

Asunto: Aportaciones a la audiencia pública sobre el borrador de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (28-2-2019)

A la vista del trámite de audiencia pública existente sobre el asunto de referencia, esta Dirección General efectúa las siguientes observaciones:

PRIMERA.- Se reiteran todas las alegaciones presentadas en los anteriores procesos (informes de julio de 2017 y mayo de 2018 –incorporados en la memoria de análisis de impacto normativo que se acompaña al texto sometido a audiencia) y no incorporadas al actual borrador, en especial la relativa al ámbito de aplicación de la norma y su extensión al ámbito de las entidades locales. En la norma pueden convivir sin problema preceptos de aplicación básica a todos los sujetos obligados por la LTAIPBG y otros de aplicación únicamente a la Administración General del Estado. Creemos que de no hacerse así se pierde una oportunidad única de uniformizar aspectos que resultan realmente básicos y de interés para todas las administraciones de nuestro país, y se evita en aspectos trascendentales la disparidad de regímenes que puede conducir a la coexistencia de infinitas velocidades en una materia tan relevante como es la transparencia pública.

La disposición final tercer del real decreto por el que se aprobaría el reglamento de desarrollo solo establece el carácter de normativa básica de tres preceptos (arts. 12, 13 y 14), que se refieren única y exclusivamente a las obligaciones de publicidad activa de los sujetos enumerados en el art. 3 de la LTAIPBG. En este ámbito, en el que el posible desarrollo normativo local es más que estrecho por no decir inexistente (especialmente en lo que atañe a los sujetos mencionados en el párrafo a) de aquel precepto: sindicatos, partidos políticos y organizaciones empresariales), tal regulación aporta poco salvo para los cálculos de los umbrales a que se refiere el art. 13.

La ausencia de este carácter en preceptos que consideramos podrían tenerlo, deja a las entidades locales, especialmente aquellas radicadas en el territorio de comunidades autónomas que no han ejercido su competencia normativa de desarrollo de la LTAIPBG –como sería el caso de la Comunidad de Madrid-, huérfanas de una posible normativa básica de mayor detalle que la incluida en aquella ley que favorezca y permita un impulso mayor de la transparencia. El hecho de que las entidades locales puedan recurrir a su propia capacidad normativa para asumir el papel que otras administraciones dejan de acometer –la Ciudad de Madrid así lo ha hecho mediante su Ordenanza de Transparencia aprobada en julio de 2016 (OTCM, en adelante)-, no es incompatible con la ampliación del carácter básico de buena parte del contenido del reglamento.

Asimismo, esta Dirección General asume las observaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo de Acceso a la Información Pública de la Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP, del que forma parte y coordina.

SEGUNDA.- Por economía lingüística y simplificación, el apartado 2.2 podría referirse simplemente a los sujetos obligados del art. 2.1 de la LTAIPBG, ya que las administraciones públicas están también incluidas en dicho apartado (son los párrafos a) a d) del art. 2.1). Por otra parte, este apartado estaría incluido mejor en la disposición final tercera del real decreto, que es donde aparece la mención a qué preceptos tienen carácter básico. Separar ambas menciones dificulta la comprensión aunque sea en menor grado.

TERCERA.- Creemos que el art. 3 sobra, dado que en el capítulo II del reglamento ya se especifica en qué términos las obligaciones de publicidad activa se aplican a los sujetos del art. 3. Por economía lingüística y simplificación, podría obviarse.

CUARTA.- El último inciso del apartado 1 del art. 4 (“Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”) podría suprimirse para incluir la referencia a los adjudicatarios de los contratos en el apartado 2. No en vano, al inicio del apartado 2 se hace referencia, además de a los conciertos y otros instrumentos, a los “contratos”. Creemos que esta propuesta es mejor que la actual porque, aun siendo el inciso que hemos mencionado reproducción del inciso, también final, del art. 4 de la LTAIPBG, sigue generando una cierta confusión que ya ha sido aclarada en repetidas ocasiones por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, Consejo) y otros comisionados autonómicos.

A pesar de que podría interpretarse -como algunos pretendieron en los primeros tiempos de aplicación de la LTAIPBG- que esta obligación solo surge para los adjudicatarios de contratos si está expresamente comprendida en los pliegos de la contratación, aquellos órganos y algunas resoluciones judiciales ya han aclarado que esta obligación de suministro de información por parte de los adjudicatarios de contratos es indubitada y no depende de que exista o no una mención expresa a ella en la documentación contractual. Por este motivo, el ámbito de concreción que le quedaría a la documentación contractual es y debe ser únicamente la de detallar cómo debe darse cumplimiento a dicha obligación en el contexto particular de cada contrato, y eso es lo que creemos que debería decir el reglamento.

Por ello creemos que el apartado 2 del artículo se expresa mucho mejor que aquel inciso, aunque propondríamos cambiar el término “**obligaciones** mínimas de suministro” por la más afortunada “**condiciones** mínimas de suministro”, ya que la obligación es la que es: suministrar información pública.

En el apartado 3 b) no se entiende bien a qué sujetos se refiere el texto cuando se menciona al “organismo o entidad pública obligada”, ya que más adelante se refiere al “sujeto obligado”.

Si se está queriendo referir a algún tipo de sujeto de los mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo, no debería utilizar el calificativo “pública” puesto que ni las entidades concertadas, ni contratistas ni colaboradores en el ejercicio de potestades administrativas tienen tal naturaleza. Además de esto, y si la referencia se está queriendo hacer a ese tipo de entidades, no pueden tener el plazo de un mes desde que se les remite el requerimiento por el sujeto obligado. Entre varias razones, porque ese es el plazo que tiene el sujeto obligado para dar respuesta a la solicitud de acceso, plazo que ya estará discurriendo desde el registro de la solicitud y que no puede suspenderse por el hecho de haber efectuado el requerimiento de suministro de información ya que la LTAIPBG no contempla ese efecto suspensivo. Además, ese plazo para atender el requerimiento –de ser esto lo que se quiere decir- es exagerado teniendo en cuenta que lo que tiene que hacer el sujeto obligado es entregar la información requerida. Es al sujeto obligado al que corresponde, además de efectuar el requerimiento, llevar a cabo las audiencias que procedan –si es que proceden- al amparo del art. 19.3 de la ley y ponderar suficientemente los intereses afectados con carácter previo al dictado de la resolución.

Por el contrario, si la referencia al “organismo o entidad pública obligada” lo es al sujeto obligado de la LTAIPBG, el texto de dicho párrafo desde “y el organismo o entidad pública obligada (...)” sobraría.

Por último, el párrafo c) es redundante porque reproduce lo dispuesto en los arts. 5.3, 14 y 15 de la LTAIPBG y por economía y simplificación debería eliminarse, además de ir en contra de la regla 4 de las Directrices de Técnica Normativa. Lo mismo sucede con el art. 6 que, en parte, es redundante con este otro.

QUINTA.- El condicionamiento de la actualización de la información a “las posibilidades técnicas y los medios disponibles” que hace el art. 5.4 va en contra de lo dispuesto en el art. 10.1 y deja al capricho de cada sujeto obligado el cumplimiento o no de las obligaciones de publicidad activa, posibilitando un argumento absolutamente arbitrario para eludir la responsabilidad en caso de incumplimiento. Creemos que esa referencia debe suprimirse.

En su lugar, sugerimos incluir la referencia a la posibilidad de elaboración de catálogos de información pública donde se incluyan todas y cada una de las obligaciones de publicidad activa existentes para cada sujeto obligado con la referencia al órgano responsable y la frecuencia de actualización. A este respecto puede servir como experiencia la regulación de este tipo de instrumento en el art. 8 de la OTCM, y cuya utilidad ha sido totalmente positiva para poder llevar a cabo el control y verificación del cumplimiento de estas obligaciones.

SEXTA.- El apartado 1 del art. 7 es totalmente redundante con LTAIPBG. El apartado 2, aunque también lo es, tiene el valor de aclarar el conjunto de obligaciones para este tipo de sujeto obligado, dada la extraordinaria complejidad del ámbito subjetivo de aplicación de la ley en cuanto a las obligaciones de publicidad activa se refiere.

El apartado 8.1 creemos que también podría suprimirse ya que es parcialmente redundante con lo dispuesto en el art. 5.1 del borrador de reglamento.

SÉPTIMA.- En el apartado 2 del art. 10 se establece el mantenimiento obligatorio de la información relativa a los últimos 4 años. Creemos que el compromiso reglamentario es mínimo y debería ampliarse, dado que a menudo se necesita disponer de información relativa a un horizonte temporal mucho mayor para poder tener una visión más completa de la información (por ejemplo, en Madrid la información presupuestaria se ofrece desde 2011, y eso permite ver la evolución de los ingresos y gastos y de las políticas públicas). Creemos que este compromiso no debería ser costoso por cuanto estaremos hablando en la mayor parte de casos de información que ya ha estado publicada. El único inconveniente que podría haber es el técnico –por la capacidad de las herramientas técnicas de soportar un volumen mayor de información publicada-, pero no parece que este pueda llegar a ser un problema.

En el apartado 4 de este artículo, se debería prever la posibilidad de poder efectuar alegaciones desde el propio portal de transparencia.

En el apartado 6, además de prever la publicidad durante el primer trimestre del año con respecto a las retribuciones percibidas, se podría incluir la publicidad de las retribuciones que corresponde percibir en el año en curso. Como se trata de cantidades brutas y no se hace referencia a conceptos retributivos subjetivos (como la antigüedad), esto puede hacerse sin mayor problema y aporta mayor transparencia.

OCTAVA.- Se propone sustituir la referencia a “Administración estatal, autonómica o local” del párrafo b) del art. 13 por “sujetos obligados de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”. La referencia que actualmente existe parece limitada a los sujetos del art. 2.1 a) de la ley.

De la fórmula introductoria del art. 14 creemos que es mejor eliminar la referencia a “privadas”, ya que el título de la sección para referirse con esta denominación únicamente a las mencionadas en el art. 3 b) de la LTAPBG, y en este artículo hay referencias también a los sindicatos o partidos políticos.

NOVENA.- Creemos que sería conveniente que el reglamento despejase la duda sobre el encaje de las responsabilidades disciplinarias a que se refiere el art. 16 con las faltas o infracciones disciplinarias tipificadas en el título II de buen gobierno de la LTAIPBG. Nuestra opinión es que sí encajaría, pero ayudaría mucho que el reglamento, en su función de especificación a que se refiere el art. 27.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, lo dijera con claridad. Esto consideramos que es importante dado que en un buen número de casos los responsables de este incumplimiento lo serán altos cargos exentos de la responsabilidad disciplinaria propia de los empleados públicos.

Por otra parte, dudamos de que esta competencia atribuida aquí al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno aparezca enunciada entre las que le corresponden según el art. 3 de su estatuto aprobado por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre.

Por último, hay varias referencias a un “procedimiento” que deberá llevar a cabo el Consejo, cuya regulación se desconoce. Para garantizar su eficacia, el reglamento debería abordar su regulación, por muy escueto que sea aquel.

DÉCIMA.- La ampliación del plazo de asignación de la solicitud al órgano competente para resolverla debería seguir el mismo criterio adoptado en ocasiones parecidas en el borrador (ser la mitad del plazo inicialmente establecido -5 días- y no otro igual -10 días; véase, por ejemplo, el art. 19.1-).

En el apartado 3 del art. 19 existe una errata. Debería decirse “contactando con ella” en vez de “contactando con él”, ya que se refiere a la persona interesada.

Los apartados 2 y 3 del art. 21 pueden refundirse en uno solo, ya que el apartado 2 hace referencia al final al supuesto contemplado en el apartado 3. La redacción que sugerimos es la siguiente: “Cuando se inadmita una solicitud por referirse a información en curso de elaboración, se informará a la persona solicitante del plazo previsto de terminación y, en caso de tratarse de información que vaya a ser objeto de publicación de carácter general, deberá indicarse a la persona solicitante el plazo previsto para la publicación y el medio por el que podrá acceder a la información solicitada”.

DÉCIMOPRIMERA.- No se debería emplear el término “ex profeso” o “ad hoc” en el reglamento [art. 23.2 a)]. Mejor deberían sustituirse dichos términos por su significado en castellano: específico, concreto, especial, particular, etc. Por otra parte, estamos ante un supuesto de ejercicio del derecho de acceso para la obtención de algo que no es objeto suyo. Estaría ya dentro de lo mencionado en el art. 17.2 del borrador cuando se refiere a “consultas”.

En el párrafo b) se subsume en esta causa de inadmisión aquellos casos en los que la acción a realizar supone utilizar fuentes diferentes y dispersas "en el ámbito de ese órgano". Entendemos que lo que se quiere dar a entender es que dichas fuentes dependan o estén bajo el ámbito de actuación de otros órganos diferentes al del órgano competente para resolver la solicitud de acceso. Si es así, debería expresarse con más claridad, dado que puede generar equívocos.

En cuanto al art. 24 creemos que podría suprimirse por economía y simplificación debería eliminarse (es reproducción del art. 18.1 d) y 18.2 de la LTAIPBG), además de ir en contra de la regla 4 de las Directrices de Técnica Normativa.

DÉCIMOSEGUNDA.- El apartado 1 del artículo 25 debería hacer referencia a resolución o resoluciones y no a respuesta o respuestas. En cualquier caso, la referencia a dichas resoluciones deberá hacerse con respeto a la normativa de protección de datos personales.

En el párrafo a) del apartado 2 debe eliminarse la tilde de la conjunción "o".

En el párrafo e) del apartado 2, hay una referencia a que se considerará repetitiva la resolución al solicitante de acceso cuando se le dice que es imposible darle respuesta, bien por el contenido o por razones de competencia. Pues bien, además de considerar que en este caso no estamos ante un tipo de solicitud repetitiva, reiteramos que no se trata en este caso de una causa de inadmisión contemplada en la LTAIPBG. Tanto si se trata de un supuesto de inexistencia de información solicitada, como de falta de competencia para resolver, de falta de objeto apropiado para el ejercicio del derecho de acceso, etc., no nos hallamos en ningún caso ante un presupuesto de hecho que justifique la aplicación de esta causa de inadmisión cuyos contornos y contenido desconocemos.

En el apartado 3, párrafo a), se podría contemplar la posibilidad de acordar, en su caso, la acumulación de procedimientos si se dieran los elementos que exige la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Y en el párrafo b) de ese mismo apartado se debería sustituir el empleo del término "reiterativa" por "repetitiva", que es el término que emplea la LTAIPBG.

El párrafo b) del art. 26.3 del borrador creemos describe un supuesto de hecho que no encaja correctamente en el de solicitudes abusivas no justificadas con la finalidad de la ley. Ya se ha hecho referencia en este informe a supuestos en los que el objeto de la solicitud puede no encajar en el que "por naturaleza" corresponde al derecho de acceso, pero no por ese motivo tiene que merecer la solicitud la calificación de abusiva (cuando lo que se pide es información no existente, se solicita la realización de una actuación material, información administrativa, etc.). Tal vez se debería

describir un supuesto de inadmisión que se refiera con carácter general a ese tipo de solicitudes que recaen sobre objetos que no tienen encaje en este derecho. No supone la creación de una causa "ex novo" de inadmisión, sino una plasmación concreta de lo dispuesto en el art. 88.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (solicitudes manifiestamente carentes de fundamento).

DÉCIMOTERCERA.- Se propone la sustitución del término "criterios" por el más apropiado "límites" en el párrafo segundo del art. 27.3 del borrador. También se sugiere eliminar la tilde del adverbio "sólo" al inicio del art. 28.1.

En el art. 30.1 no se entiende que no se contemple la notificación preceptiva de la resolución de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a los terceros interesados a los que se les haya ofrecido el trámite de alegaciones del art. 19.3 y hayan comparecido, y qué decir tiene especialmente con aquellos que se hayan opuesto al acceso. No hacerlo –sin necesidad de que ellos manifiesten expresamente su deseo de ser notificados de la resolución que ponga fin al procedimiento de acceso- hará inviable la interposición de reclamación potestativa ante el Consejo u órgano equivalente autonómico, o de recurso contencioso-administrativo a que se refieren los arts. 22.2 y 23 de la LTAIPBG, generando indefensión. Creemos que este es un asunto de máxima relevancia.

En el art. 32.1 no se entiende la frecuencia semestral para la publicación de las resoluciones denegatorias de acceso por aplicación de los límites del art. 14 o el acceso parcial del art. 16. Creemos que estas resoluciones deben ser publicadas en el menor plazo posible sin esperar al transcurso de esos plazos que consideramos más que dilatados.

En el art. 34.1 creemos que existe un error al establecer que el plazo de impugnación frente a una resolución presunta (creemos que quiere decirse "expresa") se cuenta desde el día siguiente a la notificación del acto impugnado. La regla relativa a la impugnación de actos presuntos se recoge en el apartado 2 de este precepto.

DÉCIMOCUARTA.- Pensamos también que puede preverse en el art. 35 del borrador que, comprobado por el Consejo a la hora de resolver la reclamación en materia de acceso que la información solicitada ha sido suministrada al solicitante, la resolución que se dictará será la de archivo por desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento. Este es el efecto previsto en el art. 21.1 párrafo segundo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y es la resolución que se adopta por la mayor parte de los comisionados autonómicos con competencia en esta materia –no así, el Consejo estatal-.

Pensamos que jurídicamente la estimación por motivos formales no es la resolución que en estos casos debe dictarse, sin perjuicio de que el Consejo pueda hacer en los

fundamentos de la resolución de archivo un reproche al sujeto obligado por haber resuelto y formalizado la entrega de la información tardíamente. Creemos que ambas cosas son compatibles y justifican suficientemente que tal previsión tenga cabida en el borrador de reglamento que estamos observando.

Con respecto a lo que se establece en el art. 36.2 (las resoluciones se publicarán indicando si son firmes o no y si han sido objeto de recurso), hay que advertir que actualmente –al menos en lo que atañe al Consejo estatal- las resoluciones se están publicando a mes vencido, esto es, antes de que haya transcurrido el plazo ordinario de dos meses para recurrir en vía contencioso-administrativa la resolución del Consejo.

La rápida publicación de estas resoluciones que efectúa esta institución (que consideramos positiva a todas luces) haría imposible indicar si la resolución es o no firme por no haber transcurrido aún aquel plazo. Si esto no es posible, aún más lo será decir si se ha interpuesto recurso, ya que esta circunstancia se conocerá cuando se reciba en este órgano el oficio del juzgado o tribunal que corresponda reclamando el expediente administrativo.

Al hilo de esta observación, se sugiere que en algún momento se prevea –es probable que esto requiera una modificación a nivel legal- la obligación del recurrente de comunicar **inmediatamente** al sujeto obligado/autor de la resolución la interposición del recurso contencioso-administrativo, o hacer recaer esta obligación en el propio órgano judicial. Solo de esta manera se puede garantizar adecuadamente lo dispuesto en el art. 22.2 o facilitar la información al solicitante en cuanto se tenga constancia de que la resolución de la solicitud de acceso o de la reclamación potestativa no ha sido recurrida judicialmente.

DÉCIMOQUINTA.- Finalmente, se efectúan algunas observaciones de técnica normativa a título de ejemplo ya que contravienen en mayor o menor medida las directrices aprobadas por el Consejo de Ministros en su Acuerdo de 22 de julio de 2005:

- No reproducción de preceptos legales en las normas de desarrollo reglamentario (existen varas a lo largo del texto; un ejemplo sería el art. 28.4, que reproduce el art. 20.3 de la LTAIPBG).
- Economía de la cita (debe eliminarse la parte de texto en negrita de este tipo de expresiones “el artículo 2 **de este reglamento**”).
- Remisiones internas eliminando referencias “espaciales” (mejor “artículo 18” que “artículo anterior” o “apartado 2” en vez de “apartado anterior”, con el fin de evitar que futuras modificaciones puedan desvirtuar las remisiones – artículos 19.1 y 25.3-). En el apartado 3 del art. 7 debe eliminarse de la remisión interna “apartado 2 anterior” el término “anterior”, ya que aparte de

no añadir nada (el apartado 2 solo puede ser anterior), incide en el defecto antes advertido.

- Uso no permitido de sinónimos (uso del término “respuesta” en vez de “resolución”, por ejemplo).
- Estructura no adecuada del artículo (cardinales cuando deben ser párrafos enunciados con letras minúsculas –artículo 5-).

Es cuanto se informa.

Madrid, a 18 de marzo de 2019.

