CONSIDERACIONES ANTE LA FUTURA EFECTIVIDAD DE LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

Dr. Joan Ridao Martín
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona

Sin duda, la emergencia de distintos casos de corrupción pública ha contribuido a la aprobación de la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta Ley ha venido a llenar un ostensible vacío legal con un contenido que puede juzgarse que sólo en parte sigue la estela de la mayoría de legislaciones de nuestro entorno y que, en algunos aspectos, incluso, no encaja con las disposiciones ni con la doctrina que emana de algunas instancias políticas y jurisdiccionales europeas y globales. Ello no obstante, supone un sustancial avance en relación a las actuales garantías procesales en el procedimiento administrativo. Su plena efectividad requerirá un cambio cultural del conjunto de nuestras Administraciones.

1. Antecedentes y valoración global de la Ley

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LA LEY 19656/2013) constituye una normativa que se insiere en el contexto de regulaciones similares de nuestro entorno aunque de mayor tradición. Con todo, es sabido que el artículo 105 *b* de la Constitución (CE) y los artículos 35 *e* y 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJA-PAC) (LA LEY 3279/1992), hacen referencia al acceso a la información relativa a procedimientos administrativos en marcha y a procedimientos ya finalizados, respectivamente. Además, sectorialmente, cabe citar en el mismo sentido la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de Medio Ambiente (LA LEY 7386/2006); la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público (LA LEY 11474/2007); y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LA LEY 6870/2007), entre otras.

Por su objeto y funcionalidad, los derechos legalmente establecidos se configuran como algo muy distinto de la conocida garantía procesal contemplada en la LRJAP-PAC y en el resto de legislación sectorial mencionada, consistente en el acceso de las partes en el procedimiento a toda la información en que se basa la decisión de la Administración. Lo cual, por cierto, nos lleva a concluir que el derecho de acceso a la información se inscribe, ni que sea instrumentalmente, en el marco del derecho a la libertad de información de las personas, vinculado íntimamente al derecho fundamental

de participación en los asuntos públicos (art. 24 CE).[1] Subrayamos este aspecto porque la Ley se configura en gran parte como básica de conformidad con las cláusulas 1, 13 y 18 del artículo 149.1 CE [disposición final novena (DF 9)] y no como orgánica, pues se sitúa al margen del derecho fundamental a recibir libremente información veraz (art. 20.1.d CE). Sin duda, esta decisión del legislador resulta paradójica si se observa la mayor protección de que son objeto otros derechos en juego como la protección de los datos personales (*ex* art. 18.4 CE). No hay más que ver como eventual la colisión entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales se resuelve dando preferencia a ésta última, de donde puede inferirse que, *de facto*, se configura una especie de «derecho fundamental a la participación anónima en actividades públicas».[2] Por ello su configuración como ley ordinaria dificulta su homologación con los estándares de otras legislaciones europeas, pues, no en vano, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como el Consejo de Europa (Convenio de Tromsø núm. 205, sobre el Acceso a los Documentos Públicos), además del Consejo de Estado en su informe sobre el proyecto de ley, relacionan este derecho a la libertad de información.

Sea como fuere, es indudable que la Ley ha supuesto un punto de inflexión importante en nuestra tradición administrativa, razón por la que, ante su inminente aplicación en toda su extensión,[3] es preciso empezar a vencer la desconfianza atávica del conjunto del sector público frente a los ciudadanos y una forzosa adaptación de carácter técnico y material de éste: primeramente, operando un cambio de cultura de los decisores y empleados públicos mediante acciones formativas (ya previstas en la DA 7 de la Ley), pero también divulgando su contenido entre la ciudadanía para favorecer su utilización (señaladamente a través del Portal de Transparencia del art. 10 y de otras acciones públicas como las Unidades de Información del art. 21). Y en segundo término, desarrollando los pertinentes sistemas de información que aseguren la disponibilidad, trazabilidad y calidad de la información que modernicen los actuales sistemas de registros.

---

[1] El ya citado Convenio del Consejo de Europa conecta el derecho de acceso a los documentos Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 10) (LA LEY 16/1950), que garantiza la libertad de expresión y se proyecta sobre todos los documentos públicos en sentido amplio, como cualquier información en posesión de las autoridades públicas, cuyo acceso sólo puede ser restringido para proteger otros derechos e intereses legítimos. Por su parte, la UE otorga rango de derecho fundamental al derecho de acceso a la información [art. 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (LA LEY 6/1957)]. La regulación general del derecho de acceso a las instituciones europeas, se contiene en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (LA LEY 7698/2001).

[2] PÉREZ VELASCO, M. «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: una ocasión perdida en la equiparación a los estándares europeos», *Blog de l'Institut de Dret Públic*, 21 de enero de 2014..

[3] Su entrada en vigor presenta cierta complejidad, dado que la disposición final novena prevé hasta tres momentos: las normas de buen gobierno al día siguiente de la publicación en el BOE; las normas de transparencia y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al año de su publicación; además de otorgar un plazo de dos años para que las comunidades autónomas (CCAA) y las entidades locales se adapten a sus obligaciones

2. Los principales aspectos que incorpora la regulación de Ley 19/2013

2.1. La publicidad activa

Por lo que se refiere a la publicidad activa, la principal novedad que presenta la Ley es la obligación de que el conjunto de Administraciones públicas deban publicar los proyectos normativos con anterioridad a la solicitud de los dictámenes preceptivos, así como las memorias e informes que integren los expedientes de elaboración de textos normativos, y en particular la memoria del análisis del impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (LA LEY 13306/2009). Ello no obstante, la Ley no aclara si los informes jurídicos, los dictámenes de los órganos consultivos, las notas y los informes internos, las actas o minutas de las reuniones de los comités y grupos de trabajo, así como los informes y pareceres externos deberá ser objeto de publicación, así como los borradores de textos normativos.

Sin duda, para un buen análisis de las decisiones que toman los decisores públicos sería necesario disponer de mayor información que la que contempla la Ley, en un formato que permitiese un tratamiento ágil y masivo que facilite el trabajo a expertos, académicos, partidos políticos y medios de comunicación, además de a los ciudadanos en general, y todo ello con respeto a los principios inspiradores de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LA LEY 6870/2007).

2.2. El acceso a la información

La Ley constituye una variación destacada con respecto a la regulación anterior sobre el acceso a los documentos, puesto que, como es obvio, se inclina por el acceso mediante cualquier tipo de soporte (art. 13). Se entiende por tal la información y los documentos contenidos en cualquier formato o soporte que obren en poder de alguno de los sujetos en el ámbito de aplicación de la Ley, siempre que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, dos requisitos adicionales no previstos ni en el ya citado Convenio 205 del Consejo de Europa ni en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo.[4]

En cuanto al ámbito subjetivo de la titularidad del derecho, éste se atribuye a «todas las personas», en los términos previstos en el artículo 105 *b* CE (art. 12), si bien no se concreta si se incluyen también en ese espectro las personas jurídicas, debido a que el precepto constitucional alude exclusivamente a los «ciudadanos». Y por lo que se refiere a los sujetos obligados (art. 2 y ss.), se incorpora un catálogo heterogéneo, aunque ciertamente confuso: por un lado se incluye una lista que abarca todas las Administraciones Públicas, *lato sensu*, incluyendo a las corporaciones de Derecho Público; y por otro, se menciona a la Casa de su Majestad el Rey, junto al Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, 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.

[4] Esta última referencia parece excluir todos aquellos documentos no adquiridos, es decir los documentos ajenos que, por una u otra razón, se han aportado por terceros y que, por eso mismo, otorgan un poder de disposición sobre los mismos al sujeto obligado.

También se consideran sujetos obligados las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación pública, directa o indirecta, 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 públicos; y los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia. Por último, se incluyen los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por 100 del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen los 5.000 euros.

En cuanto a los límites del derecho de acceso a la información (art. 14), no hay duda que su contenido es mucho más amplio que el del artículo 37 LRJAP-PAC: así, podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, cuando concurran intereses de terceros más dignos de protección o bien cuando así lo disponga una Ley, debiendo en estos casos el órgano competente dictar resolución motivada. Asimismo, tampoco podrá ejercerse respecto a expedientes que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las CCAA en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo; los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado; los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando; y los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial, a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

Dichas limitaciones se rigen por sus disposiciones específicas: el acceso a los archivos sobre materias clasificadas; los datos sanitarios personales de los pacientes; los archivos regulados por la legislación del régimen electoral y los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos; el Registro Civil y el Registro Central de Penados y Rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley; el acceso solicitado por diputados, senadores o miembros de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación Local; así como los fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

En todo caso, debemos destacar que la invocación de tales límites deberá ser justificada y proporcionada por razón de su objeto y finalidad, ponderándose las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente si se trata de un interés público o privado superior (art. 14.2). Aún con todo, y admitiendo que no hay derechos absolutos, no hay duda que el derecho a la protección de datos personales y el secreto oficial deberían valorarse debidamente en cada supuesto junto al derecho al acceso a la información en manos públicas. Pese a todo, debe decirse que en este punto no hay duda que la Ley resulta totalmente antitética con la tendencia de otros países a tasar de forma prolija los distintos supuestos exentos.[5]

[5] La Ley no diferencia entre perjuicio, perjuicio justificado en la protección de otro interés público superior y perjuicio grave, como sí hace, por ejemplo el Reglamento (CE) núm. 1049/2001, de 30 de mayo, que constituye un catálogo de excepciones imperativas sometidas al mismo test de proporcionalidad y la exclusión, como en el caso de la Ley española, de la ponderación caso por caso (LA LEY 7698/2001).

Asimismo, cabe subrayar que de acuerdo con la Ley no es necesario que el solicitante de acceso motive su solicitud ni acredite ningún interés particular (art. 17.3). Basta que exponga los motivos por los que solicita la información, que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. La ausencia de motivación no será por si sola causa de rechazo de la solicitud. A este respecto, la Ley prevé como modo ordinario de resolución de las solicitudes el silencio negativo, equivalente a una desestimación de la solicitud de acceso (art. 20.4). Esta previsión, según la praxis que pueda hacerse en el futuro, podría llegar a desnaturalizar el objeto de la norma al incentivar que las solicitudes sean rechazadas de plano y sin motivo aparente.[6] Huelga decir, por lo demás, que la regla general ante una Administración que no contesta en plazo es el de entender estimada la petición, salvo algunos supuestos previstos entre los que se incluyen imperiosas razones de interés general.[7]

Finalmente, la configuración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 36) permite poner en cuestión *prima facie* su independencia. Previsto como medio alternativo de impugnación de las resoluciones, expresas o presuntas, denegatorias del acceso a la información, el mencionado Consejo apenas sirve para compensar la débil posición de los titulares de dicho derecho. Por ello, como se analizará más adelante, parece necesario dotarse, con las debidas garantías de imparcialidad e independencia, de un órgano encargado no sólo del control de los conflictos de intereses sino también de la lucha contra la corrupción en general. Un instrumento análogo a la OLAF, que investiga el fraude al presupuesto de la UE, la corrupción y las faltas graves en las instituciones europeas, además de ser responsable de la política de lucha contra el fraude de la Comisión Europea, o bien siguiendo el modelo de la *Oficina Antifrau de Cataluña.*[8]

2.3. El buen gobierno y la buena administración

Por lo que al buen gobierno (y la buena administración) se refiere, la Ley deja ostensiblemente de lado tanto la experiencia internacional como estatal acumulada para potenciar la buena gobernanza y la calidad del comportamiento público, moderna enseña de la legitimidad administrativa y eficaz antídoto contra la corrupción. En nuestra opinión, el buen gobierno (y la buena administración) deberían estar en el epicentro de toda estrategia de calidad pública de la que la transparencia no es más que una parte. Por el contrario, la Ley dedica su parte final al buen gobierno (sin mencionar la buena administración) y regula una serie de principios de conducta, además de

---

[6] En nuestra legislación administrativa existe la obligación para la administración de resolver (art. 42 de la Ley 30/1992) (LA LEY 3279/1992). La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. La falta de respuesta puede dar lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias y a exigir el cumplimiento de la obligación judicialmente.

[7] El Tribunal Supremo ha aceptado esta posibilidad en Sentencia de la Sala 3ª de 24 de mayo de 2011, si bien, al analizar un supuesto de hecho en relación a una ley anterior a 2009. Lo cual permite cuestionar lo que acontezca con leyes posteriores a esa fecha, como parece lógico y aparece en la dicción literal del artículo 43. En todo caso, debería apostarse por una limitación más amplia del silencio negativo en línea con la exigencia de razones excepcionales.

[8] *Vid.* la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.htm/) y la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña (LA LEY 16082/2008)..

tipificar una serie de infracciones y sanciones, cuya efectividad es harto dudosa.[9] Ciertamente, está por ver si se va a instruir y sancionar a altos cargos por el Gobierno o a un alcalde por parte del pleno del Ayuntamiento.

Por lo pronto, de lo que no hay duda es de que la Ley omite mecanismos de garantía del buen gobierno y de buena administración que han demostrado su efectividad en el derecho administrativo global o de la UE (art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales), e incluso en el derecho autonómico español:[10] nos referimos a la falta de previsión de los llamados Códigos de conducta, éticos, de buen gobierno, de buenas prácticas y de buena administración;[11] a las reglas para la selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales;[12] al procedimiento de *due dilligence* y *due care*, como garantía de análisis y toma en consideración diligente y cuidadosa de los hechos e intereses relevantes;[13] las Cartas de Servicio; los mecanismos de evaluación obligatoria (*ex ante* o *ex post*) de las políticas públicas;[14] o las estrategias de calidad regulatoria (*better* o *smart regulation*)[15] a través de unidades administrativas

---

[9] La Ley se refiere a unos principios generales y de actuación (arts. 26 y 27), dirigidos sólo a altos cargos (trasladando un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 2005, a fuerza de ley y vinculándolo a la tipificación de infracciones y sanciones realizada, de lo que se ha congratulado el Consejo de Estado en su Dictamen 707/2012). Lo hace sin embargo con un notable grado de vaguedad, incluso allí donde podrían haber sido precisos como, por ejemplo, en la aceptación de regalos.

[10] Vid. Juli Ponce, «ransparencia, innovación, buen gobierno y buena administración», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 25 de noviembre de 2013. El TEDH en diversas sentencias ha afirmado la existencia de un principio de buena gobernanza derivado del convenio de 1950, por ejemplo en la sentencia Czaja contra Polonia de 2012 (párrafo 70). También el TJUE, el Tribunal Supremo español y los tribunales de justicia autonómicos.

[11] Creados bajo distintas denominaciones en los últimos años [*vid*. arts. 52 y ss. de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)] (LA LEY 3631/2007).

[12] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en los últimos años una interesante doctrina sobre los límites en los que se debe enmarcar la confianza en la libre designación de funcionarios y de personal eventual (cuyo número sería importante conocer y limitar, de acuerdo con el art. 12.2 EBEP, por cierto). Hubiera sido interesante mejorar el EBEP (precisando los arts. 79 y 80 y su DA segunda, respecto al ámbito local a la vista de esta doctrina jurisprudencial que «complementa» el ordenamiento jurídico (art. 1 del Código Civil). De igual modo, la lucha contra la corrupción y el buen gobierno y administración en el ámbito local debería tener un importante punto de apoyo en la figura de los funcionarios locales de habilitación estatal, pero su libre designación, en algunos casos, y su dependencia retributiva del nivel político hacen su función complicada. Ninguno de estos temas son tratados en la parte de buen gobierno del proyecto estatal.

[13] V*gr*. la Directiva de Servicios ya exige la motivación de una necesidad de «imperioso interés general» para el establecimiento de regímenes autorizatorios (LA LEY 12580/2006). Y que ya ha conducido, por cierto, a diversas anulaciones judiciales por falta de motivación normativa, como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 y en el de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2012). Pero, más allá de la directiva, sería preciso, en aras de un buen gobierno y una buena administración, exigir la motivación (mediante la Exposición de Motivos, preferiblemente, y el contenido del expediente) de las normas.

[14] La legislación balear la exige en todos los casos que impliquen un gasto público superior a los 5 millones de euros.

interdisciplinares capaces de calcular impactos normativos de forma solvente, empleando para ello tanto criterios económicos (análisis coste-beneficio, etc.) como otras disciplinas (psicología, sociología, estadística, etc.), que permitan traer al derecho los avances de las ciencias del comportamiento en el diseño de incentivos para la eficacia normativa (como los países más punteros ya están haciendo, a través de la técnica del *nudging* o fomento de ciertas decisiones privadas;[16] y finalmente, la responsabilidad patrimonial por la información facilitada a través de las web públicas,[17] teniendo en cuenta que no son aplicables y nulas de pleno derecho sus cláusulas, por contravenir el art. 10.2 de la Ley de Administración Electrónica (2007), igual que lo serían si estuvieran contenidas en un reglamento (art. 62.2 LRJAP-PAC).[18]

---

[15] Recomendadas por la OCDE y desarrolladas en EE.UU (desde hace décadas, a través de la OIRA, vid. http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_default), la Unión Europea y el Reino Unido. Si bien existen en nuestro ámbito algunos movimientos en tal dirección (en el nivel estatal, el ya citado Real Decreto de 2009 que estableció la memoria de impacto normativo y los arts. 4 y ss. de la Ley de Economía Sostenible, que establecen principios de buena regulación; en el nivel autonómico, por ejemplo, Ley catalana 26/2010, art. 64) (LA LEY 16568/2010). Puede consultarse una comparación entre indicadores de calidad regulatoria efectuada por el Banco Mundial http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home.

[16] En el Reino Unido se ha constituido una unidad administrativa en la *Cabinet Office* a tal efecto: https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team.

[17] *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, sección 1ª, de 25 de enero de 2007, en la que se condena al INEM a compensar a un desempleado sancionado por la Administración en relación con la renovación de su tarjeta de desempleo, pese a que éste ajustó su actuación a la información disponible en la página web de dicho organismo (LA LEY 40027/2007).

[18] En el caso de la responsabilidad derivada de actos discrecionales ilegales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido una doctrina desde mediados los años 90, en la que se afirma que la simple declaración de ilegalidad en el ejercicio de la discrecionalidad no supone la existencia de responsabilidad, siempre que el decisor público se haya mantenido dentro de los márgenes de un ejercicio razonable y razonado de discrecionalidad. De ahí la importancia de concretar esa razonabilidad y racionalidad del ejercicio discrecional (mediante, por ejemplo, las mencionadas Cartas de servicio).