

Aportacions al Reglament LTC en el tràmit de consulta ciutadana

Aquestes aportacions les faig a partir d'una anàlisi ràpida que he fet del text sotmès a consulta. No hi he pogut dedicar més que unes poques hores el mateix vespre-nit del dia de tancament del termini, i per tant no tenen la profunditat que hauria volgut. Per això, alguna observació concreta no és fruit d'un criteri o idea que ja tingués assumida prèviament per l'estudi de la Llei 19/2014, sinó que m'ha sorgit arran de la lectura del Reglament proposat. Demano doncs disculpes si en algun cas faig alguna observació fora de lloc. En tot cas, si alguns dels suggeriments serveixen per millorar el reglament en algun punt i per ajudar a reforçar la transparència, ja em consideraré satisfet, perquè haurà servit d'alguna cosa.

Vull deixar constància que aquestes aportacions les faig a títol particular i per tant totalment desvinculades del parer que en el seu moment pugui expressar la institució en la qual presto serveis, parer que sens dubte estarà molt més treballat i fonamentat en dret.

En primer lloc faig uns suggeriments de caire general, i després em refereixo a qüestions concretes referents al redactat, seguint l'ordre de l'articulat.

Suggeriments generals.

Suggereixo valorar la possibilitat d'introduir els aspectes següents:

1) Precepte amb les definicions dels conceptes més utilitzats, en la qual es podrien reiterar (i precisar, si s'escau) les definicions previstes a l'art. 2 de la Llei 19/2014 (en endavant, LTC) i afegir-hi totes aquelles que sigui necessari.

2) Regulació dels termes en què s'hauria de dur a terme la coordinació prevista a la DA 6^a de la LTC, que fins ara ha tingut un funcionament més aviat escàs. No només seria interessant respecte la determinació precisa dels límits a la transparència, sinó també la qüestió relativa a la conservació de la informació, cosa que incideix també en les funcions que tenen encomandes les tres institucions allà previstes.

3) A l'últim, trobo a faltar mecanismes que reforcin el sistema de garanties en allò referent a la publicitat activa (en el cas del dret d'accés, el sistema funciona perfectament amb la GAIP). Entenc que hi ha poc marge perquè és un dels punts febles de la LTC -com evidencia el Síndic de Greuges en els seus informes anuals- i òbviament el Reglament no pot esmenar aquest defecte, però potser a partir de les previsions de la LTC es podria introduir alguna mesura per reforçar les garanties de publicitat activa. I és que el temps d'aplicació evidencia la fragilitat d'un sistema en què, majoritàriament, la potestat sancionadora correspon exercir-la a l'organisme infractor. A tall d'exemple, em pregunto si seria possible introduir un sistema en què a partir de l'alerta ciutadana o detecció d'un dels organismes de supervisió davant un incompliment flagrant dels deures de publicitat activa, es pogués articular un sistema que permetés requerir a aquesta entitat per tal que hi donés compliment. No estic pensant en una acció de naturalesa sancionadora, sinó d'adequació a la legalitat.

Una altra opció seria introduir algun mecanisme que permetés reforçar l'aplicabilitat del previst a l'art. 85.3 LTC, és a dir la denúncia que, segons indica aquest precepte legal, si presenta indicis mínimament consistents o creïbles, hauria de propiciar la incoació del procediment sancionador.

Suggeriments a l'articulat.

Article 4. Subjectes obligats al subministrament d'informació.

En la lletra d) es fa referència a les persones que presten serveis d'interès general o universal, entesos com els de serveis d'interès econòmic general. Entenc que es podria fer una concreció més precisa, encara que fos en forma de llista oberta. Alternativament, també es podria fer en la llista de definicions que he suggerit en les qüestions generals.

Article 8. Concepte retribucions càrrecs directius i òrgans de direcció.

Es relaciona amb els art. 3.2 i 15.2 LTC, respecte als quals semblaria necessari especificar en el reglament si l'obligació de facilitar la informació a l'Administració corresponent, implica la seva divulgació, com es podria inferir de l'art. 15.2 LTC, en què indica expressament "a l'efecte de fer-les públiques".

Article 9. Obligacions generals i forma de publicació.

En el 9.1 quan es remet als terminis específics que estableixi aquest Reglament, entenc que caldria afegir "o altres normes".

En el 9.3 s'imposa l'obligació general de publicar la informació "un mínim de cinc anys". En els primers anys de LTC això no genera problemàtica, però d'aquí uns anys podria comportar la pràctica d'anar acumulant indefinidament i no retirar informació del Portal, el que aniria en detriment de la transparència per propiciar el que s'ha denominat, "infoxicació", de manera que en mantenir tanta informació es dificultaria l'accés a la informació que realment cal oferir de manera clara. Així mateix, des d'una perspectiva de la normativa de protecció de dades (RGPD), si la informació conté dades personals, podria anar en contra del principi de limitació del termini de conservació i/o de minimització (art. 5 RGPD).

En el 9.5, on diu "En cas que no es disposi o no es generi determinada informació (...)", caldria afegir "de publicitat obligatòria" abans del que segueix.

Article 10. Organització institucional...

En el punt 10.2, al final on diu "identificació del nom" caldria afegir "i cognoms" (com es fa en altres parts del Reglament). I tot seguit, on diu "correu electrònic de la unitat", suggereixo canviar-ho per "correu electrònic de contacte", ja que no necessàriament hauria de ser un correu genèric sinó que és possible indicar el correu corporatiu de la persona empleada identificada.

Article 11. Informació relativa a funció pública.

En aquest article suggereixo afegir alguna concreció sobre la previsió de l'art. 9.1.g) LTC (processos de formació i promoció), que ha generat molta controvèrsia i respecte el qual no sembla haver-hi una interpretació uniforme en totes les entitats obligades.

En l'art. 9.4 es preveu la publicació del "l·listat anonimitzat d'admesos i exclosos". Entenc que caldria precisar que tal obligació d'anonimitzar, no exigeix del deure de publicar el l·listat amb identificació dels participants, si així ho exigeix la normativa de funció pública aplicable, com és habitual en els processos selectius ordinaris.

Article 12. Informació relativa als alts càrrecs...

El 12.1 preveu la publicació de manera "nominativa". Suggereixo concretar que cal fer-ho amb "nom i cognoms", per evitar confusions i que en algun cas es pugui malinterpretar i utilitzar una dada identificativa (ex. DNI), però que en realitat dificultaria la identificació de l'alt càrrec per part de la ciutadania.

L'art. 12.3 es vincula a l'art. 11.1.d) LTC (resolucions sobre declaracions d'activitats... d'alts càrrecs), i a partir d'aquí sembla que l'art. 12.5 es vinculi també a aquest precepte d'activitats i béns; però potser caldria vincular-lo també a l'art. 11.1.b) LTC (retribucions, activitats i béns...). També sobre el 12.5, no estaria de més reiterar aquí la prohibició d'identificació els immobles, tal com imposa la LTC.

Article 13. Informació relativa als empleats públics.

En l'art. 13.4 es refereix a les autoritzacions de compatibilitat contingudes a l'art. 13.3. En començar l'apartat següent (art. 13.4) dient "Aquesta informació", podria generar el dubte de si es refereix només a la prevista a l'art. 13.3 -com és el cas- i per tant seria millor afegir el que ara està en l'art. 13.4 com a darrer paràgraf del 13.3. Quant al que es preveu, es diu que ha d'estar actualitzada i en tot cas cal publicar-la en els dos mesos des que s'ha dictat la resolució (de compatibilitat). Entenc que caldria també afegir la previsió sobre el termini en què es manté, precisant que cal que estigui

publicada mentre l'autorització desplegui els seus efectes, de manera que no procediria mantenir-la un cop finalitzada la vigència.

Article 14. Decisions i actuacions de rellevància jurídica.

Com que desenvolupa l'art. 10 LTC, semblaria més adequat posar aquest article al davant dels preceptes reglamentaris que desenvolupen l'art. 11 LTC.

L'art. 14.1 concreta quines consultes tindrien la "incidència especial" prevista a la LTC. Al respecte, seria convenient encaixar la definició que faci el reglament en la previsió de l'art. 7.a) LTE, que té caràcter bàsic i sembla més àmplia que la que feia la LTC, de manera que en aquest punt la LTC podria restringir els mínims de publicitat activa fixats per la legislació bàsica, el que obligaria a aplicar aquesta.

L'art. 14.2 al final es refereix a procediments "a instància dels ciutadans". En consonància amb la terminologia utilitzada pe la legislació de procediment administratiu, i en particular per l'art. 24 LPAC, seria aconsellable canviar aquesta menció per "a instància de l'interessat".

L'art. 14.3 en la part final es refereix a uns supòsits que "En tot cas" cal publicar. Entenc que amb aquest "En tot cas" es vol precisar que no exclou altres supòsits, però podria generar confusió, i d'entendre's que només cal publicar en els casos previstos al reglament (boscos, costes...), el que comportaria una restricció al previst a l'article equivalent de la LTC, que sembla obligar també a publicar el cas d'ocupacions de la via pública per part de terrasses de bar, per exemple.

L'art. 14.4 em pregunto si no hauria d'incloure també la menció a l'urbanisme.

En l'art. 14.5 suggereixo revisar el redactat perquè em sembla confús. Entenc que sobretot el que cal publicar no és l'acte revisat (que ha deixat d'existir) si no l'acte pel qual precisament s'ha revisat l'anterior, és a dir el que declara la nul·litat d'un acte anterior, i em pregunto si no caldria afegir els que declaren també la lesivitat. Així mateix, incloure la publicació dels actes "revisats per l'estimació d'un recurs administratiu" podria implicar publicar centenars o milers d'actes que no sembla tinguin un interès rellevant (exemple trànsit, etc.).

Article 15. Procediments normatius en curs d'elaboració.

Atès que també desenvolupa l'art. 10 LTC, suggereixo avançar-lo igualment per seguir un ordre equivalent al de la LTC.

Article 20. Estudis, informes i dictàmens.

Aquest precepte desenvolupa l'art. 8.1.h) LTC, si bé està directament vinculat a la matèria de contractació, atès que precisa que la publicació es refereix als informes, estudis i dictàmens "que s'hagin contractat". Doncs bé, l'art. 20.3 preveu la publicació, excepte que pugui comportar un perjudici per a algun dels límits de l'art. 21 LTC. Entenc que aquesta referència a límits hauria d'incloure també la de dades personals dels art. 23 i 24 LTC; o potser seria millor referir-se als límits previstos a l'art. 7.1 LTC, que de forma explícita determina les limitacions a les obligacions de transparència, mitjançant remissió a les previstes per al dret d'accés.

Article 21. Activitat subvencional.

En l'art. 21.3 es preveu la comunicació de les retribucions dels òrgans de direcció de les persones jurídiques subvencionades en determinades quantitats. Al respecte, em remeto al que he suggerit en comentar l'art. 8 del Reglament.

Article 22. Publicació d'informació pública més demanada.

L'art. 22.1 disposa que s'entén que una informació "és sol·licitada de manera freqüent quan el volum de sol·licituds és elevat i constant al llarg del temps, o bé quan es produeixen, com a mínim, tres sol·licituds en un període de tres anys". Amb la fórmula de "o bé", sembla que es volen delimitar dos supòsits diferents en què concorreria la freqüència exigida. Però no queda clar si després de "o bé" s'introdueix una segona alternativa, o es precisa la primera amb una quantificació concreta. De perseguir-se això últim, entenc que no procediria el "o bé".

Article 28. Identitat de la persona sol·licitant d'informació.

En aquest precepte s'estableix la necessitat de signatura o mecanismes d'identificació, i en el 28.4 es disposa que "En qualsevol moment" es podrà requerir l'acreditació de la identificació. Entenc que això es pot fer en la fase d'inici del procediment, és a dir en rebre la sol·licitud, respecte la qual pertocaria el requeriment d'esmena corresponent. Però em genera dubtes que un cop admesa i iniciada la instrucció (audiència, etc.) es pugui després ("en qualsevol moment") exigir la identificació.

Article 30. Notificació de la recepció de la sol·licitud.

Aquest precepte desenvolupa el previst a l'art. 27.5 LTC, que ve a reproduir l'obligació imposada per l'art. 21.4 LPAC. En aquest desenvolupament es concreta el termini en què cal notificar la recepció, que es fixa en 5 dies des de la recepció per part de la unitat d'informació, menció aquesta última que em genera dubtes, ja que a efectes del còmput del procediment el dies a què és el d'entrada al registre de l'òrgan competent (art. 33 LTC i 21.3 LPAC). Semblaria més adequat seguir la sistemàtica d'aquest darrer precepte, pel seu caràcter de bàsic, que es refereix a "la data en què la sol·licitud hagi tingut entrada al registre electrònic de l'Administració o organisme competent per a la seva tramitació".

D'altra banda, el reglament no preveu concretar el contingut de la notificació de recepció, ja que es limita a remetre's a l'art. 27.5 LTC. El problema és que l'art. 27.5 reproduïx la informació que l'art. 21.4 LPAC exigeix comunicar, però omet la informació sobre "els efectes que pugui produir el silenci administratiu", exigida per la legislació bàsica de procediment. Admeto que potser la LTC no va incloure aquesta informació de manera deliberada, davant la dificultat d'informar sobre si pertocaria el silenci estimatori o desestimatori, qüestió que òbviament en molts casos no es pot determinar d'antuvi. Al meu entendre, però, aquesta dificultat no justifica ometre aquesta informació obligatòria, de manera que s'hauria de facilitar, per exemple amb una fórmula com aquesta: "En cas que no es notifiqui la resolució en el termini màxim indicat, podreu entendre estimada la sol·licitud d'accés, llevat que una norma amb rang de llei... (art. 35.1 LTC) o si concorre algun dels límits establerts per la LTC (art. 35.2 LTC)". És més, a la informació sobre el sentit del silenci caldria afegir també la informació sobre els mecanismes d'impugnació davant aquest silenci, és a dir la reclamació davant la GAIP, reposició i contencions. I és que el concepte de "efectes del silenci" no es refereix només al seu sentit, sinó també a les conseqüències que comporta, com és obrir la possibilitat d'interposar recursos. Així ho declarà el TC en l'STC 14/2006.

Article 31. Esmena de sol·licituds.

En aquest precepte es reproduïx la previsió de l'art. 26 LTC, conforme en el requeriment d'esmena cal advertir que si no es compleix, es té per desistit "i s'ha d'arxivar l'expedient", cosa que pot portar a pensar que s'arxiva sense més, quan en realitat, conforme a la legislació bàsica de procediment, procediria dictar la resolució en la que es declarés el desistiment, que caldria notificar a la persona interessada. Certament el precepte reglamentari només es refereix al requeriment, però potser no estaria de més precisar com s'hauria d'actuar en cas de no esmenar-lo.

Article 32. Acumulació de sol·licituds.

En l'art. 32.1, diria que entenc la finalitat que sembla perseguir-se, però almenys a mi m'ha costat d'entendre'l, i per això suggereixo revisar-lo per aclarir la redacció.

Article 33. Règim d'accés especial.

L'art. 33.3 precisa la competència de la GAIP per resoldre reclamacions d'accés amb un règim específic (DA 1.2), tret que aquest estableixi un altre sistema. Suggerixo afegir expressament el supòsit admès per la GAIP de les sol·licituds d'accés dels interessats als procediments en tràmit en què tenen tal condició, que en realitat no està inclòs en la DA 1.2 a la que es refereix el precepte reglamentari, sinó a la DA 1.1.

Article 38. Límits.

L'art. 38.1 imposa, per al cas de desestimacions d'accés per l'aplicació de límits, l'obligació d'indicar el moment a partir del qual s'aixecaria el límit. Potser en aquest punt es podria fer una menció a les TAAD aplicables, encara que tinguin només una funció orientativa. Com és sabut, les TAAD (publicades al web del Departament de Cultura) fixen el termini de conservació de la informació, el

règim d'accés (orientativament) i la vigència temporal de l'eventual límit, en cas de conservació permanent.

L'art. 38.2, als efectes del límit de l'art. 21.1.b) LTC precisa que entraria en joc tal limitació quan pugui "obstaculitzar" una investigació. Penso que el mot obstaculitzar és massa exigent, ja que podria estar justificada la denegació si el que provoca l'accés és "dificultar" o "interferir" una investigació, encara que no arribi a "obstaculitzar", ja que el fet de dificultar ja perjudica. I el mateix apartat continua amb menció a "delinqüents o els infractors", mots que suggereixo substituir per "persones investigades", o en el seu cas, afegir-hi al davant el "presumpte".

L'art. 38.3 es refereix al límit de l'art. 21.1.d) LTC, i precisa quan es perjudicaria el principi d'igualtat de les parts. Trobo encertada la precisió que es fa en el 2n incís de l'apartat, però per evitar que pogués presentar-se un cas diferent i no previst, seria adequat introduir-hi el corresponent "entre d'altres".

Article 39. Protecció de dades personals.

En aquest precepte suggereixo afegir una qüestió no prevista i que en ocasions em consta ha plantejat algun dubte, com és la qüestió de qui ha d'acreditar la mort -o la data de la mort- de la persona de qui consten dades en la informació sol·licitada, tenint en compte l'aplicabilitat a les sol·licituds d'accés a informació, del termini de 25 anys a partir de la data de la mort previst a l'art. 36 Llei 10/2001. Atès que la GAIP s'ha pronunciat al respecte, entenc que procediria introduir el criteri de la GAIP.

L'art. 39.1 ve a concretar les dades i col·lectius afectats per l'art. 24.1 LTC, i es restringeix a les dades identificatives dels empleats públics la previsió en la que la regla general seria l'accés, tret de casos excepcionals (ja siguin per raons individuals o per a determinats col·lectius necessitats d'una protecció superior). Al meu entendre, caldria ampliar l'abast de col·lectius inclosos en aquesta precisió que es fa de l'art. 24.1 LTC, en concret incorporar també el personal d'entitats que presten serveis públics o exerceixen potestats administratives i/o funcions públiques. I és que en moltes ocasions, en l'elaboració de la informació pública no hi participen només empleats públics, sinó que hi intervé també personal d'entitats privades que col·laboren amb l'administració, respecte les quals sembla també s'hauria d'aplicar el mateix règim general favorable a l'accés.

I sobre aquest mateix precepte, entenc que seria necessari també precisar que procedeix igualment el tràmit d'audiència de l'art. 31 LTC, i això perquè l'art. 24.1 LTC preveu la possibilitat que en algun cas excepcional, prevalgui la protecció de dades o altres constitucionalment protegits dels afectats, els quals potser no es podrien fer valer si els afectats no tenen oportunitat d'invocar-los. Ara bé, tenint en compte que la necessitat de donar audiència en cada sol·licitud podria ocasionar distorsió, al tractar-se d'empleats o persones vinculades a l'Administració podria preveure l'opció de fer una mena d'audiència generalitzada i prèvia, a fi de permetre a qui està en una situació excepcional (víctima de violència de gènere, etc.) invocar tal circumstància.

A l'últim, proposo valorar la possibilitat de precisar l'abast de l'art. 24.3 LTC, el qual es remet a la legislació de protecció de dades si la informació sol·licitada es refereix només a dades personals del sol·licitant. En aquest cas, la sol·licitud s'ha de tramitar conforme a l'RGPD. Al meu entendre, i seguint les consideracions i exemples que posa l'RGPD, estaríem davant de casos en què la finalitat del sol·licitant és accedir a informació seva (la seva història clínica, el seu examen fet en unes oposicions amb les qualificacions del tribunal, dades tributàries seves, etc.). És a dir, són casos en què la finalitat de la pretensió d'accés, clarament no és la perseguida per la transparència (permetre la fiscalització dels governants), sinó exercir un control sobre informació relativa a la seva persona. I val a dir que el fet que en aquesta informació hi puguin constar dades de tercers (com passa habitualment en el cas d'accés a la història clínica on consten dades dels professionals sanitaris), no evita que es mantingui la consideració de dret d'accés regulat per l'RGPD.

Article 40. Resolució i comunicació substitutòria de la resolució.

L'art. 40.1 determina que als efectes de l'art. 32.a) LTC, "s'entén per òrgan superior jeràrquic aquell que tingui rang mínim de director general o assimilat". Per evitar haver d'acudir necessàriament a

l'art. 32.a) LTC, suggereixo el redactat següent: "s'entén per òrgan superior jeràrquic dels serveis o les unitats que disposen de la informació, aquell que tingui rang mínim de director general o assimilat".

L'art. 40.2.a) preveu la inclusió d'un avís legal que obligui a respectar la normativa de protecció de dades, cosa que considero molt encertada i va en la línia del previst a l'art. 15.5 LTE. En tot cas, suggereixo precisar que tal avís seria obligat només quan la informació facilitada inclou dades personals.

L'art. 40.2.c) es refereix al peu de recurs a incloure en la resolució. Suggereixo afegir, a banda de la informació que ja consta sobre la possible acció, la indicació sobre els terminis, etc, tal com exigeix la legislació de procediment administratiu.

A l'últim, respecte l'art. 40.5 el que faig no és un suggeriment, sinó que em veig obligat a fer notar la presència de dos errors que caldria corregir, sobretot el segon. Es refereix el precepte al supòsit en què no s'ha resolt la sol·licitud en termini, i s'indica que el silenci "és estimatori, llevat que concorri algun límit dels establerts a la Llei 19/2014", però no s'inclou l'altra excepció prevista a l'art. 35.1 LTC, relativa al cas en què una norma amb rang de llei hagi previst silenci desestimatori.

I en segon lloc, a continuació s'indica que "En aquest cas, l'òrgan competent per resoldre només podrà dictar una resolució denegatòria de l'accés a la informació". Sobre aquest incís, la menció que fa al deure de dictar resolució expressa desestimatoria, em fa pensar que quan es diu "En aquest cas" es refereix al cas citat en l'incís final de l'excepció -o excepcions- de silenci desestimatori. De ser així, en cap cas procedeix imposar la resolució desestimatoria. No només perquè el silenci desestimatori no vincula el sentit de la resolució expressa extemporània, sinó perquè seria força habitual la concurrència d'un límit en la informació que en principi impedis entendre estimada per silenci la sol·licitud, però això no evitaria que un cop feta la ponderació i audiència -en la que inclús l'afectat tercer podria consentir l'accés- s'optés doncs per estimar la sol·licitud d'accés, per fer prevaldre aquest dret per sobre dels relatius als límits. De totes maneres, no descarto que el problema sigui un error de redactat, de manera que on s'ha dit que només es podrà dictar resolució "denegatòria", es volia dir "estimatoria", de manera que la menció de "En aquest cas" no es referia a l'excepció de l'incís final, sinó a la regla general del silenci estimatori. Sigui com sigui, entenc que cal revisar aquest apartat.

Justament quan anava a presentar aquest document a través del web, he tingut coneixement de la STC recentíssima (4/10/2018) en la que declara inconstitucional el silenci estimatori previst a les lleis autonòmiques de transparència. Així doncs, caldrà tenir en compte aquesta circumstància en el Reglament, no només en aquest precepte aquí comentat.

18 d'octubre de 2018

Carles San José i Amat