

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

El 7 de septiembre se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Además de impulsar la transparencia de la actividad pública, el Proyecto de Ley que ahora inicia su tramitación parlamentaria incorpora, bajo la rúbrica de "normas de buen gobierno", un amplio elenco de principios éticos y de actuación y un completo régimen de infracciones y sanciones aplicables a los miembros del gobierno y altos cargos de todas las Administraciones Públicas.

El Gobierno dio a conocer el primer borrador del texto del Proyecto de Ley el pasado mes de marzo y, desde entonces y hasta la remisión a las Cortes de su tercera versión, se ha celebrado una consulta pública y han emitido informe tres órganos consultivos: el Consejo de Estado, la Agencia de Protección de Datos y el Consejo General del Poder Judicial.

Con el Proyecto de Ley se pretende impulsar en nuestro país el hoy conocido como "gobierno abierto" (*open government*), ante la imperiosa necesidad, en tiempos de crisis y desencanto ciudadano, de mejorar la calidad de las

políticas públicas y promover la legitimación de los órganos de dirección política¹. La apertura de datos (*open data*) produce también réditos económicos. Fue precisamente la importancia económica de la reutilización de los datos públicos por el sector privado (que en 2006 movió en Europa un volumen de negocios cifrado en un mínimo de 27.000 millones de euros), lo que indujo a la Unión Europea a aprobar una directiva sobre el uso de los documentos que obran en poder del sector público, transpuesta en nuestro país por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

Además, en materia de acceso a la información, el Proyecto de Ley viene a cubrir una laguna legal, pues si bien existen normas sectoriales que contienen obligaciones de difusión y de acceso a la información (contratos, subvenciones, presupuestos o actividades de los altos cargos), e incluso una Ley específica dedicada a la garantía de este derecho en el ámbito de la protección ambiental, falta una regulación con carácter general del derecho de acceso y publicidad de la información (de la que únicamente carecen en la Unión Europea, además de nuestro país, Chipre y Malta).

¹ El gobierno abierto es un nuevo modelo, decididamente impulsado en Estados Unidos por la Administración Obama y cada vez más universalizado, que posibilita y fomenta, con apoyo en las TIC, el acceso a la información como un principio clave para la mejora del sistema democrático, al aumentar el control de las instituciones y acercarlas a los ciudadanos.

I. La transparencia de la actividad pública

La transparencia está reconocida en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 como uno de los principios que han de informar la relación entre los ciudadanos y las Administraciones públicas. Ni la Ley 30/1992 ni el Proyecto de Ley definen el principio, pero la regulación que ahora se tramita en las Cortes lo regula como una garantía de la difusión y de la puesta a disposición previa solicitud de la información concerniente a la actividad política.

Las normas sobre acceso a la información del Proyecto de Ley no sustituyen a las ya previstas en sectores específicos, aplicándose en estos casos con carácter supletorio, según estipula su disposición adicional primera.

Sin embargo, el artículo 4 del Proyecto dispone que las obligaciones de transparencia se imponen "sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen *más amplio* en materia de publicidad", con lo que surgen dudas sobre qué ocurre con las normas específicas que puedan resultar más restrictivas, por lo que, como puso de relieve el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, "no resulta sencillo determinar en todos los casos cuál es la norma de aplicación preferente".

Esta indefinición, y la falta de una disposición derogatoria, propiciarán situaciones de colisión de normativas, especialmente en materia de subvenciones, publicidad de contratos del sector público o protección de datos de carácter personal.

A) Ámbito subjetivo de aplicación

El Proyecto de Ley dispone la aplicación de sus normas sobre transparencia a todas las Administraciones Públicas, así

como a la pluralidad de entes y empresas que conforman el sector público (organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, incluidas las dotadas de personalidad jurídica propia, fundaciones y empresas públicas y corporaciones de derecho público en relación con sus actividades sujetas al derecho administrativo).

La norma no se aplica con carácter general a otros poderes públicos, pues el Congreso de los Diputados, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas sólo quedan vinculados por sus prescripciones "en relación con sus actividades sometidas al derecho administrativo". El Consejo de Estado señaló en su dictamen la ausencia de toda referencia en el Proyecto de Ley a los partidos políticos y sindicatos, que merecerían una mención al menos por lo que respecta a la transparencia sobre los fondos públicos que perciben y el uso que hacen de los mismos.

B) Difusión activa de la información

El Proyecto de Ley establece un criterio general de publicación periódica y actualizada, en las correspondientes sedes electrónicas y páginas web, de la información relevante para garantizar la transparencia de su actividad.

La enunciación de este principio general va acompañada de un listado de "información de relevancia jurídica" que, en todo caso, debe ser objeto publicación, que incluye, entre otras novedades reseñables, la publicación de los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos, así como de las memorias e informes de los expedientes

de elaboración de los textos normativos. Se enuncian, asimismo, toda una serie de actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que han de ser objeto de publicación, entre los que puede destacarse la publicidad de los convenios y las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación, en ambos casos, de los aspectos que se señalan.

A fin de permitir el acceso a la información a través de una única plataforma de Internet, el Proyecto de Ley prevé el desarrollo, para la Administración General del Estado, de un "Portal de la Transparencia" al que los ciudadanos puedan dirigir sus solicitudes de información y que incluya aquélla que se solicite con más frecuencia. El Proyecto de Ley sigue en este punto los pasos de países como Estados Unidos (data.gov) o Gran Bretaña (data.gov.uk), que en nuestro país cuenta con algunos precedentes autonómicos, señaladamente el portal Irekia del País Vasco.

Como órgano responsable de la promoción de la transparencia y la garantía del acceso a la información, el Proyecto de Ley crea la Agencia Estatal de Transparencia, Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios. No se trata, en realidad, de un organismo nuevo, sino que se le otorgan estas funciones a la ya existente Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, dependiente del Ministerio de Economía y Administraciones Públicas. Ha sido objeto de críticas el hecho de que no se haya creado una autoridad independiente dedicada a esta materia, como la existente en materia de protección de datos (*vid.*,

en este sentido, los comentarios de la OSCE al borrador del proyecto²).

C) Acceso a la información previa solicitud

El Proyecto de Ley pretende ampliar el acceso a la información regulado por el artículo 37 de la Ley 30/1992 en desarrollo del derecho reconocido por el artículo 105.b de la Constitución. Se reconoce, para ello, el derecho de "todas las personas", sin necesidad de acreditar interés legítimo, para acceder a la "información pública", definida como "los contenidos o documentos que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

Se suprime, de esta forma, la limitación actualmente existente de que quienes no ostenten la condición de interesados únicamente puedan acceder a "los procedimientos terminados". Sin embargo, el acceso a la información solicitada puede denegarse, total o parcialmente, cuando concurren determinados límites, y éstos se configuran de un modo tan amplio e indeterminado que, como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, "pueden mermar seriamente la eficacia real de dicho derecho". Hay que precisar, en todo caso, que esta regulación no afecta al acceso a los documentos de los expedientes administrativos para quienes ostenten la condición de interesados en el procedimiento, quienes se seguirán rigiendo por la normativa aplicable al procedimiento correspondiente (disposición adicional primera).

² *Comments on the draft law on transparency, access to information and good governance of Spain*, accessible en <http://www.osce.org/fom/89577>

En concreto, el Proyecto de Ley contempla tres tipos de límites al derecho de acceso a la información:

- Límites para la defensa de otros bienes públicos y privados. Son muchos, y formulados con gran indefinición, los posibles intereses que, de considerarse que pueden verse "perjudicados", y tras una ponderación de los intereses concurrentes, permiten denegar el acceso a la información, y no se contempla, como en al Ley 27/2006, la obligación de que se interpreten de manera restrictiva³.
- Límites para la garantizar el carácter confidencial de los datos personales. Son los incluidos en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos personales para los datos especialmente protegidos. En relación a los datos no especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá su acceso previa ponderación de los intereses públicos concurrentes, y se enuncian varios criterios que habrán de tenerse en cuenta para llevarla a cabo. Esta ponderación no será necesaria "si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas".
- Límites por razones procedimentales, y dirigidos a evitar peticiones abusivas. Aquí también el Proyecto

de Ley adolece de una excesiva amplitud e indefinición en algunos de los supuestos contemplados.

De mantenerse su actual redacción, la interpretación de muchos de los límites se llevará a cabo por los tribunales a medida que resuelvan sobre los conflictos que se susciten. Interesa señalar, a este respecto, que, según la experiencia acumulada desde la aprobación de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la información en materia de medioambiente, la jurisprudencia manifiesta una tendencia a interpretar de forma restrictiva las limitaciones al derecho de acceso, precisando, por ejemplo, que la excepción de que las solicitudes "se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general", no debe asimilarse de modo alguno a procedimientos terminados (y permitiendo, de esta forma, por ejemplo, el acceso a las actas que se incluyen en un procedimiento no finalizado).

Por lo que respecta a la tramitación de las solicitudes, cabe destacar el carácter voluntario de la motivación y la previsión, en el caso de que la información pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, de un plazo de quince días para que puedan realizar alegaciones.

El plazo para resolver es de un mes (la media europea está en quince días), ampliable a otro más si la complejidad o el volumen de la información lo hacen necesario. Transcurrido este plazo sin

³ De acuerdo con el artículo 11 del Proyecto de Ley, el derecho de acceso podrá ser restringido cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional; b) La defensa; c) Las relaciones exteriores; d) La seguridad pública; e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; h) Los intereses económicos y comerciales; i) La política económica y monetaria; j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; l) La protección del medio ambiente.

haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá que la solicitud ha sido desestimada⁴.

Contra la denegación de la solicitud se prevé la interposición, en sustitución de los recursos administrativos, de una reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia (o, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, ante el órgano independiente que determinen), cuyas resoluciones podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo. Suscita serios reparos, como ha señalado el Consejo de Estado, que las decisiones sobre acceso a la información de órganos constitucionales y de relevancia constitucional dotados de independencia y autonomía puedan ser fiscalizadas por este órgano administrativo.

II. Normas de buen gobierno y sanciones por su incumplimiento

El Proyecto de Ley abre el Título II, relativo al "buen gobierno", con una relación de los "principios éticos y de actuación" aplicables a los miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos o asimilados de todas las Administraciones Públicas.

Mayor novedad que estos principios generales, que ya resultan de lo dispuesto en la Constitución y las leyes, reviste la previsión de un régimen sancionador en

el que se tipifican como infracción disciplinaria de los miembros del gobierno y altos cargos diversas conductas que hasta ahora únicamente resultaban aplicables a los empleados públicos, según las previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público. El Consejo de Estado, si bien valoró positivamente esta regulación, puso reparos a la falta de precisión y rigor en la tipificación de algunas infracciones (citando, entre otras, por ejemplo, la infracción grave consistente en "el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas"), así como a su solapamiento, en otros casos, con conductas castigadas por el Código Penal sin una adecuada armonización de ambos reproches punitivos.

El Proyecto de Ley incorpora, además, toda una serie de "infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria", mediante las que se tipifican numerosas conductas contrarias a las prescripciones de la Ley General Presupuestaria y de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con lo que se refuerza el cumplimiento de estas leyes por las autoridades encargadas de aplicarlas.

Las posibles sanciones a imponer para las infracciones tipificadas incluyen: la declaración y publicación en el BOE del incumplimiento; la destitución de los

⁴ La previsión del silencio negativo es uno de los aspectos del Proyecto que ha suscitado más polémica. La denegación por silencio contradice la exigencia de que la resolución denegatoria sea motivada, y por esta razón la Comisión europea instó a España a modificar el sentido del silencio, de negativo a positivo, en el acceso a la información ambiental (materia en la que se transponen directivas comunitarias). A pesar de ello, la garantía de derechos o intereses de terceros implicados en la información solicitada parece ser una "razón imperiosa de interés general" que justifica esta opción, y, además, la estimación por silencio presunto no aporta una mejora sustancial a la garantía del derecho, pues en este caso su realización efectiva no se obtiene con el acto presunto estimatorio sino con la entrega de la documentación solicitada, por lo que al interesado que, a pesar de haber visto reconocida su solicitud por medio de un acto presunto, no recibe los documentos, no le queda otra vía que formular recurso contencioso-administrativo para obtener la ejecución del acto, por la vía del artículo 29 de la LJCA.

cargos públicos que ocupen (sin que se haya incorporado la precisión, sugerida por el Consejo de Estado, de que tal sanción no puede aplicarse a los cargos electos); la pérdida de las indemnizaciones que, en su caso, lleve aparejada el cargo; y la inhabilitación para ocupar cargo público durante un periodo de entre 5 y 10 años.

Llama la atención, por último, que no se prevea un régimen de infracciones y sanciones específico para las conductas contrarias a las normas de transparencia, lo que resta carácter imperativo a los preceptos del Título I del Proyecto de Ley.

III. Simplificación administrativa

La disposición adicional segunda del Proyecto de Ley impone a todas las Administraciones públicas una "obligación

de revisión y simplificación administrativa", más que necesaria en aras de la seguridad jurídica ante el "desordenamiento jurídico" que padecemos. En el ámbito de la Administración General del Estado, se encarga a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes la elaboración de un plan de calidad y simplificación normativa y la coordinación del proceso de revisión y simplificación respecto del resto de los departamentos ministeriales.

Entrada en vigor

La entrada en vigor de las disposiciones del Título II del Proyecto de Ley tendrá lugar al día siguiente de la publicación de la Ley, pero se difiere la de del Título I dedicado a la transparencia, que entrará en vigor al año de su publicación.