



¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?

En estas breves páginas voy a tratar de llevar a cabo un balance de en qué momento nos encontramos en materia de transparencia. Un balance necesariamente conclusivo, tentativo e incompleto.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que puede señalarse es que estos años hemos asistido a un logro capital: el de la aprobación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública estatal (LTBG)¹, de toda una batería de Leyes autonómicas que desarrollan las bases estatales² y de reglamentos de Entidades Locales que adaptan la normativa estatal y en su caso autonómico a ese ámbito. Prácticamente se ha puesto fin, así, a lo que podríamos calificar como el momento "fundacional" o "normativo". Desde luego, el camino no ha sido fácil, y ha hecho falta la conjunción de la presión de organizaciones no gubernamentales, periodistas, académicos, archiveros y, sobre todo, de la ciudadanía "indignada" ante una apabullante crisis económica e institucional, jalonada de un reguero de casos de corrupción, para colocar la aprobación de la normativa de transparencia en la agenda pública.

Ahora bien, tener una normativa sobre transparencia no basta. Es necesario, además, que se trate de una norma de calidad, que incorpore mecanismos efectivos de transparencia y permita un ejercicio ágil del derecho de acceso a la información y que sólo los limite en lo necesario para salvaguardar otros bienes y derechos constitucionales; una Administración Pública (y demás sujetos obligados) con una buena organización y localización de la información disponible, imbuida de una cultura de transparencia y dispuesta por ello a cumplir con la Ley y a facilitar el ejercicio del derecho, a interpretar las causas de inadmisión o los límites de forma restrictiva y a resolver en plazo; autoridades independientes de control, judiciales pero también administrativas, que proporcionen la tutela rápida, ágil y gratuita sin la cual el acceso a la información no sirve como mecanismo de participación y control, y una sociedad implicada, muy en particular, a través de organizaciones no gubernamentales y periodistas que cumplan su función de vigilancia, alerta y denuncia (*watch dogs*).

¹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

² Navarra (Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto); Extremadura (Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto); Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública); La Rioja (Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno); Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia; Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias; Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la actividad pública y Participación ciudadana de Aragón; Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen gobierno y Participación Ciudadana de Comunidad Valenciana; Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia; Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha.

Todo ello explica que un ciudadano cualquiera que compare los análisis internacionales sobre la normativa sobre transparencia³ y sobre la corrupción en el mundo⁴, constatará, con sorpresa, que en el top 10 de los países con mejores leyes de transparencia se encuentran Méjico, Serbia, Sri Lanka, Eslovenia, India, Albania, Croacia, Liberia, El Salvador y Sierra Leona, la mayoría de los cuales se sitúan en la franja de los países más corruptos del mundo (entre ellos, Méjico, que lo lidera, en el 123, empatado con Sierra Leona, que también se encuentra en el top 10) mientras que, en sentido inverso, el botton 10 lo ocupan países como Austria, Liechtenstein, Filipinas, Tajikistan, Irán, Jordania, Alemania, Taiwan, República Dominicana, Bélgica, entre los cuales algunos de ellos figuran en la franja de países del mundo con más bajo índice de corrupción (Alemania, en el 10, Bélgica, en el 15, o Austria, en el 17).

Voy a centrarme en este trabajo en el análisis de los puntos fuertes y débiles de la Ley, dada mi condición de jurista. Pero como decía que no todo se agota en el plano normativo. Hay otros factores decisivos para la efectividad del derecho de acceso a la información, a los que haré una sintética alusión final.

II. CALIDAD NORMATIVA

En el análisis de la Ley estatal de transparencia al que acabamos de hacer alusión, España se sitúa en un puesto bajo (el 80 de 111). Sin embargo, hay que poner en cuestión esta calificación porque si se analizan las puntuaciones obtenidas en los diferentes criterios se observan errores de bulto⁵. Todo ello, además, sin tener en cuenta que no incluye las Leyes autonómicas, que van más allá, todas ellas, de las bases estatales. En este mismo sentido, no es infrecuente escuchar de boca de algunos representantes de ONGs e incluso de algunos académicos, periodistas, archiveros... que la legislación española sobre transparencia es poco avanzada, a veces haciéndose eco de análisis como el reseñado y cuestionado. A mi juicio, por el contrario, el bloque conformado por la unión de normativa estatal, autonómica y, en su caso, local en España merece una valoración global positiva. Susceptible de mejora, obviamente. Analizaré algunas cuestiones esenciales.

1. Sujetos obligados

La LTBG acoge un ámbito subjetivo amplio de sujetos obligados, basado en el ejercicio de funciones públicas o la prestación de servicios públicos y/o en el funcionamiento con fondos públicos⁶. No sólo, pues, la Administración, sino de todos sus entes públi-

³ <http://www.rti-rating.org/>, elaborado por Access info y Centre for Law and Democracy. España ocupa la posición 80 de 111.

⁴ http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf, elaborado por Transparencia Internacional. España ocupa la posición 38-41 de 176 países.

⁵ Por señalar tan sólo algunos: se considera que no hay un principio general de acceso siendo los límites la excepción (que sí deriva del artículo 14); se afirma que las personas jurídicas no tienen reconocido el derecho de acceso (siendo así que están incluidas en el "todas las personas" del artículo 12); se considera que no existe una Autoridad administrativa independiente (que se diseña en el artículo 33 y siguientes de la Ley, con la nota de la plena independencia y garantías al respecto); se considera que las decisiones del Consejo de Transparencia no son vinculantes sólo porque no se menciona expresamente...

⁶ Artículos 2 a 4.

¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?

cos o privados cualquiera que sea su rama de actividad (mientras que en otros países se excluyen los que llevan a cabo actividades mercantiles). También se incluyen Instituciones constitucionales o estatutarias en sus actividades de administración, o corporaciones privadas como colegios, cámaras o federaciones en la medida en que ejercen funciones públicas. O empresas privadas que prestan servicios públicos o ejercen funciones públicas, en este caso con la intermediación de la Administración que es la que ha de requerirles información y dar la cara ante el ciudadano. O, finalmente, y por la presión ciudadana, de ONGs y de expertos, y al calor de un reguero de escándalos de corrupción, partidos políticos, asociaciones empresariales, sindicatos y todo el que recibe fondos públicos en una cuantía o proporción significativa, sometidos en este caso sólo a publicidad activa sobre el uso del dinero público recibido por contrato, convenio o subvención. El balance es en este punto, pues, positivo, si bien creo que debería rectificarse una interpretación extensiva que entiende que estos últimos sujetos, las entidades que perciben fondos públicos, deben también publicitar otros datos aparte de los contratos, convenios y ayudas de los que proceden, datos que afectan a su organización y funcionamiento privado (salarios de sus dirigentes, presupuestos...) y en los que nunca se pensó cuando se les incluyó en la tramitación parlamentaria de la Ley⁷. Además, deberían preverse sanciones en el caso de incumplimientos de sus obligaciones por parte de estas entidades puramente privadas.

2. Límites

La LTBG acogió con pocas alteraciones el listado de límites del Convenio europeo de acceso a los documentos aprobado en 2009. Se ha dicho que son muchos y muy genéricos. Así es, pero no creo que pueda ser de otra forma, todos están justificados y responden a un acervo común. La clave es la aplicación al caso, bajo los test del perjuicio y del interés público. Afortunadamente los Consejos de Transparencia están haciendo una labor esencial de corrección de la tendencia de algunos obligados a invocar los límites sin mayor argumentación y a aplicar ambos test, obviando, la mayoría de ellos, por lo demás la referencia al interés privado que supone un torpedo a la línea de flotación de un derecho, el de acceso, que no es instrumental, sino autónomo, y nos debe situar a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones para poder participar

⁷ El artículo 8.2 dice que “los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública”. La dificultad viene del dato de que la enmienda que introdujo este precepto se justificó del siguiente modo: “Como consecuencia de la inclusión en el ámbito de aplicación de sujetos que no tienen naturaleza pública, se especifica el alcance de las disposiciones del artículo 7, que se aplicarán en su totalidad con las especificaciones que se fijan en la enmienda respecto de la información a la que se refieren las letras a), b) y c).” En esta línea, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en su criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo, ha considerado que a estas entidades les son de aplicación los principios generales enunciados en el artículo 5, con excepción de su apartado primero, el apartado primero del artículo 6 en lo relativo a información sobre su estructura, organización y funciones y el artículo 8 en su totalidad, con las matizaciones que establece su apartado segundo sobre qué contratos, convenios y ayudas están incluidas. No obstante, si se repara en su contenido, puede observarse que la naturaleza y propia terminología de muchos de estos apartados no se adapta a la naturaleza, estructura y funciones de los entes privados (“responsables de los diferentes órganos”, “cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas”, “las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan”, “altos cargos”...). O qué decir de otros como las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad. Y, en el plano de los principios, que es más que discutible la razón que puede llevar a que recibir dinero público deba obligar a la publicidad de aspectos como las previsiones presupuestarias, las retribuciones o el organigrama de organizaciones privadas.

y controlar la acción pública. Y, asimismo, prescindiendo de los criterios de supuesta orientación para ponderar el derecho a la protección de datos y la transparencia incluidos en el art. 15.3, y tomando como clave la relevancia de la información en cuestión para controlar la legalidad de la actuación pública.

3. Publicidad activa

Creo que uno de los puntos fuertes de la Ley estatal, y ampliado por las autonómicas e incluso por las ordenanzas, es la publicidad activa. Informarse a través de internet es el signo de los tiempos: mayor facilidad para el ciudadano y mayor economía de medios para la Administración. Juzgo como muy positivo que la Ley no se limitara a establecer el principio general de publicidad activa de la información cuyo conocimiento sea relevante, porque ello habría otorgado una enorme discrecionalidad a los obligados. Es muy saludable, por el contrario, que se haya incorporado una lista básica de materias ampliable por normas autonómicas o locales o por la mera decisión administrativa. El camino, creo, que queda por recorrer es el de avanzar en facilitar la localización de la información, la propia evaluación de su cumplimiento por los obligados (y en esto hay que mencionar el proyecto MESTA que lidera el CTBG), el control del cumplimiento por las Autoridades de transparencia apoyados en la vigilancia y denuncia ciudadana (bajo el lema del fundador de Linux, Eric Raymond, "con suficientes miradas pendientes, todo error puede detectarse") y la promoción de rankings de transparencia que tan efectivos se han demostrado en la experiencia privada de Transparencia Internacional y que ahora se quieren promover desde lo público, como ha ocurrido con el efectuado por el CTBG sobre transparencia de órganos constitucionales.

4. Publicidad pasiva o derecho de acceso

Me parece positiva la combinación de plazos razonablemente breves y silencio negativo por la que optó el legislador. Los datos oficiales a nivel estatal dicen que sólo se está produciendo el silencio negativo en el 0,31% de los casos, esto es, en 31 casos de 10.100. No obstante, cabe señalar algunos puntos críticos. En primer lugar, que el CTBG y algunas ONGs han coincidido en la crítica de la práctica de retrasar el envío de las solicitudes desde el Portal hasta el órgano competente para resolver, sin informar siquiera al solicitante de cuándo ha tenido lugar dicho envío, con el retraso y la incertidumbre que suponen. También hay que reflexionar sobre qué sentido tiene exigir acreditar la identidad por certificado digital cuando el derecho de acceso no requiere motivación ni legitimación alguna, es un derecho de todos, exigencia ésta criticada por el defensor del pueblo, ONGs, algunos académicos entre los que me encuentro, y el propio CTBG. Y por lo demás, inédita en nuestro entorno jurídico.

5. La relación con normas sectoriales que regulan el acceso a la información

Como se sabe, el diablo está en los detalles. La LTBG previó que sería de aplicación supletoria en aquellas materias con un régimen propio de acceso adaptado a las sin-

¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?

gularidades de cada sector. Si algo significaba esa disposición era que, creada una garantía crucial como son las Autoridades de transparencia, esa garantía gratuita, especializada, en fin, eficaz, se desplegaría en aquellos sectores en que por su particular importancia vital para la vida económica o para la vida, *tout court*, existió una regulación del derecho de acceso previa a la Ley: el acceso a la información ambiental o la reutilización o el acceso por los representantes políticos. La sorpresa ha sido mayúscula cuando algunos Consejos, entre ellos el estatal, que ha inspirado a algunos autonómicos, se ha entendido incompetente por considerar que la remisión al sistema general de recursos administrativos le impedía conocer de los asuntos, pese a tratarse de una ley posterior y de una garantía nueva. Qué decir del acceso a los archivos. En el Congreso de los Diputados se aprobó una enmienda para someter a todos ellos al nuevo régimen legal, y sin embargo, la interpretación del CTBG, siguiendo un informe de la Abogacía del Estado, está interpretando que se rigen por la anterior normativa sobre archivos y no cuentan con la garantía de la reclamación ante las autoridades de control. También me parece sorprendente que se esté interpretando que nuestros representantes políticos, parlamentarios o concejales, no pueden acudir a los Consejos frente a denegaciones de información, salvo que lo hagan disfrazados de ciudadanos de a pie, como sostiene el CTBG y siguen algunos Consejos autonómicos, en algún caso, el andaluz, incluso negándoles esa posibilidad si previamente han pedido infructuosamente la información como representantes políticos. Creo que en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo y en las argumentaciones sólidas de otras Autoridades de control, en particular la catalana, pueden encontrarse argumentos difíciles de rebatir, para combatir esta aporía que deja a las materias o sujetos respecto de los que el acceso a la información es más relevante en peor condición que al resto de materias o a los ciudadanos de a pie⁸.

Este es mi balance a nivel normativo. Creo que no debo acabar sin hacer mención al menos a dos proyectos en tramitación.

- En primer lugar, el proyecto de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, presentados por Ciudadanos y admitido a trámite hace un año, que plantea modificaciones a la Ley. Con algunas estoy de acuerdo y se inspiran en buena medida en aportaciones ya recogidas en algunas leyes autonómicas (transparencia de los lobbies, ampliación de la publicidad activa a las agendas, al personal de confianza, a la publicidad institucional, a extremos como la composición de las mesas y las juntas y los informes técnicos en materia de contratos. Con otras no, como la supresión del listado de límites o del silencio negativo.

⁸ Entre otros, en "El acceso de los representantes políticos a la información y la nueva normativa sobre transparencia y acceso a la información pública. En especial, la posibilidad de presentar reclamaciones ante las Autoridades de transparencia", Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 8, noviembre 2017; "La competencia de las Autoridades de Control para conocer de reclamaciones en materia de información ambiental, de reutilización y archivística", Revista Española de Transparencia, núm. 4, primer semestre de 2017; "El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente", Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 33, 2016, pp. 125-162.

- En segundo lugar, el proyecto de Reglamento de la LTBG, que viene ya de largo, de finales de 2014, pero que se encuentra en una nueva etapa de consulta pública previa de un nuevo reglamento. Se planteaba si esperar a la modificación eventual de la ley que pudiera llevarse a cabo con ocasión del proyecto de ley al que me he referido, si no hacer nada y confiar la interpretación de la ley a los órganos de control o si aprobar un reglamento. Creo que las tres opciones tienen argumentos. Veremos en qué queda y qué carácter tiene el reglamento y si aporta algo que no se derive ya de los criterios interpretativos que en el ámbito estatal viene sentando el CTBG y que son un elemento crucial para los aplicadores.

III. IMPLICACIÓN SOCIAL

No se puede esperar que la ciudadanía en general se convierta en guardián "profesional" de la Administración. En todo el mundo, ONGs, periodistas, académicos, tienen un papel fundamental que jugar. En España, organizaciones como Access Info o Civio han planteado diversas y muy interesantes solicitudes en ámbitos sensibles y además, en algunos casos, como en el de Transparencia Internacional, se han sumado a la labor de formación y pedagogía. Desde la Universidad, algunos profesores hemos hecho también lo que hemos podido.

Se ha dicho que ha sido decepcionante el bajo número de solicitudes de información, pero creo que habría que relativizarlo, por ello. Quizás había unas expectativas que no eran realistas (y por ello no lo era el miedo a la avalancha de información que impidiera dedicarse a resolver asuntos, de la que tanto se hablaba dentro de las Administraciones y sobre todo por algunos responsables ministeriales). No ha pasado eso en ningún país del mundo. Además, es difícil calibrar en qué medida la amplitud de la publicidad activa ha actuado haciendo innecesario el ejercicio del derecho de acceso respecto de la información que, en efecto, y como muestran los estudios, era la que más interesaba a los ciudadanos (contratos, sueldos, etc.). También es difícil de decir en qué medida un número de ciudadanos ha dejado de ejercer su derecho al no disponer de certificado digital, como han alertado desde instituciones públicas y privadas. A nivel estatal, estamos hablando, con datos de agosto de 2017, de unas 10.100 solicitudes, a un ritmo constante de unas 4.000 al año, de las cuales 87% por vía telemática y por tanto con el sistema clave, frente a 8.100.000 páginas visitadas del Portal de Transparencia que contiene 2.300.000 elementos de información.

IV. ADMINISTRACIÓN DISPUESTA A CUMPLIR Y FACILITAR EL CUMPLIMIENTO

Como también señalé, sin una Administración organizada y dispuesta al cumplimiento es difícil que las cosas funcionen. Y al respecto, creo que se ha hecho un esfuerzo que ha calado y que va acabando con una cierta cultura del secretismo. Han sido clave la

¿Cuánto hemos avanzado en transparencia?

creación de las Unidades de Información en los Ministerios y de mecanismos de coordinación interministeriales, y lo mismo a nivel autonómico. Por supuesto, estamos aún en la lucha, y al respecto, creo que la labor de los Consejos está siendo crucial destacando la improcedencia de la tentación en la que cae no pocas veces la Administración de invocar genéricamente causas de inadmisión o límites, sin razonar en cada caso concreto a partir de un principio general de interpretación restrictiva de ambos, como han destacado en particular diversos criterios interpretativos del CTBG.

V. CONTROL EFICAZ E INDEPENDIENTE

Finalmente, como creo que se desprende de esta exposición, en España como en el resto del mundo, es clave la existencia de autoridades independientes especializadas. Junto al CTBG, en el ámbito estatal y en los autonómicos en los que se ha optado por el convenio, se han creado en otras Comunidades autónomas bajo las más diversas formas. Son ya en el caso del CTBG unas 800 reclamaciones con una proporción semejante de estimaciones y de desestimaciones. Sólo mediante la resolución del caso por caso y la creación de criterios interpretativos se puede ir perfilando la ley en su aplicación a cada tipo de supuestos. Los tribunales, por supuesto, tienen la última palabra, y ya hay un significativo número de sentencias de los Juzgados centrales y de la Audiencia Nacional que resuelven recursos contra decisiones del CTBG. A muchos puede parecerles paradójico que la mayor parte de recursos no los hayan interpuesto los ciudadanos sino sujetos públicos obligados por la Ley, que no se han conformado y han dado la batalla judicial. Me parece, sin embargo, que no es patológico y que es un signo de que entienden a las autoridades como un tercero cuyas resoluciones pueden recurrirse como se hace con las resoluciones judiciales. Y también, claro, de que cuentan con más recursos económicos para pleitear. Sería, eso sí, importante, que se hiciera un esfuerzo de formación en esta materia de los magistrados de lo contencioso, máxime cuando la competencia está repartida entre los diferentes niveles judiciales.