

## Observaciones referentes al documento de la Ponencia sobre órganos de garantía y, en su caso, régimen sancionador

### **Necesidad de una redacción precisa, singularmente en el articulado referente al ejercicio de la potestad sancionadora.**

Se coincide en la necesidad de definir con claridad y precisión todos los preceptos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora, y de evitar conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, parece oportuno concretar las nociones de “máximos responsables o asimilados” (art. C), o “información relevante” (art. D).

### **El régimen sancionador (apdo. “Infracciones y sanciones”)**

\* El tipo infractor descrito en el art. D), b) 6ª), plantea el supuesto de la entrega de la información en un formato que dificulte su comprensión, existiendo otros.

Respecto a esto, dado que la noción de información pública del art. 13 hace referencia a la información producida por el órgano público en el ejercicio de sus funciones, habrá sido generada en un formato determinado, que no es susceptible de elegirse en el momento de solicitar el acceso. Por tanto, tal vez se podría formular en el siguiente sentido: *la modificación del formato de la información que se entrega al solicitante, efectuada con el propósito de dificultar su comprensión.*

\* En el art. D) apartado b) 9ª): se plantea la duda de si la colaboración previo requerimiento, se está refiriendo al trámite de alegaciones. El trámite de alegaciones se instruye para dar oportunidad a la parte demandada (el órgano público, en este caso) de que pueda argumentar lo que considere oportuno, en su defensa. Sin embargo, un requerimiento de colaboración obligatoria es otro tipo de institución diferente.

\* Por lo que respecta a la información relativa a las subvenciones públicas, tanto su régimen de publicidad como su régimen sancionador se encuentran regulados en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Concretamente, en el art. 18 se establece que la Base de Datos Nacional de Subvenciones operará como sistema nacional de publicidad de subvenciones, y en su apdo. 3, se dispone: *“Los beneficiarios deberán dar publicidad de las subvenciones y ayudas percibidas en los términos y condiciones establecidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. En el caso de que se haga uso de la previsión contenida en el artículo 5.4 de la citada Ley, la Base de Datos Nacional de Subvenciones servirá de medio electrónico para el cumplimiento de las obligaciones de publicidad.”*

Por su parte, en el Título IV se dispone el régimen sancionador. En el art. 57 f) se establece como infracción grave *“la falta de suministro de información por parte de las*

*administraciones, organismos y demás entidades obligados a suministrar información a la Base de Datos Nacional de Subvenciones”, y en el art. 56 c) se dispone que tendrá la consideración de infracción leve “El incumplimiento de las obligaciones formales que, no estando previstas de forma expresa en el resto de párrafos de este artículo, sean asumidas como consecuencia de la concesión de la subvención, en los términos establecidos reglamentariamente”.*

En cuanto a las sanciones que establece la LGS, además de las multas pecuniarias, también se contemplan, para las sanciones graves y muy graves, la prohibición de contratar con la Administración y la prohibición de obtener subvenciones públicas durante determinados períodos, que alcanzan hasta los 5 años.

Por último, la competencia para la imposición de las sanciones en materia de subvenciones se atribuye en el art. 66 a los ministros o los secretarios de Estado de los departamentos ministeriales concedentes -y en el caso de otras entidades concedentes, a los titulares de los ministerios a los que estuvieran adscritas-. Cuando la sanción consista en la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o en la prohibición para celebrar contratos con el Estado, la competencia corresponderá al Ministro de Hacienda.

En suma, dado que la LGS ha establecido un régimen jurídico especial, que contempla también su propio régimen sancionador, cualquier modificación que se estimase realizar, pasaría por la modificación de la LGS.

\* Se considera que debiera recogerse el criterio para resolver el concurso medial de infracciones administrativas. En la LRJSP se dispone al respecto:

*«Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida» (art. 29.5 Ley 40/2015).*

\* También sería oportuno valorar la introducción de un criterio para la fijación de un máximo en las sanciones que correspondería imponer, en caso de concurso real de infracciones.

\* En el art. D (Sanciones), apartado 5, entre los criterios de graduación de la sanción, se podría incluir la capacidad económica del presunto infractor. Éste un factor que convendría tener en consideración para respetar el principio de proporcionalidad (por ejemplo, entre los adjudicatarios de contratos públicos no habrá solamente grandes empresas de amplia solvencia, sino también pymes y autónomos).

#### **Las multas coercitivas (apdo. 4 “Ejecución forzosa”)**

Como se indica acertadamente en la ponencia, hay que distinguir entre la multa que constituye un tipo de sanción, y la multa como instrumento administrativo para

conseguir la ejecución forzosa de una determinada actuación (caso de las multas coercitivas).

La ponencia propone el establecimiento de la multa coercitiva, que incidiría sobre el patrimonio particular del sujeto obligado, para constreñirlo al rápido cumplimiento.

Del mismo modo que no puede negarse que la actuación intencional tendente al incumplimiento de la norma (mala fe) no haya existido en ningún caso, tampoco puede establecerse con carácter general la veracidad de tal presunción, para explicar todos los supuestos de incumplimiento.

Hay que tener en cuenta que el sujeto competente para llevar a cabo la actuación de que se trate, tal vez no haya podido cumplir esa obligación en el plazo estipulado, por insuficiencia de medios humanos o técnicos. En consecuencia ¿qué sentido tendría imponer una multa dineraria, al mismo sujeto que debe cumplir una obligación, cuando no la ha cumplido, no porque no quiera, sino porque no ha podido?

Interesa subrayar que, este tipo de multas, al no ser sanciones, quedan fuera de la amplia regulación de garantías dispuesta en las leyes en relación con la potestad sancionadora.

*“La trascendencia práctica que en este caso tiene esa diferente naturaleza jurídica, como un medio de ejecución forzosa (multa coercitiva) o como una expresión de la potestad sancionadora (la multa como sanción), es capital, pues mientras que en la primera debe sustanciarse un procedimiento administrativo no sancionador, en la segunda ha de seguirse el procedimiento administrativo sancionador, bajo los principios de la potestad administrativa y con las garantías que ello comporta.” (STS 2179/2018, de 5 de junio (rec. casación 1502/2017), FJ 4º).*

El acto de imposición de multa coercitiva, por tanto, no es susceptible de amparo constitucional, y el control de su sujeción al principio de legalidad únicamente se podrá residenciar en sede judicial ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la función revisora que les atribuye el art. 106 C.E (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2º)

En este punto, interesa traer a colación otra de las propuestas realizadas por la ponencia, que es la advertencia previa al procedimiento sancionador. Se estima que se podría profundizar en este mecanismo como medio para conseguir el fin pretendido.

Por último, es preciso recordar que, en todo caso, existe el recurso al órgano de control y a la jurisdicción para impugnar las actuaciones o la falta de actuación de los sujetos obligados. Por tanto, ya en sede de revisión en vía administrativa, ya en sede judicial, se podrá analizar a qué se debe el incumplimiento y, en su caso, se podrá instar la ejecución de la actuación que corresponda.

Efectuando una valoración global de la propuesta relativa a las multas coercitivas, y atendiendo a los motivos expuestos, no se estima que éstas constituyan el mecanismo idóneo para el fin pretendido y, por tanto, no se considera favorablemente esta propuesta.

**La previsión de publicación inmediata de contenidos por el cauce de publicidad activa, cuando se solicite a través del procedimiento de derecho de acceso.**

En primer lugar, se considera que es más aconsejable la opción de establecer que la remisión de la información requerida por la vía del ejercicio del derecho de acceso no exime por sí misma del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa. Se prefiere esta opción, puesto que la otra opción sugerida, que sería la obligación de publicación inmediata, puede ser de difícil ejecución, si la publicación en internet no fuese una competencia atribuida al mismo órgano o unidad que tenga atribuida la competencia para resolver las solicitudes de acceso. Esta situación puede darse, por ejemplo, si la publicación de los contenidos en internet forma parte de las funciones de una unidad TIC, mientras que la resolución de las solicitudes de acceso es competencia de las distintas direcciones generales de un órgano, en razón de la materia de la solicitud.

En segundo término, se comparte la reflexión referente a que, de acuerdo con la sistemática de la Ley, esta previsión no tendría encaje propiamente entre los contenidos relativos al régimen sancionador.

**El procedimiento administrativo para el ejercicio de la potestad sancionadora**

\* Respecto al contenido del Art. A, no se comparte la propuesta de establecer un régimen distinto, dentro de los sujetos obligados del art.2, entre los “máximos responsables o asimilados” (aunque éstos no tengan la condición de alto cargo, ni sean personal eventual), respecto del personal a su servicio.

Dado que el régimen disciplinario regulado en el Título VII del EBEP es de aplicación a los funcionarios públicos y al personal laboral, se considera que el régimen previsto en el EBEP y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo de ese Estatuto es el que debiera resultar de aplicación siempre que la persona presunta responsable fuese personal funcionario o laboral.

\* En cuanto al procedimiento sancionador que se pudiera establecer para otros sujetos, sería recomendable que contemplase los siguientes aspectos:

- La indicación expresa de que el ejercicio de la potestad sancionadora se instruirá mediante expediente administrativo con todas las garantías inherentes a este tipo de procedimiento (separación entre las fases y funciones de instrucción y de decisión, práctica de la prueba, audiencia al interesado, etc). El procedimiento será tramitado

conforme a lo dispuesto en esta Ley, y supletoriamente, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.

- Las diligencias previas que se prevén en el art. B) apartado 1, parecen estar orientadas, por una parte, a la indagación de los hechos para llegar a determinar la existencia -o no- de indicios, y por otra, a la advertencia al presunto infractor para que cese en su conducta o la modifique.

Según este esquema, si “acomodase” su conducta -en los términos expresados en la ponencia-, no se acordaría el inicio del procedimiento sancionador. Procedería, por tanto, el archivo de las actuaciones previas. En consecuencia, la descripción de esas diligencias o actuaciones previas debiera incluirse en una sección distinta y anterior, a aquélla en la que se regule propiamente el procedimiento sancionador.

### **Incentivos (apdo. 5)**

Con carácter general, si se quiere agilizar los tiempos de gestión y de resolución, sería más efectivo dotar de mayores recursos humanos a las unidades del sector público que reciben un mayor número de solicitudes de acceso, y de recursos técnicos a toda la Administración, para avanzar en la digitalización de los sistemas de información y de los procedimientos.

La existencia de premios y el reconocimiento de mejores prácticas es una medida positiva, en tanto en cuanto puede ser un aliciente. No obstante, la existencia de incentivos honoríficos carece de sentido si no se dispone de los recursos humanos y técnicos para poder aplicar la Ley de Transparencia, sin que ello implique alterar seriamente el funcionamiento ordinario de los servicios públicos.

### **La revisión en vía administrativa (apdo. 6)**

La ponencia propone para los órganos que no forman parte de la Administración, el establecimiento de una vía de revisión administrativa, que podría corresponder a una unidad o dependencia del mismo órgano -pero distinto de aquél que hubiese sido competente para la adopción de la resolución que se impugne-. Se trata de una idea que efectivamente podría resultar de interés para instituciones como el Congreso, o el CGPJ.

Por lo que respecta al Gobierno, como se viene indicando desde que este tema se plantease en el marco de la segunda ponencia, en la actualidad se gestionan de forma ordinaria las solicitudes de acceso dirigidas al Gobierno -son algo habitual dentro de las solicitudes que se reciben en el ámbito de la AGE-. Estas solicitudes se asignan a los distintos departamentos ministeriales en razón del contenido de la solicitud, y de las competencias atribuidas a cada Ministerio. Y las resoluciones a las solicitudes de acceso que se emiten por parte de los órganos correspondientes de cada Ministerio, son recurribles ante el CTBG.

## **La configuración y régimen de los órganos de control (apdo. 7)**

### La configuración y adscripción del CTBG

La ponencia plantea una nueva configuración legal para el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, adscribiéndolo al Congreso de los Diputados, a fin de conseguir una mayor distancia de la Administración y de asegurar la disposición de recursos económicos, humanos y técnicos.

Esta configuración difiere del modelo actual, regulado en el art. 109 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, relativo a las Autoridades Administrativas Independientes, que establece que *"son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley"*.

A este tipo de entidades se les reconoce la independencia de actuación para la consecución de sus fines, y se encuentran sometidas al control parlamentario. Entre sus competencias se hallan la supervisión de la aplicación de sus Leyes sectoriales, la investigación -y en su caso, sanción- de las infracciones que vulneren la normativa, la emisión de criterios interpretativos y recomendaciones de buenas prácticas, entre otros.

En suma, más allá de la búsqueda de los mejores medios económicos que presumiblemente cabría esperar al amparo del Congreso, no parece que exista una necesidad sustancial que lleve a establecer una configuración y una adscripción diferentes para el CTBG, respecto a otras autoridades de control, como la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, la Agencia Española de Protección de Datos, o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

### Dotación de recursos humanos y técnicos

Se comparte la reflexión de los ponentes respecto a la necesidad de proveer a los órganos de garantía de los recursos humanos y materiales precisos para que puedan desempeñar adecuadamente sus funciones.

Sin embargo, es necesario subrayar que esta adecuada dotación de medios, no es una previsión que únicamente quepa solicitar para los órganos de control, sino también para los órganos públicos que deben aplicar en primera instancia la Ley de Transparencia.

A lo largo de las distintas sesiones del subgrupo se ha reiterado el interés por agilizar todo lo que sea posible los plazos, tanto por lo que se refiere al procedimiento del derecho de acceso, tanto en lo que respecta a las obligaciones de publicidad activa. Por otra parte, se ha incidido en que la nueva Ley debe ser posibilista, y tener en cuenta que los recursos disponibles para su aplicación no son uniformes en los distintos sujetos

obligados. Por tanto, es fundamental que todos los organismos públicos competentes dispongan de recursos adecuados para poder desarrollar estas tareas, sin que se vea comprometido su funcionamiento ordinario y la gestión de las competencias propias de cada órgano o unidad.

#### El puesto de Presidente del CTBG

\* Respecto al requisito de los 10 años de experiencia profesional relacionada con la materia, quizá sería mejor disponerlo en términos más flexibles, para evitar la congelación de rango. Se podría indicar en la Ley que el candidato deberá tener una acreditada experiencia profesional, y tal vez dejar la acotación de la exigencia de un determinado número de años, al Estatuto del órgano.

\* Respecto a su amplio régimen de incompatibilidades, tal vez se podría incluir una mención alusiva a la salvedad de la actividad para la administración de su patrimonio personal o familiar.

\* En lo referente a la incompatibilidad prevista en el punto 1 a), tal vez se podría incluir una matización alusiva al carácter “político” o “administrativo” -o similar- del cargo representativo.

\* Por lo que respecta a la incompatibilidad prevista en el punto 1 g), ¿se está proponiendo que el cargo sea incompatible con la afiliación que haya podido darse en cualquier momento de la vida de la persona, incluida en el pasado? Sería preciso matizar la acotación temporal de esta incompatibilidad.

\* En cuanto a su procedimiento de selección, sugeriría que se contemplase que se podrá presentar como candidato al puesto cualquier persona que reúna los requisitos profesionales establecidos en la Ley. De este modo, el conjunto de candidatos se enriquecería, y no quedarían excluidos a priori aquellas personas que no constituyen la opción preferente ni para los grupos políticos, ni para las organizaciones mayoritarias de la sociedad civil.

#### **Otros aspectos (apdo. 8)**

##### Establecimiento de una vía contencioso-administrativa especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona

Se estima que la consecución de plazos más reducidos en el ejercicio de la función jurisdiccional pasaría necesariamente por la mejora de la dotación en recursos humanos, tecnológicos y materiales, a la Administración de Justicia.

Como se ha señalado en sesiones anteriores, en nuestro ordenamiento jurídico actual este derecho no tiene reconocido el carácter de derecho fundamental, por lo que no cabría el ejercicio de la vía contencioso-administrativa especial para la protección de los derechos fundamentales.

Por lo que respecta al régimen general regulado en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, no se considera que quepa reconocer una mejor

consideración, o un carácter privilegiado, a la impugnación de las resoluciones de acceso o de las actuaciones en materia de publicidad activa, que condujese a su atención preferente respecto al ejercicio de las demás pretensiones que se invoquen en sede judicial. De igual modo, tampoco se aprecia que exista justificación para privilegiar a determinados interesados con un procedimiento preferente y sumario, en función de su profesión vinculada a los medios de comunicación o de su condición de cargo representativo, frente a otros ciudadanos.

En suma, la agilización de los procesos contencioso-administrativos en esta materia, que constituye un deseo común y compartido, se enmarcará dentro de las mejoras organizativas que puedan llevarse a cabo, en su caso, para la agilización de todos los procesos contencioso-administrativos.

#### Ejercicio del derecho de acceso. Impugnación (procedimiento administrativo de reclamación)

Se comparte la conveniencia de eliminar la posible confusión que pudiera subsistir, respecto al carácter sustitutivo -y con carácter excluyente- de la reclamación ante el órgano de control, respecto de los recursos en vía administrativa que contempla la LPACAP.

#### La necesidad de que el órgano gestor conozca si se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, antes de poder conceder el acceso -cuando ha existido oposición de terceros-, para cumplir lo previsto en el art. 22.2.

La ponencia expone acertadamente la dificultad que conlleva la aplicación del art. 22.2. En la práctica, obliga a extremar la prudencia en los plazos que se observan, para evitar adelantarse en la entrega de la información, respecto a la comunicación del Juzgado mediante la cual se reclama el expediente al órgano que emitió la resolución que se impugna.

Sin embargo, la opción de disponer que el interesado-recurrente comunique la interposición del recurso contencioso-administrativo, no aportaría una certeza total al órgano público acerca de la ausencia de presentación, ya que la única forma de constatarlo sería consultar directamente al órgano jurisdiccional.

Por tanto, no cabe sino reiterar la consideración efectuada en un apartado anterior. Esta cuestión va ligada a la consecución general de mejoras en la operativa interna y en los plazos de la Administración de Justicia.