

Alegaciones al 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 (versión 6-2-18) formuladas en el marco del Proyecto de Investigación DER-2017/88456-P “Observatorio de la Transparencia” por los profesores de la Universidad de Sevilla, profesores Emilio Guichot Reina (IP), Concepción Barrero Rodríguez y José Manuel Fernández Luque.

Nota: se formulan alegaciones siguiendo el modelo de las enmiendas (redacción propuesta por el Borrador, redacción propuesta por los alegantes y justificación) para facilitar la labor normativa.

Artículo 2.1.d)

Redacción del Borrador:

“Las autoridades administrativas independientes”

Propuesta de modificación:

“Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal”

JUSTIFICACIÓN

En coherencia con el alcance estatal del Real Decreto, y teniendo en cuenta que existe diversidad de autoridades administrativas independientes de ámbito autonómico.

Artículo 9.2

Redacción del Borrador:

“La información sobre los contratos de los órganos de contratación pertenecientes a la Administración General del Estado se enviará de oficio desde la Plataforma de Contratación del Sector Público al Portal de la Transparencia. El envío al Portal de la Transparencia desde la Plataforma de Contratación del Sector Público de la información sobre los contratos se realizará a petición del responsable de la entidad interesada a la Dirección General del Patrimonio del Estado.”

Propuesta de modificación:

“La información sobre los contratos de los órganos de contratación pertenecientes a la Administración General del Estado se enviará de oficio desde la Plataforma de Contratación del Sector Público al Portal de la Transparencia. El envío al Portal de la Transparencia desde la Plataforma de Contratación del Sector Público de la información sobre los contratos se realizará a petición del responsable de la entidad interesada a la Dirección General del Patrimonio del Estado, todo ello sin perjuicio de la publicidad adicional de los contratos menores prevista por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”.

JUSTIFICACIÓN

El artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG), exige a los sujetos obligados la publicación de todos los contratos sin excepción, incluidos los contratos menores.

Por otro lado, según el artículo 347.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante. A través de esos perfiles de contratante se publicará la información relativa a los contratos menores, si bien quedan exceptuados de la publicación aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores (artículo 63.4 LCSP).

Con la redacción propuesta del artículo 9.2 del Borrador de Reglamento, nos encontramos con que la información de los contratos menores inferiores a 5.000 euros nunca llegará al Portal de la Transparencia, ya que dicha información no requiere su publicación en el perfil de contratante (*ex* artículo 63.4 LCSP) y, en consecuencia, tampoco en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el cual es la fuente de información del citado Portal. Así pues, por una vía que podemos calificar de “tácita” y mediante una norma con rango reglamentario, se está modificando *de facto* el artículo 8.1.a) de la Ley estatal de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno de 2013, al excluir de publicación en transparencia los contratos menores inferiores a 5.000 euros.

No se olvide que, en estos contratos menores inferiores a 5.000 euros, suelen incluirse gastos de enorme importancia para el control de la acción pública, como traslados, comidas, viajes, combustible, atenciones protocolarias, mobiliario, material de oficina, pequeñas reformas, etc. Hurtar esta información a la sociedad envuelve con un tupido velo una zona que tradicionalmente ya ha estado cubierta de sombras en la contratación del sector público.

Consideramos que si se pretende que el Portal de la Transparencia no incluya la información de los contratos menores inferiores a 5.000 euros (haciendo así coincidir los requerimientos de transparencia de la LTAIBG con los de publicidad de la LCSP), debe procederse con carácter previo a la reforma del contenido del artículo 8.1 de la Ley 19/2013, pero no es posible la exclusión sin más de esta información del Portal de Transparencia, mediante un precepto reglamentario que aparentemente solo parece pretende establecer el circuito técnico de transmisión de la información, pero que realmente recorta los deberes de publicidad activa de los sujetos obligados.

Por último, debe decirse que, posiblemente por una deficiente redacción, parece que los dos diferentes apartados del precepto (separados por un punto, aunque seguido) se contradicen entre sí. Así, si la información a publicar se envía *de oficio* desde la Plataforma de Contratación del Sector Público al Portal de la Transparencia cuando se trata de contratos de la Administración General del Estado (AGE), debería aclararse que la petición de envío por parte del responsable de la entidad interesada solo es necesaria cuando el contrato no pertenece a la AGE. Esta aclaración no aparece, sin embargo, en el texto del precepto.

Artículo 10.4.g)

Redacción del Borrador:

“A los efectos del cumplimiento íntegro del derecho de acceso en favor de los interesados que lo solicitaran, se considerará que forma el expediente normativo a trasladar al solicitante, las versiones publicadas del proyecto normativo de conformidad con los apartados anteriores, su Memoria del análisis de impacto normativo, los informes y dictámenes recabados sean o no preceptivos y las aportaciones recibidas en los trámites de consulta o información pública, si hubieran tenido lugar.”

Propuesta de supresión

JUSTIFICACIÓN

El artículo 10.4 del Real Decreto regula la forma de publicidad activa de la información de relevancia jurídica. Sin embargo, en su letra g) se refiere al cumplimiento íntegro del derecho de acceso, lo que resulta del todo incoherente.

Artículo 10.4.g)

Redacción del Borrador:

“A los efectos del cumplimiento íntegro del derecho de acceso en favor de los interesados que lo solicitaran, se considerará que forma el expediente normativo a trasladar al solicitante, las versiones publicadas del proyecto normativo de conformidad con los apartados anteriores, su Memoria del análisis de impacto normativo, los informes y dictámenes recabados sean o no preceptivos y las aportaciones recibidas en los trámites de consulta o información pública, si hubieran tenido lugar.”

Propuesta de modificación:

“A los efectos del cumplimiento íntegro del derecho de acceso en favor de los interesados que lo solicitaran, se considerará que forma el expediente normativo a trasladar al solicitante, las versiones publicadas del proyecto normativo de conformidad con los apartados anteriores, su Memoria del análisis de impacto normativo, los informes y dictámenes recabados sean o no preceptivos y las aportaciones recibidas en los trámites de consulta o información pública, si hubieran tenido lugar, así como cualquier otra información obrante en el mismo que no tenga la naturaleza de información meramente auxiliar o de apoyo en el sentido establecido en el artículo 20 de este Real Decreto.”

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 10.4 del Real Decreto regula la forma de publicidad activa de la información de relevancia jurídica. Sin embargo, en su letra g) se refiere al cumplimiento íntegro del derecho de acceso, lo que resulta del todo incoherente. No obstante, si se quiere mantener, se recomienda su reubicación en sede de derecho de acceso, con una modificación. El precepto enumera, de forma taxativa, los documentos que forman parte de un expediente normativo a efectos del cumplimiento *íntegro* del derecho de acceso. O sea, según este apartado, si la Administración entrega esta documentación cumple ajustadamente con sus obligaciones de transparencia pasiva ante el solicitante. Sin embargo, entendemos que señalar expresa y taxativamente qué documentos forman el expediente normativo a efectos del derecho de acceso es hurtar a la ciudadanía todos aquellos antecedentes, documentos e información existentes en el expediente y que no estén en la relación del artículo 10.4.g) del Borrador de Reglamento. Entendemos que, con este tenor, los documentos que no formen parte de esta relación del artículo 10.4.g) pero que estén insertos en un concreto procedimiento normativo, solo se entregarán por la Administración si el solicitante los pide identificándolos expresamente y de forma indubitada, pero si este no conoce de su existencia, difícilmente los podrá requerir.

Artículo 10.6.a)

Redacción del Borrador:

“6. La publicación de los contratos y su estadística en el Portal de la Transparencia se realizará en los siguientes plazos: a. Con carácter general la publicidad de la información relativa a los contratos se realizará diariamente, una vez accesible la misma a través de la Plataforma de

Contratación del Sector Público, en el caso de los sujetos incluidos en el ámbito del Portal de la Transparencia.”

Propuesta de modificación:

“6. La publicación de los contratos y su estadística en el Portal de la Transparencia se realizará en los siguientes plazos: a. Con carácter general la publicidad de la información relativa a los contratos se realizará en el plazo de diez días hábiles desde que se dicte el acto o se formalice el contrato que debe ser publicado. Dicha información se actualizará diariamente, una vez accesible la misma a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, en el caso de los sujetos incluidos en el ámbito del Portal de la Transparencia.”

JUSTIFICACIÓN

El precepto reglamentario sigue sin solucionar uno de los principales problemas que dejó en su día la Ley 19/2013, el del plazo para la publicación. La redacción propuesta no establece un plazo a contar desde el día de la formalización o perfección del contrato, sino sólo un deber genérico de actualización diaria.

Artículo 11.2.f

Redacción del borrador:

“Las retribuciones anuales y en su caso las indemnizaciones percibidas con ocasión del abandono del cargo por sus máximos responsables”.

Propuesta de supresión

JUSTIFICACIÓN

No se trata de materia regulada por el Derecho Administrativo que es el criterio legalmente establecido en el artículo 2.1.e) de la Ley 19/2013 para la inclusión de las Corporaciones de Derecho Público en el ámbito de aplicación de la Ley. Así lo ha entendido el CTBG en sus Resoluciones 80/2016, de 30 de mayo, 81/2016, de 31 de mayo y 200/2017, de 26 de julio. Por ello, el Real Decreto se estaría excediendo de su capacidad normativa.

Artículo 14.2

“En el supuesto de que estos sujetos tengan la consideración de pequeñas y medianas empresas, de acuerdo con lo dispuesto en la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, se entenderá cumplida su obligación de publicar información a la que se refieren las letras a) a c) del artículo 8.1 de la Ley [de] 19/2013, de 9 de diciembre, cuando ésta se encuentre recogida en el Portal de la Transparencia. A estos efectos, aquellas PYMES que dispongan de páginas web corporativas, indicarán de manera precisa que dicha información se encuentra publicada en el Portal de la Transparencia, cuya dirección electrónica señalarán expresamente.”

Propuesta de supresión

JUSTIFICACIÓN

Este precepto va en contra de lo dispuesto por la Ley 19/2013 que establece la obligación de los sujetos que reciben más de 100. 000 euros anuales o más del 40% del total de los ingresos de fondos públicos publiquen ellos mismos la información, lo que se deduce claramente del artículo 3, en que figuran como obligados, el artículo 5.4, que obliga a publicar en la

correspondiente página web, y sólo dispone como excepción de posible utilización de medios administrativos para el cumplimiento el caso de las entidades sin ánimo de lucro con fines sociales o culturales y un presupuesto inferior a 50.000 euros anuales. Y del tenor literal del artículo 8.2 LTAIBG, que exige: “Los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.”

En estos casos, la Ley exige una doble publicación de los contratos, convenios, encomiendas (encargos), subvenciones y ayudas públicas: una en el Portal de la Transparencia y otra por parte de los sujetos privados obligados. De esa forma, la ciudadanía puede comprobar que los datos de las Administraciones públicas no son erróneos y que estas entidades privadas también cumplen con diligencia con sus obligaciones de publicidad activa.

Es más, a la vista de la fragmentación de los Portales de Transparencia en función del elevado número de Administraciones públicas, generalmente se hace muy complicado conocer los contratos, convenios y ayudas recibidos por una entidad privada en el conjunto de las Administraciones, de forma que el ciudadano solo puede obtener de la Administración una información fragmentada y, muy a menudo, mutilada. Acceder al portal de transparencia de la entidad privada permite así encontrar en una sola fuente toda la información con respecto a la relación de aquella con todas las Administraciones, de forma que en una única página web (la de la entidad privada obligada a la publicidad activa) encontraremos toda esa información en relación con el conjunto de los entes y órganos públicos con las que esa entidad contrate, convenie o tenga ayudas.

Aparte de que este precepto reglamentario supondrá un aumento exponencial de la dificultad para encontrar toda la información pública en relación con una concreta entidad privada obligada, debe señalarse que este apartado del Borrador acarrearía asimismo un drástico recorte de fuentes de acceso a la información pública, ya que más del 90% de las empresas españolas entran dentro del espectro subjetivo del artículo 10.4 del Borrador.

En resumen, exonerar a determinadas empresas de sus obligaciones de publicidad activa constituye una excepción *contra legem*, tanto de la letra de la LTAIBG como de su filosofía.

La condición, además, carece de sentido (“cuando ésta se encuentre recogida en el Portal de la Transparencia”, dado que por imperativo legal todos los contratos, convenios y subvenciones deben estar publicados en los Portales, de modo que no es en realidad una condición que pueda o no cumplirse, sino una exención general de una obligación legal introducida por un reglamento.

Olvida además que el cómputo al que se refiere el artículo 3.b) de la Ley 19/2013 se refiere al dinero recibido del conjunto de las Administraciones, por lo que, al eximir de la publicación en la web de la empresa, afecta a las obligaciones impuestas por las leyes autonómicas de transparencia, que, en cumplimiento de las bases estatales, imponen esta obligación de publicación directa en sus propias webs a estas entidades. Por ello mismo, carece de sentido poner como “condición” que la información esté publicada en “el” Portal de la Transparencia estatal, ya que excluye las ayudas autonómicas y locales, que habrán sido objeto de publicación en portales autonómicos y locales de las entidades de las que la empresa haya podido recibir subvención.

Artículo 16.2.a)

“La solicitud especificará la identidad del solicitante”

Propuesta de modificación:

“La solicitud especificará la identidad del solicitante sin que sea requisito la acreditación mediante certificado electrónico en caso de que la tramitación sea por vías telemáticas”.

JUSTIFICACIÓN

El artículo 17.2 de la Ley 19/2013 dice que “la solicitud podrá presentarse por cualquier medio que permita tener constancia de la identidad del solicitante”. Aunque la Ley habla sólo de “constancia”, la interpretación está siendo controvertida y dispar en las diferentes Administraciones, ya que en unos casos se exige la acreditación mediante certificados digitales (como en el caso de la AGE) y en otros no (por ejemplo, en el caso de la Administración de la Junta de Andalucía), y todas ellas operando con la misma dicción legal. Esta disparidad se debe a que en el primer caso se identifica “constancia” con “acreditación” de la identidad en los mismos términos exigidos por la normativa sobre procedimiento administrativo común para la iniciación por los interesados de procedimientos electrónicos ante la Administración; y en el segundo se considera que la mención a la constancia de la “identidad” tiene como único sentido el de posibilitar las comunicaciones personalizadas entre los sujetos obligados y el solicitante, bastando para ello con la mera mención al nombre y apellidos de las personas físicas o a la denominación de las personas jurídicas. En la lógica de la normativa de transparencia, en que se reconoce la titularidad del derecho a cualquier persona encaminado a posibilitar la participación ciudadana y el control del ejercicio del poder, sin necesidad de acreditar interés alguno ni motivar la solicitud, la exigencia de identificación del solicitante ha de leerse sólo como un medio para facilitar la recepción de las respuestas. Esta interpretación encuentra su apoyo tanto del Derecho internacional y comparado como del Derecho estatal. La actualmente llevada a cabo en el ámbito estatal, que exige requisitos de acreditación de la identidad en el caso de las solicitudes presentadas por vía electrónica, que nos convierte en una singularidad mundial, resulta discriminatoria, disuasoria y explica en buena medida el relativo fracaso. Ha sido criticada por el Defensor del Pueblo, por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y por diversas ONG y especialistas. Las exigencias de acreditación de la identidad establecidas en el Portal de Transparencia de la AGE y en diversos Portales de Transparencia autonómicos obvian el diferente sentido y ámbito de aplicación de la normativa sobre acceso a la información y sobre procedimiento administrativo en función de la exigencia o no de la condición de interesado. El artículo 9 LPAC regula los “sistemas de identificación de los interesados en el procedimiento”, disponiéndolo en términos de obligación para la Administración. Pero este precepto no es de aplicación a las solicitudes de acceso, que tienen una regulación propia en la LTAIBG que responde a una lógica diversa a la del “interesamiento”. La LTAIBG prescinde del concepto de “interesado” y establece una legitimación universal y por ello mismo no le es de aplicación un precepto referido a la acreditación de la identidad por los interesados. En todo caso, y para aclararlo, se propone una redacción inspirada en la Ley de Transparencia de la Comunidad Valenciana, que es desarrollo del precepto básico estatal y que, en la misma línea, puede llevarse a cabo como desarrollo reglamentario para el ámbito estatal. También cabría establecer, si se quiere, alternativas de acreditación: uso de certificado digital o aportación de copia del documento de identidad y/o consignación de datos personales –que pueden incluir el DNI y/o la fecha de nacimiento y/o la fecha de expiración del DNI, con autorización para la comprobación de los datos aportados (en el caso de personas físicas españolas).

Artículo 20.3

Propuesta de adición:

“En ningún caso se podrá justificar el carácter auxiliar o de apoyo de una información en el solo hecho de no formar parte de un expediente administrativo”

JUSTIFICACIÓN

Evitar una interpretación conjunta de los artículos 18.1.b) de la LTBG y 70.4 de la Ley 39/2015, del Procedimiento administrativo común, que lleve a la conclusión de que toda información auxiliar en aplicación de este último precepto por no formar parte de un expediente administrativo queda excluida del derecho de acceso a la información. La LTBG no circunscribe este derecho, a diferencia de lo que hacía la Ley 30/1992, a la información que forme parte de un procedimiento.

Artículo 24.3.1º

Redacción del Borrador:

“Se entiende que una solicitud no está justificada con la finalidad de la Ley cuando, entre otros supuestos: 1º. No tenga como resultado someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas, y así resulte de acuerdo con una ponderación razonada y objetiva.”

Propuesta de supresión

JUSTIFICACIÓN

El precepto reglamentario vulnera el artículo 17.3 LTAIBG, que señala: “El solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud.”

El interesado en el acceso, según señala la Ley, no está obligado a motivar su solicitud de acceso, ni a señalar a la Administración cuál va a ser el destino de la información solicitada, sin perjuicio de hacerse responsable de su utilización inadecuada. No puede solicitársele, pues, que justifique previamente que esa petición de información persigue un fin de control político. Tampoco es lícito que la Administración deniegue el acceso a la información con base en un análisis apriorístico de las finalidades que el ciudadano va a darle a dicha información una vez la tenga en su poder.

De la misma forma, el precepto reglamentario presupone que el derecho de acceso solo puede llevarse a cabo para “someter a escrutinio la acción de los responsables públicos, conocer cómo se toman las decisiones públicas, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan las instituciones públicas”. Sin embargo, no son estos los únicos motivos que pueden llevar a una persona a realizar una petición basada en el derecho de acceso, ya que esta puede desear conocer información pública para otras finalidades: por ejemplo, cuando la información afecte directamente a los derechos del solicitante; para una labor docente, investigadora o de estudio; con fines estadísticos; para comprobar el trato que se le concede a otras personas o colectivos; etc.

Limitar el acceso a demanda únicamente a los casos de control político es reducir este derecho, reconocido en el artículo 12 LTAIBG. La redacción, extraída del Preámbulo de la Ley, constituye más bien la expresión de la guía para ponderar el interés público superior al que

éste se refiere, pero nunca una causa de inadmisión, y es así como se maneja de forma constante por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Nueva disposición adicional. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

Propuesta de adición

“La supletoriedad a la que alude el apartado segundo de la Disposición Adicional primera de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno se extenderá, en todo caso, a la sustitución de los recursos administrativos por la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno prevista en su artículo 24”.

JUSTIFICACIÓN

La cuestión que ha suscitado mayor controversia en la aplicación de la Ley a nivel estatal y autonómico ha sido la competencia o no de los Consejos de Transparencia estatal y autonómicos para conocer de reclamaciones en materias con un régimen jurídico específico de acceso a la información. En particular, es el caso de la información ambiental, la destinada a la reutilización, la obrante en cualquier tipo de archivos, incluidos los históricos o la solicitada por los representantes políticos. Carece de todo sentido el que todas esas materias, en las que la especial necesidad e importancia del acceso a la información motivó el reconocimiento del derecho de acceso antes de la existencia de una normativa general, queden paradójicamente desprovistas de la garantía esencial de un recurso ante una Autoridad especializada e independiente, una vez creada la figura de los Consejos de Transparencia competentes para conocer reclamaciones sobre cualquier materia. El sentido de la supletoriedad en este ámbito es precisamente, con carácter principal, la extensión de esa garantía. Puesto que, pese a haber una base legal clara, la cuestión ha sido controvertida, el Real Decreto debería aprovechar para precisarlo.