

LA NUEVA LEY DE TRANSPARENCIA, UN RETO PARA LA GESTIÓN DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS*

THE NEW TRANSPARENCY ACT, A CHALLENGE FOR PUBLIC ORGANIZATIONS' MANAGEMENT

Emilio Guichot
Catedrático (acred.) de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
eguichot@us.es

Laburpena: Artikulu honek aztertzen du, ikuspegi orokor batetik, abenduaren 9ko 19/2013 Legeak arautzen dituen gardentasuna eta informazio publikora iristeko lotutako alderdiak. Oinarritzko araua izanik, diskrezioa marjina uzten die legegile autonomikoei. Honi buruz aztertzen da, eta baita ere eta bereziki, iristeko eskubidearen eraginkortasuna bermatzeko funtsezko alderdiei buruz; hala nola: publizitate aktiboa nola eta zenbat egin behar den, administrazio-antolaketa buruzko aukerak kudeaketa eta informazioaren hedapena hobetzeko, hauek burutu behar dituzten agintari eta funtzionarioen prestakuntza, herritarrei eskubidearen existentzia eta esparruaren berri emateko erak, edo agintaritzaren diseinatzea informazioa iristeko eskubidea kontrolatzeko eta gizar-tean sustatzeko.

Gako-hitzak: gardentasuna, informazio publikora iristea, gobernu irekia.

Resumen: Este artículo analiza desde una perspectiva general los aspectos relativos a la transparencia y el acceso a la información pública regulados en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Al tratarse de una normativa básica, se indaga también en el margen de decisión que deja a los legisladores autonómicos, muy en particular, en aspectos claves para garantizar la efectividad del derecho de acceso como las decisiones acerca de el cómo y el cuánto de la publicidad activa, las opciones de organización administrativa al servicio de la gestión y la divulgación de la información, la formación de las autoridades y funcionarios encargados de llevarlas a cabo, las formas de difusión de la existencia y alcance del derecho entre la ciudadanía, o el diseño de una autoridad independiente de control y de promoción del derecho de acceso a la información en la sociedad.

Palabras clave: transparencia, acceso a la información pública, gobierno abierto.

Abstract: This paper analyzes, from a general perspective, aspects related to transparency and access to public information regulated by Act 19/2013 of 9 December. Being a basic rule, it also explores the margin of discretion it leaves to regional legislators, most notably in key aspects that ensure the effectiveness of the right to access as well as in decisions about how and how much active advertising must be done. It also takes into account administrative organization options for management and dissemination of information purposes, training of officials and public employees responsible for carrying them out, the means of dissemination of the existence and scope of the right among citizens, or the design of an independent authority to control and to promote the right of access to information in society.

Keywords: transparency, access to government information, open government.

* Este trabajo reproduce en su mayor parte, con omisión de la materia «buen gobierno», el estudio *Transparencia y Buen Gobierno*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Sumario

I. El contexto y la tramitación de la Ley.—II. El reparto competencial en materia de transparencia y acceso a la información.—III. La relación de la LTBG con otras normas que regulan el acceso a la información.—IV. Sujetos sometidos a las obligaciones de transparencia.—V. Límites a la transparencia y el acceso a la información.—VI. En especial, el límite derivado del derecho a la protección de datos.—VII. Publicidad activa.—VIII. Acceso a la información pública o publicidad pasiva.—IX. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

I. El contexto y la tramitación de la ley

La circulación y contraste de la información sobre la organización, la actividad o el gasto público es necesaria para la creación de una opinión pública que pueda decidir su propio destino como sociedad, controlando la actuación del poder y participando activamente en su ejercicio.

Estos son los presupuestos que han llevado a una práctica generalización en la aprobación de leyes de acceso a la información pública a nivel mundial, en la que los países más desarrollados económica y socialmente han actuado como pioneros. Se han aprobado también instrumentos regionales, entre los que es necesario mencionar el Convenio Europeo 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 desde el 18 de junio de 2009 (CEADP), en la medida en que ha tenido una gran influencia en la redacción de nuestra Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG).

Hasta la aprobación de la LTBG, y en tanto no entre en vigor, el derecho de acceso a la información pública estaba desarrollado con carácter general en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), cuyas deficiencias y lagunas —incluida la falta de regulación del procedimiento y de previsión de un órgano independiente de control— eran ostensibles. Faltaba, pues, una regulación básica y general digna de ese nombre como existe en todos los países homologables de nuestro entorno.

Han sido los impulsos de la sociedad en tiempos de una profunda crisis de confianza política, institucional y económica los que han colocado la transparencia en la agenda política de forma no sólo nominal sino efectiva.

Se ha producido, en efecto, lo que podríamos calificar como la «tormenta perfecta de la transparencia».

En los últimos años, editoriales y artículos en medios de comunicación, académicos y organizaciones no gubernamentales, muchas de ellas agrupadas en la llamada Coalición Pro Acceso, venían reclamando la necesidad de que España aprobara una ley de acceso a la información y haciendo propuestas de cuál debería ser su contenido. Esta demanda social comenzó a calar en algunos programas electorales, señaladamente en el del PSOE, que ganó las elecciones en 2004 y 2008. Sin embargo en ninguna de las dos legislaturas (2004-2008 y 2008-2011) se llegó a aprobar ni tan siquiera un proyecto de ley. 2011 sería el año del impulso definitivo, en el que se pasó de la inactividad de décadas a la carrera por la transparencia, en un clima de creciente desapego de los ciudadanos hacia los políticos y de reclamación de una regeneración democrática. En ese año, en el que la desafección hacia los políticos y las instituciones se visualizó en el Movimiento 15-M, se impulsaron diversas propuestas legislativas por parte del Gobierno y de la oposición al final de la IX Legislatura, que decayeron con la convocatoria anticipada de elecciones. En las elecciones a la X Legislatura, los programas electorales de las principales fuerzas políticas prometieron la aprobación de una Ley de Transparencia, y nada más comenzar, el Gobierno aprobó en marzo de 2012 el Anteproyecto de lo que se convertiría al año siguiente en la LTBG, con una peculiaridad respecto a las leyes de acceso a la información en el Derecho comparado y a propuestas legislativas anteriores: la incorporación de un título dedicado al llamado «Buen Gobierno». La larga espera hasta la promulgación de la LTBG en diciembre de 2013 se explica por una tramitación dotada de diversas singularidades: una consulta pública abierta a cualquier ciudadano sobre el borrador de Anteproyecto, la creación de un grupo de expertos en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para el estudio y la formulación de propuestas, y la comparecencia de numerosos expertos ante la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados para dar su parecer sobre el Proyecto de Ley, con sucesivas

prórrogas del plazo de presentación de enmiendas. En todas ellas tuve el honor de intervenir. Estas singularidades fueron representativas del interés que la ciudadanía y los medios de comunicación mostraron en esta iniciativa. Basta repasar el diario de sesiones para comprobar que los representantes políticos compartían este juicio acerca de la trascendencia de la norma en tramitación. Los debates parlamentarios fueron intensos y apasionados: las palabras «regeneración democrática» y «corrupción» se repitieron significativamente, y se aludió a «una ley necesaria e inaplazable» y «una de las lagunas más notables e injustificables de nuestro ordenamiento» (por parte de la vicepresidenta del Gobierno) o a «la ley más importante de esta legislatura, si no hay una reforma constitucional», «uno de los debates más importantes para el presente y el futuro de la democracia», o una ley «urgente y necesaria», por portavoces de la oposición.

Junto a otros aspectos técnicos, los principales puntos del debate ciudadano, mediático, de los expertos y parlamentario fueron los siguientes: el reconocimiento o no del derecho de acceso a la información como integrante del derecho fundamental a la libertad de información y, por ende, la necesaria tramitación del proyecto como ley orgánica; la inclusión de otros sujetos, como la Casa Real, los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales y los receptores de un volumen o proporción de fondos públicos significativo, en la ley de transparencia o en su caso, la aplicación a estos sujetos de principios de transparencia en sus propias normativas reguladoras; la necesidad de incluir sanciones y, en su caso, incentivos, para fomentar el cumplimiento de la ley; la previsión del silencio como positivo o negativo, la necesidad de garantizar la creación de un órgano de control verdaderamente independiente; la falta de previsión de la publicidad de las agendas de los altos cargos y de inclusión de la publicidad de la actividad de los *lobbies*, y la procedencia o no de regular el buen gobierno, en sí y con el contenido previsto en el Proyecto, que provocaba grandes dudas de constitucionalidad. Algunos de estos puntos claves fueron objeto de un cambio de planteamiento como consecuencia de este debate. En particular, la LTBG extendió su aplicación a esos otros sujetos inicialmente excluidos de su ámbito de aplicación, se previeron sanciones por el incumplimiento de las normas sobre transparencia y se optó por la creación en el ámbito estatal de una Autoridad independiente de nueva creación, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG). Además, se eliminó del Título dedicado al Buen Gobierno la posibilidad de que un órgano estatal sancionara a los altos cargos autonómicos y locales. Inicialmente y máxime tras estos importantes cambios, parecía que la LTBG podría haber conitado un amplio consenso parlamentario y haber sido aprobada con una abrumadora mayoría parlamentaria, como ha ocurrido en muchos del casi centenar de países que han aprobado ya sus respectivas leyes, pues, es, en cierto modo, previo a las diferentes ideologías, ya que entronca con el propio concepto de construcción y

profundización de una democracia real. En el caso español, además, abogaba por esta posibilidad el dato de que el proyecto gubernamental del partido conservador era en realidad en buena medida una continuación de los que elaborara el partido progresista en la legislatura anterior. Sin embargo, los avatares del juego y la estrategia política y su tramitación envuelta en la aparición de presuntos casos de corrupción, en particular, el llamado caso Bárcenas, cercenaron finalmente esta posibilidad.

La disposición final séptima de la LTBG prevé la entrada en vigor del Título dedicado a la Transparencia y el Acceso a la Información Pública (y el que regula el CTBG) al año de su publicación, en el ámbito estatal, mientras que los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales disponen de un plazo máximo de dos años para adaptarse a sus obligaciones. El Título dedicado al Buen Gobierno es de entrada en vigor inmediata. Por su parte, la disposición final quinta de la LTBG prevé un desarrollo reglamentario, habilitando al Gobierno, en el ámbito de sus competencias, podrá dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de lo establecido en esta Ley, lo que es previsible en materia de regulación del Portal de Transparencia y de los aspectos organizativos, formativos, etc.

II. El reparto competencial en materia de transparencia y acceso a la información

Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales estuvieron al margen del proceso de elaboración de la LTBG pero están llamadas a desarrollarla y aplicarla, pues sus Instituciones y sujetos vinculados a ellas figuran entre los obligados en los mismos términos que sus equivalentes de ámbito estatal. La LTBG ha hecho un entendimiento muy amplio de la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de modo que casi toda la regulación tiene carácter básico, incluidas las disposiciones sobre procedimiento. El ámbito propio que ha quedado para las leyes autonómicas está en la ampliación de las materias sujetas a publicidad activa y la determinación de los medios para llevarla a cabo, en las disposiciones de organización y en las medidas para garantizar la eficacia del derecho (formación del personal, elaboración de guías ciudadanas, etc.) y en la creación de autoridades independientes de transparencia o la atribución de sus competencias a autoridades independientes ya existentes. Sobre este último punto, considero que unificar en una misma autoridad independiente autonómica las competencias de acceso a la información y protección de datos (o, en el caso catalán, optar por un modelo mixto en el que participen el De-

fensor del Pueblo, la Oficina Antifraude y la propia Autoridad catalana de Protección de Datos, como se baraja) tiene muchas ventajas y carece de los inconvenientes que hubiera tenido esta solución en la escala estatal, que he estudiado en otros trabajos y sobre los que no me puedo extender aquí. Junto a ello, cabe plantear que el plazo, establecido en un mes con carácter básico, puede ser acortado. Pienso que no puede decirse lo mismo respecto de las limitaciones o del sentido del silencio, que constituyen una pieza clave en la delimitación del alcance del derecho y sus relaciones con otros bienes públicos y privados en concurrencia.

El retraso en la aprobación de la Ley estatal sobre Transparencia y Acceso a la Información ha hecho que diversas Comunidades Autónomas hayan tomado la delantera, aprobando sus propias leyes sobre la materia. Es el caso de la Galicia (Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega), Baleares (Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares), Navarra (Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto) o Extremadura (Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto). Otras iniciativas se encuentran actualmente en tramitación o anunciadas. Queda en el margen de actuación de las Comunidades Autónomas decidir la amplitud de sus Leyes (de Transparencia y Acceso a la Información, de Buen Gobierno, de Gobierno Abierto, de Reutilización y Datos Abiertos, de Participación, de todo ello o de cualquier combinación...) y hacerlo, esperemos, de forma realista y coherente con el marco básico estatal.

III. La relación de la LTBG con otras normas que regulan el acceso a la información

Un tema de gran importancia y que ha pasado de casi de puntillas en la tramitación y debate de la LTBG es el que se refiere a su ámbito negativo de aplicación, que viene regulado en su disposición adicional primera, titulada «regulaciones especiales del derecho de acceso a la información», en el que ha habido una importante modificación durante la tramitación del Proyecto y que mantiene algunas importantes ambigüedades.

- En lo que hace a la relación con las normas de procedimiento el primer apartado establece que «la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo». Debe recordarse al efecto que el artículo 35.a) LRJPAC

establece entre los derechos de los ciudadanos el de «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos». La distinción básica en cuanto a su alcance, que en la regulación de la LRJ-PAC anterior a la LTBG estribaba en el binomio interesado-procedimiento en curso/cualquier ciudadano-procedimiento terminado, ha quedado diluida en la medida en que la LTBG, a diferencia de la regulación precedente en el artículo 37 LRJ-PAC, no limita el derecho de acceso a que la información se halle en expedientes terminados y archivados, por lo que cabe cuestionarse cuál es ahora la virtualidad de la distinción. Parece que, en todo caso, nunca podría ser de peor condición el acceso por el interesado que el acceso por terceros y que los derechos de contradicción y defensa deberían conllevar una inaplicación o una aplicación más reducida de los valores protegidos por algunos de los límites contemplados en el artículo 14 LTBG como los relativos a la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.

- El segundo apartado establece que «se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». La LTBG no desvela cuáles sean estas normativas específicas, a diferencia de lo que hace el propio artículo 37 LRJ-PAC, en su apartado quinto (materias excluidas) y sexto (materias que se rigen por su normativa específica). Se trata de normas que regulan de forma adaptada a la realidad sobre la que se proyectan las condiciones de acceso a la información. Obsérvese, por lo demás, que no se exige que la normativa específica esté contenida en una norma con rango de ley, y aparentemente admite que por vía reglamentaria se establezcan regímenes diferentes, lo que tiene un enorme potencial disgregador del régimen común establecido por la LTBG que quizás no haya sido previsto por el legislador.
- El tercer apartado, dispone que «en este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización». El alcance de esta previsión de supletoriedad no es evidente, sobre todo una vez que se incorporó ya al apartado segundo la referencia general a la supletoriedad de la LTBG. Se plantea, en todo caso, a qué extremos se extiende la supletoriedad. Por ejemplo, ¿ha de interpretarse que por esta vía puede producirse una ampliación de los sujetos obligados respecto de los previstos en la normativa específica? ¿Cabe ampliar los límites previstos en la normativa específica que no estén en ellas contemplados pero sí en la LTBG? ¿Debe interpretarse que en caso de omisión de previsión sobre el sentido

del silencio éste debe entenderse como negativo por aplicación de la LTBG? ¿Hay que colegir que el régimen de reclamación frente a denegaciones parciales o totales o desestimaciones presuntas es de aplicación supletoria y la competencia de las autoridades independientes se extiende ahora también a todas las materias? En mi opinión, desde luego, ha de descartarse que la supletoriedad se aplique al contenido sustantivo de estas normas, ampliándose el abanico de los sujetos o los límites; son aspectos regulados en cada caso del modo que se ha estimado conveniente para la materia en cuestión. Más cuestionable es si podría extenderse el régimen del silencio negativo a los casos de información ambiental, donde la Ley que lo regula no dice nada y donde además el legislador estatal actúa sólo como legislador básico. En el caso de la normativa sobre reutilización, el silencio se contempla como negativo. Probablemente el sentido de esta norma, en la mente del legislador, estuvo en extender las garantías de tutela por una autoridad independiente pero tampoco es tan evidente, en la medida en que la propia Ley de acceso a la información ambiental regula en su artículo 20 las vías de recurso (administrativo y contencioso) y por tanto no es pacífico que se trate de un aspecto «no regulado», lo que no ocurre con la ley de reutilización, en cuyo caso —y habida cuenta la íntima relación entre las materias y, aún más, la dificultad que tendrá el deslindar cuándo es de aplicación una u otra ley— me parece más fácilmente defendible que sí es de aplicación supletoria esta garantía. Sólo la práctica de las autoridades independientes y, en su caso, la jurisprudencia, contribuirá a despejar estas incógnitas.

- La LTBG, por lo demás, no determina las relaciones con la normativa sobre archivos. Por conectadas que estén las materias reguladas en la LTBG y en la normativa sobre archivos, hay que partir de la idea de que la LTBG no es ni ha querido ser una Ley básica de archivos (que probablemente convenga un día, antes que tarde, afrontar, eliminando la disfunción histórica de hacer colgar los archivos administrativos de la materia «cultura» y no de las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas»). El Proyecto incluía en el ámbito de aplicación de la LTBG sólo el acceso a la información obrante en archivos de gestión u oficina, dejando al margen la información obrante en el resto de archivos (en el sistema estatal, los llamados generales, intermedios e históricos). Esta disposición planteaba evidente e irresolubles problemas para su aplicación, y fue eliminada durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, de tal forma que la LTBG rige ahora con carácter básico el acceso a la información cualquiera que sea el archivo en que obre el documento que la contiene, si lo hace en alguno. Ahora bien, al no haberse derogado expresamente el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE), que regula el acceso a los archivos que no tienen la calificación de gestión u oficina, se

ha introducido una notable inseguridad jurídica, que se acrecienta con la mención a dicho artículo en el artículo 15.3.a) LTBG al establecer entre los criterios para valorar cuándo debe prevalecer la publicidad y cuándo la reserva en el caso de información que contenga datos personales, el del menor perjuicio a los afectados «derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». El artículo 57 LPHE, además, es de desgraciada redacción, pues no se acompasa en los límites a los de la LTBG y regula los plazos en que deja de jugar el límite a la intimidad de forma deficiente y probablemente inconstitucional, ya que conduce a la posibilidad de dar acceso documentos de más de cincuenta años de antigüedad pese a que afecten a la intimidad de terceros, contra la configuración del derecho a la intimidad como personalísimo. En todo caso, su falta de derogación expresa unida a su esta vez sí expresa (e incoherente) mención en el artículo 15 LTBG va a llevar a una auténtica esquizofrenia a los aplicadores del Derecho.

IV. Sujetos sometidos a las obligaciones de transparencia

La determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la LTBG fue la cuestión más debatida política, social y académicamente del conjunto de la norma. El Proyecto ya acogía una definición amplia de los sujetos obligados, que iba más allá del mínimo previsto en el CEADP y de los estándares en los países de nuestro entorno inmediato, y se amplió notablemente durante la tramitación parlamentaria. Comprende a:

- Las Administraciones territoriales y a todas las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas;
- Las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social;
- Las Corporaciones de Derecho Público en lo relativo a sus actividades sujetas al Derecho Administrativo; y a otros poderes del Estado;
- Las Instituciones constitucionales y estatutarias, como la Casa Real —cuya inclusión, muy demandada en la consulta ciudadana y por diversos grupos parlamentarios, tuvo lugar en la tramitación en el Congreso de los Diputados—, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y

el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas al Derecho Administrativo. La publicidad de la actividad de estas Instituciones en el ejercicio de sus funciones propias, no administrativas, se mantiene regulada por sus propias normas. Se trata de sujetar aquí a la LTBG a la información relativa a las actividades sujetas al Derecho administrativo, que son básicamente las materias de personal, gestión patrimonial, contratación y presupuestaria, de control y gestión del gasto. Ahora bien, no todas estas actividades se rigen siempre por esa rama del ordenamiento, sin que parezca tener sentido una discriminación a los efectos de la publicidad en función del régimen de Derecho público o privado aplicable, por lo que hubiera sido más conveniente, estimo, referirse a las materias en cuestión.

- Las sociedades mercantiles «en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100», entidades no están incluidas en el ámbito subjetivo del CEADP ni de muchas de las leyes de acceso a la información en el Derecho comparado, sin limitarlas, además, a las que desarrollan actividades públicas, incluyendo, pues, también a las de carácter industrial o mercantil, como podría haber sido una opción tal vez más razonable a la vista de la propia finalidad de la LTBG. Por lo demás, nótese que no ha acogido el concepto, más amplio, de «poder adjudicador» del artículo 3.1.h) LCSP.
- Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones, que son, en el ámbito estatal, las previstas en el artículo 44 de la Ley 30/1994, de Fundaciones, esto es, las «que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal» o las «que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más del 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». La mayoría de las Leyes autonómicas de Fundaciones regulan esta clase de fundaciones a la que caracterizan en sentido coincidente con la norma estatal, si bien se aprecian algunas diferencias. Se plantea si están incluidas todas las fundaciones de iniciativa pública, incluso las que no responden a esta definición, en el ámbito de aplicación de la LTBG.
- Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades antes relacionadas, incluidos los órganos de cooperación a los que se refiere el artículo 5 de la LRJPAC: Comisiones bilaterales y Conferencias sectoriales entre Estado y Comunidades Autónomas. En estos casos, «el cumplimiento de las obligaciones serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación».
- En la tramitación en el Congreso de los Diputados se incorporó un nuevo artículo, el actual 3, que incluyó también a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales y las entidades privadas que perciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por ciento del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen, como mínimo, la cantidad de 5.000 euros. Se trató de la respuesta a un clamor ciudadano y mediático y también a una propuesta coincidente en la comparecencia de los expertos. El debate, de hecho, no se centró en si todos los sujetos que, como los citados, reciben fondos públicos en una proporción sustancial de sus presupuestos debían dar cuenta de su empleo, sino más bien en si las medidas de transparencia debían ser acogidas en la propia LTBG o en su normativa reguladora, de una parte, y, en caso de acogerse la primera solución, si debía de serles de aplicación plena o tan sólo en lo relativo a la publicidad activa. Triunfó la opción de incluirlas en la LTBG tan sólo en lo relativo a la publicidad activa (y, dentro de ella, sólo en lo relativo a información que por su naturaleza fuera susceptible de afectarles, excluyendo la característica sólo de las Administraciones, como los planes y programas, la información de relevancia jurídica, o la relación de bienes inmuebles). Ahora bien, nótese que no se ha precisado que la publicidad se refiera a la transparencia tan sólo del destino de los fondos que reciben, sino a todas las materias enumeradas en los artículos 6 a 8, que incluyen organización, contratos, convenios, presupuestos, cuentas anuales...), lo que tiene un alcance muy extenso. Habrá que esperar, probablemente, a ver cómo las autoridades de control y la jurisprudencia interpretan esta obligación.
- Por último, el artículo 4 completa la regulación legal del ámbito de aplicación de la norma con la previsión de las personas físicas y jurídicas distintas de las anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas deben suministrar información previo requerimiento, a la Administración a la que se encuentren vinculadas, para que éstas, a su vez, cumplan con las obligaciones de publicidad activa y pasiva que les incumben. No estarían incluidas aquí las Corporaciones de Derecho Público o de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la seguridad social, que estarían sometidos directamente a la LTBG, como vimos (sin un criterio evidente del porqué de esta distinción). Se plantea la importante cuestión de cuál es el alcance del concepto de «servicio público» aquí manejado, si estricto, esto es, relativo a actividades formalmente declaradas como tales, reservadas al Estado y prestadas, en su caso, mediante gestión indirecta, o bien equivalente a cualquier actividad que sea de interés general y sobre la que la Administración

ejerza facultades de control o tutela. La obligación de ofrecer la información requerida se extiende, como determina el artículo 4.1 *in fine* «a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato», lo que supone dejar la determinación de este extremo a la voluntad contractual de forma que me parece injustificada. Adviértase que la LTBG no prevé las consecuencias del incumplimiento de este deber.

V. Límites a la transparencia y el acceso a la información

La LTBG ha optado por establecer un listado de bienes cuya posible afectación en caso de concederse el acceso puede limitar el derecho en su artículo 14. Son los siguientes: 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. El listado del artículo 14 se complementa con un artículo posterior, el 15, dedicado al derecho a la intimidad y la protección de datos como límite, que comentaremos más adelante. Nótese que, por el contrario, no hay una expresa conexión entre la normativa sobre secretos oficiales y los límites al derecho de acceso, ni un artículo dedicado al tema en la propia LTBG, siendo así que hay un terreno común entre algunos de los límites establecidos en el artículo 105.b) de la Constitución (la seguridad y defensa del Estado), los acogidos en la LTBG (defensa, relaciones exteriores, seguridad nacional, seguridad pública, persecución de los delitos) y las materias que pueden clasificarse como secretos de Estado.

Se trata de límites que exceden, como puede notarse, de los contemplados en el artículo 105 y vienen a coincidir prácticamente con los previstos en el CEADP, todos los cuales conectan con un bien constitucional (bien que la política monetaria no sea ya competencia nacional). La LTBG parece acoger un sistema de lista cerrada (como podría deducirse de la dicción empleada («[...] podrá ser restringido cuando [...]»). Ahora bien, hay que advertir que, al no haberse dotado a la LTBG del carácter de orgánica, y teniendo en cuenta que no existe en nuestro sistema jurídico una ordenación jerárquica o por troncalidad entre leyes ordinarias, jurídica-

mente bien podría el legislador estatal, por disruptivo que fuera, añadir nuevos límites por leyes singulares. No cabe decir lo mismo de las leyes autonómicas, por cuanto estamos ante un precepto con carácter básico, de tal modo que una ampliación de los bienes que pueden implicar una limitación al acceso vulneraría, a mi juicio, el reparto competencial. El tema es importante, porque puede haber otros bienes no mencionados en la LTBG ni relacionados directamente con los en ella enumerados que hubieran podido pensarse que debieran ser tutelados. Es el caso, por ejemplo, del patrimonio cultural, cuando la información sobre su localización puede conducir a su expolio o destrucción. Tampoco cabe, pienso, una reducción de los mismos, por cuanto, frente a lo que pudiera pensarse, no creo que pueda sostenerse que ello supondría una ampliación de derechos que le sea dable al legislador de desarrollo. Y ello por cuanto se trataría, a un tiempo, de una reducción de la protección de bienes públicos y privados constitucionales (cuya tutela, de ambos, por definición, sirve a la protección de los ciudadanos), y por tanto, no tiene una única cara benefactora.

La formulación de los límites es indiscutiblemente abstracta, pero que, en mi opinión, no cuenta con alternativa razonable, pues la realidad es tan proteica que el intento de una definición en positivo resulta un esfuerzo vano abocado al fracaso. Se trata de un campo abonado para la permanente y gradual tarea de perfilar la ponderación a que en cada particular supuesto haya de llegarse a ejercer por los sujetos obligados, en primer término, por la autoridad independiente de control, en segundo y destacado lugar, y por los tribunales, que tienen la última palabra. Su aplicación está sometida al test del perjuicio y sujeta además a un principio de maximización del derecho, que lleva a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario, lo que conecta con el principio de acceso parcial, conforme al cual en los casos en que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido, en cuyo caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida. Además, permite que incluso en los casos en que el acceso suponga un perjuicio para los bienes en cuestión pueda prevalecer el interés público o privado en conocer la información si éste es juzgado «superior». Aparece aquí como clave de bóveda el principio de ponderación. La referencia al «interés privado superior» es contraria a principios bien asentados y muy generalizados en el Derecho supranacional y comparado, y supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, que no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante (que, por ello mismo, no exi-

ge). Dicho de otro modo, el único parámetro con el que confrontar la protección de los límites es el valor que para la sociedad tiene el conocimiento de la información, un juicio abstracto desvinculado por completo de la cualidad y motivación del solicitante. Lo que, por lo demás, hace que una vez concedido el acceso, la información pueda circular libremente en la sociedad y ser conocida por cualquiera (de hecho, diversos sistemas prevén la publicación automática de la información una vez entregada a uno o varios solicitantes).

VI. En especial, el límite derivado del derecho a la protección de datos

Un artículo específico se dedica a la apasionante relación entre transparencia y protección de datos, que presenta múltiples perfiles en los que no puedo profundizar aquí. Baste decir que la redacción del Anteproyecto de Ley me parecía acertada y entroncaba con los principios generales acogidos en el Derecho comparado conforme al siguiente esquema. En primer lugar, una determinación de la normativa aplicable, conforme a la cual las solicitudes de información que contengan datos personales de terceros se regían por la LTBG y sólo en el caso de que los únicos datos contenidos sean los del propio solicitante de información sería de aplicación la normativa sobre protección de datos. En el caso de contener datos especialmente protegidos (categoría acuñada en la normativa sobre protección de datos) la regla era la denegación del acceso salvo consentimiento expreso y por escrito del afectado. Con carácter general, y salvo concurrencia de circunstancias particulares, prevalecía el derecho a acceso respecto de los datos no íntimos directamente relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano o, en los demás casos, previa ponderación, si el acceso no perjudicaba ningún derecho constitucionalmente protegido (parecía que había de entenderse, aparte del propio derecho a la protección de datos). El tratamiento posterior de los datos quedaba sometido a la normativa sobre protección de datos. Sin embargo, el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) marcó por completo la regulación sobre las relaciones entre acceso y privacidad, hasta el punto de que contenía como conclusión una propuesta de redacción alternativa del artículo, que sería acogida por el Gobierno, sustituyendo la redacción anterior. A mi juicio, se trató de un informe y una propuesta con graves defectos de entendimiento de la lógica del derecho de acceso a la información, que fue asumido de forma acrítica por el Gobierno y que introdujo graves distorsiones en la regulación.

- Por una parte, por cuanto limita la prevalencia *ex lege* de la transparencia a los datos relacionados

con la organización, el funcionamiento o actividad pública del órgano cuando sean «meramente identificativos», por una transposición mimética de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que tiene otra finalidad, cual es la de excluir directamente esos datos de su ámbito de aplicación. Pero el contexto de la transparencia es absolutamente diverso y ajeno a lo que estaba regulado en ese precepto, que inspirado en una regla general en el Derecho comparado, tenía como sentido precisamente aclarar que la presencia del nombre de una persona no puede impedir que se conozcan datos relevantes sobre la actuación pública: no sólo identificativos de funcionarios o autoridades, sino relativos a las decisiones públicas que adoptan que, a su vez, a menudo implica la mención de nombres de terceras personas (contratistas, beneficiarios de subvenciones, de licencias...). Por ello, esta adición puede complicar el entendimiento del precepto y, llegado el caso, propiciar una gran cerrazón a la transparencia de la actuación pública. Cierto es que, no obstante, que el apartado siguiente contempla un criterio general de ponderación de la publicidad de información que no contiene datos especialmente protegidos, pero el sentido del precepto, que condensaba las directrices generales del Derecho supranacional y comparado, era precisamente el de exponer cómo ese género de información debía ser por regla general pública (¡no sólo en lo meramente identificativo!). Es más, toda la regulación de la publicidad activa es una pura muestra de la aplicación de este criterio, con la previsión de publicidad en materia de información institucional y organizativa (que incluye no sólo la identificación de los responsables de los diferentes órganos sino también su perfil y trayectoria personal), los contratos, convenios y subvenciones, también los relacionados con personas físicas, en todos sus términos y o sólo en la identidad de la misma, las retribuciones, indemnizaciones, resoluciones de compatibilidad y declaraciones de bienes y actividades recibidas por altos cargos, etc., información mucha de la cual de hecho ya es pública porque así se regula en su normativa sectorial reguladora. Muestra así la regulación de la publicidad activa un acuerdo con el criterio acogido en la redacción originaria de este apartado, que coincide con el general en el Derecho supranacional y comparado.

- Por otra, por cuanto para ponderar entre transparencia y protección de datos, la redacción propuesta por la AEPD y acogida por la LTBG propone cuatro criterios que deben arrojar luz sobre «el interés público en la divulgación de la información», de forma a mi juicio muy errada. Son los siguientes:

a) El menor perjuicio de los afectados derivados del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio,

del Patrimonio Histórico Español. Como se dijo, este reenvío es desafortunado por muchos motivos, tanto por remitir a un artículo que el posterior cambio en la disposición adicional primera ha dejado materialmente derogado, como por el contenido en sí del artículo 57 LPHE y su discutible constitucionalidad. Además, el criterio se prevé en la LTBG como de aplicación, no a los datos «íntimos» previstos en el artículo 57 LPHE, sino a los que no lo son.

- b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos. La referencia al «ejercicio de un derecho» o a la «finalidad» de la investigación incurre en la grave desviación del correcto entendimiento del derecho de acceso como un derecho de ciudadanía, al servicio de la participación y el control democrático, que antes denunciábamos respecto del artículo 14 LTBG, en este caso de forma aún más inconsecuente por cuanto se propone como criterio para valorar el interés público en la divulgación....
- c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos. Se trata de una repetición del criterio antes expuesto y contemplado en el apartado anterior del artículo 15, sólo que ahora aplicado a toda la información y no sólo a la relacionada con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.
- d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad, que en realidad enlaza en su primera parte, con lo dispuesto en el apartado primero respecto de los datos especialmente protegidos, sólo que expresado en términos de «intimidad», lo que puede dar problemas en la interpretación para el aplicador...

La LTBG dispone que no es de aplicación el límite de la protección de datos cuando éstos se encuentran disociados (lo que tautológico, por cuanto en ese caso la información deja de contener de ser datos personales), y que al tratamiento posterior de la información personal obtenida le será de aplicación la normativa sobre protección de datos (si bien no está de más recordar que dicha normativa tiene como presupuesto la integración de los datos en ficheros y su tratamiento, es decir que, fuera de esos presupuestos, no cabe invocar la normativa sobre protección de datos para impedir la divulgación general por el solicitante de información de la obtenida conforme a la LTBG).

A sugerencia de la AEPD se añadió al proyecto de LTBG lo que se convirtió en la disposición adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que el CTBG

y la AEPD adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la LTBG y en la LOPD. La previsión podría saludarse como positiva. Ahora bien, a nuestro juicio (y no por casualidad) la propuesta viene de la AEPD. Y es que no debe olvidarse que es la normativa sobre acceso la que se aplica a la publicidad activa o pasiva de información que contiene datos de terceros y en ese sentido, siendo deseable una interpretación armónica de ambos bloques normativos, dicha interpretación ha sido precisamente la efectuada por el legislador en el artículo 15 LTBG y su interpretación, como la del resto del articulado de dicha LTBG, es de la competencia de las autoridades de transparencia.

VII. Publicidad activa

La publicidad activa, es, sin duda, la gran tendencia revolucionaria en materia de transparencia y acceso a la información, fundamentalmente de la mano de Internet. En la actual sociedad en que las personas hemos incorporado este medio a nuestra vida diaria en nuestras comunicaciones privadas y laborales; en que la Administración electrónica y la digitalización de la información avanzan ya imparable y vienen en muchos casos normativamente impuestas; y en que un alto grado de transparencia en la gestión de los asuntos públicos es ya universalmente entendido como una exigencia democrática, las autoridades deben poner dicha información a disposición de todos *motu proprio*, sin esperar el planteamiento de solicitudes individuales, en especial, aquella más relevante para alcanzar la finalidad para la que nació el derecho de acceso a la información: posibilitar el conocimiento, la participación y el control de las personas sobre los asuntos públicos.

La LTBG regula este tema en sus artículos 5 a 11, en el capítulo II del Título I. A mi juicio, se trata quizás de la parte más avanzada de toda la LTBG.

El artículo 5 regula una serie de aspectos generales:

- El principio general es la publicación de la información «cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública». Es de aplaudir que el legislador haya previsto en la propia LTBG todo un elenco de materias que merecen esa consideración, contenidas en los tres

artículos. Ahora bien, ha de entenderse que esta cláusula está dotada de una mayor generalidad y marca una directriz a seguir por los sujetos obligados. Esto es, el listado de los artículos 6 a 8 es un listado de mínimos, de información que el propio legislador de 2013 de la LTBG ha considerado relevante, que debe («publicarán») ampliarse a toda materia que juzguen relevante para el conocimiento público, siempre dentro del respeto de los límites establecidos en los artículos 14 y 15, ampliación que podrá venir de la mano de obligaciones impuestas por normas estatales o, en su ámbito de aplicación, autonómicas, o por la pura práctica administrativa.

- Las resoluciones que se dicten en materia de acceso a la información y apliquen el artículo 14 referido a los límites serán objeto de publicidad previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran una vez notificadas a los interesados (entiéndase, a los solicitantes y, en su caso, a los terceros afectados). Igualmente, cabría haber introducido una cláusula por la que se dispusiera la publicación activa de la información que hubiera sido objeto de un número determinado de solicitudes estimadas. También podría pensarse en haber dispuesto la inclusión en la publicidad activa de las estadísticas sobre ejercicio del derecho de acceso, número de solicitudes, proveniencia, porcentajes de resoluciones que inadmiten, conceden y deniegan el acceso, y, en este último caso, limitación esgrimida, etc., como hace, entre otros, la Unión Europea. En todo caso, debe recordarse que lo dispuesto en el apartado primero tiene carácter básico, y nada impide ampliarlo, por vía normativa o a través de la práctica administrativa.
- Se prevé la publicación «de forma periódica y actualizada». No se establecen plazos concretos. En mi opinión, la LTBG parte de un principio de permanente actualización. Algunas muestras pueden rastrearse en el propio texto de la norma. Así, en esta lógica se mueve el principio de carácter básico enunciado en el artículo 21.1, conforme al cual las Administraciones Públicas deben establecer sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna. Lo mismo podría predicarse de la publicidad activa.
- La publicación ha de hacerse en las correspondientes «sedes electrónicas o páginas web». Ciertamente, la obligación de llevar una página web que cumpla con los requisitos impuestos a la publicidad activa puede ser una carga importante para algunos de los sujetos obligados que tienen poca capacidad de recursos humanos y económicos. Puede pensarse que mediante convenio o por imposición de las leyes autonómicas se lleve a cabo una labor de cooperación interadministrativa. La LTBG prevé que las entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, puedan cumplir con sus obligaciones de publicidad

activa utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.

- La publicidad debe responder a los principios de acceso gratuito, fácil, universal e interoperable, calidad, claridad y estructuración, «identificabilidad» y «localizabilidad», comprensibilidad y inteligibilidad, y «reutilizabilidad», «preferiblemente», principio éste que conecta directamente la LTBG con los proyectos de *open data* y plantea la ardua cuestión de cuál sea la conexión de la LTBG y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

La LTBG prevé en los artículos 6 a 8 la publicación de toda una serie de información sumamente relevante, clasificada en «institucional, organizativa y de planificación» (donde se puede echar en falta, y fue muy debatido, la publicación de las agendas de reuniones de los altos cargos, en relación con los *lobbies*), la información «de relevancia jurídica» (donde debe destacarse la inclusión como obligación de todas las Administraciones de publicar todos los proyectos normativos, incluyendo los informes y memorias que los acompañan), y la información «económica, presupuestaria y estadística» (donde se incluyen, con especificación de los extremos a publicar, materias de contenido económico y presupuestario, que hacen relación a la disposición de los fondos públicos o versan sobre la situación patrimonial de los responsables de la gestión pública, y por tanto un ámbito donde la información siempre ha sido más demandada por la ciudadanía, entre ellas todos los contratos y convenios, de cualquier cuantía y forma de adjudicación así como sus modificaciones, las subvenciones y ayudas públicas, los presupuestos y su estado de ejecución, las cuentas anuales y los informes de auditoría y fiscalización — si bien sólo los externos, y no los internos, como habría sido deseable—, información referida a los altos cargos y personal de designación política, información estadística sobre el cumplimiento y calidad de los servicios públicos o la relación de los bienes inmuebles de las Administraciones públicas).

Para el ámbito estatal se prevé la creación de un Portal de Transparencia, como instrumento centralizado en la AGE para llevar a cabo la publicidad activa, que incluye la información más relevante, en todo caso, la obligatoria conforme a la propia LTBG y, «en los términos en los que se establezca reglamentariamente, la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia». Dispuso, además, que la AGE, la Administración de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales pueden adoptar otras medidas complementarias para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

Una omisión puesta de relieve durante la tramitación de la LTBG fue la imprevisión de sanciones por incumplimiento de las obligaciones de publicidad activa. Se palió en el Congreso de los Diputados, mediante la aprobación del actual artículo 9 dedicado al «control»,

que, conforme establece la disposición final sexta, no tiene carácter básico. No sólo no lo tienen, pues, los apartados primero y segundo, referidos al control por el CTBG, sino tampoco el tercero, que tipifica como infracción grave el incumplimiento reiterado. Puede que se trate de un defecto de técnica legislativa, teniendo en cuenta que, por el contrario, su paralelo en materia de publicidad pasiva, el artículo 20.6, sí tiene este carácter. En todo caso, lo cierto es que, sin justificación aparente, se ha desprovisto de carácter básico al mecanismo sancionatorio, y dependerá, pues, de la normativa autonómica si y en qué medida son sancionables los incumplimientos de las obligaciones de publicidad activa por sujetos bajo el imperio de dicha normativa. La redacción deja, por lo demás, muchas cuestiones abiertas. Entre ellas: ¿un simple incumplimiento constituye una infracción leve y una reiteración una infracción grave, o sólo se sancionan los segundos?; ¿corresponde a la CTBG instar el ejercicio de la potestad disciplinaria o ejercerla?; ¿cómo se sanciona los incumplimientos de la publicidad activa cuando son imputables a altos cargos no sometidos al régimen disciplinario funcional, al no haberse introducido un tipo infractor en el Título dedicado al buen gobierno? Son cuestiones que deberían haber quedado claramente resueltas, pero, lamentablemente, me parece que quedan sin solución legal.

VIII. Acceso a la información pública o publicidad pasiva

La otra cara de la publicidad activa es la publicidad pasiva o «derecho de acceso a la información pública», mecanismo no limitado ya a categorías de información.

En línea con la tendencia casi unánime en el Derecho comparado, y contemplada en el CEADP, la LTBG reconoce el derecho a «todas las personas» (y ello pese a que el artículo 105.b habla de los «ciudadanos»): físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, públicas o privadas. No se exige acreditar interés o consignar interés alguno —lo que refleja el fundamento del derecho como medio de fomentar la participación ciudadana y el control del poder público, y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales y a su universalización, que llevan incluso a la admisión en no pocas normas en el Derecho comparado, pero no en la LTBG, de las solicitudes anónimas—.

En el Derecho comparado el derecho de acceso se refiere mayoritariamente al concepto acuñado por la archivística de «documento». Es así, entre otros, en el propio CEADP. La LTBG ha optado, por el contrario, por apoyarse en el concepto de información, que puede parecer más idóneo para dar cuenta de un mundo, el

digital, y una forma de gestión de la información, en bases de datos, que a veces encuentra dificultades a la hora de ser aprehendido con la categoría clásica del acceso a «documentos preexistentes». En todo caso, la LTBG deja claro que siempre se puede acceder a la información y su soporte («los contenidos o documentos»), que obren en poder de los sujetos obligados y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones públicas. Claro está, ha tenido que establecer alguna restricción ante la posibilidad de solicitudes genéricas que conviertan a los sujetos obligados en auténticos «consultores» al servicio de cualquier solicitante, y al respecto establece que se exceptúan del derecho de acceso la información para cuya divulgación «sea necesaria una acción previa de reelaboración», concepto éste cuya interpretación más o menos amplia va a ser uno de los elementos nucleares de la aplicación de la Ley. Además, se excluyen las solicitudes que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general y la que tenga carácter auxiliar o de apoyo «como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas». La mención a los informes internos, por su ambigüedad, resulta criticable, y puede dar lugar a abusos; desde luego no deben entenderse comprendidos en ella los informes que se emiten por mandato normativo y forman parte del procedimiento administrativo.

El Derecho comparado pone de relieve la necesidad de diseñar un procedimiento simple, ágil y económicamente asequible para todos los ciudadanos, pues está en juego precisamente su participación efectiva en la vida democrática y la información requiere para ser útil inmediatez. La LTBG, estimo, regula de forma convincente el procedimiento. Establece libertad de medios para la solicitud y no requiere motivación, que es meramente opcional, posibilidad que podría ser saludable como mecanismo para una más cabal ponderación en los supuestos en que es necesario llevarla a cabo por concurrir un perjuicio potencial para uno de los bienes públicos o privados contemplados como límites al derecho de acceso. Ahora bien, todo ello en el entendido de que la motivación sólo puede referirse a la importancia que para la transparencia de la actividad pública tiene la información solicitada, y no a los motivos particulares que cada persona pueda tener para solicitar información, pues, como se indicó en relación con los límites, éstos no han de ser tenidos en absoluto en cuenta para la decisión, que es un juicio abstracto, desvinculado de la identidad del solicitante. Sin embargo, la formulación acogida no lo precisa, y conectada con la referencia al «interés privado superior» del artículo 14.2 y a la «justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos» del artículo 15.4.b) puede llevar a un entendimiento de la lógica del derecho que lo aleje de su naturaleza propia y dé origen a decisiones dispares frente a solitu-

des de una misma información en función de la condición del solicitante y de sus intereses particulares.

Prevé que si la información solicitada puede afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les conceda un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas, sin por ellos otorgarles un derecho de veto. Y que cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remita la solicitud a éste para que decida sobre el acceso, mecanismo éste que no es común en el Derecho comparado pero que puede tener como ventajas que el sujeto que resuelve puede estar en mejores condiciones para ponderar, en su caso, y que así se evitarán respuestas contradictorias que se dan en otros ordenamientos cuando la misma información es poseída por sujetos diversos.

El plazo de resolución se mueve dentro de parámetros comparados razonables: de un mes desde la recepción, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario, previa notificación al solicitante. Han de ser motivadas las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero. Las resoluciones deben notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado (parece un tanto restrictivo exigir una petición expresa de un tercero que no tiene por qué conocer esta exigencia, por lo que debería en ese caso informársele de esta posibilidad cuando se le da plazo de alegaciones). Especial atención merece el tema del silencio, que se prevé como negativo, lo que fue objeto de numerosas críticas por algunos especialistas y, en particular, por organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación. Críticas a mi juicio absolutamente injustificadas. Me atrevo a afirmar que en esta materia sólo cabe razonablemente esta solución (al menos si queremos seguir teniendo Estado y derechos constitucionales). No parece casual que sea la acogida por la generalidad de leyes de acceso a la información en el Derecho comparado. ¿Acaso la sociedad estaría dispuesta a que por el mero transcurso del plazo para recurrir hubiera que desvelar planes de lucha contra el narcotráfico o el historial clínico de cualquier ciudadano? El tema no merecería detenerse en él si no fuera, como digo, por las críticas recibidas, que desconocen que el silencio no es una opción, sino una garantía frente al incumplimiento de una obligación, o la propia naturaleza del silencio positivo como auténtico acto declarativo de derechos que, en caso de no hacerse efectivos, cabe reclamar judicialmente sin que el tribunal pueda entrar en el fondo del asunto. Como medida pedagógica y de «fomento» del cumplimiento, se tipifican como infracción grave los incumplimientos reiterados de la obligación de resolver en plazo, a los efectos de la aplicación a sus responsables del régi-

men disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora.

En caso de concederse el acceso, se opta por la modalidad electrónica salvo petición en contrario, lo que me parece razonable siempre, claro, que se haya consignado una dirección electrónica en la solicitud. Cuando la información ya ha sido publicada, basta como indicar al solicitante cómo puede acceder a ella (podría añadirse, siempre que esté razonablemente disponible, como hacen algunas normas de otros países). El acceso es gratuito, si bien la expedición de copias o la transposición de la información a un formato diferente al original pueden dar lugar a la exigencia de exacciones.

Para hacer efectiva la gestión de la información conforme a este procedimiento, la LTBG obliga a todas las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación a establecer sistemas para integrar la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el funcionamiento de su organización interna. Para la AGE, se prevé la creación de Unidades especializadas de Información. El resto de entidades son libres para establecer su organización, siempre que identifiquen claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso.

Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, del sujeto ante el que se presentó la solicitud), sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa ante una autoridad independiente, de la que se hablará más adelante. Se trata de una reclamación sustitutiva de los recursos administrativos, allí donde cupieran (pues, reiteramos, no todos los sujetos obligados son Administración pública ni se rigen por la LRJ-PAC). El plazo para interponerla es de un mes, sin distinción entre decisiones expresar o presuntas. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada, lo cual, por las razones antes dicha respecto de las solicitudes, me parece razonable. Las resoluciones, además de ser notificadas a los interesados y una vez que ésta se haya producido, se publicarán «previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente», previsión que me parece afortunada pues el conocimiento de los criterios interpretativos resulta esencial en una materia tan abierta como ésta. Se dispone también, en esta línea, la comunicación de las resoluciones a los Defensores del Pueblo respectivos y la elaboración y presentación de Memorias anuales.

La competencia para la resolución de los recursos contencioso-administrativo viene determinada, de conformidad con las reglas establecidas por la propia LJCA, por el órgano autor de la resolución impugnada. Conviene advertir que se producirán variaciones en función de que se haya interpuesto directamente el re-

curso contencioso-administrativo o se haya hecho uso de la reclamación previa. También ha de notarse que, si bien la LTBG ha modificado la disposición adicional décima, apartado primero, de la LOFAGE al objeto de incluir al CTBG en el listado de entidades de esta norma, no ha hecho lo propio con la disposición adicional cuarta, apartado quinto, de la LJCA que atribuye a la Audiencia Nacional el control de los actos de algunas de las entidades determinadas en la citada previsión de la LOFAGE. El resultado es que la resolución de los recursos interpuestos contra las reclamaciones del CTBG corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de conformidad con la regla general prevista en el artículo 14.1 de la LJCA que atribuye la competencia al Tribunal «en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiera dictado la disposición o el acto impugnado». A mi juicio, la LTBG debería haber modificado la LJCA al objeto de atribuir el conocimiento de las resoluciones del CTBG a la Audiencia Nacional que es además el órgano jurisdiccional competente en relación con los actos de la AEPD como establece la disposición adicional cuarta, apartado quinto, de la LJCA, y se trata, pues, de una omisión ciertamente criticable.

IX. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El Título III de la LTBG regula una autoridad administrativa independiente de nueva creación, el CTBG, encargada de promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno. Se trata de un Título nuevo, incorporado en la tramitación en el Congreso de los Diputados, para dar cobijo a la creación de esta nueva Institución, frente a la solución inicial de los Anteproyectos y del Proyecto, que consistía en atribuir una competencia más limitada, relacionada sólo con el derecho de acceso a la información (la resolución de las reclamaciones) a una entidad ya existente, la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios (AEVAL). Corresponde al Consejo de Ministros la aprobación mediante Real Decreto del Estatuto del CTBG, en el que se establecerá su organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones. La disposición final quinta prevé su aprobación en un plazo de tres meses desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la LTBG.

El CTBG está compuesto por dos órganos: la Comisión y el Presidente, que lo es también de la Comisión. La *Comisión* es un órgano colegiado y está integrada por

el Presidente (lo es el propio Presidente del CTBG), un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la AEPD, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Como puede comprobarse, se ha optado por un órgano de ocho miembros y no se ha dispuesto expresamente que el Presidente tenga voto dirimente en caso de empate ni la exigencia de mayorías cualificadas para ningún tipo de decisión. Se trata de un órgano en el que están integrados representantes de distintos poderes del Estado (el legislativo y el ejecutivo) y otras Instituciones constitucionales adscritas al legislativo como el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas, así como autoridades independientes de control, como la AEPD y la AIRF. Obsérvese, por cierto, que AEVAL no figura ni siquiera representada en este órgano. Se ha optado por este modelo y no por otro que integrara también a representantes de la sociedad civil (ONGs, expertos...). El *Presidente*, que lo es a la vez de la Comisión, como dijimos, es nombrado por un período no renovable de cinco años mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa comparencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. El Congreso, a través de la Comisión competente y por acuerdo adoptado por mayoría absoluta, deberá refrendar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de la correspondiente comunicación. Sus causas de cese son tasadas. Mi valoración personal de esta configuración, a la luz de las garantías de independencia, de legitimidad y de eficacia, es la siguiente. Me parece positivo desde el punto de la legitimidad que la LTBG haya optado por una elección parlamentaria por mayoría cualificada que va más allá, pues, de lo exigido respecto del Director de la AEPD y de los Consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), elegidos en ambos casos por el Gobierno con derecho de veto por mayoría absoluta del Congreso respecto de la CNMC. No obstante, hubiera sido aún mejor haber exigido una mayoría más cualificada, de tres quintos o aún mejor de dos tercios, para la elección, para forzar así el acuerdo entre los grupos parlamentarios, con la ventaja añadida de tratarse de un órgano unipersonal y no prestarse, por ello, a un reparto entre partidos y una reproducción de la lógica partidista, que tanto mal ha hecho a aquellas de las Instituciones de carácter colegiado. Me parece muy positivo que se trate de un mandato no renovable, pues supone un aumento de la independencia, al evitar que las actuaciones del Presidente en una materia tan sensible como ésta puedan venir condicionadas por su deseo de una renovación, y parece razonable como el período del mandato de cinco años, superior al de una legislatura —similar al del Defensor del Pueblo e intermedio entre el del director de la AEPD y los Consejeros de la CNMC— para evitar coincidencias entre legislatu-

ras y mandato —que no obstante sólo se dan cuando además coinciden en sus inicios—. Más cuestionable me parece la posibilidad de que sea separado del cargo sin siquiera audiencia de la Comisión y sin intervención alguna del Congreso de los Diputados, por mucho que las causas sean tasadas pueda ser acordada por el Gobierno, máxime siendo una de ellas el incumplimiento grave de sus obligaciones, y por mucho que se trate de un supuesto previsto también en el caso de la AEPD y de la CNMC, teniendo además en cuenta que en ambos casos el nombramiento es gubernamental sin necesidad de refrendo por mayoría absoluta del Congreso, que sí se exige para la CTBG. Las funciones de uno y otro órgano se delimitan en el artículo 38, del que cabe concluir que los auténticos poderes ejecutivos, en una materia política y jurídicamente compleja, están atribuidos al Presidente del CTBG, aquel de los dos órganos que está dotado de un estatus de independencia por su forma de nombramiento, lo que resulta acertado, si bien con la advertencia de que supone la concentración en una sola persona de un poder ciertamente importante, lo que debería llevar a reforzar, si cabe, el cuidado en la elección de una persona muy cualificada y con garantías de independencia de criterio. Dicho lo cual, hay que añadir que la Comisión, a diferencia del Consejo Consultivo de la AEPD, no tiene una mera labor casi testimonial, sino funciones también relevantes, lo cual puede resultar acertado para descargar de tanto poder y tanta responsabilidad al órgano unipersonal y en la medida en que pueda contribuir a una aplicación cabal y coordinada de la LTBG.

El Título III no tiene carácter básico, lo que resulta absolutamente coherente con el diseño de reparto de competencias constitucional, en que lo organizativo es competencia propia de cada entidad política, sea el Estado o las Comunidades Autónomas. Ahora bien, esa misma disposición adicional apela al artículo 149.1.1.^a de la Constitución, título que tiene su juego en la LTBG precisamente en materia de garantías uniformes en la tutela del derecho de acceso a la información (aunque, desafortunadamente, la disposición final sexta no distingue en qué título en particular se apoya cada uno de sus preceptos). La disposición adicional cuarta dispone, desde su versión inicial, que la resolución de la reclamación corresponde, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, «al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas». Optativamente, permite a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas atribuir la resolución de las reclamaciones al CTBG, siempre que celebren el correspondiente convenio con la AGE, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Por lo demás, al igual que ocurre en el ámbito estatal, contra las resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo

en el caso de esas mismas reclamaciones sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo. Obsérvese que en el caso de las Entidades Locales, la LTBG también opta, aparentemente, por una solución similar a la contenida en la LOPD, la de atribuir la competencia a un órgano independiente autonómico (o al menos eso parece sugerir la literalidad del precepto, si bien no de forma terminante). Dicho órgano, me parece, bien podrían ser las Agencias autonómicas de Protección de Datos (las existentes, Cataluña —donde no obstante, el activismo en esta materia del *Síndic de Greuges* y la existencia de la *Oficina Antifrau* pueden llevar a un modelo *sui generis*— y el País Vasco) o las que puedan crearse haciendo virtud de la necesidad de crear un órgano independiente, salvo convenio con la AGE. Y ello por cuanto la unificación de competencias estaría más claramente justificada en el caso de las agencias autonómicas, en la medida en que muchos de las desventajas de la unificación en el ámbito estatal no concurren o lo hacen en menor medida en el autonómico. En todo caso, lo que sí es crucial es que se trate, como he venido apuntando, de un órgano eficaz, con legitimación democrática y, sobre todo, independiente, de Derecho y de hecho.

Bibliografía

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2013). «El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública, en Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI*, número monográfico de la Revista Aragonesa de Administración Pública, pp. 244 y ss.
- GUICHOT, Emilio (2012a). Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América», *Derecho Comparado de la Información*, enero-junio, pp. 135-188.
- GUICHOT, Emilio (2012b). «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, junio, pp. 28-40.
- GUICHOT, Emilio (2012c). «El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, pp. 89-134.
- GUICHOT, Emilio (2014a). *Transparencia y Buen Gobierno. Estudio y Ley*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 24-27.
- GUICHOT, Emilio (coord.) (2014b). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Madrid, Tecnos, pp. 199-246.
- GUICHOT, Emilio (2011). *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, Global Law Press/ Editorial Derecho Global.