

## **EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO: SU INCIDENCIA SOBRE LAS ENTIDADES LOCALES. UN PRIMER ANÁLISIS**

Rafael JIMÉNEZ ASENSIO  
Socio-director de Estudi.Con

### **SUMARIO:**

I.- PRESENTACIÓN.

II.- ANTECEDENTES.

III.-LIMITACIONES DEL MARCO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ESPAÑA: BREVES REFLEXIONES.

IV.- ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS BÁSICOS QUE DEBERÍA TENER UNA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA?

V.- EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA. UN SOMERO ANÁLISIS DE SU CONTENIDO. PROBLEMAS ABIERTOS.

1.- INTRODUCCIÓN.

2.-EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO.

3.- INFORME DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.

5.-PUBLICIDAD ACTIVA.

6.-EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

7.- BUEN GOBIERNO.

VI.- REFLEXIONES FINALES.

VII.- BIBLIOGRAFÍA.

### **I.- PRESENTACIÓN**

Este breve trabajo tiene exclusivamente por objeto llevar a cabo una primera reflexión general sobre el contenido del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno, que ha sido aprobado por el Consejo de Ministros a finales del mes de julio de 2012 y remitido a las Cortes Generales (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre, serie A, Proyectos de Ley, núm. 19-1), por lo que previsiblemente iniciará su tramitación parlamentaria de forma inmediata y verá, por tanto, la luz como Ley en los primeros meses del año 2013.

Al tratarse de un Proyecto de Ley que previsiblemente recibirá modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria, no es oportuno realizar en estos momentos un análisis detenido del mismo a la espera de cómo quede finalmente, pues –como es obvio– será objeto de numerosas enmiendas. Pero sí puede ser interesante en estos momentos ver cuáles son las líneas maestras de tal proyecto, pues es más que probable (dada la holgada mayoría parlamentaria de la que dispone el Gobierno) que tales elementos centrales se mantengan a lo largo del debate parlamentario que se iniciará en las próximas semanas y se trasladen al texto definitivo de la Ley.

Asimismo, es necesario resaltar que el presente análisis tiene por objeto exclusivo el nivel local de gobierno. Nos interesa, por consiguiente, conocer cómo incide tal regulación en las entidades locales, qué retos les plantea y cuáles pueden ser los hipotéticos problemas con los que se enfrentarán tales administraciones locales en los próximos meses y años con el fin de cumplir correctamente con las exigencias de la citada Ley de Transparencia (en lo sucesivo PLT).

Por tanto, este trabajo no detendrá su atención sobre otros problemas que no sean los que afecten a ese nivel de gobierno, lo que no es óbice para que tangencialmente se citen o expongan someramente algunas consecuencias que la citada regulación pueda tener con carácter general.

Hay que ser conscientes de que este proyecto de ley, dado su importante contenido y que resulta un elemento normativo nuevo en nuestro panorama político-institucional, ofrece muchas perspectivas de análisis que en estos momentos no pueden ser abordadas, pues ciertamente nos distraerían del objeto central de nuestro análisis, que no es otro que la perspectiva local.

## **II.- ANTECEDENTES**

No cabe duda que la situación de España en lo que afectaba al desarrollo de la Transparencia Pública y el Acceso a la Información pública no es precisamente ejemplar. A diferencia de lo que sucede en la práctica totalidad de los países desarrollados y, particularmente, de los Estados que conforman la Unión Europea, España carece en 2012 de una normativa general que regule de forma mínimamente satisfactoria tanto la Transparencia Pública como el Acceso a la información por parte de los ciudadanos.

La doctrina venía criticando desde hace tiempo esas carencias y asimismo reivindicaba una y otra vez la necesaria homologación de nuestro país con todos aquellos que, formando parte del bloque de países miembros de la Unión Europea y de la propia OCDE, tenían este problema resuelto (algunos desde hace años) desde la óptica de su regulación normativa. En efecto, no es necesario insistir en exceso en que la opacidad de la información pública es signo de baja calidad institucional y un

déficit democrático evidente. Las instituciones de calidad—siguiendo el esquema trazado por el profesor VILLORIA— incentivan comportamientos eficaces. Y unas buenas instituciones se caracterizan por aglutinar una serie de elementos tales como el conocimiento acumulado, la legitimidad, el ser equitativas y eficientes, así como estables y flexibles. La transparencia es, sin duda, una de las exigencias centrales para disponer de calidad institucional.

Y siguiendo a ese mismo autor, es oportuno hacer hincapié en que la gobernabilidad de las instituciones ha dado paso a la Gobernanza institucional (en la que interviene no sólo el Estado, sino también la Sociedad y el Mercado), que se puede describir como la capacidad de un sistema político de resolver conflictos mediante reglas. Y bajo ese prisma, la Buena Gobernanza se identifica por un conjunto de instituciones por medio de las cuales el poder de gobernar se utiliza para satisfacer el bien común del pueblo. Dentro de los atributos de la Buena Gobernanza están, por ejemplo, los siguientes:

- a) La Transparencia, que se refleja en un proceso democrático en el cual uno de sus elementos claves es conocer cómo se adoptan las decisiones y qué consecuencias tienen, con la finalidad de establecer un sistema de rendición de cuentas;
- b) La Integridad, o la conducta que deben mantener nuestros gobernantes y funcionarios en la toma de esas decisiones y en el manejo de los recursos públicos;
- c) La Imparcialidad, que se concreta en un respeto a las reglas de juego por parte de los gobernantes y de los ciudadanos, pero sobre todo en el hecho de que los primeros (gobernantes) actúen como “terceros ajenos a los intereses de parte” y sean capaces de decidir sin inclinarse por sus afinidades personales o políticas.

Esta breve introducción era necesaria para situar la emergencia de la Transparencia en la agenda político-normativa de los países europeos. En efecto, la aparición en escena del Libro Blanco de la Gobernanza de la Unión Europea en 2001 marca el punto de arranque, momento a partir del cual el problema de la transparencia en el sector público va ganando espacio en la Unión Europea, aunque precedentes de esta idea había muchos y de distinto alcance. En ese mismo año, además, se aprueba el importante Reglamento 1049/2001, sobre acceso a la información de las instituciones de la Unión Europea (actualmente en trámite de adaptación), así como se incorpora el derecho a la información a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2001, posteriormente trasladado al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (o Tratado de Lisboa) en el que aparecen además algunos destellos de este mismo tema. En este marco de antecedentes no podemos dejar de lado el importante Convenio número 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008 y abierto a la firma

de los Estados miembros desde el 19 de junio de 2009. Allí se establece un estándar mínimo europeo del contenido básico que ha de tener el citado derecho de acceso a la información pública para ser ejercido por todos los ciudadanos y que encuentra su fundamento en los principios recogidos en la Recomendación Rec (2002) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre acceso a documentos públicos.

La finalidad de todo ese cuadro normativo no era otra que dotar a los ciudadanos europeos de una fuente de información que contribuyera a formar una opinión libre sobre los problemas de la sociedad, de sus niveles de gobierno y de la actividad de sus gobernantes, persiguiendo así que se favorezca la integridad, el buen funcionamiento, la eficacia y la responsabilidad de las instituciones públicas, todo lo cual deberá revertir en el fortalecimiento de su legitimidad.

En ese contexto es en el que se enmarca, asimismo, el PLT que se pretende aprobar. Pero, no obstante, se debe ser consciente que este proyecto ahora en tramitación bebe de diferentes fuentes comparadas, ya que el derecho de acceso a la información pública (vehículo tradicional de la salvaguarda del principio de Transparencia) venía siendo regulado por distintos países desde hace décadas, aunque bien es cierto que ha sido asimismo objeto de tratamiento en leyes de reciente factura.

En cualquier caso, el PLT disponía de un precedente más inmediato en nuestro caso como es un Anteproyecto de Ley de Transparencia y Acceso de los ciudadanos a la información pública, elaborado por el Ministerio de la Presidencia en los momentos finales de la pasada legislatura. Este Anteproyecto de Ley, aunque regulaba en un solo artículo la transparencia de la actividad pública y el principio de publicidad activa (artículo 3), centraba casi exclusivamente todo su contenido en la regulación del derecho de acceso a la información y en el procedimiento para hacerlo efectivo en el ámbito de la actuación administrativa. En todo caso, la reclamación por lesión de este derecho de acceso a la información se pretendía vehicular (aspecto que será criticado por la doctrina) por medio de la Agencia Española de Protección de Datos. Por tanto, los mimbres efectivos del PLT solo encuentran una explicación limitada en el precedente de ese Anteproyecto (básicamente en lo que respecta al derecho de acceso, y aun así con notables diferencias), mientras que en lo sustancial hay una considerable distancia entre ambos productos normativos, especialmente en lo que afecta al “añadido” de “Buen Gobierno” que se adhiere al contenido sustantivo o nuclear del PLT en el proyecto presentado por este Gobierno. Luego nos detendremos en este punto e intentaremos desvelar por qué se ha introducido esa referencia al “Buen Gobierno” en una Ley de Transparencia.

### **III.- LIMITACIONES DEL MARCO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN ESPAÑA: BREVES REFLEXIONES**

El derecho de acceso a la información pública está recogido en el texto constitucional en el artículo 105 c), por tanto en el Título IV de la Constitución que tiene como objeto el Gobierno y la Administración. No cabe insistir en el dato que esa regulación de un “derecho” se lleva a cabo extramuros del Título I de la propia CE. Y este no es un dato anecdótico, sino más bien tiene –como se verá- una incidencia notable en la configuración final del derecho de acceso.

No es momento de centrarse en un análisis detenido de esta cuestión que ha sido tratada con detalle por la doctrina más autorizada, pero tal vez sí convenga poner de relieve que el debate se ha centrado en torno a dos posiciones. Muy esquemáticamente, las dos posiciones se pueden resumir del siguiente modo: a) La primera posición parte del criterio de que el derecho de acceso a la información pueden enmarcarse o alojarse dentro de la libertad de información del artículo 20 CE, gozando así de su carácter fundamental y del resto de atributos y garantías que tal caracterización conlleva; b) La segunda parte del presupuesto de que su anclaje constitucional se halla exclusivamente en el artículo 105 c) CE y que, por consiguiente, se trata de un derecho que habrá de regularse por la ley ordinaria y que no tiene carácter de derecho fundamental al quedar fuera del radio de acción del artículo 20 CE, lo que conlleva que no dispondrá de la protección jurisdiccional a través de un procedimiento preferente y sumario, así como tampoco será susceptible de ser invocado en un recurso de amparo, ni por consiguiente está reservado su desarrollo a Ley orgánica.

Ni que decir tiene que este debate tiene importantes consecuencias prácticas, pues dependiendo de cuál sea la situación que se adopte la fuerza o vigor del derecho será menor o mayor, las garantías anudadas al mismo serán más o menos intensas y, en fin, en caso de hipotética colisión con otros derechos fundamentales (por ejemplo, con la protección de datos personales, que se ha alojado claramente dentro del artículo 18 CE) deberá ceder o adecuar su ejercicio al marco regulador del derecho fundamental en aquellos supuestos en que así sea necesario.

Aunque tampoco nos podemos detener en este extremo, cabe indicar que el debate anterior debería superarse –a nuestro juicio- con claridad a favor de la primera posición, sobre todo si se analiza desde la óptica de los Tratados y Convenios Internacionales (así como desde la interpretación que a tal derecho están dando sus “órganos de garantía), ya que allí se interioriza claramente que se trata de un derecho emparentado con la libertad de información o, en el caso, del CEDH con la libertad de expresión (hay alguna jurisprudencia incipiente del TEDH que así parece confirmarlo; por ejemplo, las SSTEDH de 14 de abril y 16 de agosto de 2009, en sendos casos de Hungría). En cualquier caso, lo cierto es que la solución legislativa española

se orienta claramente hacia la segunda posición (derecho de configuración legal extramuros del derecho o libertad de información del artículo 20 CE), ya que será regulado por ley ordinaria y nada apunta a defender –sino todo lo contrario- que pueda ser alojado inicialmente en el artículo 20 CE. Esta configuración inicial no dejará de plantear una fuente adicional de problemas, tal como se dirá, sobre todo en el ámbito de las relaciones entre derecho de acceso a la información y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (véanse algunos de estos problemas, por ejemplo, en ciertos pasajes del Informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 5 de junio de 2012, al que luego haremos referencia).

En todo caso, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea –que más tarde o más temprano debería terminar impregnando la configuración propia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico- es obvio que el derecho de acceso a la documentación, junto con el derecho a una buena Administración, se instalaron con comodidad dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2001 y así se han trasladado –como se ha visto- al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En ambos casos ese derecho se configura como un derecho autónomo de la libertad de expresión, pero hay que tener en cuenta que en el sistema de la Unión Europea no se regula expresamente la libertad de información. Ya veremos hasta qué punto ese reconocimiento del carácter “fundamental” de tal derecho no termina impregnando –así debería ser, en todo caso- a la situación del derecho de acceso a la información en nuestro propio ordenamiento jurídico.

La situación actualmente existente en España del derecho de acceso a la información es, como ya ha sido apuntado, una de las más restrictivas de los Estados que conforman la Unión Europea, lo cual es muestra obvia de una despreocupación institucional por los temas de la Transparencia y por una regulación de baja calidad del propio derecho de acceso a la información pública en nuestro sistema jurídico.

Así, la doctrina administrativista reconoció que el artículo 37 de la Ley 30/1992, aunque desarrolla tal derecho, lo hace con unas graves deficiencias y lagunas (pues vuelve su atención solo sobre documentos de procedimientos administrativos que han terminado, regula denegación por causas de interés público, no reconoce instituciones de tutela, etc.). Hay, además, algunas otras leyes que, directa o indirectamente, se han ocupado de cuestiones relativas al derecho de acceso a la información, ya sea con carácter especial (Ley 27/2006, de 18 de julio, de derechos de acceso a la información en materia de medio ambiente; y Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público) o de naturaleza horizontal (aunque más tangencialmente, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos; esta Ley que regula el derecho de acceso electrónico de los ciudadanos, inicialmente condicionado en el ámbito local, debería servir para cambiar ese estado de cosas).

También es oportuno hacer mención aquí –siquiera sea sucintamente, aunque se trate de una norma reglamentaria, al real decreto 1708/2001, de 18 de noviembre,

por el que se establece el sistema español de archivos y se regula el sistema de archivos de la administración general del Estado y de sus organismos públicos y su sistema de acceso.

En el ámbito autonómico, es particularmente significativa, ya que se adelanta a la regulación estatal, la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto, que recoge una detallada regulación sobre este objeto y que, entre otras materias, regula los principios de la ley, la publicidad activa, la transparencia en la gestión administrativa, el derecho de acceso a la información pública y el procedimiento para su ejercicio, la participación y colaboración ciudadana, la modernización de la administración (a través de procedimientos de racionalización y simplificación), la ética pública y el sistema de garantías. Un completo marco regulador que configura un singular marco normativo basado en la idea de fortalecer el buen gobierno y la buena administración, aunque bajo parámetros distintos a los del PLT.

#### **IV.- ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS BÁSICOS QUE DEBERÍA TENER UNA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA?**

Los estudios doctrinales que se han ocupado recientemente de esta materia (Ver Anexo de Bibliografía y Documentación, que acompaña a este trabajo), han ido identificando una serie de elementos nucleares que cualquier regulación de esta materia debería disponer. Así, partiendo de los análisis de los profesores GUICHOT, PIÑAR o VILLORIA, entre otros, se pueden sistematizar estas cuestiones básicas del siguiente modo:

- 1) Si bien las leyes de transparencia tienen por objeto central la publicidad activa y el acceso a la información del entramado institucional del Poder Ejecutivo entendido como Administración Pública, no es menos cierto que esta es una concepción que, por exigencias del principio de calidad democrática, debería ampliarse extendiéndose a todos los poderes del Estado constitucional y, especialmente, a todas aquellas personas físicas o jurídicas en cuanto que ejerzan autoridad pública. En todo caso, el Convenio 205 del Consejo de Europa abre campos de interés sobre esta materia.
- 2) Se deberían establecer “excepciones tasadas” (y ser, por tanto, interpretadas restrictivamente) por medio de las cuales se excluyan determinadas actividades del ámbito de aplicación de la Ley, limitadas exclusivamente a razones de interés público relacionadas directamente con la política exterior, la defensa y la seguridad. En este punto uno de los agujeros negros es, precisamente, la Ley de Secretos Oficiales que, aunque fue reformada de forma limitada en 1978, data de 1968 y está inadaptada plenamente al actual contexto constitucional. Una ley preconstitucional que ha dado lugar a innumerables problemas, que han sido analizados puntualmente por la

doctrina (BLANCA LOZANO, DÍEZ PICAZO, SANTAMARÍA PASTOR, entre otros).

- 3) Tal como ya se ha señalado debería configurarse el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental que está directamente relacionado con la libertad de información y con el derecho de participación política en sentido lato (artículos 20 y 23 CE), así como especialmente conectado con el principio democrático y con la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho.
- 4) Cabría extender la titularidad de este derecho a todos los ciudadanos sin necesidad de acreditar interés alguno, no estableciendo ningún tipo de discriminación por razón de la nacionalidad.
- 5) La regulación de los sujetos obligados por el derecho a la información debe ser lo más extensa posible, esto es, no solo limitarla a autoridades administrativas: niveles de gobierno central, autonómico, foral y local, así como órganos que, aun no formando parte del Poder Ejecutivo, lleven a cabo actividades materialmente administrativas, ya sean estos órganos constitucionales, estatutarios o de creación legal. Lo mismo cabe decir de otro tipo de entidades, asociaciones o personas jurídicas o físicas que se financien con fondos públicos.
- 6) Hay un punto crítico en el ejercicio de este derecho de acceso a la información pública y la posible afectación a los datos de carácter personal; es decir, se pueden plantear no pocos problemas de “convivencia” entre dos marcos normativos propios y el ejercicio de dos derechos que pueden entrecruzarse (derecho de acceso a la información y derecho a la protección de datos personales). Esta es una materia compleja que no puede ser analizada en estos momentos, pero cabe indicar que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales no regula, como es obvio, esta materia. No existe, por tanto, un régimen jurídico específico de la misma que no sea el previsto en el propio PLT. Sin embargo, como ha apuntado ya el propio Consejo de Estado en el dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, hay algunos problemas que no están bien resueltos y que, previsiblemente, darán lugar a conflictos futuros. El informe de la Agencia Española de Protección de Datos ahonda en esa dirección y plantea algunas reformas profundas en el articulado del anteproyecto que, en buena medida, han sido seguidas por el Gobierno en la redacción definitiva del texto del Proyecto de Ley. Sin duda los problemas se situarán en torno a qué derecho prima en aquellos casos en lo que la información pública contenga datos personales o, más concretamente, datos especialmente protegidos (aunque este último punto plantea otros problemas) y, por tanto, qué normativa es la que tiene preferencia en caso de conflicto (debería prevalecer la información, salvo cuando se trate de afectación directa a datos personales y relacionada con el principio de reserva de datos íntimos o de datos especialmente protegidos, pero el problema es mucho más complejo), debiéndose hacer públicos (por sus conexiones con el



- ejercicio del control democrático de los gobernantes en un Estado Constitucional) todos los datos relacionados con la organización, gestión y gasto de las Administraciones Públicas y entidades sujetas al ámbito de la ley.
- 7) Por consiguiente, como ha reconocido la doctrina, basando el criterio en la noción de “fuentes accesibles al público”, prevista en la propia normativa de protección de datos, debería darse un interés prevalente a la transparencia y establecerse un listado cerrado de excepciones.
  - 8) Tal como también ha establecido la doctrina (GUICHOT), debería establecerse un procedimiento nada formalista, ágil y gratuito (salvo en aquellos casos en que se solicitaran copias de la documentación) para todos aquellos ciudadanos, entidades e instituciones que ejercieran tal derecho de acceso a la información pública.
  - 9) Es necesario que la ley instaure una autoridad administrativa independiente de control que garantice ese acceso a la información y haga efectivo el principio de transparencia de las entidades públicas. Esta es una pieza institucional nuclear en el sistema de garantía del derecho. Conforme ha reconocido la doctrina más autorizada en esta materia (GUICHOT), no es conveniente que esa autoridad independiente de control sea la Agencia Española de Protección de Datos, sobre todo por su sesgo “defensivo” de un derecho específico como es el de protección de datos, ni tampoco las Agencias autonómicas del mismo carácter. Esa opción tiene muchas desventajas, aunque ya hemos visto como el Anteproyecto de Ley de Transparencia elaborado en la anterior legislatura hacía girar esa garantía institucional en torno a la Agencia de Protección de Datos. Debería configurarse una Agencia alejada completamente de cualquier interferencia de los poderes públicos, esto es, que mantuviera una real (y no solo formal aparentemente) imagen de imparcialidad.
  - 10) La doctrina también ha reconocido la necesidad de que, junto con la aprobación de la ley, se pongan en marcha una serie de medidas instrumentales que tiendan a garantizar el ejercicio efectivo del derecho, tales como por ejemplo las siguientes: organización y diseño de las páginas Web expresamente diseñadas para estas finalidades; configuración de registros electrónicos; formación adecuada del personal de las entidades públicas; elaboración y aprobación de guías internas, así como guías específicas para fomentar el efectivo ejercicio de este derecho por los ciudadanos.
  - 11) Asimismo, y este (al igual que el anterior) es un punto especialmente importante para los gobiernos locales, se debe analizar con la previsión suficiente cuál es el impacto que sobre la organización, estructuras, procedimientos y personal tendrá la aplicación del nuevo marco normativo, particularmente todo lo relativo a la publicidad activa a través de la página Web, así como de Internet y, en su caso, de las redes sociales, e igualmente todo el proceso (a veces complejo) de digitalización de documentos para hacer realmente efectivo ese principio de publicidad activa. No cabe duda

que las entidades locales deberán llevar a cabo un esfuerzo ingente (algunas partiendo casi de una situación muy poco o nada desarrollada y con una precariedad notable de medios) para volcar digitalmente y de forma ordenada toda la información sobre estructura, presupuestos, personal, contratación, subvenciones, gastos, normas internas, ordenanzas y reglamentos, etc.). Este es uno de los puntos clave para ver si efectivamente el ámbito local de gobierno podrá estar o no a la altura de las circunstancias que la compleja aplicación y desarrollo del PLT exige.

## **V.- EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA. UN SOMERO ANÁLISIS DE SU CONTENIDO. PROBLEMAS ABIERTOS**

### 1.-INTRODUCCIÓN.

En este epígrafe nos ocupamos exclusivamente de exponer lo que son las líneas maestras del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información y Buen Gobierno, puesto que, pendiente aún de su tramitación parlamentaria, puede sufrir algunos cambios sustanciales en su contenido, por lo que no resulta oportuno –como ya se ha dicho– llevar a cabo un minucioso análisis de este texto hasta que se proceda definitivamente a su aprobación en las Cortes Generales y a su publicación en el BOE.

Con carácter previo a este análisis tal vez convenga explicar que el primer borrador del Anteproyecto de LT se sometió a un proceso de consulta pública en el que participaron numerosos agentes institucionales, asociaciones y personas físicas, alcanzándose el número de 3.700 las observaciones recibidas. Tal cúmulo de observaciones al texto del Anteproyecto no tuvo, sin embargo, una traducción proporcional sobre los cambios que definitivamente se incorporaron, que no fueron muchos ni siquiera sustantivos a la redacción dada en el borrador. En cualquier caso, sí que se introdujeron algunas modificaciones frente a la redacción inicial del borrador de anteproyecto como, por ejemplo, las relativas a la obligación de suministrar información a los adjudicatarios en los contratos públicos, la necesidad de hacer públicos los informes de auditoría y fiscalización, la inclusión de los contratos menores, el refuerzo (relativo) de la independencia de la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios; así como el período de “vacatio legis”, que implica la entrada en vigor inmediata del Título II relativo al Buen Gobierno y se difiere en un año para todas las cuestiones reguladas en el Título I, publicidad activa y derecho de acceso.

La Transparencia se configura en el Proyecto de Ley desde una triple óptica o dimensión. A saber:

a) Por un lado, la transparencia se relaciona (que es, si se nos permite la expresión, su “hábitat natural”) con la publicidad activa por parte de las instituciones (o si se prefiere, la dimensión objetiva del problema).

b) En segundo lugar se conecta con el acceso a la información pública, que tiene, por tanto, una dimensión más subjetiva, aunque con implicaciones también “cruzadas” (datos personales de “terceros”) y objetiva.

c) Y, por último, el proyecto de ley de Transparencia tiene una conexión evidente con el principio de buena administración, mediante la configuración de un complejo de normas que se articulan dentro de un Título de Buen Gobierno, muy sesgado - como veremos- hacia la dimensión sancionadora. No cabe duda que esa conexión entre transparencia y buen gobierno existe, pero -tal como se dirá- en el proyecto se extraen a nuestro juicio una serie de consideraciones exageradas de esa relación.

Los objetivos del PLT parecen obvios: conocer cómo se toman las decisiones (a través de qué procedimientos) y por qué órganos y personas, en su caso; saber asimismo cómo se manejan o gestionan los fondos públicos; y, en fin, identificar cómo actúan las instituciones y sus representantes (si cumplen o no los estándares requeridos para el desempeño de sus funciones).

Bajo este punto de vista no cabe ninguna duda -tal como señalábamos- que se pretende una mejor fiscalización de la actividad pública con el fin de mejorar la calidad democrática de nuestras instituciones, pues cabe subrayar la existencia de una ecuación simple que debe cumplirse en tales casos: mayor transparencia es igual a instituciones fuertes y con mayor legitimidad.

Tampoco se puede obviar que la finalidad última de esta regulación no es otra que homologar los estándares de protección del derecho de acceso a la información y a la regulación de la transparencia de conformidad con lo establecido en el marco del Derecho comparado y, especialmente, en el espacio normativo de los países que forman parte de la Unión Europea. En cualquier caso, como ya se ha advertido, se trata de una respuesta tardía.

## 2.- EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y BUEN GOBIERNO.

Sin perjuicio de que con posterioridad se pueda hacer alguna referencia puntual al contenido de este dictamen, lo cierto es que el Consejo de Estado (así como la Agencia Española de Protección de Datos, cuyo informe se analiza en términos generales inmediatamente después) tuvo la oportunidad de examinar el contenido del Anteproyecto y llevó a cabo una serie de consideraciones que, algunas de ellas, es oportuno traer a colación en estos momentos. No obstante, el dictamen del Consejo de Estado (al margen del eco mediático que tuvo) es bastante complaciente con el texto del Anteproyecto, y si bien es cierto que critica algunos de sus puntos, no lo es menos que orilla algunos problemas delicados que deberían haber sido objeto de un tratamiento más pormenorizado e incisivo en términos constitucionales.

El dictamen parte de que el Proyecto de Ley contribuirá decisivamente a reforzar los cimientos democráticos de la sociedad y a acercar a los ciudadanos a los asuntos públicos. Analiza así la triple dimensión u objeto del texto normativo, prestando especial atención a la regulación del derecho de acceso a la información en poder de las instituciones y agencias, estableciendo que este reconocimiento es reflejo de las normas comunitarias (o de Derecho de la Unión Europea) y comparadas (de otros Estados). Asimismo, atiende de forma intensa también a la regulación del Código de Buen Gobierno, justificando tal normativa en la necesidad de intensificar las responsabilidades de los gestores públicos de máximo nivel en el ejercicio de sus funciones y fomentando, así, su ejemplaridad pública.

Realmente estas reflexiones del Consejo de Estado enlazan directamente con la exposición de motivos de la norma. Partiendo de tales criterios generales el máximo órgano consultivo lleva a cabo una valoración positiva del texto, lo cual no es óbice para desgranar de inmediato algunas objeciones y problemas, que sintéticamente se pueden identificar y sintetizar en los siguientes:

- 1) El Proyecto tiene un carácter abierto, genérico e indeterminado en muchos de sus preceptos, así como una naturaleza horizontal (lo cual no dejará de plantear, como veremos, algunos problemas). Asimismo, el amplio ámbito subjetivo –a juicio del Consejo de Estado– puede provocar un efecto perturbador en la seguridad jurídica, ya que es potencialmente susceptible de generar numerosos conflictos de interpretación o aplicación normativa. Bajo esos presupuestos denuncia que, por ejemplo en el caso de la publicidad activa, se hace un uso excesivo de conceptos jurídicos indeterminados. Afirma que falta la tipificación general de un régimen de infracciones y sanciones propio y específico de la materia (lo que contrasta con la detallada tipificación de las infracciones y sanciones en materia de buen gobierno, algunas –pero no las más importantes– conectadas con ese objeto). Y por lo que afecta al Título II (Buen Gobierno), el Consejo de Estado detecta una cierta inclinación a la utilización de términos abiertos y flexibles, lo que en el caso concreto del régimen sancionador puede provocar una perniciosa quiebra del principio de tipicidad.
- 2) Dado el carácter horizontal de la norma, se pueden plantear numerosos problemas “de convivencia” entre la ley de transparencia y las diferentes regulaciones sectoriales o institucionales. Así, del dictamen denuncia que es posible que no se pueda identificar cuál es la norma de aplicación preferente en algunos casos ni tampoco el carácter de la disposición proyectada. Esta tendencia la identifica especialmente en tres ámbitos: a) subvenciones; b) publicidad de contratos en el sector público; y c) protección de datos de carácter personal.
- 3) Sobre el Título relativo al Buen Gobierno, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, el dictamen incide en que el proyecto tiene una amplia definición de su ámbito de aplicación y que, además, está plagado de elementos axiológicos,

que muestran a veces las tensiones existentes entre el Derecho (marcado por la coacción) y la Moral. Estas son las palabras del Consejo de Estado: "(...) la traslación al ámbito jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática (...) la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza de repulsa social que su incumplimiento pueda conllevar". En cualquier caso, la normativización de tales elementos axiológicos es ya un hecho en nuestro ordenamiento jurídico (véase, por ejemplo, el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, artículos 52 a 54), siendo una muestra evidente de los bajos estándares de cumplimiento de las normas morales más básicas en nuestras instituciones públicas. El Consejo de Estado pone el ejemplo del artículo 23.2 del anteproyecto, que no sanciona propiamente el incumplimiento pero sí se configura como una guía para la aplicación, indicando que ello puede perturbar gravemente la seguridad jurídica (no obstante, esa previsión reitera una del mismo calado existente ya en el propio EBEP). Afirma, además, que se respetan por lo general los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad de las infracciones y sanciones, pero censura que en algunos casos específicos la regulación se compeadece mal con el alcance de aquellos principios.

El Consejo de Estado tras esas consideraciones generales analiza algunos de los artículos del anteproyecto, pero omite –de forma escasamente justificable– alguno de los puntos críticos de la norma, sin dar explicación alguna de por qué lleva a cabo ese “salto en el vacío”.

### 3.- INFORME DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Es anterior en el tiempo al dictamen del Consejo de Estado, pero curiosamente –cuando esto se escribe– no ha sido objeto de publicación ni siquiera en la Web de la Agencia. Su trazado es complejo y no puede ser objeto de análisis en estas páginas. Pero, obviamente, el cuerpo central del razonamiento de ese informe se centra en el artículo 11 del anteproyecto de ley (artículo 12 del PLT), sobre el que propuso la modificación de varios de sus apartados. El proyecto de ley, definitivamente, incorpora bastantes de las precisiones que realizó en su momento el citado informe.

En apretada síntesis, algunas de las líneas básicas del informe de la Agencia Española de Protección de Datos son las siguientes:

- La divulgación de la información pública en poder de las Administraciones Públicas implicará, en sus diferentes modalidades, un tratamiento específico sobre los datos de carácter personal.
- En todo caso, para abordar el catálogo de supuestos legitimadores del tratamiento de datos en los términos del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, se ha de tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de

24 de noviembre de 2011 (Asunto Asned-Fecomd) que otorga efecto directo al artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, donde se establecen dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos sea lícito (que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido y que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado). Asimismo, se debe ponderar caso por caso.

- El nervio central del Informe de la Agencia está en el análisis del artículo 11 del anteproyecto, y sus aspectos más relevantes son los siguientes:
  - El proyecto debería explicitar que en los supuestos de acceso a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicará también la Ley Orgánica 15/1999, no solo el PLT.
  - El segundo inciso del artículo 11.1 debería modificarse en los términos expuestos en el informe.
  - Propone igualmente una modificación del apartado 2 diferenciando los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 7, de la Ley Orgánica 15/1999.
  - La regla que estaba prevista en el artículo 11.4 del anteproyecto se invierte en el caso de que “la información que contenga datos vinculados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”. La Agencia critica esos conceptos jurídicos indeterminados en algún caso, y acota en qué caso debe primar el derecho de acceso sobre los datos de carácter personal.
  - Introduce algunas precisiones para llevar a cabo la ponderación y sugiere que la Agencia Estatal de Transparencia, junto con la Agencia de Protección de Datos, elaboren conjuntamente unas directrices sobre los criterios de ponderación.
  - Propone asimismo una reelaboración en profundidad del contenido de los apartados 3 y 4 del anteproyecto, lo que implica un cambio total de su contenido. Plantea, por tanto, una redacción alternativa de los mismos. Algunas ideas se han incorporado al proyecto aprobado por el Gobierno.
- Lleva a cabo también algunas sugerencias para modificar, entre otros, los artículos 6 y 3.3 del anteproyecto (este último en relación con el anterior, así como algunas precisiones en relación con el procedimiento de acceso y el régimen de impugnación).
- El Informe de la Agencia, por tanto, se centra casi exclusivamente en lo que es objeto de la misma (protección de datos), aunque mantiene un

tono discreto de reivindicación de un espacio institucional de colaboración o de cogestión de algunos aspectos relativos al proceso de implantación de la Ley (elaboración de las directivas para que el órgano pueda llevar a cabo la ponderación en los casos del artículo 11.4 del anteproyecto). Es un informe razonado en términos jurídicos y, asimismo, constructivo en las diferentes alternativas que propone al redactado del anteproyecto. Como ya se ha dicho, buena parte de sus sugerencias serán definitivamente incorporadas al texto del PLT.

#### 4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Aparte de la existencia de un Título Preliminar cuyo único artículo es el Objeto de la Ley, que pretende sintetizar todo el contenido de la misma en cuatro escasas líneas, el Título I del PLT tiene tres Capítulos claramente diferenciados. El primero de ellos se enuncia como “Ámbito subjetivo de aplicación” y dispone únicamente de dos artículos. A nuestros efectos, el más relevante es el artículo 2, que se ocupa del ámbito de aplicación.

Ese ámbito de aplicación es ciertamente muy amplio. Dado el objeto de este trabajo solo nos interesa aquí su aplicabilidad a la administración local y entes instrumentales. Y bajo esa perspectiva, el PLT se aplica “a las entidades que integran la Administración local”, así como a los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales), sociedades mercantiles (en las que las entidades públicas financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o controlen sus órganos de gobierno) y fundaciones del sector público. Asimismo se hace extensiva la aplicación del PLT a las asociaciones de municipios.

Además, se prevé una “aplicación mediata o indirecta” a las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas (así como a los adjudicatarios de contratos del sector público), que estarán obligadas a suministrar, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por parte de las entidades públicas de las obligaciones previstas en la Ley.

#### 5.- PUBLICIDAD ACTIVA

Es uno de los núcleos centrales del PLT, puesto que la publicidad activa por parte de las instituciones y entidades afectadas por la aplicación de la norma es un presupuesto básico y necesario para que la transparencia sea efectiva y se pueda llevar a cabo el control de la actividad de los órganos de gobierno y de la administración pública correspondiente por parte de los ciudadanos.

Los elementos centrales de esa normativa se podrían sintetizar del siguiente modo:

- 1) Se prevén una serie de principios generales de la publicidad activa, tales como la obligación de transparencia de forma periódica de toda aquella información relevante, debiendo llevarse a cabo de forma clara, estructurada y entendible por los “interesados” (lo que parece limitar el radio de acción).
- 2) La publicidad activa tiene un primer foco de atención en lo que se denomina como información institucional, organizativa y de planificación. Así, en las páginas Web o en las sedes electrónicas de tales entidades se deben reflejar las funciones, normas, organigramas, planes y programas anuales y plurianuales con objetivos concretos (así como su cumplimiento y evaluación).
- 3) Un segundo foco es la información de relevancia jurídica, entre la que destacan los proyectos de reglamentos y ordenanzas, así como la documentación que les acompañe.
- 4) Y, por último, la información económico-presupuestaria y estadística, entre la que cabe incluir los contratos (datos estadísticos del porcentaje de los contratos realizados, entre otros datos), convenios, subvenciones, presupuestos, informes de auditoría, retribuciones de los órganos superiores y directivos (una nomenclatura que nos conduce a los municipios de gran población, pero que es ajena a los municipios de régimen común), etc.
- 5) No obstante, todo este marco normativo es un mínimo de cumplimiento necesario por las entidades locales a partir de que el PLT entre en vigor (un año después de su publicación en el BOE), pero no hay impedimento alguno, así se prevé en el artículo 7, para que las entidades locales superen esos estándares básicos de transparencia y los amplíen a toda aquella información, documentación o datos que puedan considerar de interés para el escrutinio de la ciudadanía.
- 6) Se prevé expresamente que las administraciones locales podrán adoptar otras medidas complementarias a las previstas en esa regulación para alcanzar la transparencia, lo que claramente nos conduce al criterio de que esa normativa se trata de un mínimo común denominador, aunque tal apreciación de recoge en un artículo que lleva por enunciado (Portal de Transparencia) y referido a la Administración del Estado. No obstante, esas medidas complementarias se predicán también de este nivel de Administración.

#### 6.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El Capítulo III regula el Derecho de Acceso a la Información Pública en tres Secciones claramente diferenciadas:

- a) La primera se ocupa del régimen general del derecho de acceso a la información pública.



- b) La segunda tiene por objeto el ejercicio del derecho (procedimiento y aspectos instrumentales).
- c) Y, en fin, la tercera regula el régimen de impugnaciones.

Por lo que afecta al régimen general del derecho en cuestión, estos son sus puntos nucleares:

- El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública se sitúa exclusivamente, como ya hemos dicho, en el ámbito del artículo 105 de la Constitución, lo cual es una perspectiva o dimensión muy limitada.
- Se regula cuál es el concepto de información pública, entendiéndose que se encuadran en él todos aquellos contenidos o documentos en poder de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la ley que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.
- Se prevé, asimismo, un amplio (tal vez, demasiado amplio) catálogo de ámbitos (seguridad nacional, relaciones exteriores, intereses económicos o comerciales, etc.) que pueden justificar la restricción del derecho de acceso en aquellos casos en que tal acceso suponga un perjuicio, aunque su aplicación deberá ser justificada y proporcionada al objeto y finalidad de protección, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, especialmente, a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. Ni que decir tiene que un catálogo tan amplio e indefinido muchas veces en sus contornos, puede conducir –depende con qué rigor se apliquen, cómo se justifiquen y de qué manera se haga efectivo el principio de proporcionalidad- a un vaciado de la efectividad del derecho de acceso a la información pública. La intensidad de la justificación deberá ser analizada por los tribunales, pero ya en principio se da pie a las Administraciones Públicas para echar mano de interpretaciones restrictivas, que no serían en principio de recibo y que anularían la efectividad inmediata del derecho en cuestión.
- Se regula en el artículo 12 del PLT específicamente la “protección de datos personales”, que es un ámbito –como ya se ha dicho- dónde los problemas aplicativos pueden ser notables. Resumidamente, estos son los elementos centrales de esa regulación:
  - Lo dispuesto en el artículo 11 del anteproyecto (artículo 12 PLT) ha sido objeto de una modificación sustantiva a partir de los criterios recogidos en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos antes indicado.
  - El apartado 1 sigue indicando que cuando la solicitud de acceso se refiera a información que contenga datos de carácter personal se

aplicará el PLT, pero, aparte de reconocer en qué casos se aplica la normativa de protección de datos personales, añade un último inciso a propuesta del informe de la Agencia.

- También recoge en el apartado 2 que si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos sólo se podrá autorizar el acceso cuando se cuente con el consentimiento expreso del afectado, estableciéndose una regulación específica para los supuestos del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999.
- Se mantiene el apartado 3 en los términos que ya estaban recogidos en el anteproyecto.
- El apartado 4, sin embargo, es objeto de una reelaboración profunda de acuerdo con los criterios esgrimidos en el Informe de la Agencia de Protección de Datos. En el caso de que la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso “previa ponderación suficientemente razonada” del interés público de la información y de los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información. Tema, por tanto, de no escasa complejidad, que deberá ser evaluado de acuerdo a unos criterios que se establecen en el PLT. La sugerencia de la AEPD de elaborar unas directrices ha sido recogida en la disposición adicional quinta del PLT.
- También en el apartado 5 se recoge otra sugerencia de la AEPD, puesto que no se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores en aquellos casos en que el acceso se realiza previo proceso de disociación de datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.
- También se regula en esta sección el acceso parcial, que podrá se acordado en los supuestos de aplicación de los límites del artículo 11, pero siempre que el resultado no sea una información distorsionada o carente de sentido.

La sección segunda se ocupa de lo que se enuncia como el ejercicio del derecho. Y trata, entre otros, de los siguientes temas:

- Regula de forma detallada una serie de aspectos procedimentales sobre los cuales no nos detendremos en su estudio en estos momentos (solicitud, causas de inadmisión, tramitación y resolución). Por tanto, se recoge una detallada regulación de cuáles son las singularidades procedimentales que se deben aplicar en los casos de ejercicio del derecho. Algunas de ellas pueden plantear problemas interpretativos o de aplicación, pero su análisis puntual sobrepasa

los estrechos límites de este trabajo. Una vez que se apruebe definitivamente el texto, podremos entrar en su contenido.

- Prevé asimismo un mandato en virtud del cual todas las Administraciones Públicas (y, por tanto, las Administraciones Locales también) deberán establecer sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en sus propias estructuras organizativas. Se trata, por consiguiente, de una obligación de contenido estructural, pero también aplicativa, que obviamente ha de ser leída en clave de definición o identificación de órgano competente, pero asimismo con una dimensión más aplicativa y operativa (a través de qué medios o conductos).
- En este sentido el PLT incluye que el derecho a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, lo que suma mayores retos a los ya existentes en el nivel local de gobierno derivados de la aplicación de la Administración electrónica, pero que deben ser interpretados en términos de articulación de un modelo integrado que en algunos municipios y provincias está ya avanzado mientras que en otras entidades locales –como es bien conocido– la situación de partida es, por emplear términos suaves, poco halagüena.

La sección tercera recoge el régimen de impugnaciones. Y en este punto sólo cabe hacer referencia a dos cuestiones:

- La reclamación que se prevé en el PLT tiene la consideración de “sustitutiva” a los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- La reclamación, potestativa en todo caso, frente a una resolución expresa o presunta, se interpondrá en el plazo de un mes ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, quien deberá resolver y notificar en el plazo de tres meses, entendiéndose el silencio como negativo.

Esta Agencia Estatal de Transparencia (de nombre mucho más largo) se regula en la disposición adicional primera y se adscribe al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, lo que pone en entredicho –como ha sido denunciado por la doctrina– el necesario carácter de Administración independiente que debería ostentar. Dada esa debilidad institucional del modelo difícilmente se puede afirmar que a través de esa vía se garantice la objetividad e imparcialidad que un órgano de tales características debe tener. Esa falta de independencia no se repara mediante un tibio y complejo procedimiento que prevé el PLT en virtud del cual el nombramiento del Congreso de los Diputados en el plazo de un mes desde su nombramiento. Una suerte de “nombramiento negativo” que, en esta coyuntura política, no tiene ninguna posibilidad de activarse, y en el futuro, siempre que exista gobierno en minoría,

requerirá una coalición de rechazo que solo podrá darse cuando la persona propuesta aúne una radical contestación. Esperemos (aunque no cabe tener demasiadas esperanzas al respecto, dado el modelo estatal impuesto como referencia) que los órganos de garantía de la transparencia que creen, en su caso, las comunidades autónomas y las entidades locales sean más respetuosos con la independencia y objetividad que debe presidir su funcionamiento.

## 7.- BUEN GOBIERNO

### *A) Introducción*

El Título II del PLT tiene por objeto una serie de normas que se encuadran dentro de la materia “Bueno Gobierno” y que, a pesar de sus relaciones indirectas o mediatas con el objeto principal del proyecto (la Transparencia), regulan especialmente dos cuestiones. A saber:

- a) Los principios éticos y de actuación.
- b) Las medidas disciplinarias en materia de conflicto de intereses y de infracciones en materia de gestión económico-financiera, así como otras medidas disciplinarias más genéricas relacionadas con los principios éticos y de actuación.

Realmente sorprende que una ley que tiene por objeto central implantar la transparencia en el funcionamiento de las administraciones públicas y regular el acceso de los ciudadanos a la información pública, dedique buena parte de su contenido a establecer un régimen sancionador que, además, no está directamente relacionado con el objeto principal de la Ley, sino que tipifica infracciones al código ético y de actuación, así como, especialmente, las que tienen que ver con las materias vinculadas con la gestión económico-financiera y que encuentran su explicación última en las infracciones de las obligaciones establecidas por la ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. No hay, por tanto, y esto no deja de ser sorprendente, un régimen sancionador específico anudado a la transparencia y al acceso de los ciudadanos a la información pública, salvo algún tipo específico recogido en el listado de infracciones.

En todo caso, lo importante de este Título frente al anterior es que resulta de aplicación inmediata una vez que la ley entre en vigor, ya que las previsiones del Título I difieren su entrada en vigor (y, por tanto, su aplicabilidad efectiva) un año después de publicada la norma.

También cabe resaltar el ámbito de aplicación de este Título que se extiende, por una lado, a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y el resto de altos cargos de la Administración General del Estado, así como a los altos cargos de las entidades del sector público estatal público o privado, vinculadas o dependientes de aquella. Por consiguiente, este Título tiene un destinatario muy preciso: los altos

cargos del Gobierno central y de las figuras asimiladas de las entidades dependientes (en su amplio sentido). Son todos ellos cargos de designación o de nombramiento político, sin perjuicio de que recaigan en personas que ostenten la condición de funcionarios o deban ser nombrados entre este colectivo. En suma, ni los altos funcionarios de la Administración del Estado ni los empleados públicos de las entidades vinculadas o dependientes entrarían dentro de esa categoría y, en consecuencia, no se les aplicarían las previsiones de este Título.

El concepto de alto cargo que predica el PLT es bien preciso: son los previstos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de conflictos de interés de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración.

Tiene importancia lo anterior porque el PLT extiende su aplicación asimismo, según prevé el apartado 2 del artículo 22, “a los altos cargos o asimilados que, de acuerdo con la normativa autonómica o local que sea de aplicación, tengan tal consideración”.

Mientras que los “altos cargos” de las administraciones autonómicas es una noción que puede ser acotada por lo previsto en la correspondiente legislación autonómica, no ocurre lo mismo con la extensión de la noción “alto cargo” a las entidades locales. En efecto, la legislación local parte de presupuestos conceptuales muy distintos en esta materia, y difícilmente se puede definir una noción unívoca de “alto cargo” de las entidades locales que aglutine, por ejemplo, a los diferentes tipos de gobiernos locales existentes (ayuntamientos, comarcas, diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, etc., sin perjuicio de que estos últimos no sean en sentido estricto administración local).

Es verdad que en los municipios de gran población se trasladó un esquema de organización institucional en alguna manera inspirado en el modelo estatal (LOFAGE), configurando como titulares de los órganos directivos a los coordinadores generales y a los directores generales, pero también a otras figuras (Secretarios Generales, Interventores, director de los servicios jurídicos, etc.). ¿Quiere decir esto que tal normativa se aplicaría en su integridad a todas esas figuras que son órganos directivos de los municipios de gran población? Si esto fuera así, ¿en los municipios de régimen común o en las diputaciones provinciales, a quiénes se aplicaría tal normativa? Ciertamente, el PLT tiene un alto grado de inconcreción en esta materia, lo que es preocupante por la afectación al principio de seguridad jurídica y puede dar lugar a no pocos problemas interpretativos en la aplicación no sólo de los principios éticos y de actuación, sino sobre todo en lo que afecta al procedimiento sancionador.

Si establecemos un paralelismo entre la figura de los altos cargos estatales y autonómicos a los que se aplica tal normativa, bien se puede concluir de que, en todos los casos, se trata de personal de libre nombramiento político y de libre cese, sin perjuicio de que se extienda a órganos directivos para los que, en su provisión, se exija

la pertenencia a cuerpo o escala para cuyo ingreso se haya solicitado titulación superior. Por tanto, en el ámbito de los gobiernos locales tan solo esas previsiones normativas se aplicarían a los coordinadores generales y directores generales de los municipios de gran población, a las estructuras directivas (directores generales y directores insulares) de los cabildos, consejos insulares y diputaciones forales, así como al personal eventual que desempeñe funciones directivas en los municipios de régimen común o en las diputaciones provinciales.

A mi juicio, no cabría extender la aplicación de esos principios éticos y de actuación ni del procedimiento sancionador a los altos funcionarios, sin perjuicio de que la provisión de esos puestos se haya llevado a cabo por el sistema de libre designación. Lo que excluiría de raíz la aplicación de las medidas sancionadoras a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, pero también al personal directivo municipal o provincial cuyos puestos de trabajo se hayan cubierto por el sistema de libre designación o mediante los procedimientos de provisión de puestos directivos previstos en el artículo 13 EBEP.

#### *B) Principios éticos y de actuación.*

Brevemente, conviene indicar que el artículo 23 del PLT recoge un listado en el que se regulan los principios éticos y de actuación que deben observar las personas a las que se refiere el artículo anterior. Y bien es cierto, como decía el dictamen del Consejo de Estado, que tales principios se alejan muchas veces del ejercicio de los poderes de coacción y se insertan más bien en el ámbito de las normas morales. Pero no lo es menos que, en la actualidad, tales códigos de conducta están muy extendidos no sólo en el sector público, sino también en el sector privado.

Con una honda tradición en el mundo anglosajón, tales códigos de conducta han sido trasladados al mundo continental europeo, y especialmente a nuestro país. Así, por ejemplo, han ido emergiendo con fuerza códigos de conducta en nuestro sector público. Por ejemplo, el EBEP (Estatuto Básico del Empleado Público los incorpora en sus artículos 52 a 54). También en el ámbito sanitario o, incluso, los funcionarios con habilitación de carácter estatal, se han dotado de códigos de conducta específicos de su ámbito o sector de actividad. Obviamente nada cabe objetar, sino todo lo contrario, a que tales códigos extiendan su aplicación y sirvan como medio de interiorización o de pedagogía incluso para el desarrollo de unas actividades profesionales, en este caso para la propia actividad política o de dirección política de nuestras instituciones.

Así, con precedentes claros en la esfera de la Administración General del Estado (ver Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado), así como de otras expresiones normativas que se han llevado a cabo en algunas Comunidades Autónomas (Galicia, País Vasco,

Comunidad Foral de Navarra, etc.), el PLT recoge una serie de principios éticos y de actuación que son aplicables al personal previsto en el ámbito recogido en el artículo 22 (por eso es tan importante deslindar cuál es realmente ese ámbito).

No entraremos aquí a analizar cuáles son tales principios éticos y de actuación, cuya dificultad de deslinde es la misma que la existente, por ejemplo, en el caso del EBEP, pero sí conviene traer a colación que tales principios, según se dice en el proyecto, “informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en este Título”. A pesar de las objeciones que a este enunciado puso el dictamen del Consejo de Estado, lo cierto es que es prácticamente reproducción íntegra de la previsión recogida asimismo en el artículo 52 del EBEP.

### *C) Infracciones y sanciones.*

Cabe resaltar, una vez más, que este régimen de infracciones y sanciones no da respuesta al objeto central de la ley (publicidad activa y derecho de acceso a la información pública), sino que se anuda a las actividades de los “altos cargos”, manifestándose a través de tres elementos que sucintamente serán analizados:

- a) Infracciones, que se desglosan en tres ámbitos (en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico financiera y en las genéricamente denominadas como “disciplinarias”).
- b) Sanciones
- c) Cuestiones procedimentales.

Por lo que afecta al primer punto (infracciones), se regulan, en primer lugar, las derivadas en materia de conflicto de intereses. Aquí el PLT hace una remisión a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflicto de intereses de miembros del Gobierno y de Altos Cargos, por lo que se refiere a las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones a realizar por tales personas. A nuestro juicio, esta remisión ha de entenderse exclusivamente aplicable a la Administración General del Estado y no a las Comunidades Autónomas (que se regirán por su legislación propia) ni a las entidades locales (que lo harán por la legislación de bases de régimen local).

Mayor transcendencia tiene la regulación de las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, por las implicaciones que la comisión de tales infracciones tendrá en el campo de las sanciones a aplicar a los “altos cargos” autonómicos y locales. Buena parte de los tipos de infracción hacen referencia directa a la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La pregunta que cabe hacerse de inmediato es cuál es la relación que existe entre el objeto de esta ley y tal listado de infracciones en esta materia concreta (¿por qué no se incluyó en la propia ley orgánica de estabilidad presupuestaria?, ¿tal vez porque

no era materia orgánica?, ¿pero por qué se ha elegido la cobertura de la Ley de Transparencia para insertar un régimen de infracciones y sanciones tan duro?).

Obviamente ese régimen de infracciones hay que ponerlo en conexión directa con el régimen de sanciones que prevé el PLT entre las cuales se encuentra (a pesar de las objeciones suscitadas en el dictamen del Consejo de Estado) la “destitución de los cargos públicos” o “la inhabilitación para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 22, durante un período de entre 5 y 10 años. Ambas sanciones son de difícil encaje en nuestro sistema constitucional y legal, la primera porque, efectivamente, los supuestos de destitución son aquellos expresamente previstos en la legislación electoral, mientras que en el segundo caso debería ser un juez (y no una autoridad administrativa) quien acordara una medida privativa de un derecho fundamental tan relevante en el Estado Constitucional Democrático como es el derecho de acceso a cargos y funciones públicas. Ambos polémicos supuestos se mantienen, y no sabemos hasta qué punto se tramitará alguna modificación de la legislación electoral en paralelo.

Pero lo realmente turbio de este modelo regulatorio no radica sólo en lo expuesto, sino en el órgano competente para incoar, instruir el procedimiento e imponer las correspondientes sanciones a los “altos cargos” autonómicos y locales, cuando las infracciones se refieran a los supuestos previstos en las letras f) a p) del citado artículo 25 (todas ellas vinculadas con la aplicación de la ley de estabilidad presupuestaria). En este caso, la incoación del procedimiento, su instrucción y sanción corre a cargo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Obviamente, se trata de una injerencia que casa muy mal con el principio de autonomía y su corolario del principio de autoorganización de las administraciones públicas autonómicas y locales. La contención del déficit público no puede dar pie a la alteración del sistema ordinario de funcionamiento de los poderes públicos en un Estado Constitucional. En efecto, que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sea quien incoe, instruya y sancione tales conductas vinculadas con las obligaciones derivadas de la aplicación de la ley de estabilidad presupuestaria no hace sino perturbar radicalmente el funcionamiento ordinario de las instituciones y someter a “tutela” a comunidades autónomas y entes locales.

Es verdad que, en supuestos distintos a los citados, se respeta –como no podría ser de otro modo– el que sea la Comunidad Autónoma correspondiente o la entidad local respectiva quienes incoen, instruyen y sancionen el resto de las conductas.

Este es probablemente el punto más crítico de una ley, inicialmente vendida como de “transparencia”, pero que incluye en su seno un conjunto de medidas sancionadoras que afectan directamente al ejercicio de la actividad política por parte de entidades dotadas de autonomía reconocida constitucionalmente y, sobre todo, de las potestades de organización inherentes a aquellas. Es cierto que el Consejo de Estado no ha planteado objeciones sobre este tema, pero también lo es que no ha



entrado ni siquiera a valorar el alcance que tales decisiones legislativas tenían o podían tener sobre el principio de autonomía recogido expresamente en los artículos 2 y 137 de la Constitución.

*D) Otras previsiones.*

También con carácter muy sucinto, es preciso referirse a las cuestiones más importantes que se incluyen en las disposiciones adicionales y finales del PLT, algunas relacionadas con el objeto de la ley y otras, en cambio, muy distantes al mismo. A saber:

- La regulación del procedimiento de acceso a la información pública tendrá carácter supletorio en aquellos casos en que exista una regulación específica.
- Todas las administraciones públicas (y, por tanto, las locales también) deberán llevar a cabo un proceso de revisión, simplificación y consolidación normativa de sus ordenamientos jurídicos (en el caso local, de sus sistema normativo de ordenanzas y reglamentos).
- Las reclamaciones recogidas en el artículo 21 corresponderá dictarlas en el caso de las entidades locales al “órgano independiente que aquéllas determinen”, por lo que deberán crear el mismo, salvo que atribuyan tal resolución a la Agencia Estatal de Transparencia (no cabe una atribución, según el PLT, a Agencias autonómicas).
- Se prevé una colaboración entre la Agencia Estatal de Transparencia y la AEPD para la determinación de los criterios establecidos en el artículo 12 de esta Ley, por lo que también en este punto se han aceptado las observaciones de la Agencia de Protección de Datos recogidas en el informe antes citado.
- Se modifican los artículos 35 h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- Asimismo, se modifican determinados artículos de la Ley 5/2006, pero que no afectan a las entidades locales. Igualmente, entre otras, se modifica la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.
- Particular importancia tiene lo previsto en la disposición final sexta, donde se recoge una previsión en virtud de la cual las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado establecerán cada año el baremo al que habrán de ajustarse las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las entidades locales atendiendo al tipo de entidad local de que se trate, así como a criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno u otras de carácter administrativo. Una

vuelta de tuerca más al principio de autonomía local y a las potestades de autoorganización inherentes al mismo. Sea ahonda la diferencia entre la autonomía de las comunidades autónomas y la de los entes locales: esta última se acorta. Los tribunales de justicia, y particularmente el Tribunal Supremo, habían venido reconociendo que la asignación de tales retribuciones a los responsables políticos locales formaba parte consustancial de la autonomía local.

- El gobierno de reserva el desarrollo reglamentario de la ley, particularmente importante en algunos ámbitos.
- Y finalmente dos precisiones de interés:
  - La presente ley tiene naturaleza básica, amparándose en un conjunto de títulos competenciales (la mayor parte de naturaleza transversal: 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18; llama la atención el segundo de ellos, justificado solo por la inclusión del artículo 25 del PLT), con excepción de lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 8 y el apartado 2 del artículo 18 (en realidad deberían haberse identificado más preceptos que no tienen esa naturaleza porque sencillamente no son aplicables a las Comunidades Autónomas o entidades locales).
  - Y aunque ya ha sido expuesto es muy importante resalta que la entrada en vigor de esta ley a automática (al día siguiente de su publicación en el BOE) para lo que afecta al Título II, mientras que se difiere su vigencia al año siguiente de su publicación para el Título I. Por tanto, las entidades locales dispondrán de un razonable tiempo de espera para llevar a cabo las adaptaciones pertinentes que sean necesarias tanto en sus estructuras organizativas, en sus procedimientos, en sus sistemas o en la formación de su personal.

## **VI.- REFLEXIONES FINALES**

No cabe duda que el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno es una iniciativa legislativa oportuna y necesaria, ya que lleva a cabo un ensayo de homologación con los países avanzados en esta materia, aunque quedan por resolver aún innumerables aspectos puntuales que podrían mejorar sustancialmente la arquitectura del texto legal.

En el ámbito de aplicación quedan algunos flecos no bien resueltos (Casa Real, entre otros). Por lo que respecta a la publicidad activa, la regulación ha mejorado algo frente a la contenida en el anteproyecto. Donde se han producido más cambios es en lo que respecta a la protección de datos, ya que se han incorporado no pocas de

las sugerencias que al respecto hizo la Agencia Española de Protección de Datos. Pero quedan lagunas y dudas en la garantía efectiva de acceso a la información pública como derecho de los ciudadanos. Las limitaciones que se prevén se extienden a un catálogo de ámbitos muy numeroso y, en ocasiones, poco preciso, lo que dará lugar a dudas interpretativas y, en algunos casos, a cerrar el acceso a esa información bajo justificaciones formalmente correctas en apariencia, pero materialmente inconsistentes.

Tampoco hay excesivas garantías de independencia, imparcialidad y objetividad del órgano encargado de resolver las reclamaciones (así como de aquellas otras funciones que le atribuye la ley): la Agencia Estatal de Transparencia que, por un afán comprensible de reducir el gasto público, se ha creado bajo la veste de otra existente previamente y cuyo objeto solo tangencialmente es el mismo.

Pero las dudas más sustantivas de este proyecto de ley se encuentran en el polémico contenido de algunos pasajes del Título II, relativo al Buen Gobierno. De hecho, el efecto mediático del proyecto de ley se ha desviado de su objeto central, la transparencia, hacia las medidas relativas al buen gobierno desde la perspectiva sancionadora. Mal resultado, pues la imagen de una ley tan importante como es la de Transparencia se empaña con un conjunto de medidas que tienden a resolver problemas coyunturales (reducción del déficit y estabilidad presupuestaria), que, siendo como son muy importantes, deberían haber tenido acogida en otro tipo de norma específicamente dedicada a esa cuestión.

Y esto puede echar a perder la fuerza que una regulación sobre transparencia en nuestras administraciones públicas debe tener. En todo caso, las administraciones locales deberán llevar a cabo un plan concreto de implantación de la citada Ley de Transparencia, ya que en la misma, como se ha visto, se recogen una serie de importantes obligaciones que deberán ser acometidas sin distracción alguna. Tanto en lo que afecta cuestiones relativas a la publicidad activa, como en lo que respecta a garantizar el derecho de acceso a la información pública, donde se habrá de invertir en aspectos organizativos, de sistemas y de formación de recursos humanos, hay mucho trabajo por hacer y este se debe realizar de forma ordenada. Asimismo, hay que establecer diseños institucionales que garanticen la efectividad del derecho de acceso a la información pública y difundir entre los responsables políticos y los empleados públicos los importantes cambios tanto en el ámbito de la transparencia y el derecho de acceso como en la esfera del buen gobierno. Para todo ello se dispone de un año (tiempo de *vacatio legis* en lo que afecta al Título I), pero no estaría de más que ya se comenzara a trabajar en esta cuestión, puesto que, sin lugar a dudas, esta ley estará publicada en el Boletín Oficial del Estado en los primeros meses del año 2013.

## VII.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Informe sobre el anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno, de 5 de junio de 2012 ([www.estudiconsultoria.com](http://www.estudiconsultoria.com), Textos/Transparencia Sector Público).

CONSEJO DE ESTADO: Dictamen 707/2012, de 19 de julio, sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno ([www.estudiconsultoria.com](http://www.estudiconsultoria.com), Textos/Transparencia Sector Público).

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Revista Democracia y Gobierno Local* núm. 13, 2011, monográfico sobre “Transparencia en los Gobiernos Locales”.

GARCÍA MACHO, R. “La transparencia en el sector público”, *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, A. BLASCO (Coordinador), INAP, 2011.

GUICHOT, E.: “Transparencia versus protección de datos”, *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, A. BLASCO (Coordinador), INAP, 2011.

GUICHOT REINA, E.: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 170/2011, Madrid, 2011.

INAP: Boletín de Función Pública, 9, 2012, número especial sobre Transparencia.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: “La necesidad de una Ley de Transparencia”, *El Derecho Público de la crisis económica, Transparencia y Sector Público, Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, A. BLASCO (Coordinador), INAP, 2011.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL: [www.transparencia.org.es](http://www.transparencia.org.es)

TRONCOSO REIGADA, A. (dir): *Transparencia administrativa y protección de datos personales*. V Encuentro de Agencias autonómicas de protección de datos

El proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su incidencia sobre las entidades locales. Un primer análisis.  
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO

personales, Thompson/Civitas/Agencia Protección de Datos Comunidad de Madrid, Madrid, 2008.

VELASCO CABALLERO, F.: *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

VILLORIA MENDIETA, M.: "Algunas reflexiones sobre el anteproyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información", *Boletín de Función Pública* 9, mayo 2012, INAP.

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional