

COORDINADOR: MANUEL SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA

APUNTES SOBRE LA **TRANSPARENCIA**



Universidad Complutense de Madrid – Instituto de Derecho Comparado

Grupo de Investigación (971674):
Regulación Jurídica y Participación del Ciudadano Digital. UCM.

Asociación de Profesionales e Investigadores de la Transparencia. ACREDITRA

Coordinador:

Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva

Edita:

Universidad Complutense de Madrid. Instituto de Derecho Comparado.

Ciudad Universitaria - 28040 Madrid.

ISBN: 978-84-09-05240-0

Depósito Legal: M-6468-2019



Licencia Creative Commons Reconocimiento-CompartirIgual 4.0 Internacional License

Se agradece la colaboración de todas las personas que han contribuido en la edición de esta obra y especialmente a Gabriel López Martínez en la revisión de los textos, a Sandra Montesinos Zapata en la maquetación y a Francisco Delgado Morales en la adaptación de la portada.

A MODO DE INTRODUCCIÓN: APUNTES BÁSICOS SOBRE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Javier Sierra Rodríguez
Universidad de Murcia

Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos.

Preámbulo de la LTAIBG

RESUMEN:

Este capítulo introductorio aborda el análisis de los principales contenidos de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG).

CONTENIDOS:

1. Introducción. - 2. La disyuntiva sobre el carácter fundamental del derecho de acceso. - 3. La regulación del derecho de acceso. - 4. Límites del derecho de acceso.- 5. La publicidad activa. - 6. El sistema de reclamaciones y el CTBG. - Fuentes.

PALABRAS CLAVE:

Transparencia. Derecho de Acceso. Publicidad Activa. CTBG.

1. Introducción.

La transparencia, tanto publicidad activa, como derecho de acceso, así como los principios de buen gobierno se han configurado en España bajo una concepción moderna desde la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG).

La doctrina suele calificar como “tardía” la regulación del derecho de acceso en España. En términos comparados muchos otros países desarrollados habían regulado la materia a partir de la segunda mitad del siglo XX y especialmente en los años ochenta y noventa, siempre con el precedente de la renombrada ley sueca de 1766 (*Freedom of the Press Act*). Algunos ejemplos son las regulaciones de Finlandia en 1951, EE.UU en 1966 y Francia, 1978, entre otras.

Pese a ello, en España la Constitución de 1978 ya había previsto el derecho de acceso a archivos y registros en el artículo 105 b mediante una remisión a la ley para su regulación¹.

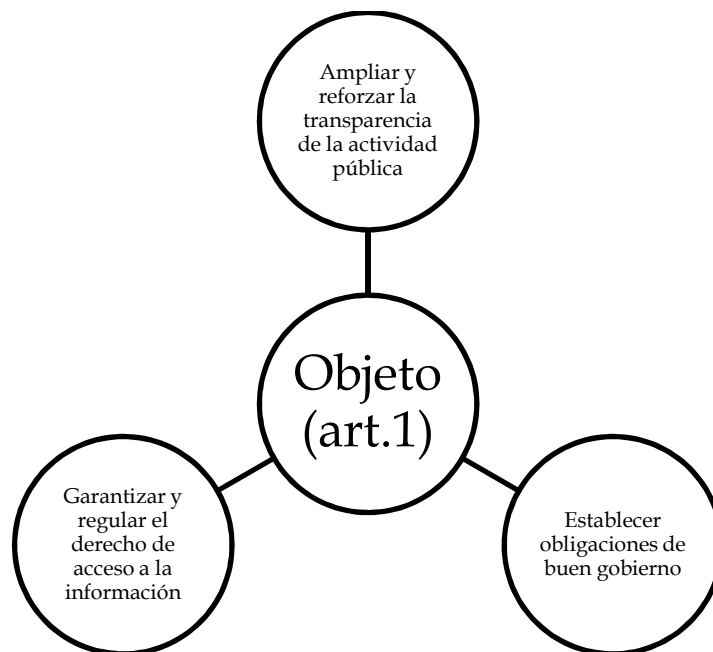
«Artículo 105b) CE. La Ley regulará ... El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

Ésta se materializó en el artículo 37 de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (hoy en día recogido por la Ley 39/2015, de 1 de octubre), no estando exenta de críticas por lo reducido de su alcance.

Volviendo a la ley estatal de 2013, ésta supone el reconocimiento del derecho de acceso bajo un concepto más amplio, con una regulación más concreta respecto a su ejercicio y con el refuerzo del sistema de recursos ante denegaciones expresas o presuntas a través del órgano de garantía que crea en la misma ley.

La LTAIBG no se limita sólo al derecho de acceso, sino que también abarca la publicidad activa y establece una serie de principios y obligaciones en materia de buen gobierno.

1 De hecho, conviene recordar que la Constitución de Cádiz de 1812, ya dedicaba algunos artículos a establecer una serie de obligaciones de transparencia: «Artículo 351. La cuenta de la Tesorería general, que comprenderá el rendimiento anual de todas las contribuciones y rentas, y su inversión, luego que reciba la aprobación final de las Cortes, se imprimirá, publicará y circulará a las Diputaciones de provincia y a los Ayuntamientos. Artículo 352. Del mismo modo se imprimirán, publicarán y circularán las cuentas que rindan los secretarios del Despacho de los gastos hechos en sus respectivos ramos».



ESTRUCTURA

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG). BOE 295/2013, de 10 de diciembre de 2014.

Título I. Transparencia de la actividad pública.

- Capítulo I. Ámbito subjetivo de aplicación.
- Capítulo II. Publicidad activa.
- Capítulo III. Derecho de acceso.

Título II. Buen Gobierno.

Título III. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Ocho disposiciones adicionales.

Nueve disposiciones finales.

2. La disyuntiva sobre el carácter fundamental del derecho de acceso.

La ley se configura como una ley ordinaria, lo que dio lugar a una amplia discusión doctrinal sobre el carácter que debería haber tenido la ley, ya que son muchas las voces de la doctrina que mantienen que se trata de un derecho fundamental (Piñar, 2014; Moreno, 2015; Sánchez de Diego, 2016) y que, por tanto, la ley debería haber tenido carácter de ley orgánica.

Para estos autores el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso se basa en la relación tan estrecha que tiene el acceso a la información pública y el artículo 20.1 CE correspondiente a la libertad de expresión e información.

«Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos: **a)** A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. **b)** A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. **c)** A la libertad de cátedra. **d)** A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. »

Aunque la literalidad de la CE en el artículo 20 no hace mención al acceso a la información pública, hay algunas corrientes que entienden que para una adecuada libertad de expresión e información es necesario que se pueda obtener información y que, por tanto, el acceso a la información debe considerarse como parte del derecho fundamental reconocido en el artículo 20 CE. Para ello, se recurre al mandato del artículo 10.2 CE de interpretar los derechos fundamentales en virtud de las normas internacionales.

«Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En efecto, son múltiples las normas y tratados internacionales suscritos por España que reconocen como parte inherente de la libertad de expresión e información el derecho a investigar y acceder a la información necesaria para emitir juicios. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) prevé:

«Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión, este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión».

En términos similares se expresa el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966):

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

Así pues se observa que las normas internacionales van por la línea de incorporar el acceso a la información como parte inherente a esa libertad de expresión e información, lo que cobra especial relevancia en el ámbito público en el que no existen tantas limitaciones como en la esfera privada y en la que además se concibe la información pública como una propiedad de los ciudadanos y no de los gobiernos.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado varias sentencias en las que viene a reconocer este derecho como fundamental² y por tanto, son muchos los indicios que llevan a pensar que a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional termine revistiéndose al derecho de acceso con el valor de derecho fundamental³, aunque la consideración actual hoy en día, a tenor de la regulación del derecho de acceso, del carácter ordinario de la ley y del título habilitante de su regulación basado en el artículo 105 b CE lo despojen de la especial protección de la que gozan los derechos fundamentales.

3. La regulación del derecho de acceso.

La ley de transparencia dedica su Capítulo II al derecho de acceso, comprendiendo los artículos 12 a 24. Dicho Capítulo se integra en el Título II de la ley correspondiente a la “Transparencia en la actividad pública”, junto a la regulación del ámbito subjetivo de aplicación (Capítulo I) y de la publicidad activa (Capítulo II).

En el artículo 12 se reconoce el derecho de acceso a la información pública de “todas las personas” en virtud del artículo 105b de la CE que desarrolla la ley. A continuación conceptualiza la información pública (art. 13) como « los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Esta conceptualización obliga a revisar los sujetos obligados (art. 2) entre los que se encuentran todas las administraciones públicas españolas de diferentes niveles y una larga lista de instituciones como la Casa Real, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el CGPJ, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y sus instituciones análogas en el ámbito autonómico. También las sociedades mercantiles con participación mayoritariamente pública, las fundaciones del sector público y las asociaciones de entidades públicas.

Llama la atención que para ser un derecho configurado en la ley como propio de la esfera del Gobierno y la Administración, de ahí el carácter de ley ordinaria y el título habilitante del artículo 105 b incardinado en el Título IV “Del gobierno y la

² Tárzaság v. Hungary (Application n.º. 37374/05 of 14 April 2009), Kenedi v. Hungary (Application n.º. 31475/05, of 26 May 2009), o Youth Initiative for Human Rights v. Serbia (Application n.º. 48135/06 of 25 June 2013).

³ Es habitual también citar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Chile, en la que se estima que la consideración de la libertad de buscar y recibir información como parte inherente al derecho de libertad de pensamiento y expresión (art. 13) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) comprende y protege el derecho a solicitar el acceso a la información que obra en poder el Estado y “la obligación positiva del Estado de suministrarla” (Caso Claude Reyes).

administración”, sin embargo se proyecte también sobre instituciones del Estado como la Casa Real, las Cortes Generales o los órganos consultivos, aunque sobre algunos de ellos se limite la aplicación a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo o no se permite el acceso al recurso especial (art. 23) ante el CTBG ante denegaciones expresas o presuntas⁴. Es decir, que parece configurarse en lo que respecta a su ámbito de aplicación como un derecho de mayor entidad.

SUJETOS OBLIGADOS (art. 2)

- AGE, Administración de las CC.AA., Administraciones Locales y de Ceuta y Melilla
- Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.
- OO.AA., las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- 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 corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.
- Instituciones: La Casa de su Majestad el Rey, 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 a Derecho Administrativo.
- 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.
- Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones
- Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No obstante, esto contrasta con un alcance más limitado que la esfera que abarca la publicidad activa. Ya que el artículo 3 incorpora otra serie de sujetos obligados distintos de los mencionados a los que sólo le son aplicables las disposiciones del

⁴ «Artículo 23.1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Capítulo II, en su caso, como son los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que perciban a lo largo de un año más de 100.000 euros en subvenciones o las mismas supongan un mínimo del 40% de sus ingresos.

OTROS OBLIGADOS, SOLO A PUBLICIDAD ACTIVA , NO A LOS DERECHOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (art. 3):

Las disposiciones del capítulo II de este título serán también aplicables a:

- a) **Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales.**
- b) Las **entidades privadas** que perciban durante el período de **un año** ayudas o subvenciones públicas en una cuantía **superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública**, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

NOTA: Cuando se trate de **entidades sin ánimo de lucro** que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo **presupuesto sea inferior a 50.000 euros**, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios puestos a su disposición por la A.P.

La ley establece una serie de límites al ejercicio del derecho de acceso, los cuáles deben estar justificados y ser proporcionados al objeto y finalidad de la protección (art. 14) y además se regula la compatibilidad del derecho con la protección de datos personales (art. 15).

En lo que respecta al ejercicio del derecho de acceso, la ley regula el procedimiento de solicitud (art. 17) mediante escrito dirigido al titular del órgano que posea la información haciendo constar la identidad del solicitante, la información que se desea obtener, la dirección de contacto y la modalidad de acceso preferida, siendo un avance la posibilidad de ejercer el derecho sin necesidad de motivar las solicitudes.

El artículo 18 de la LTAIBG establece los criterios de inadmisión de solicitudes delimitando como causas que la información solicitada esté en curso de elaboración o publicación general, tenga carácter auxiliar o de apoyo (notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicación o informes internos), sea necesaria su reelaboración, se dirijan a un órgano que no posea la información y se desconozca el competente, o que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo.

La inadmisión da como resultado la finalización del procedimiento, aunque se destaca la obligación que establece el mismo artículo 18.1 de la LTAIBG de motivar los casos en los que se aplica. Según los criterios interpretativos del CTBG, dicha motivación debe hacer expresas las causas de inadmisión y la justificación legal o material, y que, en todo caso, debe hacerse de forma concreta y aplicada al caso que se trata, por lo que se deduce que no sería válida como motivación la invocación de causas de carácter general.

CAUSAS DE INADMISIÓN

“Artículo 18. Causas de inadmisión.

1. Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.

b) Referidas a información 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.

c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente.

e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

2. En el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir la causa prevista en la letra d) del apartado anterior, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”.

Los artículos 19 y 20 regulan la tramitación y resolución. De ellos, se destaca especialmente el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud en el órgano competente para resolver la misma, ampliable un mes más en caso de que sea complejo o de un amplio volumen la información a facilitar.

Es destacable que la ley califica como infracción grave a los efectos del régimen disciplinario que establece en su regulación de Buen Gobierno el incumplimiento reiterado del plazo previsto para las resoluciones (art. 20.6). En caso de estimación de las solicitudes, el acceso a la información se efectuará preferentemente por vía electrónica y con carácter gratuito (art. 22).

La denegación de las solicitudes deberá ser motivada y la no resolución en plazo se entenderá como desestimatoria, abriendo a partir de ahí la posibilidad de recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa o de formular una reclamación sustitutiva de los recursos administrativos ordinarios que está regulada en el artículo 24 y que se formula ante el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, órgano de nueva creación previsto en el Título III (art. 33-40) de la ley que actúa como garante del derecho de acceso.

La reclamación se interpone en el plazo de un mes desde la desestimación expresa o presunta de la solicitud y hay un plazo de tres meses para su resolución. Este tipo de reclamaciones se observan como un paso positivo de la ley al residenciar su resolución en un órgano dotado de ciertas garantías de independencia, aunque por el contrario el silencio administrativo ante estas reclamaciones tenga efectos negativos.

Finalmente cabe añadir que la LTAIBG tiene carácter básico y su ámbito subjetivo de aplicación abarca desde el primer momento a las Administraciones de las

Comunidades Autónomas (art. 2), lo que no es impedimento para que éstas tengan su propia regulación que, respetando los contenidos mínimos establecidos en la ley estatal, sean “más favorables al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos que la propia legislación estatal” (Ridao, 2014: 15) como por ejemplo la reducción de plazos para resolver las solicitudes que en Andalucía es de veinte días, según establece el artículo 32 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía.

4. Límites del derecho de acceso.

Los derechos no son absolutos y siempre se ven constreñidos por el alcance de otros derechos o por la necesidad de salvaguardar determinados bienes “constitucionalmente protegidos”, aunque una expansión desmesurada de los límites “puede llegar a coartar y desviar el sentido inicial y el espíritu del derecho que se quiere reconocer y garantizar” (Moreno, 2015).

La propia CE establece en el artículo 105 b, base de la que emana la regulación del derecho, que la ley regulará el acceso «salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», por lo que ya se establecen una serie de límites a tener en cuenta en el desarrollo legislativo.

Así, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, regula algunos límites especialmente en dos artículos. Por una parte el artículo 14 establece una serie de ámbitos que rigen como límite cuando el acceso a la información pueda suponer un perjuicio, mientras que el artículo 15 trata la regulación que permite regir las relaciones entre el derecho de acceso y la protección de datos personales.

4.1. Los límites del artículo 14.

Los ámbitos que se especifican en el artículo 14 incorporan las previsiones constitucionales y añaden otra serie de campos como las relaciones exteriores, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional, la propiedad intelectual e industrial, los procesos de toma de decisión y la protección del medioambiente.

«Artículo 14.1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente».

Siguiendo a Arancha Moretón (2014) la agrupación lógica en base a los criterios que justifican este listado de ámbitos, vienen dadas porque sean campos a través de los que se protegen intereses de naturaleza pública, derechos e intereses privados, o derechos fundamentales.

Más allá de la determinación concreta de estos ámbitos y de la frontera que abarca y separa cada uno de ellos de materias afines, es importante reseñar dos aspectos. En primer lugar la limitación actúa, según la propia ley, cuando exista un perjuicio, es decir, “la Ley exige un daño y no un mero peligro para los otros bienes concurrentes que intenta proteger” (Moretón, 2014: 14). Y en segundo lugar, el artículo 14 en su apartado segundo impone que su aplicación debe estar debidamente justificada y proporcionada al objeto y finalidad de la protección que se pretende. Ambas consideraciones son relevantes por cuanto las denegaciones al derecho de acceso deben estar motivadas (art. 20.2).

Sin embargo, dicho artículo continúa mencionando que la justificación y proporcionalidad debe considerar «especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso», es decir, que tiene en cuenta la existencia de una justificación del interés del solicitante en el acceso a la información pública. Esta previsión ha sido criticada por la doctrina, por cuanto parece un contrasentido que no sea necesaria la motivación de las solicitudes de acceso a la información, pero sin embargo la justificación del interés del solicitante pueda ser tenida en cuenta a la hora de valorar estas solicitudes.

Aparte, cabe mencionar que la ley no ha establecido un límite temporal de aplicación para estas restricciones, habida cuenta que el transcurso del tiempo puede eliminar la necesidad de proteger una determinada información cuya protección más allá de un plazo determinado carezca de cualquier sentido.

4.2. Protección de datos y derecho de acceso.

La primera consideración respecto a la protección de datos personales como límite al derecho de acceso es que esta materia emana de un derecho fundamental, reconocido como tal a diferencia del derecho de acceso, y que cuenta con su propia regulación a través de ley orgánica gozando de una especial protección. Así, encontramos una ley ordinaria sobre el derecho de acceso que necesariamente debe acomodarse a la regulación de un derecho fundamental⁵.

El grueso de la regulación sobre la conciliación de la protección de datos personales y el derecho de acceso se encuentra en el artículo 15 de la ley de transparencia⁶, aunque impregna diversos artículos diseminados de manera fragmentada a lo largo de la norma. Entre ellos está el artículo 19 sobre la tramitación que establece que «si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente

⁵ Con carácter previo a la publicación de la ley de transparencia y antes de que la misma fuese despojada de su carácter de derecho fundamental mediante su desarrollo a través de ley ordinaria, Emilio Guichot en su artículo “Transparencia versus Protección de Datos” (2011) ya se planteaba el modo de conciliar el derecho de acceso y la protección de datos personales.

⁶ Burgar (2014) afirma que la mayor parte el artículo 15 resulta de la propuesta formulada por la Agencia Española de Protección de Datos en su informe de 5 de junio de 2012 respecto al anteproyecto de ley de transparencia.

identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación».

Siguiendo a Burgar (2014) se pueden establecer tres grados de protección de los datos de carácter personal: a) los que están especialmente protegidos, b) otros datos de carácter personal, y c) los referidos únicamente a datos identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano.

Dentro de la primera categoría, el artículo 15 limita el acceso a la información cuando esta contenga datos especialmente protegidos. Hay dos niveles de protección, el que hace referencia a los datos del art. 7.2. LOPD como son la ideología, la afiliación sindical, la religión o las creencias, salvo que estos sean manifiestamente públicos o se cuente con consentimiento expreso y por escrito del afectado. El segundo nivel requiere que exista cobertura de una norma legal o bien consentimiento expreso para que sean accesibles, y abarca la información sobre infracciones penales o administrativas que no conlleven amonestación pública o al tipo de datos regulados por el art. 7.2. LOPD, es decir, los que hagan alusión al origen racial, a la salud y a la vida sexual.

En la segunda categoría se encontrarían los datos personales que no sean considerados especialmente protegidos y sobre la que el acceso se puede conceder previa ponderación del interés público y de los derechos de los afectados. Para ello el artículo 15.3 de la ley de transparencia ofrece algunos criterios a tener en cuenta como la justificación de la petición de acceso por los solicitantes, la finalidad del acceso para fines históricos, científicos o estadísticos, el menor perjuicio de los derechos de los afectados cuando solo se consigne su identificación, la mayor garantía para los afectados en caso de información que pueda afectar a la intimidad, seguridad o se refieran a menores de edad, entre otros.

En la tercera categoría se encuentran los datos correspondientes a la identificación de la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, en los que se permitirá el acceso salvo que en el caso concreto que se analice deba prevalecer la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos (art. 15.2). Como apunta Burgar (2014: 27), aunque esta formulación pudiese ser una “cláusula general de acceso (...), supone, de facto, el reconocimiento implícito de la exigencia de una previa ponderación entre los intereses concurrentes”.

Finalmente, el artículo 15.4 exime de dicha protección a aquella información sobre la que se haya realizado la previa disociación de datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de los afectados.

Más allá de esta regulación de la ley de transparencia, la colisión entre ambas materias genera una problemática constante porque obliga a la ponderación del interés público y de los derechos de los afectados en cada caso concreto, por lo que es el origen de numerosas controversias que terminan siendo objeto de reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso o en procedimientos judiciales. De ahí que el CTBG y la AEPD hayan dictado de forma conjunta criterios interpretativos sobre los límites al derecho de acceso a la información con la finalidad de clarificar la relación entre ambas materias y dotar de uniformidad a la interpretación de las normas.

5. La publicidad activa en la ley de transparencia.

A lo largo del tiempo las normas de procedimiento administrativo y materias relacionadas han ido avanzando en las obligaciones de publicidad gracias a la existencia de internet. Se ha pasado de la publicación en boletines oficiales y tablones de anuncios a la difusión a través de las páginas web de entidades públicas y a obligaciones más concretas como la existencia de los perfiles del contratante. No obstante, no es hasta la publicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, cuando se establecen verdaderas obligaciones de publicación de información en un volumen suficiente como para dotar de seguridad a los ciudadanos sobre lo que pueden esperar cuando se visita la página web o la sede electrónica de una determinada entidad pública.

La ley de transparencia dedica el Capítulo II (arts. 5-11) de su Título I a la publicidad activa. En el establece una serie de principios (art. 5), obligaciones concretas al tipo de información que debe estar de manera pública (arts. 6, 7 y 8), mecanismos de control de cumplimiento (art. 9) y especificaciones respecto al Portal de Transparencia de la Administración General del Estado (art. 10 y 11).

Entre los principios generales se establece la obligación de garantizar la transparencia de la actividad relacionada con el funcionamiento y el control de la actuación pública. Esta obligación se impone para los sujetos obligados del artículo 2 y parcialmente para los del artículo 3 (art. 8.2).

Finalmente se hace una breve referencia al control de la publicidad activa, que se atribuye en el artículo 9 al Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno, el cual tiene capacidad de dictar resoluciones para establecer medidas tendentes al cese de los incumplimientos, así como a instar inicio de las actuaciones disciplinarias y sancionadoras previstas en la propia ley, considerando que los incumplimientos reiterados en esta materia son constitutivos de infracciones graves.

5.1. Información a publicar.

La información a publicar (arts. 6-8) se agrupa en tres categorías: a) Información institucional, organizativa y de planificación; b) Información de relevancia jurídica; y c) Información económica, presupuestaria y estadística.

a) Información institucional, organizativa y de planificación.

En referencia a la «información institucional, organizativa y de planificación» parte de ella era la que habitualmente se podía encontrar en la mayoría de los portales de entidades públicas antes de la Ley, como es el caso de las funciones, normativa de aplicación, estructura organizativa e identificación de los responsables. También se exige la publicación del organigrama y del perfil y trayectoria profesional de los responsables de los órganos, algo se ha extendido tras la ley de transparencia.

El artículo 6.2 continúa con otras obligaciones como la publicación de los planes y programas anuales y plurianuales que fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su ejecución. Esta obligación da por hecho

que las entidades públicas en general (no solo las de mayor tamaño) llevan a cabo correctamente la labor de planificación y disponen de planes bien elaborados con una definición de objetivos, actividades, medios y calendarización. La realidad es muy distinta a lo establecido en la ley porque muchos de estos instrumentos de planificación no existen como tal y se agrava con el mandato que añade dicho artículo al establecer respecto a los planes que «su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración», lo que llama expresamente la atención cuando la evaluación de políticas públicas es una práctica poco o nada extendida en las Administraciones Públicas españolas.

b) Información de relevancia jurídica.

El bloque de «información de relevancia jurídica» se corresponde principalmente con información que ya se venía publicando derivada de las obligaciones de las normas de gobierno y administración, así como de otra normativa. Así el artículo 7 incluye las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas cuando supongan una interpretación del derecho o tengan efectos jurídicos; los anteproyectos de ley, los proyectos de decretos legislativos y de reglamentos, las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de textos normativos, así como otros documentos que según la normativa sectorial deban ser sometidos a periodos de información pública.

PRINCIPALES OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN A PUBLICAR

Información, institucional, organizativa y de planificación.

- *Organigrama e identificación de responsables.*
- *Planes y programas con indicación de recursos y medios.*
- *Obligación de evaluación y publicación.*

Información de relevancia jurídica.

- *Directrices, instrucciones, acuerdos, etc.*
- *Anteproyectos de Ley y proyectos de Decretos Legislativos.*
- *Proyectos de reglamento.*
- *Memorias e informes de los expedientes de elaboración de textos normativos.*

Información económica, presupuestaria y estadística.

- *Contratos: en detalle.*
- *Datos estadísticos de los procedimientos de contratación utilizados.*
- *Convenios, subvenciones y ayudas públicas.*
- *Cuentas anuales e informes de auditoría.*
- *Retribuciones de altos cargos.*
- *Resoluciones de compatibilidad de empleados públicos.*

c) Información económica, presupuestaria y estadística.

En lo que respecta a la «información económica, presupuestaria y estadística» (art. 8) las tipologías son más variadas y abarcan el grueso de la información que se considera más relevante, de cara a satisfacer la demanda pública de transparencia con la finalidad de generar confianza en los ciudadanos. En concreto y sin profundizar en los aspectos de detalle, se requiere la publicación de la información de los procesos de contratación y modificación de contratos, convenios y encomiendas de gestión, subvenciones y ayudas públicas, presupuestos (partidas, ejecución, indicadores, etc.), cuentas anuales e informes de auditoría y fiscalización, retribuciones e indemnizaciones de altos cargos y asimilados, autorizaciones y resoluciones de compatibilidad, la relación de bienes inmuebles, información estadística sobre el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos, entre otras.

5.2. Los portales de transparencia y la caracterización de la información.

El artículo 5.4. especifica que la información debe difundirse a través de las sedes electrónicas o páginas web de las respectivas entidades, de ahí que más adelante en su artículo 10 dispone, para el ámbito de la Administración General del Estado, la creación de un Portal de Transparencia. El artículo 11 establece los principios técnicos que deben guiar dicho Portal de Transparencia, requiriendo que se adapte a los principios de «accesibilidad», de modo que la información esté estructurada facilitando su identificación y búsqueda; «interoperabilidad», de manera que permita que sean compartidos e intercambiar información atendiendo a los estándares vigentes (Esquema Nacional de Interoperabilidad); y «reutilización», estando en formatos que permitan su tratamiento por terceros de una manera abierta. Pero estos principios técnicos no se limitan al Portal de Transparencia de la AGE porque el artículo 5.4. ya mencionado les dota de alcance general, indicando que se establecerán los mecanismos para «facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización» en las sedes electrónicas o páginas web en las que se publique la información.

La ley de transparencia no se limita a lo expuesto y obliga a que la información objeto de publicidad activa deba cumplir con una serie de características. Por un lado la publicación debe ser “periódica” y “actualizada” (art. 5.1) y se debe publicar «de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables» (art. 5.4). La información debe ser “comprensible, de fácil acceso y gratuita” (art. 5.5.), además de ser accesible a personas con discapacidad.

En relación a todas estas caracterizaciones y requisitos, lo primero que llama la atención es la cantidad de criterios que debe regir la publicación de la información objeto de publicidad activa, tantos, que surge la duda de la capacidad de las Administraciones para transitar desde los expedientes más complejos y en un lenguaje jurídico-administrativo a documentos e información estructurada de forma fácil, sencilla y comprensible, a lo que hay que sumar las posibles dificultades técnicas para cumplir la totalidad de las especificaciones. Con la ley de transparencia ya no solo importa la información que se publica, sino cómo se publica.

**CARACTERIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN
A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD ACTIVA (ART. 5).**

Publicación periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (no todos los sujetos del ámbito de aplicación).

Límites: seguridad nacional, defensa, relaciones, exteriores, seguridad pública, etc. y protección de datos de carácter personal.

La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables.

Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.

La finalidad de esta exhaustiva caracterización es evitar que la publicidad activa se convierta en una publicidad formal que no ayude a los ciudadanos a localizar y comprender la información que busca, evitando una suerte de “transparencia opaca”, que en palabras de Cruz Rubio (2014: 13) tiene por objeto “dar la imagen de que el gobierno se abre, cuando en realidad trata de evitar el control y la sanción ciudadana”.

Hoy en día la publicidad activa va siendo poco a poco una realidad. Desde que entró en vigor el contenido del Título I de la Ley las entidades públicas han superado las barreras tecnológicas y difundido mucha información, pero queda un amplio camino por recorrer porque las características mencionadas no se cumplen o el grado de cumplimiento es muy somero, existiendo además una amplia asimetría entre organizaciones y diversas “patologías” frecuentes como las siguientes:

Sobrecarga informativa (infoxicación): exceso de disposición de información que impide la localización de la información que se busca. Un ejemplo serían las páginas web que publican exceso de información no estructurada o en documentos extensos que dificultan la localización de la información.

Utilización de lenguaje complejo: la finalidad de la publicidad activa es permitir a los ciudadanos corrientes acceder a la información, por lo que el uso de un lenguaje técnico o especialmente jurídico es una barrera al acceso.

Utilización de formatos no reutilizables: consiste en la disposición de información en formatos cuyo uso está restringido por ser necesario un software no generalizado o por no permitir su edición y posterior tratamiento. Un ejemplo es el abuso de los documentos PDF.

6. El sistema de reclamaciones y el CTBG.

6.1. El sistema de reclamaciones ante denegaciones de acceso.

Las denegaciones de acceso son susceptibles de reclamación ante el Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), mediante un recurso previsto en el artículo 24 de la LTAIBG, cuya resolución puede confirmar o denegar el acceso, aunque se observa la tendencia del CTBG a resolver las reclamaciones manteniendo cierto criterio proclive a la transparencia y, consecuentemente, dado en mayor medida a permitir el acceso a la información pública.

Características:

- Ante resoluciones expresas o presuntas (plazo de un mes).
- Carácter sustitutivo de los recursos administrativos, así como potestativo y previo a la impugnación en vía contencioso-administrativa.
- Incluye un procedimiento de audiencia cuando haya colisión con derechos o intereses de terceros.
- Resolución del CTBG en el plazo de tres meses. Efecto negativo del silencio.
- Las resoluciones del CTBG se harán públicas, previa disociación de datos personales.

Para el caso en el que las Comunidades Autónomas no decidan un órgano homólogo o atribuir las competencias a uno específico, se las podrá atribuir al CTBG, aunque para ello «deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias».

6.2. El Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno.

El CTBG se creaba como organismo público de los previstos en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (su regulación actual debe atender al artículo 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), es decir, como uno de los previstos para tener una configuración como *administración independiente* con un régimen de independencia y autonomía funcional respecto a la Administración General del Estado

El CTBG está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, aunque dispone de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (art. 33.2), lo que provoca que sea una “adscripción puramente formal” (Sendín, 2014). Sin embargo, esa adscripción viene a desvirtuar esa característica de independencia que se busca en la regulación del CTBG como un organismo independiente “que no lo es” (Sánchez de Diego, 2014:18), principalmente por el hecho de que el órgano garante frente al gobierno y la administración “dependa orgánicamente del complejo Gobierno-Administración” (García Costa, 2014).

A la vista de sus funciones (art. 38), el CTBG constituye un órgano que no puede ser definido sólo como organismo de control respecto al derecho de acceso, en primer lugar porque sus funciones abarcan también la publicidad activa y los principios de buen gobierno, y en segundo lugar porque tiene encomendadas actuaciones de promoción, capacitación, sensibilización, informe, asesoramiento técnico y evaluación. Por ello, hay autores que sostienen que está llamado a desempeñar una función de “implantación en nuestro país de una auténtica cultura de la transparencia” (Martín, 2016).

Las funciones estrictamente de control se atribuyen al Presidente del CTBG (art. 38.2) y no a su Comisión como órgano colegiado, incluyendo la resolución de los recursos establecidos en su artículo 24 y otras como velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, adoptar criterios de interpretación de las obligaciones de la Ley, responder a consultas de los órganos que deben tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información o instar el procedimiento sancionador, entre otras.

MISIÓN Y FUNCIONES DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Misión:

- ✓ Promover la transparencia de la actividad pública.
- ✓ Velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad.
- ✓ Salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública.
- ✓ Garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

Funciones:

- Adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.
- Asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o que estén relacionados con su objeto.
- Evaluar el grado de aplicación de esta Ley (memoria anual a presentar en las Cortes).
- Promover la elaboración de borradores de recomendaciones y de directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Promover actividades de formación y sensibilización para un mejor conocimiento de las materias reguladas por esta Ley.

El CTBG tiene un presidente que se designa por un periodo de cinco años no renovable mediante un proceso que requiere el refrendo por mayoría absoluta en Comisión Parlamentaria. Sin embargo, es el Gobierno quien hace la propuesta de nombramiento a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y quien lo nombra mediante Real Decreto (art. 37). Como refuerzo a la independencia a lo largo de su

mandato está la imposibilidad de repetir en el cargo y la limitación de los supuestos y casos tasados en que puede ser cesado de forma anticipada (art. 37.2), así como la exigencia de reconocido prestigio y solvencia profesional de su titular.

Por otra parte, el órgano colegiado del CTBG se compone de ocho integrantes de procedencia parlamentaria y de instituciones y administraciones del Estado (art. 38.2). En concreto se prevé que haya un Diputado y un Senador, así como representantes del Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo, Agencia Española de Protección de Datos, Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, sobre los que no se establecen procedimientos o requisitos para el otorgamiento de dicha representación.

Este modelo de configuración del CTBG se ha seguido con múltiples variaciones por las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla La Mancha, Comunidad Valenciana, Navarra y la Región de Murcia. Andalucía también se podría incluir en este grupo, aunque comparte atribuciones en materia de protección de datos. Aparte, hay Comunidades Autónomas que han optado por organismos de carácter principalmente unipersonal (Comisionado de la Transparencia de Canarias) o colegiados (Comisiones catalana, balear y vasca), además de aquellas que han aprovechado las estructuras de las defensorías del pueblo autonómicas para el desarrollo de estas funciones como el Valedor do Pobo en Galicia y el Procurador del Común en Castilla y León (Sierra, 2018).

ESTRUCTURA Y COMPOSICIÓN DEL CTBG

Comisión de Transparencia y Buen Gobierno. Integrantes:

El Presidente (del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno)

- Un Diputado y un Senador.
- Un representante del Tribunal de Cuentas.
- Un representante del Defensor del Pueblo.
- Un representante de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.
- Un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

Presidente: nombrado por RD cinco años no renovables.

- Entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional.
- A propuesta del Ministerio de Hacienda y AA.PP.
- Previa comparecencia de la persona propuesta y refrendo para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta.

Fuentes

- Burgar Arquimbau, J.M. (2014). "Aproximación a la protección de datos de carácter personal en el marco de la ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", *Revista Digital CEMCI*, 23:1-31.
- Cruz-Rubio, C.N. (2014). *Transparencia y Buen gobierno: valores y herramientas del gobierno Abierto*. Madrid:INAP
- García Costa, F.M. (2014). "El Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno". En Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M., *Régimen Jurídico de la transparencia del sector público*. Aranzadi, Pamplona, pp.483-504.
- Guichot Reina, E. (2011). "Transparencia Versus Protección de Datos". *VI Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo*, Palma de Mallorca, pp. 94-96
- Martín Delgado, I. (2016). "La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?". En López Ramón, Fernando (Coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, AEPDA, Zaragoza, pp. 291-328.
- Moreno González, G. (2015). "El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 8:93-125.
- Moretón Toquero, A. (2014). "Los límites del derecho de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33:1-24.
- Piñar Mañas, J.L. (2014). "Transparencia y Derecho de Acceso a la Información Pública. Algunas reflexiones en torno al Derecho de Acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y Buen Gobierno", *Revista Catalana de Dret Públic*, 49:1-19.
- Ridao Martín, J. (2014). "La regulación de la transparencia y del acceso a la información pública en la esfera autonómica. Un estudio comparado". *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 19.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2014). "El día después de la Ley de Transparencia". *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33.
- Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M. (2016). "El principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública", en Cascajo Castro, J.L. y Martín de la Vega, A., *Participación, Representación y Democracia XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 297-318.
- Sendín García, M.A. (2014). "El Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno". *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33:1-25.
- Sierra Rodríguez, J. (2018). "Una crítica al diseño de los organismos de garantía del derecho de acceso en las Comunidades Autónomas", *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 45:73-112.