

Expediente Núm. 131/2014
Dictamen Núm. 99/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de mayo de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de abril de 2014 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la consulta facultativa realizada por el Presidente del Principado de Asturias, a solicitud de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, sobre el carácter público o reservado del Informe Final y Recomendaciones elaborados por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude en relación con la ampliación del Puerto de Gijón-Musel, y sobre el alcance de su cláusula de privacidad; documentación remitida a la citada Consejera por la Administración del Estado, destinataria de la misma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. La solicitud de dictamen

El Presidente del Principado de Asturias, mediante escrito de 25 de abril de 2014, y a la vista “de las Recomendaciones e Informe Final emitido por la

European Anti-Fraud Office (OLAF) en relación con el proyecto de ampliación del Puerto de Gijón, financiado por el Fondo de Cohesión y remitido con fecha 24 de abril de 2014 por Puertos del Estado, dependiente del Ministerio de Fomento”, solicita dictamen facultativo a este Consejo Consultivo sobre las siguientes cuestiones: “a) Posibilidad de entregar copia de la documentación recibida, ante la eventualidad de que personas físicas o jurídicas lo soliciten, incluidas Administraciones u otras instituciones públicas como por ejemplo la Junta General del Principado de Asturias./ b) Posibilidad de difundir la información y datos contenidos en la documentación, o de hacer valoraciones de los mismos desde el Principado de Asturias, tanto a la ciudadanía en general como en sede parlamentaria en particular”.

La petición se efectúa a instancia de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 17 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo (en adelante Ley del Consejo), modificada por la Ley 2/2005, de 20 de mayo, y en relación con el artículo 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio (en adelante Reglamento de Organización y Funcionamiento).

Acompaña a la solicitud de dictamen, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, la documentación correspondiente a la consulta planteada, integrada por: a) Carta dirigida el día 7 de abril de 2014 por la Consejera al Ministerio de Fomento en la que solicita copia del Informe de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (en adelante OLAF), refiriendo la expectativa frustrada de que el documento le fuera comunicado, en su condición de miembro del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, con ocasión de una reunión “con los representantes de la Autoridad Portuaria”, y en la que pone de manifiesto el “interés legítimo del Gobierno de Asturias en disponer del informe” y la “voluntad de leal cooperación con el Gobierno de España”. b) Oficio de remisión del referido Informe, con fecha de entrada en la Consejería el 24 de

abril de 2014, rubricado el día 22 por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado, “una vez recabado el parecer de la Abogacía General del Estado”, y al que se adjunta copia del oficio, fechado en Bruselas el 27 de febrero de 2014, por el que el Director General de la OLAF remite “Recomendaciones e Informe Final” a la Subdirección General del Fondo de Cohesión y de Cooperación Territorial Europea del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En el oficio citado se indica que “con fecha 2 de diciembre de 2010 la OLAF abrió una investigación relativa al proyecto de ampliación del Puerto de Gijón financiado por el Fondo de Cohesión. Le informo igualmente que OLAF ha finalizado su investigación respecto a dicho proyecto (...). De acuerdo con el artículo 11 del Reglamento (UE, Euratom) N.º 883/2013, le envío las Recomendaciones a llevar a cabo como consecuencia de la investigación realizada junto con el Informe Final del caso (...). Le ruego preste atención a la declaración de privacidad que figura al pie de este escrito”. En tal declaración se indica que “la transmisión de datos personales entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de datos personales por las Instituciones comunitarias. Por consiguiente, en tanto que responsable de los datos personales transmitidos por la presente, le incumbe asegurarse de que se utilicen solo para la finalidad para la que son transmitidas. El tratamiento incompatible con dichos fines como, por ejemplo, transmitirlos a otro destinatario cuando no sea necesario o requerido legalmente por razones importantes de interés público, es contrario a las condiciones para las que estos datos le han sido transmitidos. Por otra parte, con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la Directiva 95/46, como responsable de los datos personales en cuestión le incumbe garantizar que se cumplan todas las obligaciones”. Como anexos a este oficio se acompañan la “Recomendación de actuación a seguir tras una investigación de la OLAF” y el Informe Final. En el primer documento se extractan las Recomendaciones; se interesa que se informe a la OLAF “de toda actuación o decisión tomada como resultado de la presente Recomendación”, a efectos del seguimiento de los

resultados de las Recomendaciones, y se advierte de que “las Recomendaciones de OLAF relativas a la presente investigación son también enviadas a las siguientes autoridades:/ Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea./ ‘Dirección General de Fondos Comunitarios’ del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. El escrito llama la atención de nuevo sobre la “declaración relativa a la transmisión de datos personales” que se incluye al pie del escrito, idéntica a la ya transcrita. c) Informe de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, fechado el 25 de abril de 2014, en el que señala que estamos ante una “documentación cuyo destinatario no es la Administración del Principado de Asturias, que contiene datos (...) afectados por principios de confidencialidad y que no puede considerarse un expediente cerrado”, por lo que se estima imprescindible, “a fin de proceder con las adecuadas garantías legales, amparados por la necesaria seguridad jurídica que debe avalar las actuaciones del Principado de Asturias, recabar opinión autorizada sobre el alcance que tales declaraciones de confidencialidad conllevan”.

El expediente incluye asimismo un extracto de Secretaría y un índice de documentos.

2. Naturaleza del dictamen

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite el presente dictamen facultativo según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley del Consejo, en relación con el artículo 20 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, recabado por el Presidente del Principado de Asturias a solicitud de un miembro del Consejo de Gobierno, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En los términos de lo establecido en el artículo 14 de la Ley del Consejo, la consulta facultativa puede recabarse “sobre cualesquiera otros asuntos no incluidos en el artículo 13, cuando por su especial trascendencia o repercusión

el órgano consultante lo estime conveniente". En el expediente quedan debidamente fundamentados estos extremos.

La consulta se acompaña de la documentación que exige la Ley del Consejo, sin bien no se ha documentado en el expediente la iniciativa de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente a la que hace referencia el escrito de solicitud del dictamen.

El dictamen se emite en los términos con los que el artículo 3, apartado 2, de la Ley del Consejo delimita el ejercicio de la función consultiva por parte de este órgano auxiliar estatutario: fundamentado en derecho y sin valorar aspectos de oportunidad o conveniencia, criterios que solo puede tomar en consideración si se lo solicita expresamente la autoridad consultante.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Objeto de la consulta

La consulta versa, en síntesis, sobre el régimen jurídico al que debe sujetarse el tratamiento de la información contenida en el Informe Final y Recomendaciones de la OLAF correspondientes a la investigación relativa a la ejecución del proyecto de ampliación del Puerto de Gijón-Musel, cofinanciado por el Fondo de Cohesión, y sobre la posibilidad de difundir esos documentos total o parcialmente.

Se trata de la documentación que culmina la investigación de la OLAF abierta el 2 de diciembre de 2010, inclusiva de Recomendaciones, y que se trasladó por su Director General a la Comisión Europea (Dirección General de Política Regional) en fecha que no consta, y el día 27 de febrero de 2014 (registro de salida de 5 de marzo) a las autoridades nacionales españolas, en concreto a la Subdirección General del Fondo de Cohesión y de Cooperación Territorial Europea, dependiente de la Dirección General de Fondos Comunitarios, incardinada en la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos

del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La documentación se registró de entrada en esa dependencia el día 24 de marzo. Los oficios de remisión incluyen cláusulas de confidencialidad a fin de que los datos objeto de cesión "se utilicen sólo para la finalidad para la que son transmitidos".

Desde el día 24 de abril de 2014 esta documentación (a la vista del expediente remitido a este Consejo, quizás incompleta, ya que no se adjunta copia de determinados discos compactos) obra en poder de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Principado de Asturias, a quien se la transmitió el Presidente de Puertos del Estado, tras recabar el parecer de la Abogacía General del Estado. La documentación la había solicitado la Consejera a la Ministra de Fomento mediante misiva remitida el día 7 del mismo mes, en la que invocaba su condición de miembro del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón y "el interés legítimo del Gobierno de Asturias".

Se consulta, en suma, el régimen de publicidad de un Informe Final con Recomendaciones emanado de un servicio de la Comisión Europea dotado de autonomía funcional; documento que se integra en un procedimiento destinado esencialmente a salvaguardar los intereses financieros de la Unión Europea y que se traslada a las autoridades nacionales en virtud de lo dispuesto en la normativa comunitaria.

Hay que advertir, no obstante, que la declaración de privacidad de los datos personales con que se efectúa la transmisión constituye una regla jurídica dissociable del régimen de publicidad de los documentos, ya sea esta total parcial o nula, pues rige de modo autónomo, imponiendo un límite que las instituciones públicas deben garantizar en cualquier caso.

SEGUNDA.- Las recomendaciones de la OLAF

La OLAF, tras concluir su investigación, recomienda a la Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea que adopte las medidas necesarias para asegurar la recuperación de una determinada cantidad de fondos financieros, "a efectos de evitar cualquier perjuicio al presupuesto de la

UE”, y a las autoridades nacionales que revoquen “todos los importes declarados subvencionables por el beneficiario (Autoridad portuaria de Gijón)” y que “procedan a la recuperación de la cantidad total ya pagada por el Fondo de Cohesión”. Asimismo, incluye en la Recomendación la siguiente observación: “las conclusiones obtenidas de las actividades de investigación indican que hay motivos para pensar que se hayan cometido delitos que pueden afectar a los intereses financieros o de otra índole de la Unión Europea”.

El Consejo Consultivo no tiene certeza de las actuaciones que, a la vista de estas recomendaciones, ha emprendido la Institución de la Unión Europea, aunque hay indicios de que la Comisión Europea ha incoado el procedimiento legal para recuperar, o paralizar el pago, de las ayudas concedidas. Tampoco conoce qué medidas ha adoptado la Administración del Estado, destinataria de las Recomendaciones y titular exclusivo de la competencia que ejerce la entidad investigada (al margen de que también lo hayan sido determinados particulares), salvo que se ha puesto el documento en conocimiento del Fiscal General del Estado.

TERCERA.- Naturaleza de la OLAF y de sus informes y recomendaciones

La OLAF es un organismo creado en 1999 por Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom, de la Comisión, de 28 de abril de 1999, en sustitución del entonces denominado “Grupo operativo de coordinación de la lucha contra el fraude”.

La OLAF ejerce las competencias de la Comisión en materia de investigaciones administrativas externas (controles y verificaciones *in situ* en los Estados miembros y, de conformidad con los acuerdos de cooperación y de asistencia mutua vigentes y cualquier otro instrumento jurídico en vigor, en terceros países y en los locales de organizaciones internacionales) con el fin de reforzar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión, así como a

efectos de la lucha contra el fraude referente a cualquier otro hecho o actividad por parte de operadores que constituya una infracción de las disposiciones de la Unión (artículo 2 de la Decisión 1999/352/CE).

En relación con las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, la OLAF se encarga de efectuar investigaciones administrativas internas cuya finalidad es: a) luchar contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión; b) indagar los hechos graves, ligados al desempeño de actividades profesionales, potencialmente constitutivos de un incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios y agentes de la Unión, que puedan dar lugar a diligencias disciplinarias y, en su caso, penales o un incumplimiento de las obligaciones análogas de los miembros de las instituciones y órganos, de los directivos de los organismos o de los miembros del personal de las instituciones, órganos y organismos no sometidos al Estatuto de los funcionarios de la Unión o al régimen aplicable a otros agentes de las mismas.

La OLAF ejerce sus competencias de investigación con total independencia.

En la realización de esas investigaciones, la OLAF recibe y recopila información sobre posibles fraudes e irregularidades de diversas fuentes, que pueden ser públicas o privadas. En este cometido, a petición de la OLAF o por propia iniciativa, tanto los Estados miembros como las instituciones y órganos de la Unión le transmiten documentación e información que puede estar sujeta a reserva, demandando así la protección adecuada por parte de la OLAF.

La función investigadora de la OLAF es controlada periódicamente por un Comité de Vigilancia integrado por cinco expertos independientes, nombrados por común acuerdo del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión por un periodo de tres años, renovable una sola vez. Las relaciones entre la OLAF y el Comité de Vigilancia, incluidas las reglas de acceso -limitado- del Comité a los datos concretos de los informes del organismo investigador han sido objeto de unos *Working Arrangements between OLAF and the Supervisory Committee*, firmados en Bruselas el 14 de enero

de 2014 (accesible en la página web del Parlamento de Austria, http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXV/EU/02/05/EU_20595/imfname_10456564.pdf). Según este *modus vivendi*, el acceso a la información sobre un caso particular se reserva a los miembros autorizados y se contrae a los extremos necesarios -tasados en el acuerdo- que se trasladan a una base de datos, y el acceso directo o completo al expediente se configura como excepcional (artículos 11 y 15). Asimismo, los dictámenes del Comité de Vigilancia se sujetan a reglas de confidencialidad en cuanto podrían revelar indebida o anticipadamente contenidos sensibles objeto de procedimientos en curso. En el informe de actividad del Comité de Vigilancia de 17 de abril de 2013, correspondiente al ejercicio de 2012, se advierte expresamente que, requerido el Comité de Vigilancia para presentar sus conclusiones sobre un caso concreto, no puede desentenderse de los tiempos o los procedimientos que traen causa del informe de la OLAF, por lo que se limitó el Comité a informar de que había emitido un dictamen y lo había enviado a la Dirección General de la OLAF, toda vez que, “habida cuenta de las obligaciones legales impuestas (entonces) por el artículo 8 del Reglamento (CE) n.º 1073/1999 de respetar la confidencialidad de la investigación (...), no se encontraba en condiciones de presentar su dictamen o sus conclusiones (...) en aquella fase, pues habría revelado elementos de un caso de la OLAF sujeto a procedimiento judicial en un Estado miembro”.

La actividad investigadora interna y externa de la OLAF se sujeta a los procedimientos regulados en el Reglamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1073/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (Euratom) n.º 1074/1999, del Consejo (en adelante Reglamento de investigación).

Con arreglo al artículo 10 del Reglamento de investigación, los datos comunicados u obtenidos en el transcurso de investigaciones externas, cualquiera que sea la forma en que se presenten, están protegidos por las

disposiciones pertinentes y amparados por el secreto profesional y la protección que les conceden las disposiciones aplicables a las instituciones de la Unión. Las instituciones, órganos u organismos de que se trate garantizarán el respeto de la confidencialidad de las investigaciones efectuadas por la OLAF, de los derechos legítimos de las personas afectadas y, en caso de existir procedimientos judiciales, de toda la normativa nacional aplicable a dichos procedimientos.

Al concluir una investigación, la OLAF redacta un informe que da cuenta de la base jurídica de la investigación, las fases procedimentales seguidas, los hechos probados y su calificación jurídica preliminar, la incidencia financiera estimada de los hechos probados, el respeto de las garantías procedimentales y las conclusiones de la investigación. El informe se acompaña de recomendaciones sobre si es preciso o no tomar medidas. Dichas recomendaciones, según proceda, indican toda medida disciplinaria, administrativa, financiera o judicial de las instituciones, órganos y organismos y de las autoridades competentes de los Estados miembros de que se trate y especifican en concreto las cantidades estimadas que se deben recuperar, así como la calificación jurídica preliminar de los hechos probados (artículo 11 del Reglamento de investigación).

Los informes de la OLAF que contienen recomendaciones dirigidas a las autoridades nacionales se trasladan a estas con el informe final.

Los informes y recomendaciones de la OLAF se redactan teniendo en cuenta el Derecho nacional del Estado miembro interesado. Los informes así elaborados constituyen elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores de las Administraciones nacionales. Estarán sujetos a los mismos criterios de apreciación que se apliquen a los informes administrativos de los inspectores de las Administraciones nacionales y tendrán el mismo valor probatorio que aquellos.

Son prueba en los procedimientos administrativos o penales abiertos por las autoridades nacionales (artículo 11.2 del Reglamento de investigación).

En definitiva, no existe una diferencia sustancial entre los informes de la OLAF y los propios de la labor inspectora interna. Lo que ocurre es que, careciendo la OLAF de la capacidad de perseguir o llevar los casos de fraude ante los Tribunales -y en tanto no se instituya una Fiscalía Europea que entable directamente acciones en cualquier Estado miembro-, corresponde a las autoridades competentes de los Estados miembros (o, en su caso, a las instituciones, órganos y organismos de la UE) decidir el curso que ha de darse a las investigaciones concluidas, basándose para ello, entre otros, en el informe de investigación final elaborado por el organismo investigador comunitario.

En efecto, tal como se recoge en el Considerando 35 del Reglamento de investigación, "Para lograr una cooperación fructífera entre la Oficina, las instituciones, órganos u organismos pertinentes de la Unión, las autoridades competentes de los Estados miembros, las autoridades competentes de terceros países y las organizaciones internacionales, es necesario organizar un intercambio recíproco de información. Este intercambio debe respetar los principios de confidencialidad y las normas sobre protección de datos establecidas en el Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. En particular, la Oficina debe comprobar que el receptor disponga de la competencia adecuada y que la transmisión de información sea necesaria".

En el Considerando 23 se puntualiza, en el mismo sentido, que "deben respetarse las garantías procedimentales y los derechos fundamentales de las personas afectadas y de los testigos sin discriminación, en todo momento y en todas las fases", por lo que la comunicación de información "debe efectuarse respetando la confidencialidad de las investigaciones, los derechos legítimos de las personas afectadas y, en su caso, las disposiciones nacionales aplicables

a los procedimientos judiciales”, añadiéndose que “la información transmitida u obtenida durante las investigaciones debe tratarse de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de protección de datos. El intercambio de información debe regirse por los principios de proporcionalidad y de ‘necesidad de conocer’”.

Merece así precisarse que la publicidad de los informes se sujeta a una doble barrera, a dos limitaciones de distinta naturaleza y alcance. Por un lado, la derivada de la reserva o confidencialidad de las investigaciones, tutelada en el Reglamento de investigación y a través de las excepciones al derecho de acceso a la información pública, a lo que debe añadirse, a la luz del artículo 10.3 del citado Reglamento, que asistimos también a una suerte de incorporación de los ordenamientos nacionales a la actividad de la OLAF en materia de confidencialidad de las investigaciones “en caso de existir procedimientos judiciales”, garantizándose entonces el respeto a “toda la normativa nacional aplicable a dichos procedimientos” con el fin de no frustrar su finalidad. Por otro, la impuesta por el ordenamiento aplicable en materia de protección de datos personales: el Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de datos personales por las instituciones comunitarias, y legislación adoptada en cumplimiento de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A estas dos normas se refiere expresamente la cláusula de confidencialidad que se incorpora a los oficios de remisión de la documentación por la OLAF, sin perjuicio de que resulten aplicables con independencia de su invocación en salvaguarda de los datos protegidos objeto de tratamiento, ya sea por sujetos públicos o privados. Los derechos de los particulares en este ámbito no impiden la comunicación del documento mismo al que sus datos personales se incorporan -siempre que pueda procederse a su disociación o cribado, de modo que las personas afectadas no resulten identificables-, y gozan de una tutela específica a través de la reclamación

ante el Supervisor Europeo de Protección de Datos, la autoridad independiente designada por los Estados miembros en el supuesto de que el responsable del tratamiento sea un órgano interno y la posterior vía jurisdiccional.

Estas disposiciones engarzan con el principio de cooperación leal que consagra el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, a cuyo tenor, “la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados./ Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión./ Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

Como desarrollo de este principio nuclear, en el específico ámbito de la lucha contra el fraude y la defensa de los intereses financieros de la Unión, el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que “La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión (...). Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros (...). Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes”.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que “el curso que las autoridades nacionales dan a las informaciones que les han sido remitidas por la OLAF es responsabilidad única y exclusiva de dichas autoridades, con

arreglo a lo establecido en el artículo 10 CE (artículo que en la versión del Tratado entonces vigente enunciaba el principio de cooperación leal). Corresponde a estas autoridades comprobar por sí mismas si dichas informaciones justifican o exigen que se entable un procedimiento penal” -Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2005, *Hans-Martin Tillack contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-521/04 P(R)-.

CUARTA.- Derecho de acceso a la información pública en la Unión Europea

El derecho de acceso a la información pública se configura en las sociedades democráticas como un instrumento que permite hacer efectivos los principios de buena administración, transparencia y de control de las Administraciones públicas, facilitando la participación del ciudadano en la gestión de los asuntos públicos y en los procesos decisorios de las instituciones. No se trata, sin embargo, de un derecho ilimitado, ya que su ejercicio implica con frecuencia un conflicto de derechos que debe resolverse tras una ponderación adecuada, aunque teniendo presente que el acceso a la información constituye la regla, y sus límites excepciones que deben interpretarse restrictivamente. El conflicto más recurrente, aunque no el único posible, se produce con el derecho a la protección de la intimidad de las personas, que garantiza al ciudadano el control sobre el tratamiento, uso y comunicación de sus datos personales.

En el ámbito de la Unión Europea, una de las manifestaciones de los principios de buena administración y transparencia es el derecho a acceder a los documentos de las instituciones, regulado en los artículos 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 42 y 41.2, segundo guión, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y desarrollado en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del

Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (en adelante Reglamento de acceso a documentos).

Conviene con carácter preliminar subrayar dos notas de este régimen: la primera es que el derecho de acceso, vinculado al carácter democrático de las instituciones europeas, se concibe como regla, debiendo interpretarse restrictivamente las excepciones (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 26 de enero de 2010, *Internationaler Hilfsfonds contra la Comisión Europea*, asunto C-362/08 P), y la segunda que se trata de un derecho que goza de tutela administrativa y judicial.

En lo que atañe a esa tutela, el Reglamento de acceso a documentos regula la tramitación de las solicitudes, mediante un procedimiento ágil (15 días para resolver, con silencio negativo), y la posibilidad de formular recurso contra esta decisión o acudir en queja al Defensor del Pueblo Europeo.

En lo que afecta al régimen de excepciones, el artículo 4 del mismo Reglamento contempla -al lado de las excepciones al acceso referidas a la seguridad pública, la defensa, las relaciones internacionales, la política económica y la intimidad de la persona- la posibilidad de denegar el acceso a un documento "cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de (...) los procedimientos judiciales y el asesoramiento jurídico (o) el objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría, salvo que su divulgación revista un interés público superior" (apartado 2). En el apartado siguiente se establece que 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 perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior" (apartado 3). Merece puntualizarse aquí que no constituye *per se* una excepción al acceso al documento la circunstancia de que este contenga datos protegidos, pues el conflicto entre el derecho de acceso y el de protección de datos personales ha de resolverse -en cuanto sea posible- preservando el anonimato de las personas afectadas mediante la disociación o cribado de

aquellos datos que las harían identificables, sin que ello cierre necesariamente la comunicación del documento mismo una vez ocultos esos extremos.

En torno a la operatividad del derecho de acceso, debe repararse en que el Reglamento -al igual que el derecho mismo- es de aplicación a todos los documentos que obren en poder de una institución; es decir, tanto a los documentos por ella elaborados como a los que reciba y que estén en su posesión (artículo 2, apartado 3), si bien no puede desconocerse el principio de cooperación leal. En el Considerando 15 del Reglamento se explicita que “Aunque el presente Reglamento no tiene por objeto ni como efecto modificar las legislaciones nacionales en materia de acceso a los documentos, resulta no obstante evidente que, en virtud del principio de cooperación leal que preside las relaciones entre las instituciones y los Estados miembros, estos últimos deben velar por no obstaculizar la correcta aplicación del presente Reglamento y deben respetar las normas de seguridad de las instituciones”.

Específicamente, en el artículo 5 del Reglamento se establece que “Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento./ Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”.

De nuevo asistimos a una suerte de incorporación o toma en consideración de un ordenamiento en apariencia ajeno al procedimiento que se ventila, toda vez que, cursada una solicitud en el marco del derecho interno, ha de tomarse en consideración para su resolución el Derecho de la Unión Europea en cuanto se refiera a una documentación de este origen. La precaución es eminentemente finalista, pues tal como se proclama en el Considerando mencionado se trata de “no obstaculizar la correcta aplicación del presente Reglamento”.

Así, enfrentándonos a documentos originarios de otras Administraciones o instituciones o cedidos por ellas, cabe, a la luz de lo reseñado, sentar dos reglas generales: que lo que se cede -en consonancia con la mecánica que rige en materia de protección de datos personales- es el documento para una específica finalidad y no la soberanía o decisión autónoma sobre su confidencialidad, pues pueden existir deberes de reserva expresos o implícitos; y que la difusión de la información por el cesionario, en sustitución del cedente, está presidida por el deber de cooperación leal, que impone considerar el régimen del autor del documento y no frustrar sus finalidades.

QUINTA.- La OLAF y el derecho de acceso a sus documentos

Como el resto de las Instituciones y organismos de la Unión, la OLAF está sujeta al régimen enunciado y, en este marco, decide el régimen de publicidad y difusión de sus informes. Tal como se recoge en el Considerando 27 del Reglamento de investigación, compete al Director General velar por la protección de los datos de carácter personal y el respeto de la confidencialidad de la información recogida en las investigaciones. De ordinario, los informes son reservados y su objeto, contenido, conclusiones y, en su caso, recomendaciones no son de conocimiento público, salvo la información que suministren las Memorias anuales o la propia OLAF en casos concretos, con respeto a los principios de neutralidad y objetividad.

El equilibrio entre la “necesidad de conocer”, la exigencia de una prudente difusión del contenido de las investigaciones, la pretensión de la Comisión y de la OLAF de preservar la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoría y la garantía de los derechos de defensa y de presunción de inocencia de quienes pueden verse afectados por la investigación, y que están legitimados para reclamar la responsabilidad patrimonial derivada de los daños causados por una difusión ilegítima de datos que les afectan, ha dado lugar a sutiles pronunciamientos del Tribunal de Justicia en sus diferentes grados de jurisdicción (entre otras, Sentencias del Tribunal de Primera Instancia -Sala Tercera- de 6 de julio de

2006, *Yves Franchet y Daniel Byk contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados T-391/03 y T-70/04, y de 8 de julio de 2008, *Yves Franchet y Daniel Byk contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-48/05; o Sentencias del Tribunal de la Función Pública -Sala Tercera- de 2 de mayo de 2007, *Jean-Louis Giraudy*, asunto F-23/05, y -Sala Primera- de 28 de abril de 2009, *Antonello Violetti y otros*, asuntos acumulados F-5/05 y F-7/05). Pero, al igual que la quiebra de la privacidad puede generar una responsabilidad patrimonial exigible ante las instituciones europeas -en cuanto el daño sea imputable a las mismas-, no podemos desconocer que esa responsabilidad les sería ajena -y pesaría directa y exclusivamente sobre los sujetos que entregan o difunden la documentación- cuando los órganos o instituciones de un Estado que acceden a ella bajo un deber de reserva ignoran el cauce del artículo 5 del Reglamento de investigación y lesionan derechos o intereses protegidos por el ordenamiento interno sin antes haber recabado el parecer de la institución comunitaria autora del documento o se apartan sin motivación razonable de su criterio.

SEXTA.- Naturaleza del ente objeto de la investigación de la OLAF

La OLAF sometió a investigación la adecuación al ordenamiento de la Unión Europea de la actividad contractual -fundamentalmente en la fase preparatoria y de ejecución del contrato- de la Autoridad Portuaria de Gijón relacionada con el proyecto de ampliación del Puerto Gijón-Musel, en la medida en que era cofinanciado por el Fondo de Cohesión, y la conducta de la empresa adjudicataria durante la ejecución del contrato.

Gijón-Musel es un puerto de interés general integrado en el Sistema Portuario Español, de titularidad estatal, y gestionado por organismos estatales.

De conformidad con el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, tanto el Organismo Público Puertos del Estado como las Autoridades Portuarias se configuran como entes de derecho público de los

previstos en el artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, adscritos al Ministerio de Fomento, con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, sujetándose al ordenamiento jurídico privado, excepto en el ejercicio de funciones públicas que tuviesen atribuidas (artículos 16 y 24).

Por lo que se refiere a su régimen de contratación, habrá de estarse a lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (bajo cuya disposición adicional segunda, apartado 10, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias tienen la consideración de entidad contratante a los efectos establecidos en el artículo 3 de dicha norma legal); en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (a cuyos efectos, su disposición adicional vigésima segunda equipara Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias a una entidad pública empresarial), y en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

Según el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, los "órganos de las Autoridades Portuarias son los siguientes: / a) De gobierno: Consejo de Administración y Presidente. / b) De gestión: Director. / c) De asistencia: Consejo de Navegación y Puerto".

Al Consejo de Administración incumbe "regir y administrar el puerto" (artículo 30), y al Presidente corresponden, entre otras funciones, "representar (...) a la Autoridad Portuaria y a su Consejo de Administración en cualesquiera actos y contratos" y velar por el cumplimiento, por la Autoridad Portuaria, de las leyes y de los acuerdos del Consejo de Administración (artículo 31). Con arreglo al artículo 3 de la Orden FOM/4003/2008, son "órganos de contratación el Presidente de Puertos del Estado y los Presidentes de las Autoridades Portuarias, en el ámbito de sus respectivas competencias (...). La competencia de estos órganos se entiende sin perjuicio de las facultades que

al Consejo Rector de Puertos del Estado y a los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias” se reconocen en la ley; entre ellas, las de “Aprobar aquellos acuerdos, pactos, convenios y contratos que el propio Consejo determine que han de ser de su competencia, en razón de su importancia o materia” -artículo 29.5, letra ñ), del Texto Refundido-. La Orden añade que el “Consejo Rector y los Consejos de Administración, según los casos, deberán ser regularmente informados de los actos procedimentales relativos a los contratos de especial relevancia”.

Por su parte, el artículo 58 de Texto Refundido se ocupa de la realización de nuevas obras de infraestructura y la ampliación de los puertos estatales existentes, lo que “exigirá la redacción y aprobación del correspondiente proyecto y estudios complementarios por la Autoridad Portuaria competente o, en su caso, por Puertos del Estado”, puntualizándose, asimismo, que las “obras de relleno en el dominio público portuario requerirán autorización de la Autoridad Portuaria”.

Restringidos a la competencia de la Autoridad Portuaria los extremos investigados por la OLAF, cabe reparar en que la legislación estatal habilita la participación de diversas Administraciones y entidades en los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias. Así, dispone que el Presidente de la entidad “será designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma” (artículo 31 del Texto Refundido), y que “entre 10 y 13” vocales del Consejo de Administración serán también designados por las Comunidades Autónomas dentro de los criterios de representación recogidos en el artículo 30.2 del Texto Refundido, que reserva tres vocalías a la Administración del Estado, una representación a los municipios en que radique el puerto y otra a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, organizaciones empresariales y sindicales y sectores económicos relevantes en el ámbito portuario.

En este marco, en el Principado de Asturias, el Decreto 42/2012, de 10 de mayo, por el que se establece la Composición de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias de Gijón y de Avilés, fija un

número de trece vocales, observándose que, con la salvedad de los cuatro representantes de la Comunidad Autónoma, el Consejo de Gobierno nombra a los vocales en razón de las correspondientes propuestas de las entidades y los organismos afectados, que habrán de designar previamente a sus representantes.

SÉPTIMA.- La pluralidad de intereses en presencia en relación con la documentación objeto de la consulta

En la “necesidad de conocer” (o, desde perspectivas contrapuestas, de restringir la difusión), en el uso y manejo de una documentación de esta naturaleza, concurren múltiples intereses que, en la medida en que son cualitativamente distintos y aun contrarios, no coexisten necesariamente de modo armónico.

En este sentido, cabe establecer la siguiente tipología de intereses:

- Directo, el ligado a la responsabilidad de fondo o inmediata sobre la actividad objeto de la investigación, o a las actuaciones que deben iniciarse a sus resultas. Este tipo de interés concurre en la entidad investigada -beneficiaria de la subvención comunitaria- y en las autoridades nacionales destinatarias de la documentación -entidades a las que se dirigen las Recomendaciones y que están llamadas a decidir el curso que ha de darse a las investigaciones concluidas con base en el informe elaborado por la OLAF-. También ostentan un interés directo los particulares afectados por la información, así como los informantes y testigos, que pueden pretender tanto la difusión como, por el contrario, la reserva o confidencialidad de la documentación.

- Indirectos, que serían los predicables de otras personas o entidades que, por su conexión tangencial con los responsables de los órganos investigados, por gozar de alguna forma de representación en los mismos o por ser titulares de competencias sobre ámbitos que puedan verse indirectamente perjudicados por las resultas de la investigación, pudieran, con base en el Informe, adoptar decisiones de orden político ajenas al curso legal

que emana de las Recomendaciones. Incumben estos intereses, a la vista de la incidencia de la infraestructura portuaria en el conjunto de la economía regional, a los responsables de otras políticas sobre el territorio, o a los llamados a su impulso, orientación o control, en cuanto que careciendo de competencias específicas sobre la ordenación del puerto sí las ostentan sobre esferas o sectores interdependientes o conexos.

- Genéricos o difusos, residentes estos en toda persona física o jurídica, por el mero interés que se presume en conocer las actuaciones o la comisión de irregularidades de trascendencia económica, ya sea por sujetos públicos o privados, mereciendo subrayarse, como principio inspirador del derecho de acceso a la información, que la Administración no puede exigir que se justifique la finalidad de la petición de información ni alegar razones de oportunidad para denegar el acceso.

En suma, concurre en el presente asunto una multiplicidad de intereses de alcance diverso y, en ocasiones, contrapuestos, sin que puedan orillarse los que ostentan las personas concernidas por la investigación en aras a evitar la difusión o publicidad de conclusiones -en cierto modo, preliminares- que pudieran atentar contra sus derechos, principalmente los de defensa y el de presunción de inocencia, en tanto que falta la garantía de un enjuiciamiento formal y contradictorio en el que se ventile la calificación jurídica de los hechos, su participación en los mismos y su eventual responsabilidad, sea esta administrativa, económica o penal. Conviene remarcar que esos derechos o intereses asisten a toda persona -identificada o identificable- y encuentran amparo inmediato en la cláusula expresa de privacidad y en la normativa de protección de datos personales, debiendo también reiterarse que su lesión puede generar una responsabilidad patrimonial para el órgano o institución que difunda la información sin la garantía del anonimato o disociación de datos protegidos.

OCTAVA.- Tratamiento de una solicitud de acceso ejercida por particulares, personas físicas o jurídicas

La consulta inquiriere sobre la conducta ajustada a derecho que debe adoptar quien no es autor de la documentación ni destinatario de la misma, sino mero poseedor por razón de un interés indirecto, en relación con la entrega de copia de la documentación recibida o la difusión de la información y datos que contiene.

Con carácter preliminar, procede señalar que no son objeto de consulta, ni corresponde a este Consejo pronunciarse sobre ellas, las medidas ajenas al manejo del documento que cupiera adoptar por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias a raíz de la investigación concluida por la OLAF en relación con un organismo estatal en cuyos órganos de gobierno el propio Estado ha accedido a que participe o esté representada la Comunidad Autónoma. Es patente, no obstante, que, conforme al Derecho de la Unión y al interno, pesa un deber de cooperación leal de todos sus órganos institucionales con aquellas actuaciones que emprendan tanto el sujeto de la investigación como los destinatarios de las Recomendaciones, y que cualesquiera otras medidas que hayan de adoptarse en el marco de las competencias propias deben estar referidas, y ser adecuadas y proporcionadas, al alcance de la intervención de los representantes de la Comunidad Autónoma en la Autoridad Portuaria.

No se advierte, en suma, otra actuación posible en esta dirección distinta de la que concierne a la revisión y valoración de la *potestas in eligendo* que el Principado de Asturias ostenta, por medio de su Consejo de Gobierno, para designar a un número limitado de representantes en el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, o a su Presidente, mereciendo observarse que el reparo o reacción fundado en los hechos investigados no puede formularse con rigor hasta su determinación en el seno de los procedimientos correspondientes, judiciales o administrativos, pues la actitud contraria equivaldría a anticipar su valoración o enjuiciamiento en perjuicio de personas concretas.

Frente a la petición de un tercero que solicite acceder al documento, ha de partirse de una presunción de razonabilidad y adecuación, pues, tal como antes señalamos, la exigencia de una justificación al solicitante resulta extraña a la actual concepción del derecho de acceso.

Ahora bien, no puede ignorarse que la Unión Europea ha articulado un procedimiento específico para el acceso a sus documentos, por lo que cabe esperar, en buena lógica, que un interesado acuda al recto procedimiento -dirigiéndose a la Institución comunitaria de la que depende la OLAF, o a esta en su condición de autora del documento-, y no a una vía oblicua mediante el ejercicio del derecho de acceso frente a quien posee el documento tras serle entregado con determinada finalidad -extraña, desde luego, a su abierta difusión- y a raíz de su solicitud fundada en un interés indirecto.

Según lo razonado en torno al principio de cooperación leal, pesa sobre cualquier poseedor de un documento elaborado por las Instituciones europeas o sus organismos -ya sea su destinatario o un ulterior cesionario- un deber de no obstaculizar la correcta aplicación del Reglamento relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, debiendo concluirse que no cabe hurtar al organismo autor del documento o a la Institución de la que dependa la decisión sobre su publicidad o confidencialidad, salvo que una u otra se deduzcan con nitidez, pues en otro caso su régimen -adjetivo y sustantivo- es el resultante del citado Reglamento, y la decisión administrativa sobre la solicitud formulada ha de quedar en algún modo sujeta a la tutela articulada por el ordenamiento de la Unión, que contempla el recurso jurisdiccional y/o la reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo, sin que la presentación de una solicitud ante las autoridades internas pueda oscurecer o diluir este orden de relaciones.

Estos principios encuentran su plasmación positiva en el artículo 5 del Reglamento anteriormente mencionado, a cuyo tenor "Cuando un Estado miembro reciba una solicitud de un documento que obre en su poder y que tenga su origen en una institución, consultará a la institución de que se trate para tomar una decisión que no ponga en peligro la consecución de los

objetivos del presente Reglamento, salvo que se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación de dicho documento./ Alternativamente, el Estado miembro podrá remitir la solicitud a la institución”.

En suma, la solicitud de un tercero que, en virtud de un interés general o difuso, solicita el acceso a la documentación ha de resolverse aplicando los cauces del derecho interno, pero sin que pueda desconocerse el derecho de la Unión Europea -condensado en el Reglamento 1049/2001-, cualquiera que sea el responsable del procedimiento en cuyo seno se integre el documento, pues este ha de ponderar no sólo los extremos marcados por la normativa rectora del procedimiento, sino también los fines amparados por la reglamentación que afecta o “persigue” a la documentación, por razón de su origen europeo, y cuya mejor garantía reside en la previa consulta a la institución autora de aquella.

En el presente supuesto, ha de excluirse terminantemente que nos hallemos ante una documentación de la que “se deduzca con claridad que se ha de permitir o denegar la divulgación”. Baste señalar que se traslada al Estado con reserva y con explícita “declaración de privacidad”, amén de otras consideraciones obvias por la naturaleza de la información. Entre ellas, no puede soslayarse que la cesión de los datos se contrae, por imperativo legal y según se explicita en los oficios de remisión, a “la finalidad para la que son transmitidos”, dentro de la cual no se integra, desde luego, la divulgación de los mismos en sustitución del cedente, autor del documento.

Esta misma limitación ha de entenderse implícita en la transmisión de la información por el Estado al Principado de Asturias, con base en su interés indirecto, sin que pueda tampoco el Principado de Asturias suplantar a la autoridad que elaboró el documento, a la que corresponde decidir sobre su reserva o publicidad, ni obstaculizar la recta aplicación del Reglamento de acceso a los documentos, a cuyo tenor debería evacuar una previa consulta a la Comisión Europea -cuyo criterio sería determinante-, o bien remitirle las solicitudes de información por conducto de la Administración del Estado. Con

tal conducta quedan ya protegidos, al ampararse la reserva de la documentación misma, los datos personales contenidos en ella.

En el supuesto de que la reserva venga impuesta por la apertura de procedimientos judiciales internos, será la propia Comisión Europea la que habrá de garantizar el respeto a “toda la normativa nacional aplicable a dichos procedimientos” (artículo 10.3 del Reglamento relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF).

Sin ánimo de aventurar o anticipar la decisión de fondo, cabe reseñar que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo viene entendiendo (por todas, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia -Sala Segunda- de 12 de septiembre de 2007, *Kalliopi Nikolaou contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-259/03) que “en presencia de alegaciones consistentes que puedan afectar a la reputación de un servidor público, la Administración debe evitar la publicación de cualesquiera alegaciones mientras no sea estrictamente necesario. Por un lado, la Administración debe evitar dar a la prensa información que pueda dañar al servidor público y, por otro, debe adoptar las medidas necesarias para prevenir, dentro de la institución, cualquier filtración que pudiera revestir un alcance difamatorio”, estimándose que se violenta el deber de reserva, al infringirse el derecho de defensa, “cuando se confirma la veracidad de ciertos hechos que ya han sido publicados en los medios de comunicación”.

Expresado en otros términos, el hecho de la filtración de un documento no exonera del deber de confidencialidad. Igualmente se ha considerado (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2006, *Yves Franchet y Daniel Byk vs Comisión*) que la excepción a la divulgación basada en actos de investigación o inspección ampara la continuidad de esas actividades en tanto prosigan la inspección o investigación, incluso si la investigación que dio lugar al informe hubiera terminado, si bien no cabe ampararse en esta excepción “hasta que se hayan decidido las medidas a adoptar”, en cuanto ello “equivaldría a supeditar el acceso (...) a un acontecimiento aleatorio, futuro y eventualmente lejano”, debiendo ser “el

riesgo de perjuicio al interés protegido” por la excepción “razonablemente previsible y no puramente hipotético”.

NOVENA.- Petición por los diputados de la Junta General en el ejercicio de su función representativa y emisión de valoraciones por el Ejecutivo autonómico

Distinta de la posición del ciudadano es la del diputado de la Junta General que solicita información o acceso al documento en el ejercicio de la función de impulso, orientación y control de la acción de gobierno que tiene estatutariamente reconocida. En efecto, el derecho de información parlamentario pertenece al núcleo de la función representativa del diputado y está protegido por el artículo 23 de la Constitución, siendo susceptible de tutela en vía de amparo. Se integra en el *status* propio del cargo y forma parte del derecho fundamental. Ahora bien, no es tampoco un derecho que ampare solicitudes indiscriminadas, genéricas o inconexas con la función representativa en que se sustenta. En el Reglamento de la Junta General del Principado de Asturias, de 18 de junio de 1997 (artículo 14), se concibe como un derecho funcional (“para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias”) y limitado por el propio alcance de esas funciones, por lo que se predica de la documentación obrante en poder de “organismos e instituciones de la Administración de la Comunidad Autónoma” o de “la Administración periférica del Estado en la Comunidad Autónoma” en cuanto “afecte al Principado de Asturias”. Es, por tanto, un derecho que presenta límites correlativos a la competencia y funciones del Principado de Asturias, pues no se concibe su cabal ejercicio con la finalidad de controlar realidades y sujetos políticos ajenos a los representados por el parlamentario.

A su vez, en el marco del principio de cooperación leal, que vincula a todas las instituciones del Estado miembro, no cabe desconocer el mecanismo plasmado en el artículo 5 del Reglamento de acceso a los documentos, ni puede el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, incluso ante una petición de un diputado de la Junta General, sustraer al organismo autor del

documento, o a la Institución que lo inserta en un procedimiento en curso, el juicio sobre la confidencialidad de todos aquellos extremos que se revelen -o se atisben- merecedores de reserva o que puedan comprometer el ejercicio actual o futuro de sus funciones.

En cualquier caso, no asistimos a una colisión de normas -nacionales y europeas- que se resuelva por una regla de prevalencia, sino que admiten su interpretación y aplicación coordinada o conforme bajo las premisas de los principios de lealtad y equilibrio institucional.

Constreñido el legítimo acceso de los diputados a aquellos extremos que guardan relación con las competencias autonómicas, no puede el Gobierno del Principado de Asturias atender de plano -por decisión propia- una solicitud de acceso a la totalidad de la documentación, en cuanto que versa, en esencia, sobre hechos y recomendaciones ajenos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma y pendientes de que las autoridades competentes sustancien las actuaciones oportunas. Tal solicitud de acceso debería respetar al cauce establecido en el artículo 5 del Reglamento 1049/2001, aguardando la resolución de la consulta por la Comisión Europea o, en su caso, la OLAF, cuyo criterio sería determinante.

Pero, sin perjuicio de la plena vinculación del Principado de Asturias al Derecho de la Unión, en todas sus manifestaciones y en concreto al Reglamento citado, se advierte que la limitada incidencia del Informe de la OLAF sobre las competencias autonómicas permite disociar o extraer de su contenido, sin menoscabo de su reserva, aquellos extremos que cabalmente interesan al ejercicio de la función representativa por los diputados de la Junta General. Es por ello que, en cuanto atañe a la posición del Principado de Asturias en relación con el Puerto de Gijón-Musel (que por medio de uno de sus órganos institucionales designa al Presidente y a cuatro representantes en el Consejo de Administración, o que es titular de competencias ligadas *de facto* a la actividad portuaria), el Consejo de Gobierno, por mediación de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, puede -y debe- suministrar a la Junta General información sobre aquellos aspectos que

podieran resultar útiles al ejercicio por los representantes del pueblo asturiano de las funciones de orientación, impulso y control de la acción de gobierno.

La normativa de la Unión Europea no impide que se proporcione una información neutral y objetiva sobre el asunto controvertido, y, en esos términos y en aras a la mayor efectividad del acceso a la información, procede informar a los diputados -bajo criterios de prudencia, proporcionalidad y suficiencia- de los hechos que fundamentan el Informe; de las infracciones del ordenamiento de la Unión en que, ha juicio de la OLAF, se habría incurrido en la preparación y ejecución del contrato; de las controversias jurídicas que subyacen en esta apreciación (reflejadas incluso en diversos informes del Servicio Jurídico de la Comisión); de la calificación preliminar que pudieran merecer con arreglo al Derecho de la Unión Europea, y de las actuaciones y consecuencias que pudieran acarrear, siempre dentro del respeto al principio de cooperación leal y sin revelar datos amparados por la cláusula de privacidad ni anticipar juicios cuya resolución atañe a otras instancias. Esa información, aunque limitada, se reputa ajustada a las exigencias de agilidad en su entrega y suficiencia en su contenido para el adecuado ejercicio de la función parlamentaria, teniendo presente que queda vedado, por el Derecho de la Unión, la entrega del documento sin recabar previamente el parecer de la Comisión Europea, so pena del riesgo de incurrir en responsabilidad frente a los eventuales perjudicados.

Con esas mismas restricciones -respeto al principio de lealtad institucional, no interferencia en los procedimientos en curso y reserva de datos personales-, estima este Consejo que puede el Ejecutivo emitir valoraciones o análisis sobre los hechos objeto del Informe, sobre las distintas interpretaciones que admitan o sobre sus eventuales consecuencias en el ámbito de la Comunidad Autónoma. En la medida en que se atiendan las restricciones reseñadas, y bajo un criterio de prudencia en las manifestaciones, nada impide que esa información sea accesible al público en general.

Una vez que se ventilen los procedimientos abiertos -o que han de iniciarse- a resultas del Informe de la OLAF, y fijados los hechos o responsabilidades, desaparece el riesgo de perjudicar a otros sujetos o interferir la recta e íntegra aplicación del Derecho de la Unión Europea, por lo que habría de suministrarse entonces una información completa.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Gobierno de la Comunidad Autónoma no puede dar acceso al Informe Final y Recomendaciones de la OLAF en relación con la ampliación del Puerto de Gijón-Musel sin recabar previamente el parecer de la Comisión Europea o de la OLAF, pero sí debe suministrar, sin violentar el núcleo de la reserva ni revelar datos personales protegidos, y en aras a la mayor efectividad del acceso a la información, aquella que atañe a los ámbitos competenciales del Principado de Asturias que pudieran verse afectados o comprometidos por las eventuales consecuencias del Informe o las actuaciones subsiguientes.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.