

Consulta pública sobre el desarrollo reglamentario de la Ley de Transparencia 19/2013

Comentarios y recomendaciones de TI-E

Julio 2017

En respuesta a la consulta pública abierta del 15 al 30 de julio relativa al desarrollo reglamentario de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, Transparencia Internacional España (TI-E) remite a continuación una serie de comentarios y recomendaciones: 1) sobre el proceso de consulta, 2) sobre el actual planteamiento de desarrollo del reglamento y en particular en lo referente al sector privado, 3) sobre el proyecto de reglamento de 2015.

La mayor parte de los comentarios proviene del documento de observaciones enviado al Ministerio de Presidencia en 2015 y en el que TI-E se refería y comentaba el proyecto de reglamento que en ese momento se estaba discutiendo¹. En cuanto a las recomendaciones para mejorar ciertos aspectos de la ley de transparencia en relación al sector privado, provienen de los informes² que TI-E ha llevado a cabo en los dos años transcurridos, en el marco del Proyecto Integridad. Asimismo dichas propuestas se realizan en consonancia con la mayoría de los objetivos que se propone esta consulta, a saber: aclarar el alcance de las obligaciones previstas en la norma y facilitar su cumplimiento siempre en aras a asegurar la mayor transparencia posible en la actuación de la Administración Pública y facilitar el acceso de los interesados a la información pública de forma eficaz; concretar y precisar plazos, trámites, para evitar dilaciones innecesarias, lagunas o dudas interpretativas; precisar conceptos jurídicos indeterminados con el fin de asegurar una aplicación restrictiva y siempre justificada y proporcionada de las causas de inadmisión o límites al ejercicio del derecho de acceso tal y como propugna la propia ley 19/2013; adaptar la regulación a la jurisprudencia y a los criterios del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), entre otros.

¹ http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2015/07/recomendaciones_tie_reglamento_ley_transparencia.pdf

² <http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/06/TRANSP-INT-Informe2016-2017-digital.pdf> y http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/01/Informe_Ley_Transparencia_TIE.pdf

I. COMENTARIOS SOBRE EL PROCESO DE CONSULTA

En primer lugar, nos parece necesario señalar que las fechas –segunda quincena de julio- y duración -10 días hábiles- de esta „consulta pública previa“ no se corresponden con un verdadero proceso participativo. Hubiera sido deseable, y esperamos que así ocurra en la consulta siguiente, un periodo más amplio y una mayor publicidad para garantizar que la consulta llegue a todos los grupos interesados.

En 2015, sobre el proceso de elaboración del reglamento de la ley ya se manifestó:

- “En TI-E consideramos que el proceso de elaboración del reglamento debería haberse planteado de forma pública y abierta a la participación ciudadana, en sociedad en general, en lugar de una consulta selectiva a algunas organizaciones de la sociedad civil.
- TI-E recomienda dar mayor publicidad al recorrido y modificaciones de un texto normativo hasta su aprobación y ofrecer espacios para permitir una mayor participación ciudadana, más aun tratándose de la Ley de Transparencia. Además, sugerimos introducir en el proceso de elaboración del reglamento un análisis de impactos regulatorios³.”

II. RECOMENDACIONES SOBRE EL REGLAMENTO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y EL SECTOR PRIVADO

Es conocido el tratamiento accidentado que tuvieron las entidades privadas en la tramitación parlamentaria de la Ley 19/2013. Dicho tratamiento es antecedente directo de los varios inconvenientes que a día de hoy dificultan su correcta interpretación y aplicación. Los inconvenientes suscitados en torno a la especificación de las materias que les son de aplicación a las empresas, y a la precisión de las medidas que resultan de obligado cumplimiento para éstas, se han ido resolviendo a través de criterios e informes (elaborados por el CTBG) y mediante consultas impulsadas por TI-E, que se fueron desarrollando en consonancia con el surgimiento de las dificultades en la interpretación y concreción de la norma y fueron debidamente atendidas por el CTBG.

Las respuestas a dichas consultas fueron supliendo la falta de precisión y regulación en el tratamiento de las entidades privadas, más concretamente en el de las empresas privadas de ámbito estatal. Desde TI-E se fue trasladando a las empresas privadas el resultado de las consultas, debidamente analizado, a través de talleres y eventos, cubriendo las lagunas desatendidas por la norma y conformando un procedimiento más

³ http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/index_en.htm

o menos certero para dar cumplimiento a la misma. Aún así, el articulado dedicado a las empresas privadas en la regulación actualmente existente (artículo 3 b y 4 de la LTAIBG y Disposiciones primera y segunda de la Propuesta de Reglamento de Desarrollo de la LTAIBG) resulta escasa e insuficiente, por lo que es necesario que se atienda a las siguientes propuestas a la hora de reconfigurar la redacción del reglamento o modificar el actual, tal y como se pretende con esta consulta pública.

Para ello, TI-E considera necesario tener en cuenta las siguientes propuestas a la hora de desarrollar aspectos de la ley por la vía reglamentaria, todas ellas dirigidas a precisar o fortalecer el desarrollo del título primero “Transparencia de la actividad pública” en lo que concierne a las empresas privadas:

- El punto b) de la disposición adicional primera del Proyecto del Reglamento de Desarrollo de la LTAIBG establece que se debe entender por período de un año “el ejercicio económico anterior a la fecha en la que haya de publicarse la información”. Si bien dicha aclaración ayuda a las empresas a determinar con mayor precisión cuándo se debe publicar la información a la que están obligadas por la norma, se requiere una mayor precisión y desarrollo de dicha disposición, cubriendo también los casos en los que es más complejo determinar el período en el que haya de publicarse la información, como por ejemplo el de las subvenciones plurianuales. Para precisar tal cuestión, TIE viene desarrollando una serie de consultas al CTBG⁴:
- La disposición adicional primera del Proyecto del Reglamento establece que se atenderá a la regulación aplicable en el territorio de la Administración Pública que conceda el total o el mayor porcentaje de la ayuda o subvención. Si bien el Proyecto de Reglamento regula en parte esta cuestión, todavía surgen dudas respecto a su correcta implementación, lo que requiere de cierta precisión y desarrollo por parte del futuro reglamento, sobre todo en relación al método que se propone para conocer a qué regulación atender en función de las ayudas o subvenciones recibidas. Por ejemplo, se debería regular los casos en que se reciben tanto subvenciones estatales como autonómicas por importes que dan lugar al cumplimiento de ambas normativas, para que las empresas sepan con certeza a cuál de ellas atender; o por ejemplo se debería regular los casos en que se deba responder a las obligaciones impuestas por ambas leyes, si es que existe dicha posibilidad. Con la futura regulación, se debería cubrir todos los casos en que pudieran surgir dudas a las empresas para así propiciar el correcto cumplimiento de las normativa de transparencia, sea ésta de índole estatal o autonómico.

⁴ <http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/01/Consulta-al-CTBG-Subvenciones-plurianuales.pdf> y <http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/02/consulta-al-ctbg-subvenciones-plurianuales-art-3b.pdf>

- El Proyecto de Reglamento establece, en su disposición adicional segunda que las entidades privadas que presten servicios públicos, ejerzan potestades administrativas o sean adjudicatarias de contratos con el sector público, estarán obligadas, además de suministrar información, a publicar, como mínimo, la siguiente información:
 - a) Objeto del contrato.
 - b) Duración.
 - c) Importe de adjudicación.
 - d) Procedimiento de adjudicación.
 - e) Modificaciones del contrato.
 - f) Decisiones de desistimiento y renuncia.

Dicha obligación regirá cuando se trate de contratos que se celebren al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a excepción de los previstos en su artículo 138.3 y, en dichos contratos, deberá preverse el alcance de la obligación, además de mencionarse expresamente los medios en que los adjudicatarios deberán publicar la información antedicha. En relación con dicha disposición, se debería regular con mayor precisión cuándo las empresas deberán considerarse obligadas a publicar la información antedicha; cuándo deberán suministrar información y en qué consiste dicho suministro; precisar qué entidades privadas se deben considerar incluidas dentro de aquellas “que prestan servicios públicos”, “ejercen potestades administrativas” o son “adjudicatarias de contratos con el sector público” o simplemente “adjudicatarias”, incluyendo lo que se entiende por cada uno de los tipos expresados en la clasificación.

El Proyecto de Reglamento de Desarrollo de la LTBG no aclara las cuestiones controvertidas, no explica cómo será el procedimiento de requerimiento de información por parte del organismo público, ni tampoco establece un plazo determinado en el que la empresa deberá suministrar la información requerida. Sólo se limita a establecer, en el punto a) de la disposición adicional segunda, que el organismo o entidad pública solicitante de la información deberá “proceder a su publicación electrónica, de forma claramente identificada y separada del resto de información que le afecte”, por lo que poco ayuda dicha disposición a despejar las dudas referentes a su implementación o cumplimiento.

Según el Proyecto del Reglamento, la ley estatal se aplicará “con carácter supletorio”. Es preciso que se definan los casos en que se aplicará la normativa estatal, en especial cuando existe una norma de carácter autonómico en la región en que debe aplicarse, para que no haya dificultades de interpretación ni superposición entre leyes.

El artículo tercero del Proyecto del Reglamento de Desarrollo de la Ley 19/2013 menciona que “la publicación deberá ser objeto de actualización permanente”, entendiéndose por esto que deberá registrarse cada actualización del documento o información en cuestión y, también, “en función de la naturaleza de la información”, habilitarse un histórico para acceder a la información que hubiera sido sustituida. Si bien esta precisión se dirige a los organismos públicos, debería aclararse si el mismo sistema debe ser implementado también por las entidades privadas que resulten afectadas y obligadas al cumplimiento de lo dispuesto por la norma.

- Es igualmente preciso que se desarrolle en el futuro reglamento el alcance de las obligaciones de publicidad activa para las empresas privadas, ya que esta cuestión ha sido motivo de constante preocupación para dicho colectivo. Concretamente, se debería explicitar la información económica, presupuestaria y estadística así como la información institucional, organizativa y de planificación (relativa al artículo 6 y 8 de la LTAIBG) que debe publicarse por parte de las empresas privadas, al igual que el alcance concreto de dicha información, precisando asimismo cómo y dónde debe publicarse (dentro de la página web institucional de la empresa).
- En general, resulta necesario realizar una revisión minuciosa al texto del Proyecto de Reglamento y atender a las modificaciones propuestas tanto por las organizaciones de la sociedad civil como por el CTBG, que en su día elaboró un documento extenso y preciso identificando las cuestiones que precisaban de una reformulación, desarrollo o modificación.
- Se sugiere además elaborar y publicar un listado-repositorio-sistema permanente de información, de acceso abierto, que informe a ciudadanos, empresas y gobiernos, sobre los otros sujetos obligados en materia de publicidad activa, basándose en el criterio de ayudas públicas concedidas y recibidas. El objetivo es contar con un sistema único y oficial que diluya la incertidumbre y la confusión respecto de quién debe ser considerado como “otro sujeto obligado” y quién no, y permita consultar de una forma fehaciente, transparente, de libre acceso y gratuito, qué entidades son, cada año, sujetos obligados en materia de publicidad activa en el marco de la LTAIBG. Este sistema podría estar a cargo de la Intervención General de la Administración del Estado IGAE.
- Se sugiere incorporar en el Reglamento de la LTAIBG una sección específica en materia de transparencia para el sector privado o de otros sujetos obligados, en donde se reconozca y atienda la diversidad empresarial, especificando la casuística por sectores y tipos de empresas. El objetivo debería ser que la ley de transparencia sea relevante para el sector privado, e incentivar la publicidad de la información y el cumplimiento en materia de transparencia. En este sentido, se podría articular a nivel reglamentario un sistema de seguimiento o incluso una certificación oficial, a

fin de validar públicamente el cumplimiento de la normativa en materia de transparencia por parte de las empresas privadas.

- Se deben disipar las dudas terminológicas sobre conceptos tales como “normativa que les es de aplicación”, “estructura organizativa”, “alto cargo”. Igualmente se deben resolver definitivamente en el reglamento las cuestiones relativas a la publicación de información de contratos y convenios: ¿debe publicarse la información clave asociada al contrato suscrito o el contrato propiamente dicho?, ¿debe publicarse la información asociada a los convenios o encomiendas de gestión o los documentos propiamente dichos?, ¿qué tipo de información resulta obligado publicar en relación a los presupuestos, es decir, si las entidades privadas deben publicar la totalidad de su presupuesto o solo la descripción de sus partidas principales? ¿Los informes de cuentas anuales empresariales cubren ya este tipo de información? Algunas de estas cuestiones han sido dirimidas por el CTBG, por lo que recomendamos que se siga el criterio del CTBG en la elaboración del reglamento.
- Recomendamos modificar la Ley de Transparencia, o articular el cambio a través de su desarrollo reglamentario en la medida de lo posible, para que haya más continuidad en cuanto a las empresas privadas que resulten sujetos obligados y evitar que existan muchas empresas con obligaciones “discontinuas” de publicidad activa (un año sí, un año no), fenómeno del que se da cuenta en el primer informe de TI-E sobre el cumplimiento de la Ley 19/2013 por parte de 67 grandes empresas españolas.
- Por último, recomendamos avanzar hacia una mayor transparencia pública e incorporar en el marco de las obligaciones de suministro de información la aportación de información relativa a casos excepcionales y cuestiones altamente polémicas que generen un gran interés ciudadano, de modo que las empresas deban hacer pública aquella información que permita al público (no solo al gobierno) conocer el desempeño de la entidad respecto del tema en cuestión.

III. COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE 2015

(El texto a continuación reproduce en gran parte el contenido del documento enviado por TI-E en 2015)

Constatamos algunas ausencias y falta de concreción en elementos clave:

- No se menciona el hecho de que la ley tuviera un proceso de consulta pública, en el que participó activamente la Coalición Pro Acceso, incluida TI-España. Dicho proceso de consulta, de cara a futuras normas, debería mejorar en alcance y publicidad.

- Objeto y ámbito subjetivo de aplicación: no se menciona la obligación de las administraciones públicas de aportar información suficiente del número de personal eventual o de las agendas de los altos cargos.
- Obligaciones de publicidad activa:
 - En las obligaciones generales de publicidad activa se señala que la publicación de información deberá ser objeto de actualización permanente (artículo 2.3), sin especificar qué significa el término *permanente* o la periodicidad con la que se debe actualizar la información. Por ello, el Reglamento debería haber precisado en relación a la periodicidad que constante siempre que haya cambios relevantes. Otra cuestión importante es establecer claramente en el reglamento que se guarde un histórico de la información, y que la sustitución de datos sujetos a publicidad activa no posibilite en ningún caso la supresión de éstos.
 - Sobre la publicidad de información relacionada con contratos públicos (artículo 8.a), el reglamento no desarrolla obligación de publicar información referida al control postcontractual, como por ejemplo variaciones de precio o de plazo, que son a menudo el origen del fraude.
 - El desarrollo reglamentario no profundiza en la cuestión de los sobrecostes recurrentes en la contratación pública.
 - En este mismo sentido, se podría haber aprovechado para mejorar la regulación de la ley, sin contradecirla, en aspectos como la prohibición de o la recomendación de no establecer cláusulas de confidencialidad en los contratos públicos. Además se debería haber incluido la obligación de publicar las actas de las comisiones de contratación.
 - En el artículo 8 epígrafe g, acerca de la publicidad de las retribuciones brutas percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables, no se incluyen dietas, retribuciones por productividad, indemnizaciones por razón del servicio.
- Derecho de acceso a la información pública:
 - Destacamos que en el artículo 12.2.c.5º se incluyan como información objeto de inadmisión los “informes jurídicos solicitados para la adopción de un acto o resolución”, lo que afecta a informes publicados por, por ejemplo, la Abogacía General del Estado o la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).
 - En el artículo 16 sobre solicitud de información ya publicada, el texto debería hacer hincapié en el lugar exacto en el que se encuentra disponible (una URL estable), así como la fecha desde la cual está accesible dicha información. Además, este procedimiento debería remitir un comunicado a la Unidad de

Información de Transparencia de la entidad en cuestión para que, en su caso, se lleven a cabo los cambios necesarios para mejorar la accesibilidad de esta información. La redacción de este artículo debería especificar que se asume que el ciudadano solicita información porque después de haberla buscado no ha podido encontrarla.

- En el artículo 20.2 acerca de la formalización del acceso, exigir el pago de la reproducción dificulta el acceso a la información, sobre todo cuando se solicitan archivos pequeños o fáciles de proporcionar. No se especifica a qué formato distinto se ha de trasponer la información, ni queda claro que esto pueda tener un coste fácilmente cuantificable. Debería indicarse que se facilitará la información en un formato que permita su reutilización.
- Se requiere una explicación más detallada del proceso interno de aprobación/autorización y del funcionamiento de las Unidades de Información.
- Sería conveniente que el reglamento respondiera a cuestiones como: ¿quién es responsable de aprobar las resoluciones en cada ministerio e institución?, ¿cuándo ha de hacerlo? y ¿mediante qué procedimiento interno?
- Debería extenderse la cuestión de las solicitudes de información al uso de los recursos que reciben los partidos políticos, pues la Ley sólo los menciona en su artículo 3 como “otros sujetos obligados” y el Proyecto de Reglamento no hace referencia alguna a ello.
- Se debería insistir en que la información que se suministra al solicitante debe presentarse de forma clara, concreta y completa, de tal forma que se asegure su veracidad, calidad y confiabilidad.
- **Funcionamiento de las Unidades de Transparencia y el rol del CTBG:**
 - Es importante que estas unidades de transparencia operen bajo los principios de transparencia y que la información que generen sea pública. Se trata, por tanto, de dar a esta información el carácter de información sujeta a publicidad activa: número y tipo de solicitudes de información recibidas y contestadas, información estadística de las solicitudes tramitadas en la web, etc. Este aspecto nos parece necesario para dar cuenta de la adecuada atención al derecho de acceso a la información por parte de cada entidad, y visibilizar avances y dificultades en el cumplimiento de la ley.
 - El artículo 29 acerca de la publicidad de la información que se solicite con más frecuencia resulta vago e impreciso, pues deja libre la decisión de definir qué es aquello que se solicita con más frecuencia y qué no. El reglamento no obstante, restringe aún más tal cuestión al definir que se publicará aquella información solicitada más frecuentemente pero cuyo trámite haya sido estimado,

excluyendo así aquellas solicitudes desestimadas. Por ello, se podría aplicar el principio de dar publicidad a toda la información que haya sido hecha pública como resultado de solicitudes de acceso, pues la misma ha sido sujeto de trámite, y para su obtención, procesamiento y entrega se han usado recursos públicos, por lo que debería ponerse a disposición del público para todo aquel interesado.

▪ Ausencia de un régimen de infracciones y sanciones por incumplimiento

→ En el documento de TI-España “Posición y consideraciones de TI sobre la nueva Ley de Transparencia” se identificó como deficiencia clave que la ley no contemple clara y explícitamente un régimen de infracciones ni de sanciones a políticos y funcionarios públicos por el incumplimiento de las normas de transparencia.

→ El texto de la ley remite a un posterior reglamento tal cuestión y deja excesivamente pendiente del mismo la concreción necesaria. El borrador de reglamento vuelve a dejar pendiente esta cuestión, que consideramos clave para garantizar que las administraciones públicas atiendan las obligaciones de transparencia contenidas en la ley, por lo que recomendamos se articule en el reglamento una sección específica que atienda esta cuestión.

→ En el reglamento se deberían haber incluido las causas de responsabilidad administrativa (y en su caso penal) vinculadas al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el la Ley y el Reglamento por parte de los servidores públicos.

→ En relación a este punto, señalamos igualmente que la definición de obligaciones de transparencia referidas a algunas entidades privadas no se complementa adecuadamente con un régimen de sanciones en caso de incumplimiento, lo que debilita el nivel de exigencia y el carácter obligatorio de la ley. Para cambiar la cultura de opacidad y promover la transparencia, no se trata de elaborar una norma enfocada en la coerción, pero parece necesario disponer de mecanismos eficaces para garantizar el cumplimiento de la ley.

▪ Otras consideraciones sobre la ley y el reglamento:

→ Sobre el régimen del silencio administrativo negativo, cabe recordar que TI-E viene criticando la deficiente regulación del sistema de “silencio administrativo” de la Ley desde antes de que se sancionara. Así lo hizo formalmente en el proceso de consulta previo a la ley. TI-E reiteró esa crítica en las opiniones vertidas sobre el plan estratégico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

→ TI-E recomienda la siguiente redacción del artículo 19.4: “Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa el

solicitante podrá considerar que la solicitud ha sido desestimada o exigir su resolución expresa a través de un pedido de pronto despacho”.

- TI-E recomienda la siguiente redacción del artículo 22.5: “El plazo máximo para resolver y notificar será de tres meses, transcurrido el cual el reclamante podrá considerar desestimado su reclamo o exigir su resolución expresa a través de un pedido de pronto despacho.”