

EAPC - Gestió de la informació: transparència i protecció de dades



Sistema de garanties de la legislació de transparència (part II)

09-12-2020

Es pot sancionar a qui vulnera la legislació de transparència?

Si ens atenem al que disposa la Llei 19/2014, la resposta és clara i contundent: **sí**.

Però si, en lloc d'atenir-nos al que disposa la Llei, ens basem en el que en realitat ha succeït durant els primers cinc anys de vigència, la resposta a la pregunta inicial també és clara i contundent: **no**.

En l'[apunt anterior](#) explicava el sistema de garanties de la legislació de transparència, sobretot respecte dels possibles incompliments de les obligacions de publicitat activa. Així, en aquell apunt explicava que si un subjecte obligat a tenir portal de la transparència no publica la informació a la qual està obligat, la Llei estableix un sistema de garanties complex i fragmentat, que comprèn els mecanismes següents: a) un règim administratiu de recursos i reclamacions; b) la intervenció del Síndic de Greuges i de l'Oficina Antifrau de Catalunya; c) un procediment d'avaluació externa que la Llei encomana al Síndic de Greuges, i d) un règim sancionador. Als tres primers mecanismes de garantia m'hi vaig referir en l'apunt anterior, i aquest el dedicaré en exclusiva al règim sancionador.

Primerament faré un recorregut per les determinacions de la Llei sobre el règim sancionador, i després em centraré en les debilitats d'aquest mecanisme de garantia, que n'han comportat la ineficàcia.

Règim sancionador

Com avançava en l'apunt anterior, la regulació del règim sancionador que conté la Llei 19/2014 és extensa, completa i minuciosa. La trobem en el capítol II del títol VII, integrat per 15 articles, del 76 al 90.

L'article 76 conté uns principis generals, en els quals s'exposa que l'incompliment de la Llei comporta l'aplicació del règim sancionador. Aquest règim, però, no s'aplica si els fets poden ser constitutius d'infracció penal ni tampoc si, d'acord amb la Llei, pot ser aplicable un altre règim de

responsabilitat administrativa o de naturalesa jurisdiccional, sempre que es doni també identitat de subjecte i fonament.

A continuació, els articles 77, 78 i 79 contenen el catàleg d'infraccions molt greus, greus i lleus, classificació que s'ajusta a les exigències derivades del principi de tipicitat (art. 27.1 de la Llei 40/2015). Excepte en el cas de les lleus, en cada bloc d'infraccions es diferencia entre els tipus infractors en l'àmbit de la transparència (publicitat activa), del dret d'accés, del bon govern i del govern obert.

La identificació dels subjectes responsables al qui es pot aplicar el règim sancionador, estan enumerats en l'article 80:

- a) Els alts càrrecs i el personal al servei de l'Administració i de les institucions i els organismes obligats per la Llei.
- b) Les persones físiques i jurídiques a què fan referència els articles 77.1.b i 3.1.e i f. Aquestes persones són les que exerceixen funcions públiques o potestats administratives, que presten serveis públics o perceben fons públics per al seu funcionament o activitats; les que duen a terme activitats qualificades com a serveis d'interès general o universal, i els grups d'interès.

L'article 81 enumera les sancions que es poden aplicar als alts càrrecs. En cas d'infraccions molt greus, es disposen, entre d'altres, les sancions de destitució del càrrec o la inhabilitació per ocupar un alt càrrec fins a 5 anys (no aplicables als càrrecs electes), o multa d'entre 6.001 i 12.000 euros. Per a les infraccions lleus, es disposen les sancions d'amonestació o declaració d'incompliment amb publicitat.

Com que la Llei imposa també obligacions a persones privades (contractistes que presten serveis públics, entitats perceptores d'ajuts, grups d'interès, etc.), es disposa igualment la seva responsabilitat per eventuais incompliments. Per a les eventuais infraccions d'aquestes persones privades, l'article 84 estableix també multes fins a 12.000 euros, la suspensió per poder contractar amb l'Administració de fins a 6 mesos, la inhabilitació per ser beneficiaris d'ajuts públics entre 1 i 5 anys, o la cancel·lació de la inscripció en el Registre de grups d'interès. Per al personal al servei de les administracions públiques, l'article 82 de la Llei remet a les faltes disciplinàries establertes en la legislació de la funció pública.

Els articles 85-89 estan dedicats al procediment sancionador a seguir en cas de cometre alguna de les infraccions tipificades en la Llei. D'entrada es fa una remissió a la regulació de la legislació de règim jurídic i procediment, en la qual es determina que la iniciació d'aquest procediment es produeix sempre d'ofici per acord de l'òrgan competent (art. 63.1 de la Llei 39/2015). També quan la iniciació deriva d'una denúncia, opció expressament establerta en l'article 85.3 de la Llei 19/2014, que disposa que "l'òrgan competent ha d'incoar el procediment sancionador si els fets denunciats presenten indicis mínimament consistents o creïbles d'infracció".

A banda de la denúncia que pugui formular qualsevol persona, l'article 87 reforça el paper de garants del Síndic de Greuges, la Sindicatura de Comptes i l'Oficina Antifrau de Catalunya, en establir la possibilitat que instin els òrgans competents per iniciar un procediment sancionador, si tenen coneixement de fets que poden constituir una infracció tipificada com a molt greu o com a greu per la Llei 19/2014. Si davant la petició d'alguna d'aquestes institucions, l'òrgan competent decideix no incoar el procediment, la resolució que així ho acordi ha de ser expressa i motivada.

I quin és l'òrgan competent per decidir la iniciació del procediment sancionador? Doncs aquest és el punt més feble del règim sancionador de la Llei 19/2014, sistema que sembla complet i que en aparença té moltes fortaleses, però que falla estrepitosament en designar l'òrgan a qui correspon decidir la persecució d'una presumpta infracció.

Ineficàcia del règim sancionador

En efecte, en cas d'infraccions de les administracions públiques, generalment l'òrgan competent per acordar la iniciació és el mateix infractor, de manera que s'estableix un sistema d'autosanció. Així, per exemple, en cas d'infraccions comeses pels membres del Govern de la Generalitat o per secretaris generals, l'òrgan competent per incoar el procediment és el mateix Govern; en infraccions comeses per la resta d'alts càrrecs, ho és la persona titular del departament; en infraccions comeses per càrrecs electes d'ens locals, l'alcalde o alcaldessa, el president o presidenta o el ple; en les universitats, el rector o rectora, etc.

Aquesta opció escollida pel legislador juga en contra de l'aplicació del procediment sancionador, com ho evidencia el fet que, passats ja 5 anys de l'entrada en vigor, el nombre de procediments sancionadors és ínfim, si és que n'ha acabat cap amb resolució sancionadora.

Així ho ha fet notar el Síndic de Greuges any rere any en el seu informe anual. En l'últim que consta publicat al seu web, del mes de juliol del 2019, feia constar que les entitats enquestades havien identificat un total de 6 procediments sancionadors incoats —que no finalitzats— l'any 2018, tots en el món local. Aquesta xifra tan baixa portava al Síndic a concloure que “tot i que el règim sancionador no pot ser mai la resposta a les dificultats per aplicar la Llei, cal reiterar que un règim sancionador estricte però inaplicat pot generar la percepció que la Llei és un recull d'intencions o expectatives sense força obligatòria ni capacitat coercitiva i, per tant, es pot convertir potencialment en un element de deslegitimació del model legal”.

En sentit similar es pronunciava la presidenta de la GAIP, Elisabet Samarra Gallego, en la compareixença del mes de novembre de 2020 davant la Comissió d'Asserptes Institucionals del Parlament, en la qual informava sobre l'activitat de la GAIP. Segons s'indica al web de la GAIP, el balanç efectuat per la presidenta en la dita compareixença, “ha qüestionat l'eficàcia del règim sancionador establert en la Llei, en la mesura que l'òrgan competent per imposar-lo és l'infractor mateix, així com el buit competencial existent pel que fa a la garantia de l'accés a la informació que, d'acord amb la Llei, ha de ser objecte de publicitat activa als portals de transparència”.

En efecte, aquesta deficiència legislativa és ben coneguda per la GAIP, atès que l'article 43 de la Llei 19/2014, dedicat a l'execució dels acords de mediació i resolucions de la GAIP, disposa en l'apartat 3 que la desatenció dels seus requeriments perquè es faci efectiu el dret d'accés, pot donar lloc a l'exigència de responsabilitat segons el que disposa el títol VII, en el qual s'inclou el règim sancionador. Aquesta determinació legal es concreta amb més detall en el Decret 111/2017, que aprova el Reglament de la GAIP. L'article 49.2 disposa que, davant eventuais incompliments de les seves resolucions o acords de mediació en què es reconeix el dret d'accés a la informació pública, la GAIP “pot posar aquests fets en coneixement dels òrgans competents per ordenar la incoació del procediment sancionador corresponent”. En connexió amb aquesta determinació, l'article 15.2.fer del mateix Decret atribueix a la presidència de la GAIP la funció de “Requerir a l'òrgan competent la incoació d'expedient sancionador en els casos d'incompliment de les resolucions de la Comissió, o quan, del coneixement de les reclamacions, en resulti la comissió d'infraccions tipificades com a greus o molt greus per la Llei 19/2014”.

La GAIP ha fet ús d'aquesta facultat en diverses ocasions (per exemple, en la memòria de 2019 consten 4 acords en aquest sentit), i val a dir que aquesta potestat ha estat avalada recentment pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en la [Sentència de 26 d'octubre de 2020](#). En aquesta Sentència, el TSJC reconeix la competència de la GAIP per adoptar acords en els quals es requereixi l'òrgan competent per incoar el procediment sancionador.

En conseqüència, des de l'òptica del dret d'accés, si la GAIP considera que es vulnera aquest dret després de la seva intervenció, pot requerir la iniciació d'un procediment sancionador a l'òrgan competent per acordar la incoació. Des de l'òptica de la publicitat activa, si qualsevol persona denuncia un eventual incompliment i aporta indicis mínimament consistents o creïbles d'infracció, "l'òrgan competent ha d'incoar el procediment sancionador" (art. 85.3 de la Llei 19/2014).

En definitiva, davant qualsevol vulneració del dret a saber —en les vessants de la publicitat activa o del dret d'accés—, és clar que l'òrgan competent "ha d'incoar". Però, què succeeix si aquest òrgan —normalment el mateix infractor— no inicia el procediment sancionador? Estic segur que intueixes —com jo— que la resposta també és clara i contundent...



Carles San José Amat

Consultor i formador al sector públic en matèries de transparència, protecció de dades i procediment administratiu en general