

CONSIDERACIONES ESENCIALES RESPECTO A LA PONENCIA SOBRE LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA Y EL RÉGIMEN SANCIONADOR

A continuación se formulan nuestras principales consideraciones respecto a las propuestas concretas contenidas en la Sexta Ponencia del Subgrupo de trabajo para la reforma de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (“LT”), titulada “*Órganos de garantía (actuales artículos 23 y 24, Título III y Disposición adicional cuarta de la Ley) y, en su caso, régimen sancionador (sin equivalencia en la ley actual)*”, formulada por Joaquín Meseguer y Manuel Villoria.

Felicitemos en primer lugar a ambos ponentes por la calidad de su trabajo y de sus propuestas.

Los comentarios reflejados a continuación se formulan siguiendo el mismo orden de la Ponencia.

Comentarios generales

Asumimos que las propuestas concretas de redacción de preceptos serán posteriormente transformadas en recomendaciones más generales para los futuros redactores de la norma, de acuerdo con el criterio adoptado en el Subgrupo y para mayor homogeneidad del documento final. Desde esta perspectiva es desde la cual formulamos los siguientes comentarios.

Propuestas relativas a las infracciones

1º Consideramos que la previsión de consecuencias tan gravosas para los sujetos privados que afecten a su capacidad de ser adjudicatarios de contratos o beneficiarios de ayudas genera serias dudas desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, considerando el alcance de sus obligaciones en esta materia, como se señalará en los comentarios sobre la tipificación propuesta.

Cabe por ahora anticipar que este tipo de medidas se configuran como una *ultima ratio* ante los supuestos de incumplimientos normativos más graves que puedan poner en entredicho la integridad del operador económico, lo que *a priori* no parece casar bien con la imposición de similares prohibiciones por incumplimientos de obligaciones de publicidad activa, especialmente cuando la información va a ser también publicada por el órgano contratante o concedente de la ayuda en cuestión, quien también garantiza el cumplimiento de los objetivos de la LT.

2º Consideramos que la publicación -como medida accesoria- de las sanciones impuestas “*con independencia de su gravedad*” tampoco se adecúa al principio de proporcionalidad. Como ocurre en otros ámbitos, creemos que la gravedad de la infracción (e, incluso, otras circunstancias, como, por ejemplo, la reincidencia del infractor) debería ser tomada en consideración a la hora de valorar la conveniencia de la publicación de la sanción impuesta.

Y ello al margen de que (i) deba armonizarse esta regulación, pues se prevé como medida accesoria y también como medida sancionadora, por remisión el artículo 30

de la LT, para los sujetos del artículo 2.1, lo que tendría difícil encaje desde la perspectiva del principio de legalidad sancionadora y (ii) deberá aclararse que la publicación sólo podrá tener lugar respecto a sanciones firmes y una vez confirmado que no se ha acordado su suspensión cautelar en vía judicial.

- 3º Deberían aclararse las referencias a la aplicación de “*otro régimen de responsabilidad administrativa*”, que entendemos que se hace a la responsabilidad disciplinaria de los empleados al servicio de algunos de los sujetos del artículo 2 de la LT. En la medida en la que en el artículo C de la propuesta se contempla un régimen de responsabilidad individualizada en el que los sujetos responsables no son los obligados por la norma en el artículo 2, sino particularmente sus “*altos cargos y máximos responsables o asimilados*” y el “*personal a su servicio*”, debería aclararse este aspecto para evitar que se pudieran producir supuestos en los que se pudiera producir alguna vulneración del principio *non bis in ídem*, por aplicación de dos regímenes sancionadores distintos (el propuesto en la ponencia y el disciplinario) por los mismos hechos. En todo caso, conviene clarificar el “*juego*” entre ambos regímenes (artículos A y B), pues tal y como está actualmente configurado, parece que el régimen sancionador en materia de transparencia tendría un carácter subsidiario frente al disciplinario.
- 4º La referencia al “*personal a su servicio*” (de los sujetos obligados del artículo 2) es demasiado amplia, por lo que, en nuestra opinión, debería acotarse.
- 5º En lo que respecta al régimen de infracciones previsto para los sujetos privados, sin perjuicio de las apreciaciones generales que se expondrán posteriormente, consideramos que:
 - La infracción muy grave consistente en el incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa es más exigente que para las entidades del artículo 2.1, sin que ello parezca justificado (3 ocasiones en 3 años -artículo D.1.a)1ª- frente a 2 ocasiones en el mismo periodo -artículo D.2.a)1ª-).
 - Se contemplan infracciones relacionadas con los incumplimientos de requerimientos de información “*reclamada*” como consecuencia de una resolución del Consejo de Transparencia (artículo D.2.a)2ª), sin que se desprenda con claridad de la redacción de qué obligación en materia de acceso se deriva esta infracción (especialmente teniendo en cuenta que las entidades del artículo 3 no están sujetas a la regulación del derecho de acceso).
 - La exigencia del cumplimiento del principio de “*veracidad*” como conducta cuyo incumplimiento puede dar lugar a infracción requiere, por seguridad jurídica, que este principio haya sido definido previamente de manera clara y se haya delimitado adecuadamente su alcance (i.e.: se refiere a la integridad de la información o solo a la ausencia de falsedad o manipulación, etc.).
 - No parece razonable la calificación como grave de la falta de contestación al requerimiento de información (que parece derivada de lo previsto en el

artículo 4 LT), cuando no se habrá producido aún una resolución o intervención del Consejo de Transparencia.

- 6º En el cuadro de infracciones se prevé, tanto para sujetos del artículo 2.1 como para privados, la calificación como infracciones muy graves o graves del incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa o de suministro de la información pública en virtud de resolución firme en más de tres ocasiones en un determinado periodo (artículos D.1.a).1ª y D.1.b.1º).

Aunque somos conscientes de otros precedentes normativos que han seguido criterios similares a la hora de tipificar infracciones, a nosotros nos ofrece dudas de técnica sancionadora y de compatibilidad con el principio de *non bis in idem*. Y ello por cuanto podría generar situaciones en las que varias conductas idénticas fueran calificadas inicialmente como graves y, después, tras haber sido previamente sancionadas, sirvieran también para la imputación de la infracción muy grave (esto es, fueran utilizadas nuevamente para integrar un tipo infractor). Creemos que sería más riguroso desde la exigencia del citado principio considerar el incumplimiento cometido en el tercer año únicamente como un elemento de graduación (reincidencia) de forma que la tipificación de la infracción dependiera solamente de la conducta.

Por otro lado, en la medida en la que el régimen de responsabilidad establecido se individualiza en los altos cargos, responsables y personal de las entidades del artículo 2 (en lugar de en dichas entidades propiamente), nos genera dudas la atribución de la comisión de la infracción previa (al cargo o al sujeto obligado). Sería dudoso poder defender la existencia de esta reiteración en caso de que el alto cargo, responsable o empleado fuera reemplazado, puesto que el sujeto responsable divergiría.

En todo caso, consideramos necesario incluir una excepción o tratamiento diferenciado en caso de que el incumplimiento se refiera a la misma información. Imaginemos que un sujeto obligado no publica determinada información a la que venía obligado por publicidad activa y varios sujetos le reclaman al mismo tiempo finalizando tales reclamaciones en resoluciones firmes distintas. En este caso, un mismo incumplimiento podría considerarse, conforme al tipo, como una infracción muy grave al haber dado lugar a tres resoluciones diferentes. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, parece más apropiado que sólo puedan *acumularse* incumplimientos si éstos pueden individualizarse por ser materialmente distintos y no dependiendo de la conducta fomentada por terceros al reclamarlo.

- 7º También se prevé que determinadas infracciones se consideren muy graves o graves en caso de que se haya sancionado por resolución firme otra de la misma naturaleza en un determinado término (artículos D.1.a). 5ª, D.1.b). 11ª y D.2.a).4ª).

De nuevo creemos que lo más respetuoso con el principio *non bis in idem* sería considerar esta circunstancia como una agravante de reiteración que permita imponer la sanción correspondiente en un tramo superior en vez de, directamente, subir la infracción de grado.

- 8º Creemos que sería recomendable revisar la configuración de varias de las infracciones tipificadas, pues en algunos casos se utilizan conceptos jurídicos indeterminados demasiado amplios. Por ejemplo, se hace referencia a conceptos como “*relevante*” (artículo D.1.a.2º) -¿cómo se mide la relevancia?- o “*manifiestamente*” (artículo D.1.b.6º) cuya concreción va a depender necesariamente de la interpretación que en cada caso realice el órgano sancionador (¿qué es dificultar la comprensión *manifiestamente*? O se dificulta o no, pero creemos que va a ser difícil en la práctica poder aplicar este tipo de graduaciones).
- 9º Igualmente, se prevén infracciones como “*el retraso en el suministro de la información*” o el suministro en “*condiciones distintas*” (artículo D.2.c., apartados 2º y 3º, respectivamente) que, a nuestro juicio, sólo podrían considerarse infracción si no existiera justa causa para tales circunstancias, motivo por el que proponemos añadir la expresión “*siempre que no se encuentre justificado*” en tales tipos o, en el caso del “*retraso*”, se fije un plazo concreto (por ejemplo, mediante la siguiente formulación: “*el retraso en más de un mes en el suministro de la información*”).

Propuestas relativas a las sanciones

- 1º Aparte de lo ya expuesto sobre la imposición de sanciones a los altos cargos y máximos responsables, lo cierto es que nos suscita duda la remisión al artículo 30 de la LT (artículo E.1). Las previsiones sancionadoras en él contenidas -especialmente gravosas- se refieren a incumplimientos en materia de buen gobierno por las personas obligadas a su salvaguarda, respecto de obligaciones personales extremadamente importantes cuyo incumplimiento supone un gran perjuicio al interés general (i.e. obtener un beneficio indebido utilizando la condición de alto cargo o el acoso laboral). Creemos que, por estas diferencias, no se deberían equiparar estos incumplimientos a los incumplimientos en materia de transparencia.

Todo ello, al margen de que dicho régimen no resulta de aplicación a algunos de los sujetos obligados a la LT en virtud del artículo 2.1, lo que podría generar cierta disfunción normativa.

- 2º Respecto de las sanciones propuestas, son desproporcionadas las previstas para los sujetos privados en particular, tanto en lo que se refiere a las multas como las restantes sanciones, considerando la diversidad de entidades privadas que se encuentran sujetas a la norma.

Las sanciones relativas a la prohibición para contratar y la inhabilitación para recibir ayudas públicas para los sujetos privados creemos que deberían suprimirse, junto con las referencias a la posible resolución del contrato o reintegro de la ayuda. Sanciones de este carácter sólo se prevén y sólo deberían preverse respecto de incumplimientos muy graves (comisión de delitos especialmente graves, incumplimiento de obligaciones laborales o tributarias básicas) teniendo en cuenta el daño que supone para la libre competencia reducir el número de operadores que pueden concurrir a este tipo de procedimientos y que encuentran pocas similitudes a tales efectos con los que nos ocupan.

Al margen de lo anterior, se prevé la posibilidad de que, por infracciones muy graves, la prohibición de contratar alcance un plazo de hasta 5 años. Sin embargo, con la excepción de aquellos casos en los que la prohibición se declare mediante sentencia penal firme (supuesto que, por su gravedad, no puede asimilarse a los incumplimientos en materia de transparencia), el plazo máximo previsto en la normativa en materia de contratos del sector público es de 3 años.

En todo caso, si, pese a lo expuesto, se decidiera mantener estas sanciones, sería necesario aclarar, al igual que lo hace la normativa en materia de contratación pública, que la *“adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas”* impedirá la declaración de la prohibición de contratar correspondiente.

En definitiva, introducir este tipo de prohibiciones como medidas sancionadoras nos parece que puede resultar particularmente grave y peligroso, teniendo en cuenta, particularmente, que los sujetos del artículo 3 de la norma tienen un protagonismo secundario dentro del conjunto de los obligados por ella y, sin embargo, a nivel sancionador se prevé aplicarles las mismas sanciones o incluso más gravosas, lo que no parece proporcionado.

- 3º Algunos de los criterios de graduación previstos en la norma son demasiado genéricos y pueden dar lugar a dificultades e inseguridad jurídica a la hora de aplicarlos. Por ello, entendemos que la referencia al *“perjuicio para el interés público”* podría sustituirse por el *“perjuicio para el solicitante”*, así como suprimir *“la repercusión de la conducta en los ciudadanos”*, pues nos parece que valorar dicha repercusión es algo elevadamente subjetivo (y, por ello, menos propio de un ámbito sancionador).
- 4º Consideramos conveniente aclarar que las multas coercitivas sólo podrán imponerse cuando exista una resolución firme que determine el incumplimiento de la obligación y haya transcurrido el plazo prestablecido para facilitar o publicar la referida información.

Propuestas relativas al procedimiento

- 1º La posibilidad de ampliar el plazo para resolver el procedimiento está configurada de manera demasiado amplia. Creemos que debería indicarse que sólo cabrá dicha ampliación *“cuando la complejidad de la instrucción del procedimiento lo justifique y así se motive adecuadamente en la correspondiente resolución de ampliación de plazo”*.
- 2º Se prevé que el inicio del procedimiento sancionador será obligatorio para el órgano competente si es instado por el Consejo de Transparencia. No obstante, creemos que en un ámbito como el sancionador no debería introducirse como regla general la obligatoriedad del inicio del procedimiento de forma tan taxativa, sino que deberá ser el órgano competente quien decida si concurren o no las circunstancias para acordar tal inicio. No se debe vetar la posibilidad de que el órgano competente

acuerde realizar diligencias previas o decida no incoar el procedimiento en atención a las específicas circunstancias.

- 3º En el supuesto previsto en el apartado 5 del Artículo B, sobre entidades privadas obligadas a *suministrar* (quizás quiera decirse *publicar*) información por razón de las ayudas o subvenciones percibidas, no queda clara la competencia sancionadora pues, en ocasiones, podrán provenir de distintas entidades o Administraciones. Hay que tener en cuenta que no siempre los órganos contratantes o concedentes de las ayudas tienen que tener atribuidas competencias sancionadoras ni, tampoco, contar con ningún tipo de especialización en materia de transparencia. Si el objetivo es reforzar la transparencia, parece más razonable tratar de lograrlo con órganos de la máxima especialización, solvencia y conocimiento específico posible, y tratar de evitar una diseminación que lo dificulte. Y ello, al margen de las dificultades que la propuesta podría plantear desde la perspectiva de la seguridad jurídica.
- 4º En relación con lo anterior, nuestra propuesta en materia competencial y procedimental para los ponentes sería la siguiente:
- (i) Podría establecerse con carácter básico que todos los sujetos de ámbito estatal de los artículos 2 y 3 queden sujetos al control (y, en su caso, potestad sancionadora) del titular del Ministerio competente en esta materia o, preferiblemente, del Consejo de Transparencia, con el refuerzo regulatorio que se contiene en los siguientes apartados.
 - (ii) La única excepción a lo anterior serían los sujetos del apartado f) del artículo 2, que por su propia naturaleza y relevancia constitucional deberían prever sus propios mecanismos de control y sanción previos a la vía contencioso-administrativa.
 - (iii) En relación con los sujetos obligados que no tengan ámbito estatal, la norma debería limitarse a establecer los aspectos básicos que deberán ser regulados por la normativa autonómica correspondiente haciendo uso de sus propias competencias.

Propuestas relativas al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y otros aspectos

- 1º Nuestra propuesta, para su valoración por los ponentes, como se ha anticipado, es que para todo el ámbito estatal (con las excepciones antes señaladas), el control del cumplimiento de las obligaciones de transparencia (y, en consecuencia, las facultades sancionadoras) se centralice en un único órgano, que podría ser el titular del Ministerio competente en esta materia o -preferiblemente- el Consejo de Transparencia. Consideramos que esta centralización competencial en un órgano especializado en este ámbito redundará en un mejor ejercicio de las competencias de control y supervisión.

Entre las dos alternativas propuestas nos parece preferible la de la centralización de competencias en el Consejo de Transparencia, si bien ello debería ir acompañado

de un refuerzo de su independencia, con un estatuto de autonomía muy intenso que permita realizar un control efectivo e independiente respecto de la Administración General del Estado y, por supuesto, con medios y prerrogativas suficientes para ejercer sus funciones, al modo de las denominadas *Administraciones independientes*.

Somos conscientes de que una de las fórmulas típicas de garantía de la independencia de estas Administraciones consiste en su *adscripción* al Parlamento -tal y como, de hecho, se ha establecido en algunas Comunidades Autónomas para garantizar la independencia de los órganos de control en materia de transparencia-. No obstante, en este caso nos genera dudas la adscripción que se plantea del Consejo respecto del Congreso de los Diputados, pues el Congreso es también uno de los sujetos obligados por la LT. Por ello, cabría adoptar otras fórmulas como la atribución de un estatuto de independencia similar a lo que ocurre con los organismos independientes que ejercen funciones supervisoras o regulatorias (CNMC, AEPD, CNMV), opción que quizás resultaría preferible.

De hecho, aunque en el ámbito de la transparencia no se haya concluido con claridad que estemos ante la protección de derechos fundamentales que suele atribuirse a Administraciones de esta naturaleza (la citada AEPD, la Administración electoral, etc.), este es el modelo al que creemos que debe orientarse la norma.

Somos conscientes de que la independencia total o absoluta es difícil de lograr, pero debe avanzarse hacia un modelo que cumpla con el mayor nivel posible de autonomía.

- 2º En todo caso, creemos que podría ser recomendable un mayor detalle en la regulación sobre la naturaleza jurídica y régimen jurídico aplicable al Consejo conforme a la nueva regulación (contratación, patrimonio, etc.).
- 3º En relación con la elección del Presidente, sería conveniente incluir una cláusula que permitiera llegar a su elección en caso de que no se lograra una mayoría de tres quintas partes, por ejemplo, mediante una mayoría simple supletoria. En todo caso y para garantizar su independencia, debería impedirse de forma expresa su cese por parte de quien le nombra. También habría de preverse expresamente, como causa de cese, el fallecimiento.
- 4º Nos genera dudas la referencia a la "*incapacidad declarada por resolución judicial firme*". Quizás deba adaptarse a la nueva regulación y filosofía sobre capacidad de las personas a raíz de la reciente reforma operada mediante la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- 5º En la medida en la que no existe un criterio consolidado sobre la calificación del derecho de acceso como derecho fundamental, entendemos que no resulta procedente incluirlo dentro del ámbito de aplicación del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

- 6º Tampoco compartimos la idea de que el procedimiento administrativo o judicial correspondiente pueda verse sometido a plazos más reducidos en función de quién sea el sujeto solicitante de la información. A nuestro juicio, introduce una desigualdad entre los particulares que no se encuentra justificada por la posición concreta o la profesión que pueda tener cada uno de ellos.
- 7º Creemos que la regulación sobre reconocimientos y distintivos -cuya introducción en la norma nos parece una idea muy positiva- debería también prever la posibilidad de que tales reconocimientos y distintivos se otorguen por el Ministerio competente (o, en su caso, por el Consejo de Transparencia, opción que nos resulta preferente) a entidades privadas en los mismos términos que se prevé respecto de la Administración General del Estado.
