint de la premissa consistent en què, d'acord amb l'ordenament jurídic vigent a Catalunya, el lloc on es gestiona-custodia la informació pública és en els arxius. Això comporta que, a l'hora de delimitar les competències en matèria d'accés no es pugui passar per alt la normativa d'arxius i documents.

En aquest sentit, cal efectuar les següents precisions al respecte, tot distingint dos supòsits, segons la fase del cicle vital en què es trobi la documentació a què la informació pública sol·licitada faci referència:

a) Informació pública relativa a documents que, d'acord amb la normativa reguladora dels arxius i documents a Catalunya¹³, es troben en fase activa o semiactiva¹⁴:

Competència per resoldre:

En aquests casos, la competència per a conèixer de les sol·licituds d'accés a la informació hauria de recaure, amb caràcter general, en l'òrgan administratiu (actiu o consultiu) de major rang jeràrquic, i distint als alts càrrecs i òrgans superiors —en la terminologia emprada per l'article 24 de la Llei 13/1989—, que detingui la informació objecte de sol·licitud, per haver-la elaborada o rebuda, en virtut de les competències materials que li siguin atribuïdes per la normativa interna reguladora de l'estructura i organització de l'ens en què s'integrin.

En recolzament d'aquesta opció hi ha diversos arguments. En primer terme, raons d'eficàcia i eficiència aconsellen que l'atribució de la competència recaigui el més a prop possible de la realitat de l'objecte del dret, és a dir, a l'efectiva possessió de la informació pública. En segon lloc, la redacció actual no preveu

¹² A Navarra, però, la Llei Foral 11/2012, de 21 de juny, de la transparència i del govern obert, curiosament, proposa el contrari: no desvetllar la identitat del sol·licitant (art. 29.1).

¹³ Normativa d'arxius i documents: Llei 10/2001, de 13 de juliol, d'arxius i documents (en endavant, Llei 10/2001); Decret 13/2008, de 22 de gener, sobre accés, avaluació i tria de documents.

¹⁴ D'acord amb l'anterior, s'entenen per fases activa i semiactiva, d'acord amb les lletres h) i i) de l'article 2 de la Llei 10/2001: h) “Documentació en fase activa: la documentació administrativa que una unitat tramita o utilitza habitualment en les seves activitats; i) Documentació en fase semiactiva: la documentació administrativa que, un cop concloua la tramitació ordinària, no és utilitzada d'una manera habitual per la unitat que l'ha produïda en la seva activitat”.

aquells supòsits en què l'òrgan que posseeixi la informació no tingui superior jeràrquic. En tercer lloc, i a títol d'exemple, l'article 11 del Decret 13/2008, de 22 de gener, sobre accés, avaluació i tria de documents, atribueix la competència per aplicar les resolucions d'avaluació documental "a la persona directora o responsable tècnica de l'arxiu", i no al seu superior jeràrquic. I en darrer terme, pel que fa l'exclusió d'alts càrrecs i òrgans superiors, aquesta es fonamenta en la conveniència del caràcter professional i tècnic que han de tenir les persones competents.

Per aquells altres supòsits en què: a) o bé la informació la detinguin un alt càrrec o un òrgan superior; o b) la informació sigui detinguda per dos o més òrgans administratius, la competència per resoldre ha de correspondre a la persona titular del Departament corresponent.

Accés material a la informació:

Atès que la totalitat de la documentació pública es troba residenciada en arxius¹⁵ i, per tant, tractada d'acord amb un sistema de gestió documental¹⁶, han de ser les persones amb coneixements tècnics dels arxius corresponents a l'òrgan competent per resoldre, d'acord amb l'exposat més amunt, els facilitadors (executors materials) de la decisió d'accés, obtenint els documents, dades o continguts que integren la informació, havent, finalment, de facilitar-la materialment a la persona sol·licitant. Per tant, el criteri tècnic arxivístic juga un paper determinant de suport a l'execució de la decisió d'accés.

b) Informació pública relativa a documents que, d'acord amb la normativa reguladora dels arxius i documents a Catalunya, i prèvia avaluació, tenen la consideració de documentació inactiva o històrica, per la qual cosa han passat a ser conservats¹⁷

En relació a aquest tipus d'informació, l'òrgan competent per a resoldre les sol·licituds d'accés, d'una banda, i l'arxiu que conserva la documentació avaluada, per una altra, són coincidents, per la qual cosa, l'arxiu a qui correspongui en cada cas la custòdia de la documentació històrica a què es refereix la informació pública sol·licitada, haurà de decidir tant sobre l'accés sol·licitat com també, en cas d'estimació, executar la decisió, tot facilitant la informació.

En un altre ordre de consideracions, suggerim que en l'apartat 3 del precepte sigui substituïda l'expressió "fundacions públiques" per la de "fundacions del sector públic", en coherència amb la terminologia emprada en el Codi Civil de Catalunya.

¹⁵ En concret, segons es desprèn de l'article 2 de la Llei 10/2001, l'arxiu (en sentit orgànic) és "l'organisme o la institució des d'on es fan específicament funcions d'organització, de tutela, de gestió, de descripció, de conservació i de difusió de documents i fons documentals". El sentit material del terme arxiu és troba recollit a l'article 2 d) *in fine* de la Llei 10/2001: "també s'entén per arxiu el fons o el conjunt de fons documentals". És l'article 26 de l'esmentada Llei on s'enumeren els arxius de la Generalitat.

¹⁶ Art. 2 e) Llei 10/2001.

¹⁷ D'acord amb l'article 2 j) de la Llei 10/2001, és documentació inactiva o històrica aquella documentació administrativa que, un cop concloua la vigència administrativa immediata, posseeix valors primordialment de caràcter cultural o informatiu.

Article 33. Termini per resoldre

D'acord amb el que disposa la normativa de règim general (art. 42.3 b) Llei 30/1992), el *dies a quo* del termini per resoldre i notificar la resolució als interessats (i no a l' "interessat" –sic–, d'acord amb l'article 34.1 següent) hauria de ser el de l'entrada de la sol·licitud en registre de l'òrgan competent, tenint en compte que, d'acord amb el que aquesta Oficina ha defensat en comentar l'article 27, la sol·licitud pot ser presentada davant de qualsevol organisme dels referits a l'article 38.4 de la Llei 30/1992. D'aquesta forma, el termini per resoldre i notificar la resolució s'ha de comptar a partir de l'endemà de l'entrada de la sol·licitud en el registre de l'òrgan competent per resoldre.

Pel que fa als motius de pròrroga consignats al segon paràgraf de l'apartat primer de l'article, convindria referir-se no tant al "volum" o a la "complexitat de la informació", com fets que fonamenten la pròrroga, sinó més aviat a les dificultats que pot comportar la tasca d'obtenció de la informació sol·licitada, essent aquesta una descripció més acurada i raonada per a motivar l'eventual pròrroga.

Article 34. Resolució

Per raons d'eficàcia, eficiència i simplificació administrativa, convé que l'article, preferiblement al seu apartat 2n o, en qualsevol cas, en un moment anterior a l'apartat tercer, prescriu explícitament que l'estimació ha de comportar el lliurament immediat de la informació en el mateix moment de la notificació de la resolució estimatòria, o bé, excepcionalment, en un breu termini que la llei estableixi a aquest efecte com a màxim¹⁸.

En relació amb l'apartat 3r de l'article, en què en els casos d'oposició de tercers l'accés queda subjecte a condició suspensiva fins a la fermesa en via administrativa de la resolució estimatòria, val a dir que no s'avé amb l'article 22.2 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que amb caràcter bàsic, preveu la condició suspensiva fins la fermesa en via judicial.

Entre els continguts o sentits que poden tenir les resolucions motivades, l'apartat 4rt de l'article ha d'incloure un quart contingut: el relatiu a la inadmissió de la sol·licitud, d'acord amb l'article 29 anterior.

A l'apartat 5è de l'article, ha de corregir-se l'error material en la paraula "motivació" de la darrera frase, que ha de ser substituït pel de "resolució".

¹⁸ La Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, estableix en l'article 22.1, en els casos en què no pugui donar-se accés en el moment de la notificació de la resolució, un termini màxim addicional de 10 dies comptadors, cal entendre, des de l'endemà al en què ha estat notificada la resolució estimant la sol·licitud.

Amb caràcter previ al darrer apartat de l'article, cal determinar expressament si la resolució administrativa esgota o no la via administrativa. Són reveladors els indicis que ens fan pensar que les resolucions de sol·licituds d'accés a informació pública han d'esgotar la via administrativa, a més de la convenient coherència amb la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern: no pot inferir-se una conclusió diferent de la lectura de l'article 39 del text proposat, en la mesura que disposa que les resolucions "poden ser objecte de recurs potestatiu de reposició davant de l'òrgan que les ha dictat", essent objecte d'aquest recurs només les resolucions que esgoten la via administrativa –art. 116 Llei 30/1992–).

Al darrer apartat de l'article, caldria completar el text en el sentit d'exigir que la notificació indiqui, a més, tota la informació relativa al peu de recurs, és a dir, amb especificació dels òrgans on interposar els recursos i reclamacions possibles, així com els terminis legals previstos a l'efecte.

Article 35. Silenci administratiu

Reiterem els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa del terme "Administració" (substitució pel de "subjectes obligats").

Produït el silenci positiu, tot i que la norma preveu que la persona sol·licitant hagi de tornar a demanar l'accés, convindria que en el propi precepte fos fixat –no per remissió– un breu termini comptador des d'aquesta nova sol·licitud dins el qual el subjecte obligat hagi de proporcionar la informació.

Article 36. Accés a la informació

El termini màxim de 30 dies previst a l'apartat 1 de l'article, per a què l'òrgan competent subministri la informació després d'haver-se obtingut una resolució estimatòria, s'entén que es tracta d'un termini diferent al termini per resoldre de l'art. 33 i que, per tant, s'hi suma amb posterioritat. En aquest sentit, el tenor literal del precepte és incomplet i es presta a confusió, atès que no s'indica amb exactitud quin és el *dies a quo* del termini, aspecte essencial per al seu còmput.

En qualsevol cas, i a parer d'aquesta Oficina, és inacceptable la previsió d'un termini com aquest: permetre que un nou termini per a subministrar efectivament la informació, i amb vocació presumible d'afegir-se amb posterioritat al termini per resoldre, implicaria que l'accés efectiu es podria produir demorar fins al transcurs de 2 mesos des de la sol·licitud, la qual cosa, a la llum del dret comparat, no és de rebut. Per tant, aquest termini hauria de suprimir-se, de tal forma que l'accés efectiu a la informació (subministrament) fos concedit de forma immediata, això és, mitjançant la notificació de la pròpia resolució estimatòria, o bé, excepcionalment, en un breu termini que la llei estableixi a aquest efecte com a màxim, tal i com hem apuntat més amunt en comentar l'article 34.

Coherentment amb el que s'ha defensat en relació amb l'article 35, només podria ser acceptable la previsió d'un termini per a fer efectiu l'accés en els supòsits d'estimació

per silenci (que, en ser positiu, dóna dret a l'accés). Tan sols en aquest cas sembla lògic i lícit que l'interessat hagi de sol·licitar l'accés, un cop produït el silenci, i que el subjecte obligat, doncs, compti amb un termini (comptador des d'aquesta sol·licitud) per a poder proporcionar l'accés efectiu a la informació. Al fil d'aquesta recomanació, i atès que només seria aplicable la previsió del termini al supòsit d'estimació per silenci, reiterem la conveniència de la seva incorporació al text de l'article 35 anterior, dedicat al silenci administratiu.

En relació a la modificació del format d'accés, objecte de regulació de l'apartat segon de l'article, el text normatiu proposat enumera un seguit de causes que motivarien el canvi de format escollit.

La relació d'aquestes causes ofereix una ambigüitat i generalitat que es presta a poder fer minvar el dret del sol·licitant a triar el format de la informació que es demana, d'acord amb l'anterior article 26. Convé citar aquí el Conveni del Consell d'Europa, que en l'art. 6.1 permet que el format lliurement escollit pel sol·licitant per a accedir a la informació sigui modificable tan sols quan "la preferència expressada sigui irraonable".

El problema es suscita, especialment, en la tercera de les causes que es relacionen en la norma proposada (lletra c) de l'apartat segon de l'article): que el subjecte obligat "consideri raonable utilitzar un format diferent" al sol·licitat per l'interessat. El marge de discrecionalitat que ofereix el terme "raonabilitat" és excessiu. És per això que caldria expressament definir quin/s motiu/s pot/den entendre's "raonable/s", tal i com fa l'art. 32.1 b) de la Llei Foral Navarra¹⁹. Així doncs, es podria justificar aquesta raonabilitat: en què pugui haver pèrdua del suport original que conté la informació; en què pugui afectar-se el dret de propietat intel·lectual; o en la manca d'equips tècnics adients. De fet, la norma proposada ja preveu aquestes circumstàncies (lletres d), e) i f) de l'art. 36.2), tot i que ho fa a mode d'altres motius independents que justificarien un canvi de format, i no com a contingut propi (i definidor) de la causa basada en la "raonabilitat".

És acceptable i convenient, en canvi, la primera causa de modificació de format, consignada a la lletra a) de l'apartat 2 de l'article, que al·ludeix a què "existeixi una alternativa més econòmica", en virtut del principi d'eficiència que ha de servir de guia a les actuacions dels ens públics.

Igualment és oportuna la previsió d'un motiu de canvi en el format com el que es proposa a la redacció de la segona lletra de l'apartat 2 de l'article (lletra b), que parteix del pressupòsit que la informació sol·licitada hagi estat ja prèviament difosa amb caràcter general²⁰.

¹⁹ Llei Foral 11/2012, de 21 de juny, de la transparència i del govern obert.

²⁰ En aquest sentit vegi's l'art. 22.3 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que determina que "la resolució podrà limitar-se a indicar al sol·licitant com pot accedir-hi" si aquesta ha estat ja prèviament publicada, o l'art. 6.3 Conveni del Consell d'Europa, segons el qual l'autoritat "pot donar accés a un document oficial remetent al sol·licitant a fonts alternatives fàcilment accessibles". En aquest mateix sentit, l'art. 32.1 a) de la Llei Foral de Navarra.

En qualsevol cas, hem de suggerir que les previsions contingudes en l'article relatives al canvi de format (apartats 2 i 3) siguin incloses, per raons sistemàtiques, en l'article 34, relatiu a la resolució.

I una vegada més ens reiterem en els suggeriments fets en relació amb l'article 1 pel que fa a l'ús incorrecte que es fa en el present article del terme "Administració" (substitució pel de "subjectes obligats").

En qualsevol cas, de resultar acceptats els suggeriments que formulem en relació amb aquest article, el mateix restaria buidat de contingut i hauria de ser suprimit.

Article 37. Gratuïtat i contraprestacions

Es recomana modificar la primera frase del precepte per tal d'aclarir que el principi de gratuïtat en l'accés s'ha de garantir de forma genèrica, en tot cas i sense major concreció.²¹

Suggerim substituir el terme "contraprestació" per un altre (com ara el d' "exacció" o "taxa"), amb la finalitat de dissociar-lo de la idea d'ànim de lucre que es desprèn del primer, ja que no és possible que l'import que pugui exigir-se excepcionalment, per a l'expedició de còpies o la transposició de formats, pugui excedir del cost real d'aquestes operacions.

Article 40. Comissió de transparència/garantia del dret d'accés a la informació pública

Àmbit subjectiu de la reclamació (apartat 1r)

La reclamació que pot interposar-se davant la Comissió es restringeix a les decisions que sobre el dret d'accés a informació prenguin determinats subjectes obligats, i no tots: Administració de la Generalitat i dels ens locals de Catalunya.

Es parteix, doncs, de l'exclusió dels subjectes obligats a què es refereix l'actual apartat 5è de l'article 3 del text de norma proposat, és a dir, les activitats subjectes a dret administratiu del Parlament, òrgans estatutaris i altres organismes públics independents. De fet la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, a l'article 23.2 procedeix, encara que de forma expressa, a una anàloga exclusió —de caràcter bàsic—, quan determina que "contra les resolucions dictades pels òrgans previstos a l'article 2.1 f) només cabrà la interposició de recurs contenciós-administratiu".

Tot i això, el precepte comentat s'oblida d'incloure els altres subjectes obligats, a què es refereixen les actuals lletres a) i b) de l'apartat 2n de l'article 3 del text proposat, és a dir, els organismes públics dependents o vinculats a les Administracions públiques,

²¹ Vegi's en aquest sentit l'article art. 22.4 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

col·legis, corporacions, consorcis i associacions, així com les universitats públiques catalanes. Aquesta omisió no té precedents ni raó de ser i, per tant, s'hauria d'esmenar.

Objecte i naturalesa de la reclamació (apartat 1r)

Sembla que s'atribueix a la reclamació un caràcter potestatiu, des del moment en què el text proposat al·ludeix a la possibilitat del seu exercici (“poder” [sic]).

Alhora, el precepte és clar en diferenciar dos tipus de decisions recurribles: tant les resolucions sobre l'accés a la informació pública sol·licitada, com també les resolucions dels eventuais recursos de reposició que es puguin interposar contra les primeres.

De l'anterior caràcter facultatiu de l'exercici de la reclamació i el seu doble objecte propi no es pot més que concloure una important incongruència que genera una essencial problemàtica a l'hora de determinar la naturalesa jurídica pròpia de la reclamació, i que, per tant, ha de ser necessàriament esmenada, per les següents raons:

En comentar l'article 34, sobre la resolució, hem constatat la necessitat de la norma d'haver de definir si les resolucions de les sol·licituds d'accés esgoten o no la via administrativa. Alhora ens aventuràvem a considerar que, atès l'establert a l'article 39 (les resolucions “poden ser objecte de recurs de reposició davant de l'òrgan que les ha dictat”), les resolucions han de posar, necessàriament, fi a la via administrativa²².

Acceptada aquesta solució, les vies d'impugnació ordinàries són clares: o es recorre la decisió en via administrativa, a través del recurs potestatiu de reposició, o s'interposa directament un recurs contenciós administratiu.

Les dues vies d'impugnació, però, no impedeixen que la primera d'elles (el recurs potestatiu de reposició) pugui ser substituïda per un altre procediment d'impugnació en via administrativa, però especial, per raó de la matèria, tot fent ús de la possibilitat que al respecte l'article 107.2 Llei 30/1992 concedeix al legislador sectorial. És en aquesta possibilitat legislativa on ha de trobar empara la reclamació que es regula als articles 40 i 41 del text proposat. Així doncs, la reclamació (especial) que s'hi regula esdevé una via impugnatòria de caràcter facultatiu i prèvia a la impugnació en via contenciosa administrativa. D'aquestes afirmacions en resulta necessària conseqüència que la reclamació especial ha de ser substitutòria del recurs ordinari de reposició. Per tant, tots dos mecanismes d'impugnació, ambdós facultatius i previs a la via jurisdiccional, no poden

²² Aquesta és clarament la solució que adopta la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, que a l'article 20.5 estableix explícitament que “les resolucions dictades en matèria d'accés a la informació pública són recurribles directament davant la Jurisdicció Contenciosa-administrativa, sense perjudici de la possibilitat d'interposició de la reclamació potestativa prevista a l'article 21”.

conviure, de la qual cosa es desprèn que, necessàriament, la reclamació especial ha de desplaçar i substituir el recurs potestatiu de reposició²³.

Dit això, es suggereix, per tant, eliminar l'article 39, i alhora preveure expressament, en el text de l'actual article 40, i amb la finalitat d'evitar qualsevol dubte, que la reclamació especial en matèria de dret d'accés, a què es refereixen els articles 40 i 41, és substitutiva del recurs ordinari potestatiu de reposició, de conformitat amb allò disposat a l'article 107.2 de la Llei 30/1992. En aquest sentit, l'apartat primer de l'article 40 ha de limitar-se a circumscriure l'objecte de la reclamació a les resolucions expressives o presumptes en matèria d'accés a la informació pública (i, per tant, suprimir el segon objecte recurrible, el relatiu a les resolucions de recursos de reposició).

Òrgan competent per a resoldre la reclamació (apartats 1 a 5)

La competència per a la resolució de la reclamació especial en la matèria s'atribueix, en l'apartat primer, a "una *Comissió de transparència/garantia del dret d'accés a la informació pública* encarregada de vetllar pel compliment i garanties del dret d'accés que regula aquest títol" (*sic* –l'adjectiu determinant indefinit "una" ha de ser substituït en tot cas per l'article "la"–).

És prou conegut el parer d'aquesta Oficina, que ha estat defensat en nombroses ocasions²⁴, consistent en què l'ens o autoritat de tutela del dret d'accés a la informació ha de tractar-se d'un organisme independent i, alhora, especialitzat en matèria de transparència. És per això que hem defensat i ho seguim fent, que l'Oficina Antifrau de Catalunya és la més ferma i adient institució per a dur a terme la tasca de control que requereix l'exercici del dret d'accés a la informació pública, en tractar-se d'un organisme amb autonomia i independència, adscrit al Parlament de Catalunya, alhora que és l'únic que té expressament atribuïdes i reconegudes funcions legals en matèria de transparència del sector públic de Catalunya²⁵, la qual cosa no succeeix en l'àmbit nacional, en el que no existeix cap organisme amb competències específiques en matèria de corrupció i transparència del sector públic.

Al marge de l'anterior consideració, de l'examen de la solució proposada, *la Comissió de transparència/garantia del dret d'accés a la informació pública*, convé exposar els següents comentaris i observacions:

Encara que la independència orgànica i funcional de la Comissió s'afirma en dos moments de l'article (a l'apartat 2n i al 5è), cal dir que difícilment pot concebre's d'aquesta manera un òrgan creat *ad hoc* amb plena adscripció a un departament de la Generalitat, tal i com prescriu l'apartat 5è de l'article, tenint en compte, entre d'altres factors, que l'Administració de la Generalitat no deixa de ser,

²³ El segon paràgraf de l'article 107.2 de la Llei 30/1992 estableix que "(...) el recurs de reposició podrà ser substituït pels procediments a què es refereix el paràgraf anterior, respectant el seu caràcter potestatiu per a l'interessat".

²⁴ Vegi's, entre d'altres, l'estudi publicat per l'Oficina Antifrau titulat *Dret d'accés a la informació pública i transparència*, que fou entregat enguany al Parlament de Catalunya, i objecte de difusió a través del web de l'Oficina Antifrau.

²⁵ Llei 14/2008, del 5 de novembre.

únicament, un dels molts subjectes obligats per la llei de transparència proposada.

A mode de consideració essencial, atesa la darrera finalitat de tutela que ha de perseguir la Comissió, aquesta Oficina vol fer especial esment en les dificultats que per a la consecució d'aquesta finalitat pot comportar la composició de la Comissió que es proposa. En efecte, l'apartat 2n de l'article, en determinar quins seran els cinc membres que integraran l'òrgan col·legiat, que actuaran en representació de l'Administració de la Generalitat, dels ens locals, del Síndic de Greuges, de l'Oficina Antifrau, i de l'Agència [sic] –Autoritat– Catalana de Protecció de dades, respectivament, està determinant o condicionant una situació de risc, per resultar compromesa llur imparcialitat o objectivitat, la qual cosa pot tenir greus i evidents conseqüències pel que fa al sentit de la resolució de la reclamació: d'una banda, s'hi integren dos representants de la pròpia Administració, que en moltes ocasions serà principalment el subjecte obligat objecte d'examen o control i, per tant, titular dels interessos en conflicte o discussió; alhora, s'hi troba representada, per un membre, l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, que té precisament reconegudes per llei funcions relatives a la protecció de les dades personals en el sector públic que, com sabem, constitueixen un dels principals interessos que poden (i acostumaran a) operar com a limitacions a l'exercici del dret d'accés a la informació pública. Els eventuals i potencials conflictes d'interès i la manca d'imparcialitat que pot comportar la designació d'aquests tres membres, atesa la representació que ostenten, i tenint en compte que signifiquen la majoria dels integrants de l'òrgan col·legiat, poden menystenir la funció de tutela que hauria de perseguir, amb eficàcia i objectivitat, un ens cridat a la protecció del dret d'accés, amb el resultat final de menyscarbar i, molt probablement, frustrar el legítim exercici del dret d'accés de la ciutadania a la informació pública.

Subta, a més, que l'apartat 3r de l'article exigeixi que els membres de la Comissió siguin experts en la matèria, en la mesura s'ignora de quina forma ha de ser acreditada aquesta experiència o coneixements.

Sorpren igualment que l'apartat 4rt del text proposat es remeti en bloc, sense cap especificació legal mínima, a la regulació de la composició, organització i funcionament de la Comissió per una norma reglamentària del Govern. En aquesta línia, l'Oficina considera que la Llei de transparència s'hauria de limitar a crear la institució de tutela i deixar que sigui aquesta, en virtut de la capacitat d'autoorganització, la que concreti la seva organització i funcionament mitjançant un reglament interior, el qual s'haurà de fer públic.

Es constata que la Llei omet tota referència a les funcions que ha de tenir atribuïdes la Comissió per a la consecució de llur finalitat de "vetllar pel compliment i garanties del dret d'accés". Entre aquestes funcions s'hi haurien d'incloure algunes de tant rellevants com la relativa a vetllar pel compliment de les obligacions de transparència activa (recollides en el Títol II del text

proposat), promoure l'exercici del dret d'accés, o avaluar la pròpia aplicació de la Llei²⁶.

Encara més, la Comissió regulada en aquest article és, en si mateix, un subjecte obligat per la pròpia Llei i, en conseqüència, no només s'hi podran adreçar sol·licituds d'accés a la informació sinó que també caldria imposar-li específics deures de publicitat activa que abasteixin de la forma més àmplia possible la seva activitat i el resultat de la mateixa.

Consideració final

Raons de sistemàtica farien necessari desdoblar el contingut actual del precepte: d'una banda, i en primer lloc, només els apartats 2n a 5è del text actual es corresponen amb el títol de l'article, és a dir, els que tenen per objecte la regulació de l'organisme de tutela; d'altra banda, en un article a part caldria regular la reclamació davant d'aquest organisme, incorporant-hi el contingut de l'actual apartat 1r.

Article 41. Procediment de reclamació

Pels arguments exposats en comentar l'objecte de la reclamació, a l'article 40 anterior, entenem que cal suprimir la referència que aquest article 41 fa, al seu apartat primer, a la notificació de la "desestimació del recurs de reposició".

L'apartat 2n esmenta que la reclamació pot tramitar-se mitjançant un procediment de mediació o d'un procediment ordinari amb resolució. Entenem, però, que la reclamació hauria d'obeir, en puritat, a un procediment ordinari resolutori, de tal forma que la possibilitat de mediació hauria de regular-se, en el seu cas, com un procés de solució de conflicte a part, i que hauria de distingir-se, per tant, de la reclamació *stricto sensu*, atès que són mútuament excloents i, per tant, solucions alternatives.

En aquest mateix sentit, a l'apartat 4rt *in fine*, convindria completar la frase "[e]l procediment de mediació suspèn el termini per resoldre", tot afegint els termes: "la reclamació". D'aquesta forma restarien prou distingits els resultats dels dos processos, de mediació i de reclamació: els acords de mediació i les resolucions de la reclamació, respectivament.

Tanmateix, l'Oficina no considera oportuna la via de la mediació. Al marge de no tenir precedents en dret comparat, aquest mecanisme, no només no té en compte la desigualtat entre les parts implicades, sinó que comportaria la introducció d'una complexitat procedimental incompatible amb els valors informatius, raons, totes elles, que desaconsellen la seva adopció.

No és correcte preveure, tenint en compte l'argumentari exposat en comentar els articles 34 i 40, que les resolucions de les reclamacions posin fi a la via administrativa,

²⁶ En aquest sentit, l'article 38 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, pot servir de referència.

tal i com s'afirma a l'apartat 9è de l'article 41. De la mateixa manera que succeiria amb la resolució d'un recurs potestatiu de reposició, la resolució d'aquesta reclamació especial facultativa certament és impugnabile davant la jurisdicció contenciosa administrativa, la qual cosa no significa que es pugui caracteritzar per exhaurir la via administrativa: aquesta via ja fou exhaurida amb la resolució desestimatòria del dret d'accés a la informació pública, que precisament és objecte de la reclamació especial.

Finalment, al marge del deure de notificar a les persones interessades la resolució de reclamació, l'Oficina Antifrau recomana que es prevegi de manera expressa el deure de la Comissió de fer públiques la totalitat de les esmentades resolucions²⁷.

Article 42 (bis). Memòria de la Comissió

D'acord amb allò disposat a l'article 40.5, segons el qual la Comissió és adscrita a un Departament de la Generalitat, aquesta adscripció podria fer qüestionar la justificació del deure de presentar la Comissió la seva memòria anual davant del Parlament. Dirigir la memòria al Parlament tindria major sentit si, o bé l'adscripció de la Comissió ho fos precisament al Parlament, la qual cosa seria recomanable, atès que dotaria d'una molt major i desitjable independència a aquest òrgan de tutela del dret d'accés a la informació pública, o bé si els membres que la integren tenen, majoritàriament, origen parlamentari o en les institucions de l'òrbita parlamentària²⁸.

L'Oficina Antifrau es planteja, a manca de major concreció en el text actual proposat, la viabilitat de preveure un "organisme avaluador" com el que es menciona en aquest precepte, al que també la Comissió haurà de presentar la seva memòria anual. En qualsevol cas, restem a l'espera de la regulació de les finalitats, funcions i règim jurídic aplicable a aquest organisme.

Article 43. Execució dels acords de mediació i de les resolucions

Des d'un punt de vista merament formal de tècnica legislativa, observem que el contingut d'aquest article reproduïx el text ja contingut en l'article 42 anterior de la proposta normativa, per la qual cosa ha de ser eliminat. Això comportaria modificar la numeració de l'article 42 (bis) anterior, que hauria de ser l'article 43.

Tot i això, en la mesura que el text actual de la proposta normativa ha eliminat l'article 38, i que per part de l'Oficina també es proposa la supressió de l'article 36 caldria, a partir de llavors, donar una nova numeració als articles posteriors.

²⁷ Així ho imposa al Consell de Transparència i Bon Govern l'article 24.5 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern.

²⁸ Això últim és el que succeeix en el cas del Consell de Transparència i Bon Govern creat per la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, la composició del qual, segons l'article 36, justifica que l'organisme hagi de presentar la memòria anual davant les Corts Generals.

Disposició Addicional setena. Ampliació de les obligacions de transparència del Parlament i altres institucions.

Ens reiterem en un dels comentaris emesos en relació a l'article 3 del text normatiu proposat, relatiu a la contradicció entre allò disposat a l'article 3.5, que subjecta l'activitat regulada pel dret administratiu dels ens a què es refereix, als Títols II i III de la proposta, i allò disposat en la present DA, que indica, en canvi, que aquests mateixos ens "han de complir com a mínim (...), les obligacions de transparència a què es refereixen els articles 9.1, lletres a), b), c) i d); e) i f); 9.2; i 11.1", per la qual cosa aquesta contradicció genera incertesa sobre quin és en realitat el grau i abast de submissió d'aquests ens a la Llei. Des d'aquesta Oficina entenem que la discrepància hauria de resoldre's aclarint que els Títols II i III de la proposta han de ser de plena aplicació a aquests ens, motiu pel qual caldria reconsiderar la utilitat de la present disposició addicional.

Consideracions finals. Coherència de la iniciativa amb la vigent normativa sobre arxius i documents.

En aquest apartat, l'Oficina ha de posar de manifest l'absència, al llarg del text de la Proposta en la que es troba treballant la Ponència conjunta, de cap referència a la normativa vigent a Catalunya sobre arxius i documents.

Aquesta omisió no passaria de ser una mancança formal de relativa poca importància pràctica si no fos perquè —com ja hem tingut ocasió d'avançar en l'anàlisi de l'article 32— és precisament la legislació sobre arxius i documents l'única que, a data d'avui, contempla i regula aspectes tan estretament vinculats a la transparència i l'accés a la informació com les nocions de document, d'arxiu, o de sistema de gestió documental; defineix i delimita els documents públics i determina les responsabilitats dels seus titulars; i, el que encara és més decisiu, dedica tot un Títol de la Llei a regular l'accés als documents, atribuint facultats substantives a un òrgan tècnic col·legiat com és la Comissió nacional, d'accés, avaluació i tria documental.

Aquesta realitat jurídica, a judici de l'Oficina Antifrau, determina la necessitat que el legislador abordi la qüestió de la coexistència i coherència entre ambdós blocs normatius doncs, de no fer-ho, es corre el risc d'acabar integrant un nou sistema normatiu en matèria d'accés a la informació que podria col·lidir i entrar en contradicció amb la fins ara vigent normativa d'arxius i documents, ocasionant dificultats interpretatives i, el que és pitjor, generant inseguretats jurídiques.

Les següents línies, doncs, es dedicaran a apuntar les reflexions i suggeriments de l'Oficina pel que fa a aquesta qüestió.

Règim d'accés als documents públics

D'entrada, es constata que tant la vigent Llei 10/2001, d'arxius i documents com el text proposat per la Ponència presenten identitat objectiva i subjectiva, en el sentit que

contemplen els mateixos subjectes obligats així com un objecte de regulació (informació pública—documents) de significació pràcticament equivalent²⁹.

Assentat això, és fàcilment constatable que el règim que desenvolupa cada norma només es parcialment coincident, i és en aquests àmbits de coincidència on hem de centrar la nostra atenció.

La Llei 10/2001 dedica el seu Títol IV a “l'accés als documents” i ho fa disciplinant aspectes tals com:

- Reconeixement del dret de totes les persones a accedir a documents públics (art. 34.1)
- Remissió a les limitacions legals d'accés (art. 34.2 i 5)
- Terminis de les exclusions de consulta (art. 36)
- Procediment per exercir el dret d'accés (art. 35). Termini, sentit del silenci, accés parcial, format...

Aquesta regulació, pel que fa al procediment, és incompleta doncs no preveu ni l'òrgan destinatari de les sol·licituds, ni el competent per a resoldre-les, entre d'altres aspectes.

En qualsevol cas, atès que aquests preceptes regulen alguns dels continguts essencials de tot règim d'accés a la informació pública, resulten incompatibles amb la futura llei de transparència i accés a la informació pública i, per aquest motiu, han de ser derogats.

Només en el cas de l'art. 36 el legislador encarregat d'elaborar la futura llei de transparència podria considerar l'oportunitat de mantenir-ne el contingut però detraient-lo de la Llei 10/2001 i portant-lo a la llei de transparència com a restricció de la vigència en l'aplicació de les limitacions al dret d'accés. En tal cas, entenem que el lloc idoni per a la seva incorporació en el text proposat per la Ponència seria l'article 22.2.

Funcions de la Comissió Nacional d'accés, avaluació i tria documental (CNAATD) en matèria d'accés als documents públics

La Llei 10/2001 institueix un òrgan col·legiat de caràcter tècnic (art. 19) al que atribueix funcions en dos àmbits clarament diferenciats: accés a la documentació i avaluació i tria de la documentació.

D'aquestes funcions, la relativa a l'avaluació i tria documental es troba estretament vinculada a la disciplina arxivística i, per tant, té un destacat caràcter tècnic especialitat que, sens perjudici del que més endavant direm, no interfereix en la futura llei de transparència.

²⁹ Pel que fa l'àmbit objectiu, *vid.* Art. 19 Proposició i art. 2.a) Llei 10/2001; en relació amb els subjectiu, *vid.* art. 3 Proposició i art. 6 Llei 10/2001 (també art. 3 Decret 13/2008).

No succeeix el mateix amb la primera de les funcions, atès que constitueix un clar punt de convergència i conflicte que, com s'ha dit, ha de comportar la supressió, en la Llei 10/2001, no només del règim d'accés que s'hi preveu, sinó també d'aquelles funcions que aquesta norma reconeix a la CNAATD en matèria d'accés.

En aquest sentit, passem a analitzar les previsions contingudes en la Llei 10/2001 així com en el reglament que la desenvolupa —aprovat per Decret 13/2008—, en relació amb cada un dels àmbits funcionals esmentats.

a) Accés a documentació (art. 19.2 a) Llei 10/2001).

1. Promoure l'exercici del dret accés als documents. Al respecte val a dir, d'entrada, que ni en la pròpia Llei 10/2001 ni en el Decret 13/2008 no es regula el contingut d'aquesta funció. Tampoc no trobem en el text de la Ponència parlamentària que la funció de promoció de l'accés a la informació sigui atribuïda expressament a la Comissió de transparència³⁰. En qualsevol cas, entenem que no ofereix dubte que una funció com aquesta recaigui en l'organisme independent i especialitzat que hagi de tutelar el dret d'accés en la Llei de transparència.

Suggerim, doncs, la supressió de dita funció de la CNAATD mitjançant la derogació de l'article 19.2 a) Primera i llur incorporació en l'article 40 del text de la Ponència com a una de les funcions de l'òrgan de tutela del dret d'accés.

2. Informe (potestatiu) sobre reclamacions de les persones i de les entitats públiques i privades que considerin vulnerat llur dret d'accés als documents. Tal previsió es troba desenvolupada reglamentàriament per l'article 5 del Decret 13/2008.

La petició d'informe rep un tractament similar al que correspondria a un procés resolutori d'impugnació, però el precepte omet regular, en puritat, el propi procés de la reclamació. En canvi, el text proposat sobre transparència, a l'article 41, sí preveu un règim impugnatori de reclamació com a garantia essencial de la tutela del dret d'accés a la informació pública.

Ara bé, en el marc d'aquest nou procediment resolutori de reclamació, i als efectes merament dialèctics, cabria la possibilitat de plantejar-se mantenir aquest informe facultatiu. Tanmateix, aquesta possible compatibilitat exigiria, d'una banda, incloure el tràmit d'informe en l'article 41 del text de la Ponència, i d'una altra, modificar diversos aspectes dels previstos en aquest art. 5 del Decret 13/2008:

- modificar la regulació relativa a la petició de l'informe, que ha de deixar de ser un dret o facultat dels ciutadans per a passar a configurar-se com un tràmit que pot (o ha de) dur a terme l'òrgan de tutela en matèria de transparència, en el sí del procediment de resolució de la reclamació. En coherència, seria necessari suprimir els apartats 1, 2, 3, 4 i 5 de l'article 5;
- S'hauria de determinar si l'informe ha de ser un tràmit preceptiu o facultatiu;
- en relació amb l'apartat 6 de l'article, caldria reduir dràsticament el termini per emetre l'informe, atès que ha de respectar el termini de 2 mesos que l'article

³⁰ En el comentari a l'art. 40 del text proposat ja vàrem apuntar la necessitat que la llei de transparència relacioni totes les funcions a atribuir a la Comissió de Transparència.

41.8 del text de la ponència concedeix a la Comissió de transparència per a resoldre la reclamació;

- en darrer terme, caldria eliminar el deure de notificació a les persones interessades que s'indica en el mateix apartat 6 i substituir-lo pel corresponent deure de comunicació a la Comissió de transparència, que va sol·licitar l'informe.

Amb caràcter alternatiu a l'anterior hipòtesi, el legislador també es podria plantejar donar entrada en l'òrgan de tutela del dret d'accés a la informació d'una persona designada per la CNAATD amb la finalitat de reforçar el criteri tècnic en matèria arxivística en les decisions a prendre en el si d'aquell òrgan de tutela. Tal possibilitat suposaria, d'una banda, ampliar el nombre de membres de l'òrgan de tutela del dret d'accés mitjançant la modificació de l'article 40 del text de la Ponència, i d'una altra, suprimir els articles 19.2 a) Segona de la Llei 10/2001 i 5 del Decret 13/2008.

3. Informe (preceptiu) sobre derogacions singulars de la normativa sobre accés als documents (art. 34.3 Llei 10/2001 i art. 6 Decret 13/2008).

Cal preguntar-se si l'informe de la CNAATD seguiria sent viable un cop entri en vigor la llei de transparència. Aquesta norma, en la mesura que preveurà un llistat tancat de limitacions o excepcions al dret d'accés, impossibilita la presa en consideració d'altres interessos diferents als protegits per les limitacions legalment taxades la qual cosa contravindria obertament l'esperit de la futura llei de transparència.

Aquest argument, per si sol, és de prou entitat per descartar aquesta funció d'informe de la CNAATD, resultant superflu entrar en la consideració d'altres inconvenients com serien la incompatibilitat entre els terminis per resoldre la sol·licitud d'accés i el d'emissió de l'informe (tots dos tenen previst un termini d'un mes), o el relatiu a l'atribució en exclusiva de la funció de ponderació dels interessos en joc, per part del text proposat per la Ponència, a favor dels òrgans competents per resoldre la sol·licitud d'accés.

Com a conclusió, suggerim la derogació dels articles 19.2 a) Tercera i 34.3 de la Llei 10/2001, així com l'article 6 del Decret 13/2008.

4. Funcions pseudoregulatories (art. 34.4 Llei 10/2001 i art. 4 Decret 13/2008)

Es distingeixen dues funcions:

a) "establir criteris sobre l'aplicació de la normativa que regeix l'accés als documents públics". L'art. 4.1 Decret 13/2008 afegeix que els criteris es publiquen al DOGC a través d'una ordre del conseller/a competent en matèria de cultura.

b) "fer constar el règim aplicable als documents que s'hagin de conservar", "[e]n resoldre les sol·licituds d'avaluació de documents públics". El mateix es preveu a l'art. 4.2 del Decret 13/2008.

Pel que fa a la primera funció, sembla improcedent que la CNAATD pugui limitar, condicionar o regular l'exercici del dret d'accés a informació pública a través de criteris,

per molt que puguin ser entesos aquests com a mers paràmetres orientatius o d'interpretació.

En relació amb la segona de les funcions, no és acceptable que una resolució d'avaluació pugui determinar el règim jurídic aplicable a l'accés a documents avaluats (i que s'ha decidit conservar com a conseqüència de l'avaluació).

Per tant, ambdues funcions pseudoregulatòries, en la mesura que poden determinar i condicionar l'exercici del dret d'accés a informació pública, més enllà del que preveu la proposta de llei de transparència, contravenen el principi de seguretat jurídica i el propi esperit d'aquesta nova iniciativa legislativa: regular el règim d'accés a la informació pública.

D'acord amb l'exposat, es proposa la derogació dels articles 19.2 a) Quarta i 34.4 de la Llei 10/2001, i els articles 4 i l'incís final del 10.1 del Decret 13/2008.

b) *Avaluació i tria documental (art. 19.2 b) Llei 10/2001 i art. 8 Decret 13/2008)*

El règim legal en matèria d'arxius i documents, encomana a la CNAATD rellevants atribucions en matèria d'avaluació documental, entenent per aquesta, la funció destinada a determinar el valor cultural, informatiu o jurídic dels documents per tal de decidir-ne sobre la conservació o eliminació.

Dues són les atribucions, en funció dels procediments per a l'avaluació documental: 1. Elaborar les taules d'avaluació. Aquest procediment d'avaluació es regula a l'article 10 del Decret 13/2008; 2. Resoldre de les sol·licituds d'avaluació. Aquest procediment d'avaluació es regula a l'article 9 del decret 13/2008.

Cap d'aquestes funcions, atès el seu caràcter eminentment tècnic arxivístic, no té virtualitat per interferir en la futura llei sobre transparència i accés a la informació pública per la qual cosa res no tenim a objectar respecte del seu manteniment.

Sí cal, però, fer una precisió, d'acord amb el que s'ha dit més amunt (funcions pseudoreguladores): l'avaluació documental no pot portar aparellades atribucions susceptibles de condicionar el règim d'accés, com ara l'establiment de criteris o determinació del règim jurídic aplicable.

En conseqüència, es proposa la modificació del Decret 13/2008 en el següent sentit:

De l'article 9, caldria eliminar les referències al terme "accés" (les sol·licituds i resolucions han de ser-ho tan sols "d'avaluació", no d' "accés"). També cal eliminar la referència a què en les resolucions es faci "constar el règim aplicable" a l'accés, mantenint tan sols la facultat d' "avaluar" els documents públics.

De l'article 10, també caldria suprimir les referències al terme "accés" (les taules han de ser-ho tan sols "d'avaluació", no d' "accés"). També s'ha d'eliminar la referència a què les taules "determinen [...] els criteris sobre l'aplicació de la

normativa que regeix l'accés als documents", mantenint tan sols el contingut propi consistent en determinar "el termini de conservació".

Per les mateixes raons, les al·lusions a l' "accés" en l'article 11 han de ser igualment suprimides.

Barcelona, 24 de desembre de 2013

Òscar Roca Safont
Cap d'Àrea de legislació
i assumptes jurídics