



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Conocimiento, participación y rendición de cuentas en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos

Irene Araguàs Galcerà

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA



TESIS DOCTORAL

**LA TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.
CONOCIMIENTO, PARTICIPACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA
ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS**

Irene Araguàs Galcerà

Doctorat en Dret i Ciència Política

Línia d'investigació: Dret Administratiu

Director: Dr. Joan Manuel Trayter Jiménez
Director / Tutor: Dra. M^a Belén Noguera de la Muela

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
AGRADECIMIENTOS	9
PRESENTACIÓN	11
1. Elección del tema de tesis	11
2. De lo que trata esta tesis.....	12
3. De lo que no trata esta tesis.....	15
4. Estructura del trabajo	16

CAPÍTULO 1: EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO. REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y PROBLEMAS QUE SUSCITA EN LA ACTUALIDAD... 19

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SU REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	19
II. LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS EN EL MARCO NORMATIVO TRADICIONAL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA	33
1. La iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos	35
2. La instrucción del procedimiento de elaboración de reglamentos	41
2.2. Los informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas	42
2.3. Los trámites participativos. Los trámites de audiencia y la información pública	46
2.4 El preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente en los reglamentos ejecutivos	49
3. La aprobación del reglamento y su publicación.....	54
III. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO UNA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA. ¿ES LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA UNA SOLUCIÓN?	58
1. Problemas que suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria.....	58
2. ¿Es la transparencia administrativa una solución?	77
2.1. Consideraciones generales sobre la transparencia administrativa.....	78
2.1.a. <i>Contenido positivo de la transparencia: Conocimiento, participación y rendición de cuentas como elementos configuradores de la transparencia</i>	<i>84</i>

2.1.b. Contenido negativo de la transparencia. Especial referencia a los límites y excepciones al conocimiento	95
2.2. La transparencia administrativa ante los problemas que suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria. Una primera aproximación.....	100

CAPÍTULO 2: LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE 107

I. LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA: UN FENÓMENO GLOBAL	107
1. La regulación de la transparencia en el derecho comparado.....	107
2. El ordenamiento jurídico estadounidense como referente.....	115
II. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. EVOLUCIÓN NORMATIVA	140
III. LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO	148
1. Objeto, alcance y ámbito de aplicación de la LTBG.....	148
2. La publicidad activa	154
3. El derecho de acceso	160
4. Límites y excepciones a la publicidad activa y al derecho de acceso	170
5. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno	181
6. Asignaturas pendientes en la LTBG. La no regulación de la participación y de la actividad desarrollada por grupos de interés o lobbies.....	186
6.1. La participación como elemento configurador de la transparencia administrativa	188
6.2. La actividad desarrollada por grupos de interés o <i>lobbies</i> . Especial referencia a la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno	199

CAPÍTULO 3: LAS IMPLICACIONES DE LA TRANSPARENCIA EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS 211

I. LA NECESARIA TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA	211
II. NUEVO MARCO NORMATIVO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. LA INCORPORACIÓN DE LA TRANSPARENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS	218
III. EL CONOCIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS	224
1. La publicidad activa en la elaboración de reglamentos.....	224

1.1. La planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria	233
1.2. El inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos.....	235
1.3. El proyecto de reglamento.....	237
1.4. Las memorias e informes	238
1.5 La norma aprobada.....	240
2. El derecho de acceso en la elaboración de reglamentos.....	243
3. La motivación en la elaboración de reglamentos	255
IV. LA PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS.....	266
1. La iniciativa normativa.....	270
2. El refuerzo de la participación	273
3. La participación llevada a cabo por grupos de interés o <i>lobbies</i>	276
IV. LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ...	282

CAPÍTULO 4. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: PROPUESTAS DE REFORMA BASADAS EN LA IMPLANTACIÓN DE MAYORES NIVELES DE TRANSPARENCIA 293

I. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. EL PROCEDIMIENTO DE <i>RULEMAKING</i> EMPLEADO POR LAS AGENCIAS ESTADOUNIDENSES COMO REFERENTE	293
II. LA TRANSPARENCIA EN LA GÉNESIS DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS	304
1. La planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria y su publicidad a través de agendas regulatorias	305
2. La regulación y publicidad de las actuaciones previas a la elaboración de los proyectos normativos.....	313
3. La necesidad de un acto formal de carácter público de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos.....	319
III. LA ADAPTACIÓN DE LOS TRÁMITES PARTICIPATIVOS A LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA.....	324
IV. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS GRUPOS DE INTERÉS O <i>LOBBIES</i> EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS	344
1. La garantía del conocimiento respecto a la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas: el seguimiento de la “huella normativa”	348
2. La regulación de cauces específicos para la intervención de los grupos de interés. En particular: el procedimiento negociado de elaboración de reglamentos.....	352
V. LA REFORMA DEL SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LOS REGLAMENTOS Y DE LA DOCUMENTACIÓN GENERADA DURANTE SU ELABORACIÓN Y APLICACIÓN	361

VI. EL REFUERZO DE LA INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS COMO MECANISMO DE RENDICIÓN DE CUENTAS	371
VII. REFLEXIÓN FINAL. A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	376
CONCLUSIONES	386
BIBLIOGRAFÍA	421

ABREVIATURAS

APA	Administrative Procedure Act
Ar	Aranzadi
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
Cir.	Circuit
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Cataluña)
EPA	Environmental Protection Agency
FACA	Federal Advisory Committee Act
FFATA	Federal Funding Accountability and Transparency Act
FOIA	Freedom Of Information Act
GSA	Government in the Sunshine Act
LAE	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LDA	Lobbying Disclosure Act
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGUM	Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOCE	Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
MAIN	Memoria de Análisis de Impacto Normativo
MSAPA	Model State Administrative Procedure Act
NRA	Negotiated Rulemaking Act
OIRA	Office of Information and Regulatory Affairs
OMB	Office of Management and Budget
PLPACAP	Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RCDP	Revista Catalana de Dret Públic
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
RD	Real Decreto
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
US	United States

AGRADECIMIENTOS

La realización de una tesis doctoral es un proceso largo e intenso; concebido, impulsado y dirigido por personas distintas a las que se imputa su resultado último. Es por ello que constituye, no una mera formalidad; sino una exigencia de justicia, expresar mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que, de una manera u otra, han contribuido a dar forma a esta investigación y me han brindado su ayuda para adentrarme en este terreno desconocido.

En primer lugar, quiero agradecer de manera especial al Dr. Joan Manuel Trayter y a la Dra. Belén Noguera de la Muela que aceptaran realizar esta tesis doctoral bajo su dirección. Su confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas, con afecto y rigor, han sido un aporte invaluable, tanto en el desarrollo de este trabajo como en mi formación como investigadora. A ellos, mis Maestros, les debo, entre muchas otras cosas, mi encauzamiento en la vida universitaria y que el Derecho Administrativo se haya convertido para mí en una profesión, a la vez que en una vocación.

Quiero agradecer al Dr. Alejandro Garro el haberme acogido, hasta en dos ocasiones, en la *Columbia University Law School*, poniendo a mi disposición todos los medios materiales y logísticos para alcanzar los objetivos perseguidos, y permitirme vivir una experiencia tan importante en mi formación.

Quiero también expresar mi agradecimiento a todos los profesores del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Barcelona, a quienes sería imposible nombrar individualmente sin olvidar a nadie. Todos y cada uno de ellos son partícipes de este trabajo; siendo una deuda impagable que tengo con ellos su paciencia, disponibilidad y generosidad para compartir sus conocimientos. Especial mención merecen el Dr. Tomàs Font y el Dr. Oriol Mir, por integrarme en el Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona; el Dr. Vicenç Aguado Cudolà, por contar conmigo en los Proyectos de Investigación del Ministerio de los que ha sido el investigador principal; los compañeros del Despacho 410; y el Dr. Òscar Capdeferro Villagrassa y la Profesora Raquel Prado.

Tampoco quiero olvidarme de agradecer a todos los miembros del Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Girona su siempre atenta y afectiva colaboración; queriendo hacer especial mención de la ayuda prestada por la Dra. Gemma Geis, el Dr. Josep M^a Aguirre i el Dr. Albert Lladó.

Por último, pero no en último lugar, quiero agradecer también a toda mi familia y amigos su apoyo durante estos años. Ellos son mis mayores acreedores en tiempo, y su paciencia y cariño están latentes en este trabajo; queriendo agradecer, de forma particular, la ayuda recibida por mi padre, Josep; mis hermanos, Tamar, Isaac y Anna; mis tíos, David y Rubén; mi abuelo, Joan; así como por Patricia Pérez Peña y Sílvia Grau Beltran, excelentes abogadas pero mejores personas y amigas. Mi más sentido agradecimiento merece Edmon, quien ha sabido comprender y sobrellevar (incluso mejor que yo misma) los sacrificios que requería la realización de este trabajo; y que me ha dado aliento a cada paso, convirtiéndose en el mejor compañero de camino que hubiese podido tener.

Con toda esta ayuda y colaboración, los errores en esta tesis son difíciles de justificar; pero, en cualquier caso, ninguna responsabilidad tienen las personas mencionadas en los numerosos defectos y omisiones, que son sólo imputables a su autora.

PRESENTACIÓN

1. Elección del tema de tesis

Una vez finalizada la licenciatura de Derecho, Joan Manuel Trayter y Belén Noguera de la Muela me ofrecieron la posibilidad de iniciar, bajo su dirección, un trabajo de investigación cuyo objeto fuera valorar las implicaciones en el funcionamiento y actividad de nuestras Administraciones Públicas derivadas de aquéllas normas que, en los últimos años, habían modificado de forma significativa su régimen jurídico. El interés por realizar este trabajo motivó la solicitud a la Universidad de Barcelona de la Ayuda al Personal Investigador en Formación (APIF), la cual me permitió, desde octubre de 2011, incorporarme al Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho.

En este contexto, y como trabajo final del Máster en Derecho de la Empresa y los Negocios cursado en la Universidad de Barcelona, se llevó a cabo una investigación sobre “La Administración electrónica en España y sus principios rectores”, el cual, dirigido por el Dr. Luís Alonso y defendido ante un Tribunal conformado por la Dra. Susana Sartorio, el Dr. José Andrés Rozas y el Dr. José María Tovillas, mereció la máxima calificación y el otorgamiento del Premio *ex aequo* al mejor trabajo de fin de Máster.

La realización de esta investigación, basada en el estudio de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos así como de las leyes autonómicas que la complementan, permitió constatar que la regulación de la Administración electrónica en España, si bien dispersa y mejorable en algunos aspectos, contaba ya con un alto grado de consolidación; y que era necesario enfocar el estudio hacia normas que dieran cobertura a instituciones más novedosas. Este era el caso de la transparencia, sólo regulada, en ese momento, por algunas Leyes de carácter autonómico, mientras se fraguaba un proyecto normativo que, posteriormente, daría lugar a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), hoy vigente.

Las circunstancias anteriores pusieron de relieve la conveniencia de analizar con detalle las legislaciones más avanzadas en materia de transparencia a nivel comparado; siendo preferible, por la amplitud de cuestiones abarcadas por la transparencia, centrarnos en un ámbito concreto de la actuación administrativa, lo que llevo a estudiar las implicaciones de esta institución en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Con esta finalidad, se realizaron dos estancias de investigación en la *Columbia University Law School* (Nueva York), ambas bajo la tutela del Dr. Alejandro Garro, docente al cargo de la *Parker School of Foreign and Comparative Law of Columbia University*; siendo la última de ellas llevada a cabo en condición de becaria del *Institut d'Estudis Autonòmics*.

2. De lo que trata esta tesis

Esta tesis trata sobre la transparencia administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria; analizándose así las concretas implicaciones que el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas, como elementos configuradores de la transparencia, adquieren en los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos.

El ejercicio de la potestad reglamentaria, especialmente a nivel estatal y autonómico, es una cuestión que, tradicionalmente, ha recibido en nuestro ordenamiento jurídico una escasa atención, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Siendo pocos los preceptos constitucionales, estatutarios y legales dedicados a esta cuestión, en ellos quedan indeterminados muchos aspectos relevantes respecto a los términos en los que la Administración debe ejercer sus potestades normativas; circunstancias que son el origen y causa de muchos de los problemas que, en la actualidad, se suscitan en torno a la elaboración de reglamentos.

Efectivamente, ya hace años e, incluso, décadas, que el ejercicio de la potestad reglamentaria se presenta por la doctrina, la jurisprudencia y los órganos consultivos superiores de la Administración como una cuestión problemática; siendo los ciudadanos los que padecen las peores consecuencias que de ello se derivan. Ellos son los principales destinatarios de centenares de reglamentos aprobados cada año que, en muchas ocasiones, no sólo no se integran adecuadamente en el ordenamiento jurídico

preexistente; sino que, incluso, llegan a contradecirlo, y en los que los errores, tanto de forma como de fondo, son más que frecuentes, a pesar de la función de auténtico filtro jurídico que cumplen el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos equivalentes. Adicionalmente, aunque las normas reglamentarias tienen en la realidad social y económica un enorme impacto, para la mayor parte ciudadanos éstas constituyen un elemento extraño, pues los términos en los que se configura la participación ciudadana no invitan a que éstos sean parte activa en su elaboración. Esta falta de implicación de los ciudadanos es colmada, en muchas ocasiones, por las actuaciones llevadas a cabo por grupos de interés o *lobbies*; sujetos cuya intervención en este procedimiento especial carece de regulación, lo cual determina que, en muchas ocasiones, las normas aprobadas por la Administración se aparten de los intereses generales, en favor de los intereses de unos pocos.

En este contexto, se plantea como hipótesis en esta tesis si la transparencia administrativa puede erigirse como una solución eficaz a los problemas que, en la actualidad, suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria, de forma que esta institución sea el centro de gravedad de una reforma legislativa que se plantea ya como ineludible.

La transparencia administrativa, institución que cuenta con un largo recorrido, especialmente en los países de tradición anglosajona, comporta implantar un nuevo modelo de Administración Pública sustentado sobre los ejes del conocimiento, la participación y la rendición de cuentas; elementos que se sujetan a una serie de límites y excepciones dirigidos a coherencia esta institución con otros bienes y derechos dignos de protección. En nuestro ordenamiento jurídico, la regulación general de la transparencia ha venido de la mano de la LTBG; norma que no ha colmado, no obstante, un vacío absoluto, y cuya aplicación se complementa con las diversas leyes de transparencia autonómicas y con aquellas normas que regulan uno o más elementos de esta institución con carácter sectorial.

De conformidad con lo dispuesto en esta legislación, la transparencia tiene un espectro global. Desde un punto de vista subjetivo, la transparencia es predicable del conjunto de Administraciones Públicas, alcanzando incluso a otros sujetos pertenecientes o vinculados al sector público distintos de las anteriores. Desde un punto de vista objetivo, la transparencia se extiende, asimismo, al conjunto de actuaciones y funciones

desarrolladas por todos estos sujetos; entre las que se incluyen, obviamente, la elaboración y aprobación de normas reglamentarias, respecto a las cuales la transparencia adquiere unas implicaciones concretas, que pueden ayudar a mejorar de forma significativa la forma en que la Administración ejerce sus potestades normativas.

Ello se ha hecho patente en otros ordenamientos jurídicos, especialmente en el sistema estadounidense, el cual es considerado un referente en materia de transparencia en términos generales. Con carácter más concreto, las funciones normativas o de *rulemaking* de las agencias administrativas –consideradas como las más importantes de todas las que éstas tienen atribuidas– se caracterizan por unos altos niveles de conocimiento, participación y rendición de cuentas; siendo constatables las ventajas que, para un mejor ejercicio de la potestad reglamentaria, se derivan de la implementación de la transparencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, habiendo ya diversos trabajos que han estudiado las implicaciones de la transparencia en ámbitos concretos de la actuación administrativa como, por ejemplo, la contratación pública, el urbanismo o el medio ambiente, en este trabajo queremos hacer lo propio con el ejercicio de la potestad reglamentaria, dotando a la transparencia de unos perfiles propios en el marco de los procedimientos especiales de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos. La LTBG, las leyes de transparencia autonómicas y diversas normas aprobadas durante los últimos años han dado importantes pasos para definir las implicaciones que tiene esta institución en el ejercicio de la potestad reglamentaria; siendo necesario seguir avanzando en esa dirección.

Se trata así de una cuestión de plena actualidad y relevancia en nuestra disciplina, tal como se ha puesto de relieve durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas; la cual contiene diversas previsiones que afectan al ejercicio de la potestad reglamentaria, siendo la intención inicial de esta Ley regular con carácter básico todos los trámites integrantes del procedimiento de elaboración de disposiciones generales.

En cualquier caso, los resultados de la investigación acometida pretenden, no sólo lograr una Administración más transparente; sino también perfeccionar los términos en los que se desarrollan los procedimientos de elaboración de disposiciones generales, y asimilarnos de esta forma a los ordenamientos más avanzados en este ámbito.

3. De lo que no trata esta tesis

Esta tesis no trata de la transparencia administrativa con carácter general, ni tampoco de otras instituciones estrechamente relacionadas con la misma como, por ejemplo, el buen gobierno; cuestiones que, especialmente a raíz de la aprobación de la LTBG y de las distintas leyes autonómicas de transparencia han sido estudiadas ampliamente por nuestra doctrina.

En efecto, contamos ya con una abundante literatura jurídica que nos permite conocer los aspectos más relevantes de la transparencia administrativa en términos generales y que analizan con detalle el articulado de la LTBG. La importancia de esta Ley y el breve período de tiempo transcurrido desde su aprobación y entrada en vigor requieren que realicemos algunas consideraciones sobre esta norma y sus principales previsiones; pero nos obligan a prescindir de análisis más profundos sobre algunos temas que merecerían una extensa reflexión, como es el ámbito subjetivo que contempla esta Ley; la configuración legal del derecho de acceso a la información administrativa y de la reclamación referente al mismo; el tratamiento realizado por la LTBG respecto a la protección de los datos personales; el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, como órgano que vela por el cumplimiento de las previsiones de la Ley; o el Portal de Transparencia, como principal instrumento a través del cual se hacen efectivas las obligaciones de publicidad activa.

Centrándonos así en las implicaciones que tiene la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria; esta cuestión se circunscribe a la elaboración y aprobación de reglamentos estatales y autonómicos. El motivo de lo anterior no es que las implicaciones de la transparencia no resulten predicables al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración Local u otros sujetos de Derecho público que tienen atribuidas potestades normativas. Por el contrario, esta delimitación se basa en el hecho que los procedimientos para la elaboración de normas reglamentarias estatales y autonómicas presentan un gran número de similitudes y se sustancian, básicamente, por los mismos trámites. Ello que facilita su estudio conjunto y permite que puedan extraerse conclusiones comunes; a diferencia de lo que sucede con los procedimientos para la aprobación de reglamentos que siguen otros sujetos públicos, los cuales tienen una idiosincrasia propia que justificaría la realización de otra tesis doctoral

dedicada a esta cuestión, sin perjuicio que algunas de las consideraciones vertidas en esta tesis también puedan resultarles de aplicación.

4. Estructura del trabajo

Delimitado en los términos señalados el objeto de este trabajo, el mismo se estructura en cuatro capítulos, que reflejan, a su vez, las distintas fases que se han sucedido en la investigación llevada a cabo.

En el primer capítulo, de carácter introductorio, se realizan algunas reflexiones sobre el marco normativo que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico, y respecto a los procedimientos de elaboración de reglamentos que derivan del mismo. En este contexto, sin ánimo de exhaustividad, y tampoco con la intención de abarcarlos todos, se analizan algunos de los problemas que, en la actualidad, se suscitan en torno al ejercicio de las potestades normativas de la Administración; planteando ya como posible solución a los mismos la implementación en este ámbito de la actuación administrativa de mayores niveles de transparencia.

En el segundo capítulo, se hace un análisis de la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. Con carácter previo, nos referimos a la regulación de regula esta institución en el Derecho comparado, prestando especial atención al Derecho estadounidense, en el seno del cual existen diversas leyes, denominadas por la doctrina *Sunshine acts*, que contienen la regulación más completa y desarrollada en materia de transparencia, actuando a estos efectos como modelo a nivel mundial. Posteriormente, se examina la evolución normativa que se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la regulación de la transparencia hasta la aprobación de la LTBG. Respecto a ésta última norma, teniendo en cuenta su carácter reciente e importancia en el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas, son objeto de estudio sus principales previsiones y también algunas de sus carencias; las cuales se ponen en relación con la regulación contenida en la legislación autonómica de transparencia pero, especialmente, con la regulación existente en Estados Unidos, todo ello sin perder de vista que el análisis de esta legislación no constituye, como ya hemos señalado, el objeto principal de esta tesis.

En el tercer capítulo se abordan las principales particularidades que adquiere la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria, analizando así las implicaciones que tiene esta institución en los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos. Son objeto de estudio las novedades que han incorporado en este ámbito la LTBG, las leyes autonómicas de transparencia y también otras normas que, aunque persiguiendo diversas finalidades, consagran mayores niveles de transparencia en el ejercicio de esta potestad.

El cuarto capítulo pretende identificar las "asignaturas pendientes" que subsisten aún en la implementación de la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria; proponiendo así diversas reformas en el marco normativo que rige la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos. En relación a las reformas propuestas, se contemplan medidas concretas, inspiradas en el sistema estadounidense, que entendemos contribuirían a asumir mayores niveles de transparencia; a la vez que lograrían solucionar los problemas que suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria analizados en el primer capítulo.

CAPÍTULO 1: EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA A NIVEL ESTATAL Y AUTONÓMICO. REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y PROBLEMAS QUE SUSCITA EN LA ACTUALIDAD

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA POTESTAD REGLAMENTARIA Y SU REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La importancia del reglamento como fuente del Derecho resulta incuestionable, siendo ésta la mayor aportación del Derecho administrativo al ordenamiento jurídico, y sin la cual resulta inconcebible el funcionamiento de la Administración y de la sociedad en la que ésta desarrolla su actuación.

Sin perjuicio de los motivos históricos que justifican la atribución de potestades normativas a la Administración, la mayor razón de ser de los reglamentos la encontramos en las limitaciones de la Ley para regular la realidad social, económica y jurídica en toda su extensión¹, lo que ha llevado a definir la potestad reglamentaria como una técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo y un instrumento de participación en la ordenación de la sociedad (STS de 15 de octubre de 1997, Ar. 7457, Ponente: Juan José González Rivas).

A la vista de lo anterior, la mayoría de leyes prevén expresamente el futuro desarrollo reglamentario de gran parte de sus previsiones, lo que habilita a la Administración a aprobar cada año centenares de disposiciones generales en las que se regula la calidad del aire que respiramos (Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, de mejora de la calidad del aire); la información que debemos conocer sobre los alimentos que consumimos

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ hacen referencia a la habitualidad, rapidez y continuidad de la producción reglamentaria, frente a la solemnidad, lentitud, e intermitencia del funcionamiento del Parlamento; así como a la complejidad técnica de muchos reglamentos, cuya aprobación no sería posible atribuir a un Parlamento de composición política, sin hábitos, sin conocimientos, experiencias, archivos o capacidad técnica. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008. Pág. 187.

(Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios); el régimen para la obtención de becas al estudio (Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas); o los términos en los que debe llevarse a cabo el transporte de ciertas mercancías (Real Decreto 97/2014, de 14 de febrero, que regula las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español), entre muchas otras cuestiones.

La Administración ejerce así sus potestades normativas con gran intensidad desde épocas bien tempranas², en el seno de una sociedad que ha llegado a definirse como "normativizada", y en la cual los reglamentos constituyen la inmensa mayoría de las disposiciones que integran el sistema normativo.

Paradójicamente, y a pesar de lo anterior, el reglamento es una norma jurídica cuyos perfiles teóricos no están netamente delimitados; y respecto a la cual se suscitan importantes discrepancias entre nuestra doctrina, que empiezan por determinar a quién corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al respecto, mientras que un sector de la doctrina, representado fundamentalmente por PAREJO ALFONSO³, considera que el titular de la potestad reglamentaria es el gobierno; la opinión

² Históricamente, se planteó la posible incompatibilidad de atribuir a la Administración potestades reglamentarias en el marco de un Estado de Derecho en el que, en virtud de la separación de poderes, las potestades normativas se atribuían exclusivamente al Parlamento.

Así, los primeros textos de la época constitucional gaditana (Decretos de las Cortes de 24 de septiembre de 1810 y 16 de enero de 1811) reservaban las potestades normativas al poder legislativo en toda su extensión y prohibían al poder ejecutivo su ejercicio; pero ya el Decreto de 26 de enero de 1812 atribuyó a la Regencia del Reino la expedición de los Decretos, Reglamentos e Instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las Leyes. Sobre el tema, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Ariel Derecho, 4ª Edición, Barcelona, 1996. Pág. 185.

³ Este autor afirma que, como reglamento, debe considerarse sólo la norma emanada del Gobierno (de la nación o de cualquiera de las Comunidades Autónomas), es decir, de la pieza directiva del complejo Gobierno-Administración de las dos instancias territoriales superiores del Estado, actuando a través de cualquiera de sus formaciones posibles: colegiadas o individuales; en el primer caso de forma originaria y en el segundo, derivada, por delegación singular o desconcentración, lo que implica que éstos no pueden dictar verdaderos reglamentos, pero sí producir instrucciones y circulares internas. PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo...* Op. Cit. Pág. 185; PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.

mayoritaria sostiene, en cambio, que se trata de una potestad atribuida a las distintas Administraciones Públicas, siendo los principales valedores de esta postura GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, los cuales no sólo afirman el carácter administrativo de la potestad reglamentaria, sino que señalan que ésta es, probablemente, la más intensa y grave de las potestades reconocidas a la Administración⁴. En nuestro caso, comulgando con la segunda de estas tesis y afirmando que el titular de la potestad es la Administración –con fundamento

⁴ Esta afirmación deriva del hecho que, en virtud de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la formación del ordenamiento. De este modo, los autores citados señalan que: “la Administración no es sólo un sujeto de Derecho sometido como los demás a un ordenamiento que le viene impuesto, sino que tiene la capacidad de formar en una cierta medida su propio ordenamiento y aun el de los demás (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Undécima Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002. Pág. 180.

Respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter general y el procedimiento para hacerla efectiva, pueden verse, entre otros: BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., (Coord.), *Lecciones de derecho administrativo: Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014; BASSOLS COMA, M., “Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución”, en AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1979, Vol. I, pág. 315 y ss.; BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico*, 11ª Edición, Civitas, Madrid, 2013; CARRO, J.L, GÓMEZ-FERRER, R., “La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución”, *RAP* núm. 87, 1978; CARBONELL PORRAS, E., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009; COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2013; ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Segunda Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 57 y ss.; GAMERO CASADO, E. - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo* 10ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2013; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1970; GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988; GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A., LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, Parte General: Conclusión*, Decimotercera Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2012; MARTÍN-RETORTILLO, L., “Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones”, *RAP* núm. 40, 1963; MOROTE SARRIÓN, J.V., *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 269 y ss.; PARADA, R., *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “Ley autonómica, reglamento y control”, *RAP* núm. 128, 1992; SAINZ MORENO, F., “Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes”, *REDA* núm. 20, 1979; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.

constitucional en el caso de las Administraciones territoriales⁵ y de carácter legal en relación a los demás tipos de Administración—, hemos de señalar que, en cualquier caso, lo que resulta indiscutible, y parece nadie pone en duda, es la naturaleza administrativa tanto del reglamento, cuyo contenido es plenamente controlable por la jurisdicción contenciosa-administrativa (TRAYTER JIMÉNEZ)⁶; así como del procedimiento relativo a su elaboración y aprobación, calificado por la doctrina y la jurisprudencia como un procedimiento administrativo especial (STC 204/1992, de 26 de noviembre, Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

Con toda probabilidad, el origen de la discusión apuntada, así como de otras controversias doctrinales suscitadas en torno a los reglamentos, tiene que ver con la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de esta fuente del Derecho y del procedimiento conducente a su elaboración; regulación que puede ser calificada como escasa, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Cuantitativamente, tal como destaca SANTAMARÍA PASTOR, mientras que en la Constitución encontramos una disciplina bastante extensa de las normas con rango de Ley (arts. 81 a 91), las referencias a los reglamentos son fugaces⁷. Así, tras reconocer de forma expresa la potestad reglamentaria de las Administraciones territoriales (arts. 97 y 137 CE), nuestra Carta Magna se refiere a las potestades normativas de la Administración de forma saltuaria en sus arts. 62.f), 97, 105.a) 106.1, 153.c) y 161.2. De estos preceptos, lo más destacable es la necesaria audiencia de los ciudadanos

⁵ En particular, sobre la potestad normativa de los entes locales, como una manifestación de su potestad de autoorganización: FONT I LLOVET, T., “La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa”, *Derecho privado y Constitución* (Ejemplar dedicado a: Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández), núm. 17, 2003, págs. 253-268. *Vid.* también sobre esta cuestión: PAREJO ALFONSO, L., *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

⁶ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, *in totum*. *Vid.* también: BLANQUER CRIADO, D., *El control de los reglamentos arbitrarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1998. Págs. 80 y siguientes.

⁷ Este autor se refiere así al “mundo de los reglamentos” como “un ámbito fuertemente peculiar, escasamente conocido y frente al que los operadores jurídicos parecen sufrir una cierta alergia (...) el dominio reservado de la Administración, en el que la dinámica del poder se muestra con toda su crudeza, despojado de las reglas de cortesía y urbanidad a las que se ve obligado a tenerse cuanto actúa en el escalón normativo de las leyes y de la Constitución”. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Segunda Edición, Ed. Iustel, Madrid, 2009. Pág. 224.

(directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley) en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten (art. 105.1.a) CE); así como el control jurisdiccional del ejercicio de la potestad reglamentaria, por parte de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional (art. 106.1, 153.c) y 161.2 CE). En los distintos Estatutos de Autonomía, en relación a los reglamentos autonómicos, se reproduce el mismo esquema, y tampoco se lleva a cabo una ordenación completa del ejercicio de la potestad reglamentaria y de los trámites a seguir para su elaboración y aprobación⁸.

A la vista de lo anterior, nos encontramos ante una materia que, con el debido respeto a las previsiones constitucionales y estatutarias referidas, se regula, con carácter principal, por el legislador ordinario estatal y autonómico, los cuales tampoco han prestado, por lo general, demasiada atención a esta cuestión.

Así, a nivel estatal, debemos acudir a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 LG; conteniéndose en este último precepto los trámites a realizar por la Administración General del Estado a la hora de elaborar una disposición reglamentaria. Estas

⁸ Así, hacen referencia a esta cuestión los preceptos siguientes: artículos 9.2, 10.2, 11.2, 32.1, 41.3, 53.3, 65.1 y 66.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero); artículos 53, 71, 77 y 86 del Estatuto de Autonomía de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril); artículos 58.2 y 3, 72, 81.2 84.2, 85.2 y Disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero); artículos 40, 42.2, 112, 114, 199.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo); artículo 68, 85, 110, 111 y 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio); artículos 17.2, 21.2, 22.2, 29, 32 del Estatuto de Autonomía de Melilla (Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo); artículos 17.2, 21.2, 22.2, 29, 32 del Estatuto de Autonomía de Ceuta (Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo); artículos 28, 70.2 y 71.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero); artículos 22.1, 26.2, 27, 28.2, 34.2 y 3, 40.2, 43 y 60 Estatuto de Autonomía de Madrid (Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero); artículos 15.2, 30, 40.2 y 3y 60 del Estatuto de Autonomía de Canarias (Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto); artículos 13, 31.2 y 50 Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto); artículos 8.2, 11.1 y 2, 21, 22.2, 24.1, 28, 30.3, 36.1 y 48 Estatuto de Autonomía de La Rioja (Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio); artículos 29.1, 47 y 64.4 Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio); artículos 10.2, 32, 53.1 y 2 del Estatuto de Autonomía de Murcia (Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio); artículos 18, 26, 33.2 y 3, 40, 55 y Disposición transitoria octava del Estatuto de Autonomía de Cantabria (Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre); artículos 10.2, 31.2 y 33.1 Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre); artículos 37.2 y 3 y 52 Estatuto de Autonomía de Galicia (Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril).

previsiones se complementan, esencialmente, con lo dispuesto en el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, regulador de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, que impone, en relación a la elaboración de disposiciones generales tanto legales como reglamentarias, la obligación de llevar a cabo un estudio de los motivos y oportunidad de la norma, valorando las alternativas existentes para conseguir las finalidades perseguidas por ésta; y un análisis, desde diversos puntos de vista, de las consecuencias que van a derivarse de la misma. Dicho estudio se lleva a cabo en un único documento, que se redacta de manera simultánea a la elaboración del proyecto normativo (arts. 1.2 y 1.3 RD 1083/2009),

A nivel autonómico, para conocer los términos en los que la Administración autonómica ejerce sus potestades normativas, debemos acudir a los concretos preceptos que dedican a esta cuestión las leyes autonómicas de gobierno o de procedimiento administrativo, con la única excepción del País Vasco, que dispone de una ley específica en este ámbito (Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general). La mayoría de Comunidades Autónomas zanján esta importante cuestión, tal como sucede a nivel estatal, a través de un par de artículos⁹, existiendo así una generalizada (pero no por ello menos sorprendente) desatención respecto a los términos en los que debe producirse la elaboración y aprobación de reglamentos autonómicos¹⁰. Sólo algunas normas autonómicas rompen la tónica descrita y regulan

⁹ Al margen de la regulación existente en el País Vasco y Cataluña, los procedimientos de elaboración de reglamentos a nivel autonómico se encuentran previstos en las siguientes normas: Ley de las Illes Balears 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno (art. 42); Ley de Castilla y León 3/2001, de 3 de julio, del gobierno (art. 76); Decreto Legislativo de Aragón 1/2001, de 3 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Gobierno (arts. 32 y 33); Ley de Extremadura 1/2002, de 20 de febrero (art. 65 a 68); Ley Comunidad Valenciana 1/2002, de 26 de febrero, que modifica la Ley 5/9183, de 30 de diciembre (art. 49 bis); Ley cántabra 6/2002, de 10 de diciembre, del Gobierno; Ley de la Región de Murcia 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno (art. 53); Ley andaluza 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno (45); Ley Canarias 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno (arts. 44 y 45); Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, de régimen jurídico (arts. 32 y 33).

¹⁰ En este sentido, la Ley de Cantabria 6/2002 prevé que, en el proceso de elaboración de reglamentos, los proyectos de disposiciones generales se sometan, cuando la ley lo disponga o así lo acuerden el Gobierno o Consejero correspondiente, al trámite de información pública, sin hacer ninguna referencia a la preceptiva audiencia a los interesados (art. 119).

Por su parte, la Ley de Castilla y León 3/2001 sólo dedica al procedimiento de elaboración de disposiciones generales su artículo 76, en el que se establece que: "Los proyectos de disposiciones

de forma más completa el ejercicio de las potestades normativas atribuidas por la Constitución a la Administración Autonómica. Así, al margen de la singular Ley existente en el País Vasco¹¹, destaca también la regulación contenida en los artículos 59 a 60 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, que presta especial atención a la motivación de las disposiciones reglamentarias, a través de los informes y memorias a realizar durante la elaboración de la norma (art. 64 Ley 26/2010)¹² y del informe de impacto normativo,

administrativas de carácter general que deban ser sometidos a la Junta de Castilla y León, contendrán la documentación y seguirán la tramitación establecida en el artículo anterior", remitiéndose así al art. 75 de la misma norma, dedicado a la elaboración de los proyectos de Ley, en el que se incorporan algunos trámites que sí pueden darse en la elaboración de ambas disposiciones (como son los estudios o memorias que deben acompañar la norma), pero en el que no se hace referencia alguna a la audiencia e información pública.

Finalmente, la Ley de Canarias 1/1983, contiene en sus arts. 43 a 45 una brevísima regulación del procedimiento de elaboración de normas reglamentarias, común al de la elaboración de proyectos de Ley, en la que no se contempla la realización del trámite de audiencia ni de información pública, así como tampoco la intervención del Consejo Consultivo de Canarias.

¹¹ La Ley del País Vasco 8/2003 regula el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, incluyendo en esa categoría tanto a las iniciativas reglamentarias como a los anteproyectos de Ley, que reciben un tratamiento unitario en esta norma. Probablemente, una de de las aportaciones más relevantes de esta norma es su propia existencia, esto es, que la Comunidad Autónoma disponga de una normativa específica relativa al procedimiento de elaboración de normas, lo que denota la importancia que se atribuye a esta cuestión. Por lo demás, se trata de una norma breve y que no introduce grandes novedades en el seno del procedimiento especial de elaboración de reglamentos, siendo quizás la más reseñable la importancia conferida a los trámites iniciales del procedimiento, entre los que se prevén una aprobación y unos trámites de instrucción previos, que actúan como un primer filtro para garantizar la calidad y acierto de la disposición normativa.

¹² El tenor literal del art. 64 de la Ley catalana 26/2010 es el siguiente:

"1. Los proyectos de disposiciones reglamentarias deben acompañarse siempre de una memoria general, de una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas, así como de los informes preceptivos y los que solicite el órgano instructor.

2. La memoria general debe contener, como mínimo:

- a) La justificación de la necesidad de la disposición reglamentaria y la adecuación de ésta a los fines que se persiguen.
- b) El marco normativo en que se inserta el proyecto de disposición reglamentaria.
- c) La relación de las disposiciones afectadas por el proyecto de disposición reglamentaria y la tabla de vigencias y derogaciones resultantes.
- d) La competencia de la Generalidad sobre la materia.

en el cual debe evaluarse la incidencia de las medidas propuestas en términos de opciones de regulación, simplificación administrativa y reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas¹³. Asimismo, también en La Rioja hay una regulación un tanto más amplia de la potestad reglamentaria que la existente en

e) La relación motivada de las personas y entidades a las cuales debe otorgarse el trámite de audiencia.

f) La procedencia, si procede, de someter el expediente a información pública.

3. La memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas debe tener el contenido que se establezca por reglamento. En todo caso, dicha memoria integra, como mínimo, los siguientes informes:

a) Un informe de impacto presupuestario, en que se evalúa la repercusión de la disposición reglamentaria en los recursos personales y materiales y en los presupuestos de la Generalidad, así como las fuentes y los procedimientos de financiación, si procede.

b) Un informe de impacto económico y social, en que se evalúan los costes y los beneficios que implica el proyecto de disposición reglamentaria para sus destinatarios y para la realidad social y económica.

c) Un informe de impacto normativo, en que se evalúa la incidencia de las medidas propuestas por la disposición reglamentaria en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas.

d) Un informe de impacto de género.

4. En los supuestos en que la unidad directiva que tramita la disposición reglamentaria considere que ésta no tiene incidencia alguna en los presupuestos de la Generalidad, el informe de impacto presupuestario, suscrito por el titular o la titular de la unidad directiva, debe justificar motivadamente la ausencia de gasto público.

5. El expediente debe incluir una memoria de las observaciones y alegaciones presentadas en los trámites de consulta interdepartamental, audiencia, información pública e informes, si procede, así como de las razones que han conducido a la desestimación de las mismas, si se da el caso".

Sobre el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentos en la Ley 26/2010: MIR PUIGPELAT, O., "Procedimiento de elaboración de reglamentos y *Better regulation*", en AAVV (Coord. TORNOS MAS (Coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010...* Op. Cit. Págs. 501 a 543.

¹³ Estas previsiones se han visto reforzadas recientemente como consecuencia de la aprobación por parte del Gobierno de la Generalitat de un "Test de PIMES", herramienta práctica de soporte a las unidades promotoras de una norma reglamentarias que pretende que, en el proceso de evaluación del impacto normativo, se tomen en consideración las peculiaridades de las PIMES.

En el test de PIMES, previsto en el Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de fecha 11 de febrero de 2014, se contienen una serie de preguntas clasificadas en cuatro bloques diferenciados: 1) Identificación de la población de empresas afectadas; 2) Consulta al sector afectado; 3) Cuantificación del impacto sobre las PIMES; y 4) Valoración de las medidas específicas para las PIMES.

otras Comunidades Autónomas, plasmada en los arts. 33 a 42 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Rioja¹⁴.

Desde el punto de vista cualitativo, apreciamos cierta desidia o abandono por parte del legislador a la hora de adaptar la regulación de los reglamentos y, especialmente, de los procedimientos que conducen a su elaboración y aprobación, a la realidad y necesidades actuales de las distintas Administraciones Públicas, así como al marco normativo que rige su funcionamiento.

Así, por un lado, se echa en falta una auténtica incorporación en este ámbito de la actuación administrativa de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), cuya utilización por parte de las Administraciones Públicas se encuentra regulada, con carácter general, en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAE), así como en las distintas leyes en materia de Administración electrónica aprobadas a nivel autonómico¹⁵. Aunque estas normas han determinado, tal como ha señalado la doctrina, un antes y un después en la actuación de

¹⁴ Entre otras cuestiones, destaca la referencia expresa a la intervención de los entes locales de la Comunidad Autónoma en el procedimiento cuando el anteproyecto de disposición afecte a las competencias de éstos (art. 38); así como la previsión de una memoria final del anteproyecto, instrumento a elaborar por la Secretaría General Técnica y que analizará sucintamente todo el procedimiento, reseñando los antecedentes, los trámites practicados y su resultado, las modificaciones introducidas en el texto del anteproyecto como consecuencia del contenido de los documentos e informes resultantes de los trámites de audiencia, información pública e informes preceptivos, exponiendo motivadamente aquellas que hayan sido rechazadas; así como una declaración motivada de la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del anteproyecto (art. 40 Ley de La Rioja 4/2005).

¹⁵ Aunque en este ámbito existe una importante dispersión normativa, podemos hacer referencia a la Ley foral 11/2007, de 4 de abril, para la Implantación de la Administración Electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; la Ley catalana 29/2010, de 3 de agosto, de uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña; y el Decreto 228/2006, de 21 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, se regula la tramitación de Procedimientos Administrativos por medios electrónicos y se establecen otras medidas en materia de administración electrónica. Asimismo, también resultan relevantes en este ámbito el Decreto 110/2006, de 9 de noviembre, por el que se regula el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y las notificaciones y certificados electrónicos; y el Decreto 94/2006, de 8 de noviembre, del Consejo de Gobierno, de utilización de la firma electrónica en las relaciones con la Administración de la Comunidad de Madrid por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

nuestras Administraciones Públicas¹⁶, la única medida que ha derivado de esta legislación en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria ha sido la equiparación de las versiones electrónicas de los distintos diarios y boletines oficiales a su edición en papel (art. 11 LAE), obviando así las posibilidades que la utilización de las TIC podría brindar en este ámbito de la actuación administrativa, especialmente a la hora de lograr una mayor difusión de los reglamentos aprobados por la Administración y de canalizar la participación ciudadana en la elaboración de normas.

Asimismo, y por otro lado, ni la LG ni tampoco las leyes autonómicas que regulan la elaboración de reglamentos han plasmado las consecuencias derivadas de la aprobación de importantes normas que, en los últimos años, han tenido un impacto significativo en el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas. Entre ellas destacan la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (LTBG) y las distintas leyes de transparencia autonómicas; así como la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LO 2/2012); la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas); y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

¹⁶ Respecto a esta cuestión, la literatura jurídica es abundante. Así, en relación con la Administración electrónica con carácter general, podemos hacer referencia, entre otras, a las siguientes obras: AA.VV. (Coord. J. GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ y M. LÓPEZ ARANDA), *La Administración electrónica. El modelo español*, Madrid, Euroeditions Editorial, 2011; AAVV (Dir. J.L. PIÑAR MAÑAS), *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011; AAVV (Coord. L. COTINO HUESO y J. VALERO TORRIJOS), *Administración electrónica: la Ley 7/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; BARRIUSO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007; BOCANEGRA REQUENA, J.M., BOCANEGRA GIL, B., *La Administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Barcelona, Ed. Atelier, 2011; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *E-Administración*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2008; AAVV (Eds. M. FABRA VALLS y J.L. BLASCO DÍAZ), *La Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Valencia, Publicacions Universitat Jaume I, 2007; GALVÁN RUÍZ, J., GARCÍA LÓPEZ, P., *La Administración electrónica en España*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007; PINTO MOLINA, M., GÓMEZ CAMARERO, C., *La ciberadministración española en la sociedad de la información: retos y perspectivas*, Ediciones Trea, Gijón, 2004; VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común* (2.ª ed.), Granada, Ed. Comares, 2007.

Todas estas leyes, tal como tendremos ocasión de ver, inciden de forma expresa, en mayor o menor medida, en el ejercicio de las potestades normativas por parte de la Administración¹⁷. Sus previsiones no tienen carácter sectorial; sino que, por el contrario, al igual que las normas en las que se insertan (en su mayor parte de carácter básico)¹⁸, tienen un carácter general, de forma que son aplicables a todos los

¹⁷ La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible incorpora en el Capítulo I del Título I diversas medidas dirigidas a incrementar la calidad de la regulación. En particular, el art. 4 de esta norma recoge y define brevemente los "Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas", entre los que se encuentran los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia.

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece que en la fase de elaboración y aprobación de disposiciones reglamentarias, deben tenerse en cuenta las repercusiones y efectos que éstas puedan tener en los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, debiéndose supeditar de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 7.3).

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de la Unidad de mercado prevé una batería de medidas dirigidas a garantizar la cooperación de las Administraciones Públicas a la hora de elaborar proyectos normativos, y a mantener una evaluación constante de las normas de las diferentes administraciones. En particular, el art. 12 de la Ley 20/2013 reconoce un importante papel a las conferencias sectoriales para que las diferentes autoridades administrativas analicen y propongan modificaciones normativas en relación con las finalidades de la Ley, previendo que, en el trabajo de dichas conferencias, podrán contribuir los operadores económicos, a través de consultas a sus entidades representativas, las cuales participarán en la detección de distorsiones que se produzcan en la unidad de mercado, sin perjuicio que éstas también puedan participar a través del respectivo trámite de audiencia pública (art. 14.6 Ley 20/2013).

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en su art. 7, referido a la información de relevancia jurídica que debe ser objeto de publicidad activa, contiene algunas previsiones importantes relacionadas con el ejercicio de la potestad reglamentaria, estableciendo que los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley deben publicar los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponda [art. 7.c) Ley 19/2013; así como las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de textos normativos [art. 7.d) Ley 19/2013], haciéndose una referencia expresa en este punto a la memoria de análisis de impacto normativo que regula el ya citado RD 1083/2009.

Adicionalmente, la Disposición adicional segunda LTBG se refiere a la revisión y simplificación normativa, cuestión sobre la que el propio Preámbulo de la Ley afirma que es "una manifestación más de la transparencia el clarificar la normativa vigente y es de aplicación".

¹⁸ En este sentido, *vid.* Disposición final octava LTBG; Disposición final primera LES; Disposición final primera LO 2/2012; y Disposición final primera Ley Paraguas. La LGUM, paradójicamente, no establece expresamente el carácter básico de sus previsiones, aunque este se desprende del propio objeto y contenido de la Ley. En este sentido, el Preámbulo de la LGUM recuerda como el Tribunal

procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, con independencia de la materia sobre la que vaya a versar la disposición general. Se trata de una regulación que intenta suplir, en los términos que luego analizaremos, algunas de las carencias que presentan los arts. 23 y 24 LG y los preceptos de la legislación autonómica dedicados al ejercicio de la potestad reglamentaria, y que son claro reflejo de una tendencia hacia una nueva cultura de la calidad normativa (FONT)¹⁹.

Todo ello hace, si cabe, aún más incomprensible que la aprobación de estas normas no haya supuesto la modificación de los arts. 23 y 24 LG ni de los preceptos que la legislación autonómica dedica a la elaboración de reglamentos²⁰; siendo la principal consecuencia de esta falta de adecuación una importante fragmentación en el marco normativo que rige la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos.

En efecto, en la regulación del ejercicio de la potestad reglamentaria es posible distinguir, dos grupos diferenciados de normas. Por un lado, encontramos un marco normativo "tradicional", integrado por los preceptos que la LG y las diversas leyes autonómicas dedican a esta cuestión, y en el cual se encuentran previstos los principales trámites que integran los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, tan ampliamente estudiados por nuestra doctrina durante años. Junto al mismo, ha surgido recientemente un "nuevo" marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, integrado por Leyes aprobadas durante los últimos que, aunque persiguen distintas finalidades, quieren mejorar los términos en los que la

Constitucional ha considerado "que el funcionamiento de la actividad económica exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional".

¹⁹ Este autor se refiere a la existencia de una tendencia hacia una nueva cultura de la calidad normativa, plasmada en el creciente interés doctrinal, normativo y jurisprudencial en relación a esta cuestión, que determina que todo el procedimiento de elaboración de normas se analice bajo nuevas ópticas, no sólo en lo referente a los elementos formales, sino también en cuanto a los mecanismos de adecuación del ejercicio de la potestad normativa como potestad discrecional. FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos y la calidad normativa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009. Pág. 135.

²⁰ Como excepción, hay que señalar que la Ley de Cantabria 6/2002 sí ha incorporado a la regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos las previsiones de la Ley 2/2011, estableciendo en su art. 117 bis los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas; y en su art. 117 ter medidas para mejorar la calidad de las normas, en particular: un informe sobre mejora de la regulación y la necesidad de prestar la máxima atención al proceso de consulta pública de sus proyectos normativos.

Administración ejerce sus potestades normativas. Para ello, estas normas prevén, entre otras cuestiones, nuevos trámites procedimentales no existentes hasta la fecha; incorporan nuevos principios a tener en cuenta por la Administración a la hora de elaborar y aprobar un reglamento; y consagran también la intervención de ciertos sujetos distintos de la Administración y de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales.

El ejercicio de la potestad reglamentaria es así, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, un ámbito de la actuación administrativa cuya regulación en nuestro ordenamiento jurídico se ha ido degradando; situación que, en los últimos años, se ha intentado enmendar a través de reformas legales producidas a retazos, que han ido poniendo parches a una legislación que necesita claramente ser actualizada, en un intento frustrado por componer un puzzle cuyas piezas ya hace tiempo que dejaron de encajar. El resultado es una regulación dispersa, que requiere acudir a diversas normas para conocer las reglas y trámites a respetar por la Administración cuando elabora un reglamento, y en la que existen importantes vacíos e, incluso, incoherencias o contradicciones.

Todo ello, obviamente, incide de forma más que negativa en los términos en los que se ejerce la potestad reglamentaria de la Administración y en los reglamentos aprobados como resultado de la misma; pues las cuestiones conflictivas que, tradicionalmente, suscitaba el ejercicio de la potestad reglamentaria han quedado sin resolver, y a éstas se hayan añadido problemas de nuevo cuño, y que guardan relación con los retos a los que, actualmente, deben hacer frente nuestras Administraciones Públicas, tema que abordaremos en un momento posterior de este capítulo.

A resultas de lo anterior, gran parte de la doctrina reclama, desde ya hace años, que se revisen los términos en los que la Administración ejerce sus potestades normativas y el marco normativo que resulta de aplicación en este ámbito de la actuación administrativa²¹. Asimismo, son incesantes las advertencias del Consejo de Estado y de

²¹ Entre otros, se refieren a esta cuestión los siguientes trabajos: LAVILLA RUBIRA, J.J. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después", *Revista Española de la Función Consultiva*, Enero/Junio 2009; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos" en J.F. ALENZA GARCÍA y J.A. RAZQUIN LIZARRAGA (Coord.), *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento

los órganos consultivos autonómicos equivalentes sobre las deficiencias de diversa índole que afectan la elaboración de disposiciones generales administrativas, siendo paradigmática de esta cuestión la Memoria del Consejo de Estado del año 2011, en la que el máximo órgano consultivo del Gobierno a nivel estatal señala como, a pesar de las diversas observaciones y sugerencias formuladas por este órgano en sus Memorias de los años 1990, 1992, 1993, 1997, 2002, 2003, 2008, 2009 y 2010, la elaboración de normas es una cuestión que merece “especial y renovada atención”, dedicando a la misma más de cincuenta páginas²². También la Organización para el Comercio y el Desarrollo Económicos (OCDE) se ha pronunciado sobre los problemas que se suscitan entorno a la elaboración de normas, siendo extremadamente relevantes las consideraciones realizadas en el Anexo a España del Informe Mejora de la Regulación en Europa (2010), el cual supone una continuación del análisis ya iniciado con motivo del informe realizado por este mismo órgano en el año 2000²³.

Con este telón de fondo, es evidente que una regulación adecuada del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración es una cuestión que se erige como una prioridad de primer orden, idea que quedó reflejada en el denominado "Informe CORA", realizado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas y presentado ante el Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013. Con motivo de este informe se realizaron diversas propuestas para mejorar los términos en los que las

administrativo de elaboración de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva*, Julio/Diciembre 2004.

²² En ellas se analiza el procedimiento de elaboración de normas (págs. 228 a 251), entrando en detalle respecto a cuestiones consideradas problemáticas, como son las memorias incompletas o imprecisas, la falta de informes, la audiencia incompleta, la consulta a las Comunidades Autónomas y las modificaciones introducidas en sucesivos borradores. Asimismo, el Consejo de Estado se pronuncia también la integración de las normas en el ordenamiento jurídico (págs. 251 a 253); el carácter completo de los reglamentos (págs. 253 a 256); la parte final de las disposiciones (págs. 256 a 268); la conveniencia de una revisión final del texto (págs. 268 a 269); las cuestiones suscitadas en orden a la articulación de las competencias estatales con las Comunidades Autónomas (págs. 269 a 272); y las cuestiones de técnica normativa e incorporación del Derecho Comunitario (págs. 272 a 280).

²³ En este sentido, en 2011 se publicó el Informe; “*Better Regulation in Europe: Spain 2010*”, OECD, Paris, 2011. El mismo supone una continuación del análisis ya iniciado con motivo del informe del año 2000 “*OECD Regulatory Reform in Spain: Government Capacity to Assure High-quality Regulation*”, OECD, Paris, 2000.

Administraciones ejercen sus potestades normativas²⁴, gran parte de las cuales se prevé que sean acogidas en un futuro próximo, con motivo de una más que posible reforma de la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común²⁵.

II. LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS EN EL MARCO NORMATIVO TRADICIONAL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En el contexto de fragmentación normativa que impera en el ejercicio de la potestad reglamentaria, el marco normativo "tradicional" aplicable a la misma, integrado esencialmente por los arts. 23 y 24 LG y por los preceptos que las leyes autonómicas de gobierno y procedimiento dedican a esta cuestión, contenía, hasta fechas recientes, la totalidad de trámites a seguir para la elaboración y aprobación de disposiciones generales.

Las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en relación al procedimiento de elaboración de sus propias normas de carácter general, reconocidas tempranamente por nuestro Tribunal Constitucional (STC 15/1989, de 26 de enero; y

²⁴ Así, en el Apartado III del Informe (Medidas de Carácter General) hay un punto dedicado a la "Codificación del Derecho", en el que se hace referencia, en términos generales, a la necesaria revisión y simplificación normativa; así como a diversas medidas concretas para facilitar el conocimiento de las normas vigentes. Reforma de las Administraciones Públicas, Gobierno de España - Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas NIPO: 630-13-106-7 (línea); Ministerio de la Presidencia NIPO: 002-13-038-9 (línea). Págs. 70 y siguientes.

²⁵ En este sentido, el Anteproyecto de Ley del procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, publicado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 16 de enero de 2015 a través de su página web y del Portal de la Transparencia, incluye un título completo (Título VI) dedicado al procedimiento de elaboración de normas, que aplica tanto al ejercicio de la potestad reglamentaria como a la iniciativa legislativa. Se trata de un Título que se prevé tenga carácter común y básico, en alguno de sus preceptos, de forma que se regula para todas las Administraciones sobre los principios y fases a seguir para elaborar las propuestas de reglamentos, garantizando el derecho constitucional de participación, con independencia de la Administración que la impulse.

STC 102/1995, de 26 de junio), han arrojado como resultado una pluralidad de procedimientos, al menos desde un punto de vista formal; pues, desde el punto de vista material, la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos sigue, esencialmente, los mismos trámites. Estas similitudes se deben a los preceptos constitucionales referidos a la elaboración de reglamentos, y que tienen que ser respetados tanto por la legislación estatal como autonómica; pero, especialmente, son deudoras de un origen común en los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958²⁶, cuyas líneas maestras aún perviven en la actualidad.

Sin perder de vista lo anterior, y en apretada síntesis, los trámites a seguir para la elaboración y aprobación de reglamentos, tanto estatales como autonómicos, se concretan en: la elaboración de un proyecto por parte del órgano directivo correspondiente, que lo acompaña de una serie de memorias y estudios que justifican sus previsiones; el sometimiento de dicho proyecto a una serie de informes internos, consultas y aprobaciones previas; la apertura de trámites participativos con los afectados por la norma (audiencia) y, con carácter voluntario, con el conjunto de la ciudadanía (información pública); la emisión de un informe preceptivo, pero no vinculante, por parte del máximo órgano consultivo del Gobierno estatal o, en su caso, autonómico; y la aprobación de la disposición normativa por el órgano competente, tras la cual se lleva a cabo su publicación en el diario o boletín oficial correspondiente.

La realización de los trámites referidos tiene, como han señalado GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, un cometido esencial, cumpliendo una doble función: *ad extra*, como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria; y *ad intra*, como garantía interna de la propia Administración²⁷; aunque ello no ha impedido que en torno a este procedimiento se susciten innumerables críticas, siendo la necesidad de su reforma una cuestión que se plantea de forma recurrente.

²⁶ Los artículos 129 a 132, relativos al procedimiento de elaboración de reglamentos, mantuvieron su vigencia pese a la aprobación de la Ley 30/1992, y no fueron derogados hasta la aprobación de la Ley del Gobierno estatal, con la cual, según parte de la doctrina, se rompió formalmente el panorama de unidad que existía en relación a la elaboración de reglamentos. Sobre el tema, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 437; GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 627.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...* Op. Cit. Pág. 205.

En particular, especialmente reprochable resulta el diseño excesivamente vago y simplista de este procedimiento; simplicidad procedimental que, tal como señala SANTAMARÍA PASTOR, no es, por una vez, un valor añadido y que, por el contrario, es el origen de muchas de las disfunciones que actualmente presenta el ejercicio de la potestad reglamentaria²⁸ y sobre las que luego nos detendremos.

Estas circunstancias justificarían una regulación más detallada y extensa de este procedimiento especial; pues, en realidad, no estamos, tal como ha señalado la doctrina, ante un procedimiento formalizado, en el sentido de que no se establece una ordenación temporal de los actos o requisitos para aprobar el reglamento; sino más bien ante un conjunto de exigencias mínimas a respetar en la elaboración de la norma²⁹. Pese a lo anterior, es posible distinguir, aunque sea a los meros efectos de su estudio, entre una fase de iniciación, una fase de instrucción y una fase de aprobación y publicación de la norma reglamentaria.

1. La iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos

La iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos entendemos que abarca aquellas actuaciones que tienen por objeto poner en marcha el procedimiento que, previsiblemente, culminará con la aprobación de una disposición reglamentaria por parte de la Administración.

Siendo evidente que el procedimiento se iniciará por el órgano que, teniendo reconocida la potestad reglamentaria, ostente competencias en relación a la concreta materia que se quiere regular y en el ámbito territorial en el que se va aplicar la futura norma, no se prevé en la LG ni tampoco en las leyes que, a nivel autonómico, regulan la elaboración de reglamentos, la posibilidad de que el procedimiento pueda iniciarse a instancia de parte; cuestión que, como veremos, si se contempla en diversas leyes autonómicas de transparencia.

²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento de elaboración de las normas... Op. Cit. Pág. 78.

²⁹ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos... Op. Cit. Pág. 223; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. - T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*...Op. Cit. Pág. 205; LAVILLA RUBIRA, J.J. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno... Op. Cit.

Tradicionalmente, se ha afirmado que la falta de regulación respecto a la iniciativa ciudadana no es óbice para que cualquier ciudadano pueda solicitar al Gobierno, estatal o autonómico, que ejerza la potestad reglamentaria sobre una determinada materia; aunque de esta solicitud, no se deriva ninguna obligación para la Administración, incluso en aquellos casos en los que existe una norma legal que remite a la Administración su desarrollo reglamentario³⁰. Las únicas soluciones que se plantean son, entonces, poner en marcha un recurso de inactividad (MUÑOZ MACHADO)³¹; o bien entender que estamos ante un supuesto de ilegalidad por omisión, aunque los Tribunales consideran que la aplicación de esta figura debe llevarse a cabo de manera restrictiva³², tal como ocurre también en la apreciación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la tardanza en la aprobación de una norma reglamentaria, cuestión esta última que se puso de relieve con motivo del conocido caso del Fórum Filatélico (STS de 2 de enero de 2012, Ar. 3107, Ponente: Santiago Martínez-Vares García)³³.

³⁰ En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al afirmar que el incumplimiento por parte de la Administración de este deber impuesto por el legislador (incluso cuando se fija un plazo de tiempo determinado para realizarlo) no constituye un defecto de la elaboración del reglamento de que se trate (Dictamen 403/1996, de 22 de febrero).

³¹ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas...* Op. Cit. pág. 961. Sobre el tema, *vid.* también: BLANQUER CRIADO, D., *El control de los reglamentos arbitrarios...* Op. Cit., págs. 92 y siguientes.

³² La jurisprudencia ha entendido que sólo podrá apreciarse la ilegalidad por omisión en dos situaciones concretas: Cuando el silencio del reglamento que se dicte en una determinada materia conlleve, de manera implícita, la creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico; o bien cuando la ausencia de la previsión reglamentaria suponga el incumplimiento de una obligación legal o establecida por la Ley o, en su caso, la Directiva que el reglamento trata de desarrollar y ejecutar o transponer, siendo un incumplimiento que debe ir más allá de la mera inobservancia de aprobar el reglamento en el plazo previsto en la respectiva Ley o Directiva (STS de 28 de junio de 2004, Ar. 4989, Ponente: Rafael Fernández Montalvo).

³³ En la Sentencia citada, el Tribunal se pronunció respecto a una de las numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial interpuestas contra la Administración por el anormal funcionamiento de los servicios públicos en las labores de regulación, supervisión y control de la actividad desarrollada por la entidad Fórum Filatélico, la cual incurrió en un fraude que causó un perjuicio económico estimado en 3.702 millones de euros a 269.203 afectados.

En particular, y en relación a la posible responsabilidad de la Administración por falta de aprobación de una norma reglamentaria, esta se basaría en el hecho de que el Ministerio de Sanidad y Consumo no

Sin perder de vista las consideraciones anteriores, las distintas leyes que regulan la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos tampoco prevén, por lo general, que haya un acto de iniciación propiamente dicho, en el que se determine el órgano responsable del procedimiento al que se encomendará la elaboración y tramitación de la futura norma reglamentaria, y mucho menos que éste deba publicarse³⁴. Por el contrario, la mayoría de estas leyes coinciden en establecer, como primer trámite, la elaboración de un proyecto normativo, el cual se acompaña de ciertos documentos que justifican, en ese momento tan incipiente del procedimiento, el contenido de la propuesta realizada.

En relación a estos documentos iniciales, el 24.1.a) LG establece que el proyecto deberá acompañarse de un informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto de reglamento así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar; informes que, aunque no se refleja en la LG, de acuerdo con el RD 1083/2009, se integran en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

llevara a cabo un desarrollo reglamentario de la disposición adicional cuarta de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Esta disposición, rubricada “Protección de la clientela en relación con la comercialización de determinados bienes”, recogía en su apartado segundo las informaciones que se debían dar al cliente antes de celebrar contratos consistentes en la formalización de un mandato de compra y venta de bienes, previendo expresamente que, además de los previstos, se debería informar también de “los demás extremos que se determinen de conformidad con lo que reglamentariamente se establezca”.

El reglamento no llegó a aprobarse y, pese a la rotundidad de la disposición citada, el Tribunal, no se limitó a valorar la posible existencia (o no) de un nexo causal entre la falta de aprobación del reglamento y el daño sufrido; sino que llegó a afirmar que no existía un deber imputable a la Administración de dictar un reglamento que desarrollase la citada Disposición Adicional cuarta.

³⁴ A sensu contrario, sí prevé este acto de iniciación la Ley Vasca 8/2003, que en su art. 4.1 dispone: “El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se iniciará por Orden del Consejero o Consejera titular del Departamento competente por razón de la materia sobre la que versen. Cuando así se establezca mediante ley, o cuando se trate de materias en las que disponen de atribución competencial directa dos o más Consejeros o Consejeras, la Orden será conjunta” .

Asimismo, la Ley de la Rioja 4/2005 establece en su art. 33.1 que el procedimiento para la elaboración de los reglamentos se iniciará mediante resolución del órgano administrativo competente por razón de la materia.

Por su parte, el artículo 61.2 catalana Ley 26/2010 dispone que: “El Gobierno debe establecer por decreto los supuestos en los que la tramitación de un proyecto de disposición reglamentaria requiere un acuerdo previo del Gobierno sobre la oportunidad de la iniciativa, a propuesta del departamento o departamentos interesados”.

La MAIN, además del informe de necesidad y oportunidad y la memoria económica a los que se refiere el art. 24.1.a) LG, contiene también otros documentos, los cuales se llevarán a cabo durante la instrucción del procedimiento; pudiendo distinguir, según su contenido, una MAIN ordinaria o abreviada³⁵. Centrándonos en la MAIN ordinaria, de acuerdo con el art. 2.1 RD 1083/2009, la misma está integrada por los siguientes apartados: 1) Oportunidad de la propuesta; 2) Contenido y análisis jurídica, en el que se incluye el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva disposición³⁶; 3) Análisis de la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias³⁷; 4) Impacto económico y presupuestario; y 5) Impacto de la norma por razón de género. Adicionalmente, y además de las informaciones anteriores, en la MAIN puede valorarse

³⁵ La posibilidad de realizar una memoria abreviada así como el contenido que ésta debe tener son cuestiones reguladas en el art. 3 RD 1083/2009, cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. Cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables en alguno de los ámbitos, de forma que no corresponda la presentación de una memoria completa se realizará una memoria abreviada que deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario e impacto por razón de género. A este respecto la Guía Metodológica a que se refiere la disposición adicional primera incluirá indicaciones del contenido preciso de la memoria abreviada.

2. El órgano u órganos proponentes deberán justificar oportunamente en la propia memoria los motivos de su elaboración abreviada”.

³⁶ Esta previsión pretende enmendar los perjudiciales efectos que se generaron con supresión de la necesaria tabla de vigencias que contemplaba el art. 129.3 LPA, precepto que disponía que: "No podrá formularse ninguna propuesta de nueva disposición sin acompañar al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, y sin que en la nueva disposición se consignen expresamente las anteriores que han de quedar total o parcialmente derogadas".

La doctrina ha destacado como la supresión de esta tabla de vigencias se presentó como una rendición del legislador ante la resistencia de la Administración a cumplir con esta obligación impuesta por la LPA, la cual era omitida con frecuencia. En este sentido, señala LAVILLA RUBIRA que también influyó en la eliminación de esta previsión "la generosidad con la que el Tribunal Supremo contemplaba tal olvido, al que sistemáticamente calificó como irregularidad no invalidante". LAVILLA RUBIRA, J.J., "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno", *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998. Pág. 11.

³⁷ Este análisis no excluye el preceptivo Informe del Ministerio de Administraciones Públicas cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, previsto en el art. 24.3 LG.

cualquier otra cuestión relacionada con el impacto de la norma y que se considere relevante a criterio del órgano proponente.

Teniendo en cuenta el contenido de la MAIN al que acabamos de referirnos, resulta evidente que la finalidad perseguida con la aprobación del RD 1083/2009 fue suplir las carencias del atípico inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos previsto en la LG³⁸, en la que parece que el primer proyecto elaborado por la Administración surge de la nada.

La introducción y regulación de la MAIN es así, desde el punto de vista técnico y jurídico, una de las aportaciones más importantes que se ha producido, en los últimos años, en el marco normativo tradicional que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria; aunque, en la práctica, este instrumento no ha tenido el resultado esperado, cuestión destacada por el Consejo de Estado en su Memoria de 2011³⁹. Ello es achacable, en gran parte, a la devaluación normativa con la MAIN se concibió, al crearse y regularse por reglamento y no suponer una modificación del artículo 24 LG, como hubiese sido deseable⁴⁰. Adicionalmente, y a pesar de la existencia de

³⁸ Hay que tener en cuenta que, tal como ha puesto de relieve la jurisprudencia, las previsiones del RD 1083/2009 sólo resulta de aplicación a la Administración estatal (STS de 29 de mayo de 2012, Ar. 8054, Ponente: Antonio Martí García); pronunciándose el Tribunal, en el caso de autos, sobre la improcedencia e incorporar el informe de impacto de género en una disposición reglamentaria elaborada por la Comunitat Valenciana.

³⁹ En este sentido, la Memoria del Consejo de Estado del año 2011 afirmaba que este órgano consultivo “observa en no pocos expedientes que las memorias concebidas para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto normativo no son lo suficientemente expresivas de su finalidad, contenido y alcance. A veces no figura en la memoria una valoración de otras posibles opciones normativas o no se explica siquiera la adecuación de los medios empleados para alcanzar los fines propuestos. En otras ocasiones no se pondera adecuadamente el impacto de la norma proyectada en el ordenamiento jurídico y la oportunidad del momento elegido para dictarla. En cuanto a la estimación de los costes, las memorias económicas tampoco son lo detalladas y completas que sería deseable a fin de conocer con certeza si realmente las nuevas medidas van a poder ser aplicadas”.

⁴⁰ La aprobación de este Real Decreto mereció una serie de consideraciones por parte del Consejo de estado en el preceptivo dictamen sobre el mismo (Dictamen de 16 de abril de 2009), no tanto en cuanto a su contenido, sino en cuanto a la forma. En este sentido, el máximo órgano consultivo del Gobierno consideró que, si bien no se planteaban problemas de legalidad, "hubiera sido más adecuado ejercer la iniciativa legislativa a fin de modificar los artículos 22 y 24 de la [LG] para introducir la exigencia de una [MAIN]". La justificación de esta observación es triple. Por un lado, el Consejo de Estado observó que el

instrumentos como la Guía Metodológica para la elaboración de la MAIN, que contiene las pautas orientativas para la realización de este instrumento⁴¹, aún persiste una falta de voluntad o rigor por parte de los órganos administrativos de realizar adecuadamente cada uno de los informes o estudios que conforman la MAIN, cuestión remarcada por nuestros Tribunales en los últimos años (STS de 16 de diciembre de 2011, Ar. 2012/2836, Ponente: Celsa Pico Lorenzo⁴²; STS de 8 de enero de 2014, Ar. 544,

análisis de impacto normativo es un concepto sustantivo que, globalmente entendido, no tiene reflejo en nuestro ordenamiento, y excede del contenido y alcance de los informes actualmente exigidos. En segundo lugar, se consideró también que los tres instrumentos que se incluyen en la MAIN, todos ellos legalmente previstos y configurados, no deberían diluirse mediante una disposición de rango reglamentario. Finalmente, dichos informes no están conformados desde la perspectiva unitaria y completa que inspira la noción de análisis de impacto normativo, configuración unitaria que no se obtiene por su mera yuxtaposición en un único informe. Adicionalmente, se considera que el hecho de que la MAIN esté regulada en una norma reglamentaria reduce considerablemente su eficacia jurídica, en la medida en que su infracción únicamente conllevaría la invalidez de las normas de rango inferior al Real Decreto, mientras que los Reales Decretos que en lo sucesivo se dicten vulnerando las previsiones del RD 1083/2009, no estarían afectados por este motivo por vicio de invalidez alguno.

Sobre el tema, *vid*: LAVILLA RUBIRA, J.J. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después... Op. Cit Págs. 18 y 19.

⁴¹ Esta guía, aprobada por el Consejo de Ministros en fecha 11 de noviembre de 2009, de acuerdo con lo previsto en la Disposición adicional primera del RD 1083/2009, recoge, con la mayor extensión posible, todos aquellos aspectos que pueden observarse para la realización de la MAIN. Aunque la misma no tiene carácter normativo, es un instrumento que los tribunales la han utilizado como referente a la hora de valorar la correcta realización de las memorias de evaluación de impacto (STS de 29 de febrero de 2012, Ar. 4745, Ponente: Ricardo Enríquez Sancho, resultando de especial interés el voto particular formulado por la Magistrada Celsa Pica Lorenzo).

⁴² La referida Sentencia declara la nulidad de la Orden TAS/592/2008, de 29 de febrero, por la que se establecen las bases y se convocan subvenciones para la realización de programas de cooperación y voluntariado sociales con cargo a la asignación tributaria del IRPF. Dicha Orden fue aprobada sin la elaboración de la Memoria económica, deficiencia que la Administración del Estado aducía que quedaba subsanada por la remisión a la dotación presupuestaria (ampliable) consignada en los presupuestos Generales del Estado, tal cual aceptó la Sala de instancia. El Tribunal Supremo casó la Sentencia declarando que se incumplen las exigencias de la memoria y de la explicación del impacto presupuestario, lo que comporta la declaración de nulidad radical de la norma, de acuerdo con el art. 62.2 de la LRJAPAC.

Ponente: Ramón Trillo Torres; STS de 16 de abril de 2013, Ar. 3248, Ponente: Santiago Martínez-Vares García⁴³) y también por el Consejo de Estado⁴⁴.

2. La instrucción del procedimiento de elaboración de reglamentos

La instrucción del procedimiento de elaboración de reglamentos tiene como objetivo garantizar el acierto y legalidad de la disposición general que, en su caso, apruebe finalmente la Administración.

⁴³ Tanto las SSTS de 8 de enero de 2014 y de 16 de abril de 2013 declaran la nulidad de la Orden TIN/687/2010, de 12 marzo, por la que se distribuyen territorialmente para el año 2010, para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, siendo actora en la primera de estas Sentencias las Comunidad Autónoma de La Rioja y la Comunidad Autónoma de Canarias; y la Generalitat de Valencia en relación a la segunda. La nulidad de esta norma reglamentaria fue declarada como consecuencia de no haberse emitido impacto de género, el informe de la Secretaría General Técnica y la memoria económica.

⁴⁴ Entre otros, son ejemplos de la doctrina legal del Consejo de Estado sobre la correcta elaboración de la MAIN los dictámenes que citamos a continuación:

- Dictamen 740/2011, de 28 de abril, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se regula la celebración de contratos de puesta a disposición por las Administraciones Públicas con empresas de trabajo temporal. En el mismo, el Consejo de Estado señalaba como la MAIN, si bien era completa en su consideración de los diferentes posibles impactos de la norma, era inconcreta en su evaluación, en particular la relativa al impacto económico pues, sin realizar estimación alguna, se limitaba a afirmar que, aun siendo obvio que cada contrato de puesta a disposición que finalmente realice una Administración Pública va a tener un impacto presupuestario, ello no supondrá, necesariamente, un incremento de las partidas globales de gasto.

- Dictamen 1.532/2011, de 6 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio de hogar familiar, el órgano consultivo subrayaba que la valoración del impacto económico no había sido efectuada con la precisión que sería deseable en una disposición normativa de indudable repercusión, dado su contenido, para los empleadores.

- Dictamen 1.646/2011, de 27 de octubre, relativo al proyecto de Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, destacaba como la memoria se limitaba en gran medida a reproducir el preámbulo; especialmente al referirse a la oportunidad de la propuesta y a su impacto económico y presupuestario y al abordar el examen del contenido de la norma proyectada, haciéndolo con un carácter meramente descriptivo y sin dedicar apenas una página a esta finalidad.

Teniendo en cuenta esta finalidad, se recaban, en primer lugar, una serie de informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas, los cuales pueden ser preceptivos o potestativos, y vinculantes o no vinculantes.

En segundo lugar, también en esta fase del procedimiento se hace efectiva la participación ciudadana en la elaboración de la futura norma, la cual se articula a través de los trámites de audiencia e información pública.

Finalmente, cuando estamos ante un reglamento ejecutivo, la fase de instrucción finaliza con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente.

2.2. Los informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas

En relación a los informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas, las previsiones de la LG y de las leyes que rigen la elaboración de reglamentos autonómicos deben completarse con lo previsto en ciertas normas sectoriales, aplicables cuando el reglamento que se elabora versa sobre una determinada materia, en las cuales se pueden incorporar dictámenes, aprobaciones previas, estudios o consultas adicionales⁴⁵.

⁴⁵ A modo de ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interviene en los procedimientos de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 a) y en la Disposición transitoria décima, de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Asimismo, el art. 7.1.1 de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el Consejo Económico y Social, prevé que es función del Consejo emitir dictamen preceptivo sobre los anteproyectos de Leyes del Estado y Proyectos de Reales Decretos Legislativos que regulen materias socioeconómicas y laborales; Proyectos de Reales Decretos que se considere por el Gobierno que tienen una especial trascendencia en la regulación de las indicadas materias; y anteproyectos de Ley o Proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencias o funcionamiento del Consejo.

De conformidad con el art. 2 del Real Decreto 2355/2004, de 23 de diciembre, por el que se regulan la estructura y funcionamiento del Consejo Asesor en Materia de Medioambiente, éste órgano tiene reconocidas entre sus funciones emitir informe sobre los anteproyectos de ley y proyectos de real decreto con incidencia ambiental.

Centrándonos en la regulación contenida en la LG y en la legislación autonómica de gobierno o de procedimiento, deben recabarse con carácter preceptivo los siguientes documentos:

- a) Un informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio correspondiente, o del órgano equivalente en el seno de los Departamentos autonómicos. En relación a este informe, no se establece el momento en que debe emitirse o su contenido concreto, habiéndose afirmado por parte de la doctrina que su aportación práctica es, en muchas ocasiones, realmente limitada, esencialmente como consecuencia de la posición orgánica y funcional de subordinación que, en el seno de los Departamentos Ministeriales, tienen las Secretarías Generales Técnicas o los órganos autonómicos equivalentes⁴⁶; problemática también apuntada tempranamente por nuestros Tribunales (STS de 20 de septiembre de 1988)⁴⁷ y por el Consejo de Estado⁴⁸.

⁴⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento de elaboración de las normas... Op. Cit. Págs. 80 y 81.

⁴⁷ En la Sentencia citada, respecto al informe de las Secretarías Generales, el TS afirmaba lo siguiente: "su actividad de informe carece de la nota de independencia que es propia del órgano de control. Su posición recuerda más a aquella que tuvieron en la antigua Roma los arúspices, modestos auxiliares especializados que acompañaban al magistrado formando parte de su séquito (...) En la Administración Pública ocurre que aunque el Ministro y el Secretario General Técnico aparezcan como órganos administrativos diferenciados, de hecho existe una efectiva confusión entre el poder de aquél y el saber de éste (...) El que da el consejo, precisamente, porque no es independiente, actúa como arúspice, como servidor, no como augur, no como órgano de control".

En el caso de autos, la falta del informe de la Secretaría General conllevó la invalidez de la norma; teniendo, en términos del Tribunal, "trascendencia destructora".

⁴⁸ El Consejo de Estado, en su Memoria del año 2002, en relación también a los informes de las secretarías generales técnicas u órganos autonómicos equivalentes, señaló lo siguiente: "(...) Es creciente el número de casos en que se advierte una mala práctica administrativa consistente en elaborar informes aparentemente rutinarios sin incluir análisis de fondo sobre el anteproyecto proyecto. En tales informes, sólo aparece una amplia reseña del contenido de la nueva norma, con un índice nuevo de títulos, capítulos, artículos, etc. y terminando con la escueta expresión «no hay observaciones que formular»".

El Consejo de Estado reconocía que dichos informes no siempre eran un reflejo fiel de la intervención real de la Secretaría General Técnica en la elaboración del texto, la cual podía haber tenido un papel relevante, pero que en cualquier caso, no quedaba plasmada en dicho informe, y que este era el documento que quedaba integrado en el expediente y el que llegaba a manos los organismos que informaban posteriormente los proyectos normativos así como de los tribunales en caso de impugnación.

- b) En segundo lugar, es necesario un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas establecidas en el proyecto normativo, cuya exigencia deriva de la modificación de la Ley del Gobierno efectuada por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno⁴⁹.

Este informe, que en relación a los reglamentos estatales queda integrado en la MAIN (art. 2.1 RD 1083/2009) y que se recoge también en diversas leyes autonómicas (art. 64.3.d Ley catalana 26/2010), tiene como objeto y finalidad analizar y valorar los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres; siendo un instrumento claramente inspirado en las políticas Comunitarias de igualdad entre hombres y mujeres⁵⁰.

Desde el momento en el que se implantó, se plantearon en torno a este informe una serie de problemas, por la falta de unas pautas claras en cuanto a su contenido mínimo y el órgano competente para realizarlo⁵¹. Adicionalmente, y a pesar que la doctrina legal de los diversos órganos consultivos considera que su realización tiene el carácter de trámite esencial (SSTS de 8 de enero de 2014 y

⁴⁹ En virtud de la Ley 30/2003, también se introdujo la necesidad de realizar el informe de impacto de género en el marco del procedimiento de elaboración de proyectos de ley, modificando en este punto el art. 22.2 LOFAGE.

⁵⁰ Así, en el marco del programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), ya se destacó que esta acción se articulaba a través de la evaluación del impacto en función del género en diferentes ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria. En este contexto, se elaboró a nivel europeo la "Guía para la evaluación del impacto en función del género", instrumento dirigido a evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación, así como mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias.

⁵¹ En este sentido, el Consejo de Estado, en su Memoria del año 2003, afirmaba lo siguiente: "La inmediata entrada en vigor de una disposición tan innovadora, sin margen de tiempo ni indicaciones precisas para facilitar su puesta en práctica en los diversos Departamentos ministeriales, puede explicar la escasa –insuficiente, en todo caso- atención que –incluso hasta el momento en que se elabora la presente Memoria- se ha prestado al informe sobre el impacto de género, con el consecuente peligro de que no se logren los propósitos explícitos a que ha obedecido la Ley 30/2003 y que reseña su breve, pero esclarecedora, exposición de motivos".

16 de abril de 2013, ya citadas; y Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 225/2015), la doctrina ha destacado como, en muchas ocasiones, estos informes se centran en aspectos puramente formales, sin examinar el fondo de la norma para determinar si ésta entraña un verdadero problema de discriminación entre hombres y mujeres⁵².

- c) En tercer lugar, si el reglamento se refiere a materias de organización administrativa, régimen de personal, procedimientos e inspección de servicios, es necesaria la aprobación por parte del Ministro de Administraciones Públicas o del Consejero Autonómico que corresponda.
- d) En cuarto lugar, si la norma pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, será necesario un informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas; informe que también quedará incluido en la MAIN⁵³.
- e) En quinto lugar, debe tenerse en cuenta que el Derecho Comunitario europeo en ocasiones exige que, con carácter previo a la aprobación de determinados reglamentos de índole técnica, el proyecto sea notificado a la Comisión Europea; trámite que resulta esencial, pues su omisión comporta que el reglamento técnico así aprobado sea inoponible frente a terceros y nulo de pleno derecho (STS de 10 de diciembre de 2002, Ar. 2003/3005, Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona).

Siendo los informes a los que acabamos de referirnos aquellos que tienen carácter preceptivo, queda en principio en manos del órgano que esté tramitando el reglamento la decisión de recabar los demás informes, dictámenes, aprobaciones previas y consultas de carácter potestativo que considere oportunos, aunque la jurisprudencia ha afirmado que la Administración no tiene en este ámbito una potestad enteramente libre, sólo

⁵² Sobre el tema, *vid.* RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., "Tratamiento de los defectos en el procedimiento de elaboración de reglamentos, con especial referencia a la Comunidad Autónoma de Extremadura", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 15, Enero/Junio 2011. Pág. 210.

⁵³ Sobre este informe, SANTAMARÍA PASTOR señala que se trata de un instrumento que genera múltiples controversias, a la vista de que, prácticamente la totalidad de normas reglamentarias, se aprueban en base a títulos competenciales cruzados *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A, "Sobre el procedimiento de elaboración de las normas... Op. Cit. Págs. 81 a 83.

regida por su criterio, sino que es necesario contextualizarla y tener en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad (STS de 9 de febrero de 2010, ya citada).

2.3. Los trámites participativos. Los trámites de audiencia y la información pública

La participación de los ciudadanos en la elaboración de reglamentos, consagrada en el ya citado art. 105.a) CE, tiene en las normas que regulan los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos un tratamiento que en ningún caso se corresponde con la “exigencia solemne” contenida el referido precepto constitucional (GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ)⁵⁴, y que algunos autores han llegado a tildar de “vergonzante”⁵⁵.

Se trata de una cuestión en la que la LG y la legislación autonómica contienen, de nuevo, previsiones muy similares, aunque normalmente ésta última es menos detallada en una cuestión tan relevante⁵⁶. En cualquier caso, todas estas leyes coinciden en determinar que la participación en la elaboración de disposiciones generales se articula a través de los tradicionales trámites de audiencia e información pública⁵⁷; opción que ha

⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición... Op. Cit. Pág. 199.

⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas... Op. Cit. Pág. 83.

⁵⁶ En este sentido, la Ley canaria 1/1983 no prevé ni siquiera la realización de este trámite participativo. Por su parte, la Ley asturiana 2/1995 prevé simplemente que “Cuando alguna disposición así lo establezca, o el Consejero competente así lo estime conveniente, el proyecto de disposición será sometido a información pública o al trámite de audiencia de las entidades u organismos que por ley ostenten la representación de intereses de carácter general o pudieran resultar afectadas por la futura disposición”, sin hacer ninguna referencia más al desarrollo de estos trámites.

La Ley de Castilla y León 3/2001 (art. 76, remitiéndose al art. 75) solo prevé que la memoria que acompañe el proyecto deberá contener “Expresión de haberse dado el trámite de audiencia cuando fuere preciso y efectuado las consultas preceptivas”.

⁵⁷ Respecto a los trámites de audiencia e información pública en la elaboración de reglamentos, con carácter general, podemos citar, entre otros: DE LA CRUZ FERRER, J., "Hacia la garantía jurisprudencial de la Audiencia en la elaboración de reglamentos", *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, págs. 129-140; DE LA CRUZ FERRER, J., "Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados", *REDA* núm. 52, 1986, págs. 607-616; DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales", Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el

supuesto dar continuidad a la solución adoptada en la LPA de 1958⁵⁸, ignorando así, durante años, las posibilidades abiertas por la redacción del art. 105.a) CE⁵⁹.

Así, en base a la regulación realizada contenida en la LG y en la legislación ordinaria autonómica, el trámite de audiencia va dirigido a los interesados y tiene carácter obligatorio cuando el reglamento afecte a sus derechos o intereses legítimos (STS de 31 de enero de 2005, Ar. 5125, Ponente: Juan García-Ramos Iturralde), so pena de nulidad de la norma reglamentaria aprobada sin respetar el trámite de audiencia (TRAYTER

ámbito contencioso administrativo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994; EZQUERRA HUERVA, A., "En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos por las comunidades autónomas", *Autonomies* núm. 18, 1994, págs. 335-380; MELERO ALONSO, E., "La "democracia orgánica" y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos", *Revista de estudios políticos*, núm. 126, 2004, págs. 237-264; PARADA VÁZQUEZ, J.R, BACIGALUPO SAGGESE, M., "Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en AAVV (Dir. Alzaga Villaamil, Ó.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Artículos 97 a 112, EDERSA, Madrid, 1998; REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988; RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones", *Autonomies* núm. 21, 1996; SALA ATIENZA, P., "El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP* núm. 177, 2008, págs. 247-263.

⁵⁸ La doctrina ha afirmado que, pese al avanzado carácter de la LPA de 1958, esta no tenía el sustrato ideal para garantizar la participación plena y efectiva de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales por parte de la Administración, tal como tuvo oportunidad de señalar la STS de 12 de enero de 1990 (Ar. 335, Ponente: Pedro Esteban Álamo), en la que el Tribunal afirma: "la timidez y aún la prevención con que el legislador dio entrada a la participación ciudadana en dicho proceso estableciendo unos requisitos que más bien parecían obstáculos a su ejercicio (siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público); y de ahí también la cautela de las primeras sentencias en la interpretación de este precepto, que al tratar de sintonizar con la *mens legis* y la *voluntas legislatoris* imperantes a la sazón, calificó esa participación corporativa como facultativa, de observancia discrecional o de consejo del legislador más que de requisito indispensable". SALA ATIENZA, P. "El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.

⁵⁹En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R FERNÁNDEZ afirman que, tras la LPA de 1958, el mayor esfuerzo de la nueva regulación debía centrarse en la audiencia de los ciudadanos impuesta por el art. 105.a) CE; señalando, no obstante que: "Recoge aquí la LGO una jurisprudencia que no ha querido sustantivar la exigencia solemne del artículo 105 de la Constitución, por diferencia con lo dispuesto por otros Derechos, como el norteamericano (...)". GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición... Op. Cit. Pág. 199.

JIMÉNEZ)⁶⁰, excepto en aquellos casos en los que la propia Ley releva a la Administración de su realización, tal como sucede en relación a los reglamentos orgánicos (art. 24.1.e) LG). Este trámite puede llevarse a cabo directamente con los ciudadanos o bien a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que los agrupen o los representen (STS de 29 de mayo de 2000, Ar. 5110, Ponente: Octavio Herrero Pina), y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición⁶¹; siendo la elección de una u otra forma realizada por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia, que motivará debidamente la elección realizada (REBOLLO PUIG)⁶².

Por el contrario, el trámite de información pública, se configura como un trámite dirigido a todos los ciudadanos; los cuales no adquieren, por el mero hecho de participar en el procedimiento, la condición de interesados. Además, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito local (art. 49 LBRL), en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, el trámite de información pública tiene carácter potestativo, de forma que se llevará a cabo cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje.

Siendo las referidas las principales diferencias entre ambos trámites participativos, éstos también revisten una serie de características comunes. Así, en lo que respecta al momento procedimental oportuno para llevar a cabo los trámites de audiencia e información pública, se prevé que se realicen una vez elaborada la norma, lo cual responde a la necesidad de que los comentarios o aportaciones versen sobre un texto que, en esencia, coincida con el que se va aprobar. Ello conlleva, incluso, que si el texto que se somete al trámite de audiencia sufre cambios sustanciales antes de su aprobación, sea necesario repetirlo (STS de 9 de marzo de 2006, Ar. 2277, Ponente: Jesús Ernesto

⁶⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia...* Op. Cit. Págs. 23 a 25.

⁶¹ En relación a la realización del trámite de audiencia a través de organizaciones y asociaciones representativas de los intereses afectados por la futura norma, la doctrina del Tribunal Supremo circunscribe la obligatoriedad del trámite en relación con aquellas organizaciones y asociaciones de carácter obligatorio, pues entiende que las asociaciones voluntarias de naturaleza privada, "aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley", la representación" a que se refiere la Constitución (STS de 8 de mayo de 2009, Ar. 3244, Ponente: Pilar Teso Gamella).

⁶² REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses... Op. Cit. Págs. 99 y siguientes.

Peces Morate; STS de 16 de diciembre de 2008, Ar. 2009/89, Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

En cuanto al plazo de tiempo en el que deben sustanciarse estos trámites participativos, el art. 24.1c) LG prevé que el trámite de audiencia debe realizarse por un plazo de tiempo "razonable", estableciéndose como regla general un mínimo de quince días⁶³, que puede llegar a reducirse hasta un mínimo de siete días hábiles si concurren razones debidamente motivadas que así lo justifiquen. Probablemente por inercia, este mismo plazo de tiempo es el que la mayoría de normas prevén para la sustanciación del trámite de información pública (art. 24.1.c) LG)⁶⁴; plazos que resultan a todas luces insuficientes para que los ciudadanos puedan analizar detenidamente el texto propuesto y, en su caso, la documentación que le acompaña, y fundamentar sus alegaciones.

2.4 El preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente en los reglamentos ejecutivos

En el caso de que el futuro reglamento tenga carácter ejecutivo, esto es, desarrolle una norma legal, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente; órganos que juegan un papel esencial en el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración⁶⁵, en la medida en que

⁶³ La mayor parte de normas autonómicas prevén también un plazo de 15 días para realizar el trámite de audiencia. A sensu contrario, el art. 49 Ley aragonesa 2/2009 prevé un plazo de un mes para la audiencia, así como para la realización del trámite de información pública. Por su parte, el art. 8.4 de la Ley vasca 8/2003 prevé un plazo mínimo de veinte días, que se pueden reducir hasta el mínimo de diez cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen.

⁶⁴ También prevén el mismo período para la realización de ambos trámites participativos diversas normas autonómicas. Así: art. 68.1 Ley catalana 26/2010; art. 66.3 Ley Extremadura 1/2002; art. 44 Ley Islas Baleares 4/2001; art. 53.4 Ley de la Región de Murcia 6/2004; y art. 45.1.c) Ley Andalucía 6/2006.

⁶⁵ Sobre la tarea que desarrollan el Consejo de Estado y los órganos autonómicos equivalentes en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales existe una abundante literatura jurídica. Entre otros, podemos citar: ALONSO GARCÍA, R., *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1992; CARBALLEIRA RIVERA, M.T., "La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales autonómicas", *RAP* núm. 131 1993, págs. 239-250;

La intervención de estos órganos pretenden hacer efectivo el sometimiento de la Administración y al Derecho que proclama el art. 103.1 CE (entre otras, SSTS de 10 de mayo de 1992, Ar. 3744, Ponente: Rafael de Mendizábal Allende; y de 16 de junio de 1989, Ar. 3750, Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo).

En este sentido, gran parte de la doctrina considera que, de todos los trámites que integran el procedimiento de elaboración de reglamentos, el dictamen del Consejo de Estado (o del órgano autonómico equivalente) es el más importante, dada la independencia de este órgano respecto de las Administraciones públicas proponentes de la futura norma reglamentaria, así como su cualificación técnica reconocida⁶⁶. Estas circunstancias han llevado también a que diversos organismos internacionales como,

DOMÈNECH PASCUAL, G., "El seguimiento de normas y actos jurídicos", *RAP* núm. 167, 2005, págs. 97-145; FONT I LLOVET, T., "Órganos consultivos", *RAP* núm. 108, 1985, págs. 53-86; FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos de las comunidades autónomas", Las Cortes Generales, Abogacía General del Estado, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 3, 1987. Págs. 1195-1232; FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos de las comunidades autónomas y la administración local", *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI : homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Coord. Sosa Wagner, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 397-410; FONT LLOVET, T., "El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 62, Mayo/Agosto 2001, pág. 57-76; FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos y la calidad normativa... Op. Cit.;" FONT I LLOVET, T., "Función consultiva y Estado autonómico", *RAP* núm. 138, 1995, págs. 37-68; GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Función consultiva y procedimiento (Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1997; LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas", en *REDA* núm. 64, 1989; MONTORO CHINER M.J., "Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva Europea", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 2, julio/diciembre 2004. Págs. 43 a 73; REBOLLO PUIG, M., " El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado", *Documentación administrativa*, núm. 244-245 (Ejemplar dedicado a: El Consejo de Estado), 1996, págs. 161-210. En particular, para una recopilación de la doctrina de la *Comissió Jurídica Assessora* en relación al procedimiento de elaboración de reglamentos, destacando los aspectos más relevantes, *vid.* PUIGPELAT MIR, O., *El procediment d'elaboració de reglaments en la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora*, Generalitat de Catalunya – Comissió Jurídica Assessora, 2013.

En relación con la intervención de dichos órganos en la tramitación de normas con rango de ley, *vid.*: TORNOS MAS, J., "El papel de los Consejos Consultivos en la tramitación y aprobación de las normas con fuerza de ley", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 4, 2005.

⁶⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I. Decimocuarta Edición...* Op. Cit. Págs. 207 y 208.

por ejemplo, la OCDE, resalten la "función clave" de vigilancia de estos órganos en el desarrollo de los proyectos normativos⁶⁷.

El valor de la actuación del Consejo de Estado y sus homólogos autonómicos en el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene, asimismo, un buen reflejo en el gran número de dictámenes que hacen observaciones relevantes en relación a los proyectos normativos que son sometidos a su consideración⁶⁸, lo que denota su carácter de auténtico filtro jurídico de carácter previo a la aprobación de la norma.

En cuanto a los términos en los que deben emitirse los dictámenes sobre disposiciones generales por parte de estos órganos consultivos –esto es, los supuestos en los que debe recabarse dictamen, el momento procedimental oportuno para su emisión y su contenido– son cuestiones que se encuentran reguladas en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado (LOCE), y en las leyes autonómicas reguladoras de los respectivos órganos consultivos de cada Comunidad Autónoma⁶⁹, que en este punto contienen unas previsiones, en términos generales, bastante similares a las de la LOCE.

⁶⁷ En estos términos se refiere la OCDE, en concreto, a las tareas desarrolladas por el Consejo de Estado en relación a la elaboración de normas en el Informe: *Mejora de la regulación en Europa. Anexo España*, Organización para la cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), París, 2010 (pág. 67).

⁶⁸ A modo de ejemplo, de acuerdo con la Memoria de la *Comissió Jurídica Assessora* del año 2012 (pág. 71), de los 92 dictámenes sobre disposiciones generales que fueron emitidos, en 32 ocasiones la *Comissió* consideró que éstos contenían alguna previsión contraria a la legalidad, lo que determinó incluir en los mismos observaciones de carácter esencial, cifra que supone un 34,78% respecto al total de dictámenes emitidos en ese año.

⁶⁹ En el ámbito autonómico, las leyes reguladoras de los distintos órganos consultivos son las siguientes: Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la *Comissió Jurídica Assessora*, norma que derogó el Decreto Legislativo 1/1991, que regulaba este órgano con anterioridad; Ley 9/1995, de 10 de noviembre, del Consejo consultivo de Galicia; Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, que derogó la Ley 8/1993, de 19 de octubre, de creación de este órgano; Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja; Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana; Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias; Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura; Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consell Consultiu de las Illes Balears; Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra; Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; Ley 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo de Asturias. La única Comunidad Autónoma que, a día de hoy, no dispone de un

Teniendo en cuenta lo previsto en estas normas, el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente es preceptivo en relación a los reglamentos dictados en ejecución de una Ley, expresión que abarca, tal como precisó tempranamente el propio Consejo de Estado (Moción de 2 de mayo de 1969), no sólo los Reglamentos ejecutivos generales de una Ley determinada; sino cualquier desarrollo reglamentario de cualquier precepto, por singular que sea, de una Ley, incluyendo la denominada “remisión” normativa⁷⁰.

En cuanto al momento procedimental oportuno para su solicitud y emisión, el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico consultivo equivalente se configura, como regla, como el último de los dictámenes o informes que debe recabar el órgano encargado de la tramitación del proyecto normativo (art. 2.4 LOCE)⁷¹; excluyéndose así que, tras este dictamen, pueda emitirse informe alguno sobre las cuestiones sobre las estos órganos ya se han pronunciado, aunque la jurisprudencia se ha mostrado flexible sobre esta cuestión⁷². Además, en el caso que, con posterioridad a la emisión del Dictamen, el texto proyectado sufriera modificaciones, se ha establecido como regla general que no hay que solicitar un nuevo dictamen, excepto cuando las modificaciones sean sustanciales (STS de 22 de febrero de 1988, Ar. 1446, Ponente: Manuel Garayo Sánchez; STS de 27 de noviembre de 1995, Ar. 8944, Ponente: Rafael Fernández Montalvo).

Finalmente, en relación al contenido del Dictamen, mientras que la LOCE prevé que el Consejo de Estado valore, no sólo las cuestiones de legalidad, sino también "aspectos de oportunidad y conveniencia, cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines" (art. 2.1 LOCE); la normativa autonómica excluye, con

órgano consultivo propio es Cantabria, por lo que los proyectos de reglamentos de esta Comunidad son objeto de dictamen por parte del Consejo de Estado.

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I. Decimocuarta Edición...* Op. Cit. Págs. 207 y 208.

⁷¹ En este sentido, *vid* también art. 13.3 Ley catalana 5/2005, que sólo exceptúa de esta regla el eventual dictamen posterior por parte del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

⁷² En esta línea, la STS de 2 de diciembre de 2003 (Ar. 305, Ponente: Antonio Martí García) consideró que no era contrario a Derecho que, tras el dictamen de Consejo de Estado, se emitieran informes por parte de las centrales sindicales y de otros diversos órganos estatales.

carácter general, la posibilidad de realizar juicios de oportunidad o conveniencia⁷³, cuestión que, sin duda, coarta significativamente las posibilidades de actuación de estos órganos consultivos.

Siendo los anteriores los principales rasgos de los dictámenes que, sobre los proyectos de disposiciones generales, emiten el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos equivalentes, debemos señalar que se trata de un instrumento que, tradicionalmente, ha tenido gran importancia en el procedimiento de elaboración de reglamentos, pues actúa como un control de legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria de carácter previo que permite, además, realizar sugerencias dirigidas a evitar las deficiencias de la futura norma reglamentaria o, en su caso, introducir mejoras en las mismas, en un momento procedimental en el que ello aún es posible.

Todo ello ha llevado a que el Tribunal Supremo afirme el carácter esencial del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, señalando que "no se queda, por tanto, en un mero formalismo, sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar, en lo posible, la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria" (STS de 12 de febrero de 2002, Ar. 2562, Ponente: José Manuel Sieira Míguez); consideraciones que han determinado la nulidad de pleno derecho de aquellas disposiciones no sometidas al preceptivo dictamen de estos órganos consultivos (STS de 5 de octubre de 2006, Ar. 6483, Ponente: José Díaz Delgado; STS de 17 de julio de 2009, Ar. 514, Ponente: Enrique Lecumberri Martí; STS de 23 de marzo de 2004, Ar. 2358, Ponente: Antornio Martí García), por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido *ex art.* 62.1.e) LRJPAC⁷⁴.

⁷³ En esta línea, el art. 13.4 de la Ley catalana 5/2005 establece que: "El juicio de oportunidad o de conveniencia no corresponde a la Comisión Jurídica Asesora, excepto cuando se solicite expresamente".

⁷⁴ En este marco, debemos señalar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado en este punto una importante evolución. Así, mientras que la primera jurisprudencia exigía con especial rigor el cumplimiento del trámite consistente en la solicitud y emisión del preceptivo dictamen del Consejo de Estado (SSTS de 6 y 12 de noviembre de 1962, 22 de octubre de 1981, 15 de enero, 12 de julio y 10 y 29 de diciembre de 1982, 15 y 16 de junio de 1983 y 31 de mayo de 1986, entre otras); a partir de 1987 se inició una línea jurisprudencial que, en virtud del principio de economía procesal, relativizó la trascendencia invalidante de la omisión del dictamen del Consejo de Estado, considerando que no era necesario retrotraer las actuaciones al momento en que debió instruirse el trámite, puesto que el Dictamen

3. La aprobación del reglamento y su publicación

El procedimiento de elaboración de un reglamento culmina con su aprobación por el órgano competente, rigiendo en este ámbito las reglas que presiden la toma de acuerdos por parte de los distintos órganos que conforman la Administración y, en particular, aquellas relativas al funcionamiento de los órganos colegiados (arts. 22 a 27 LRJPAC).

Una vez aprobado el reglamento, y como requisito para que éste produzca efectos jurídicos⁷⁵, se procederá a su publicación en el Boletín o Diario Oficial correspondiente, instrumentos que existen en todos los países de nuestro entorno (el *Journal Officiel de la République française*, en Francia; la *Gazzetta Ufficiale* en Italia; el *Bundesgesetzblatt* en Alemania; o el *Diário da Republica*, antes denominado *Diário do Governo*, en Portugal)⁷⁶, y a través de los cuales se hace pública no sólo la existencia de las normas, sino también su contenido auténtico y la fecha de la entrada en vigor⁷⁷.

del Consejo de Estado carecía de valor obstativo (SSTS de 7 de mayo y de 2 de junio y de 29 de octubre de 1987, 12 y 17 de febrero, 5 de marzo, 26 de abril y 20 de octubre de 1988, entre otras). Afortunadamente, esta corriente jurisprudencial, que debemos señalar coexistió con la línea jurisprudencial que, reproduciendo los viejos criterios, seguía afirmando y declarando la nulidad de pleno derecho de la norma reglamentaria en la que se había omitido el dictamen del Consejo de Estado (SSTS de 1 de marzo, 5 de abril, 14 de mayo y 30 de diciembre de 1988, entre otras) quedó superada definitivamente a partir de la sentencia de la Sala Especial de Revisión de 10 de mayo de 1989 y desde entonces, como decimos, la falta de dictamen acarrea la nulidad de la norma impugnada.

La evolución de esta jurisprudencia en este ámbito se encuentra pedagógicamente expuesta en la STS de 17 de enero de 2000 (Ar. 263, Ponente: Rafael Fernández Montalvo).

⁷⁵ Esta regla general tiene contadas excepciones. En particular, en el ámbito de los Colegios Profesionales, en base a la teoría de las especiales relaciones de sujeción, se ha aceptado la aplicabilidad a los colegiados de ciertas normas reglamentarias no publicadas. En este sentido, la STC 219/1989, de 21 de diciembre, consideró ajustada a Derecho la sanción disciplinaria impuesta a un arquitecto por el Colegio de Arquitectos de Valencia, en base a un reglamento disciplinario sin cobertura legal que no estaba publicado ni se conocía por los colegiados. Sobre el tema, y las críticas que plantean situaciones como la descrita, ver: TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Presente y futuro de los Colegios Profesionales”, en V. AGUADO CUDOLÀ y B. NOGUERA DE LA MUELA (Dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012. Pág. 186.

⁷⁶ En Estados Unidos, las normas aprobadas por las agencias norteamericanas federales son asimismo objeto de publicidad a través de publicaciones oficiales, aunque éstas son distintas según se trate de normas legales o reglamentarias. Mientras las normas aprobadas por el poder legislativo son publicadas

En nuestro ordenamiento jurídico, la publicación de los reglamentos estatales se lleva a cabo en el BOE; mientras que los reglamentos autonómicos se publican en los respectivos diarios y boletines oficiales existentes en cada Comunidad Autónoma⁷⁸.

Para ambos tipos de disposiciones, se exige que la publicación tenga carácter íntegro y que, además, sea correcta. En el caso de que publicación sea parcial o incompleta, estamos ante un defecto cuya gravedad habrá de ponderarse atendiendo al grado en que el vacío parcial de publicidad afecte al contenido del reglamento y a la posibilidad de comprensión del mismo⁷⁹. En este sentido, más allá de la consecuencia obvia de que los preceptos o partes de un reglamento no publicados no pueden producir efectos, si como consecuencia de la publicación parcial se ven comprometidos el conocimiento del propio reglamento o su comprensión, la invalidez puede afectar a la totalidad de la norma reglamentaria⁸⁰.

En relación a aquellos supuestos en los que la publicación del reglamento, aunque íntegra, sea defectuosa, cabe distinguir entre aquellos defectos generados en el curso de elaboración y discusión de la norma reglamentaria y que llegan hasta el texto que

en los Libros de Leyes (*Statute Books*), los reglamentos son objeto de publicidad a través del Registro Federal (*Federal Register*).

⁷⁷ En esta línea, el art. 3.1 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial "Boletín Oficial del Estado" dispone: "El texto de las leyes, disposiciones y actos publicados en el «Boletín Oficial del Estado» tendrá la consideración de oficial y auténtico, con arreglo a las normas y condiciones que se establecen en este real decreto".

⁷⁸ A pesar que el art. 6.1.b) del ya citado RD 181/2008 prevé que en el BOE se publicarán "las disposiciones generales de las comunidades autónomas", sólo son objeto de publicación en el mismo las normas autonómicas con rango de Ley, pero no las normas reglamentarias.

⁷⁹ En esta línea, para el caso de publicación parcial de las leyes: MARTÍNEZ CORRAL, J.A., "Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, Enero/Junio 2009. Págs. 56 y 57.

⁸⁰ Un ejemplo ilustrativo de las consecuencias que pueden derivarse de la publicación parcial de las normas lo encontramos en el Reglamento (CE) nº 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen las normas comunes para la seguridad de la aviación civil. En el texto de este Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de diciembre de 2002, no se publicó el anexo al Reglamento 622/2002, que ejecutaba el primero, y en el que se establecía un listado de artículos prohibidos a bordo de una aeronave, por lo que el TJUE (Asunto C-345/06) determinó que el mismo carecía de fuerza vinculante y no podía ser invocado para justificar la imposición de obligaciones a los particulares.

finalmente se publica; de aquellos otros que nacen o aparecen en el propio procedimiento de publicación de la norma reglamentaria en el diario o boletín oficial de que se trate⁸¹. En relación a estos últimos, puede tratarse de errores sustantivos, que alteran el texto provocando una transformación del contenido del reglamento aprobado; o bien de erratas que, ya sean materiales o mecanográficas, no alteran el contenido del texto aprobado y ni siquiera tienen entidad suficiente para generar confusión o dudas. Mientras que las erratas son consideradas como meras irregularidades que no tienen incidencia en la eficacia de la norma, no ocurre lo mismo con los errores materiales, que atendiendo a su entidad, podrían no llegar a ser corregibles y, en aquellos supuestos en que si lo fueran, es la fecha de la publicación de la corrección de errores (que debe llevarse a cabo en el menor lapso de tiempo posible) la que determina la entrada en vigor de la norma⁸².

Los supuestos anteriores deben distinguirse, a su vez, de la utilización fraudulenta o abusiva de la corrección de errores, que conlleva emplear los medios contemplados en

⁸¹ El ya citado RD 181/2008 establece un tratamiento diferenciado para los errores en la norma reglamentaria según su origen. En este sentido, el art. 26 de este Real Decreto dispone:

"(...) 1. Se corregirán de oficio los errores de composición que se produzcan en la publicación, siempre que supongan alteración o modificación del sentido de las mismas o puedan suscitar dudas al respecto. A tal efecto, los correspondientes servicios de Dirección General del Secretariado del Gobierno y la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, conservarán los originales de cada número, durante el plazo de seis meses, a partir de la fecha de su publicación.

2. Cuando se trate de errores padecidos en el texto remitido para publicación, su rectificación se realizará del modo siguiente:

a) Los meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones, se salvarán por los organismos respectivos instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones.

b) En los demás casos, y siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, se salvarán mediante disposición del mismo rango".

⁸² MARTÍNEZ CORRAL, J.A., "Los errores en la redacción y publicación de las leyes..." Op. cit. Págs. 59 y 60. El autor cita también como favorable a esta postura: MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., "La entrada en vigor de las normas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, noviembre 1999, pág. 766.

el ordenamiento jurídico para corregir los errores en las normas legales o reglamentarias ya publicadas⁸³ con la finalidad de alterar el texto aprobado por el Gobierno estatal o autonómico; introduciendo, en palabras de DIEZ PICAZO "subrepticias modificaciones"⁸⁴ o, incluso, derogaciones normativas⁸⁵. Esta práctica, además de acarrear para la autoridad que la lleve a cabo posibles responsabilidades disciplinarias y penales⁸⁶, puede también incidir en la validez y eficacia de las modificaciones introducidas por esta vía, tal como han tenido oportunidad de señalar nuestros Tribunales (STS de 3 de octubre de 1997, Ar. 7704, Ponente: José Manuel Sieira Míguez).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y siempre que la publicación sea correcta, tras ésta se producirá la entrada en vigor del reglamento, de acuerdo con

⁸³ Son diversos los supuestos en los que la técnica de la corrección de errores se ha utilizado para introducir modificaciones sustanciales en leyes aprobadas por el Parlamento. A modo de ejemplo, a través de la corrección de errores fue publicado el Libro IV (De la ejecución de las sentencias, arts. 224 a 305) del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de octubre de 1997 (Ar. 7704) declaró la nulidad de pleno derecho de esta corrección de errores, considerando que la misma había sido realizada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Sobre este y otros supuestos de utilización fraudulenta de la corrección de errores inexistentes en relación a diversas normas con rango de Ley, *vid.* MARTÍNEZ CORRAL, J.A., "Los errores en la redacción y publicación de las leyes... Op. cit. Págs. 62 a 67.

⁸⁴ El mismo autor denunció en relación a las normas con rango de ley: "la utilización abusiva que se hace de la corrección de erratas en los diarios oficiales, a través de la cual no se enmiendan sólo auténticas erratas o equivocaciones materiales en la transcripción de un texto, sino que se enderezan auténticos errores sustanciales cometidos por el legislador en la redacción originaria del texto legal e, incluso, se introducen modificaciones al mismo sin que haya habido jamás error alguno", consideraciones plenamente extensibles a las normas reglamentarias. Sobre el tema: DÍEZ PICAZO, L.M., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Tercera edición, Ariel, Barcelona, 1999. Pág. 102; DÍEZ PICAZO, L.M., *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990. Pág. 158.

⁸⁵ JIMENA QUESADA, L., *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa. Temas clave de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2003. El autor señala como la corrección de erratas puede ser utilizada como un mecanismo derogatorio *extra ordinem*, esto es, utilizándose para derogar un texto legal apartándose del procedimiento establecido para la derogación expresa (pág. 264).

⁸⁶ GUARDIOLA GARCÍA, J., "Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal (vigencia de los delitos patrimoniales por acumulación de hechos constitutivos de falta)", *La Ley Penal. La Ley-Actualidad*, 2004. Del mismo autor: "Correcciones de errores en diarios oficiales: usos, abusos y responsabilidades", *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 20, 2008. Págs. 338 y ss.

aquello previsto en la propia norma reglamentaria, aplicándose de manera subsidiaria, a falta de previsión expresa, el período de *vacatio* de veinte días que prevé el art. 2.1 Cc, contemplado también en algunas de las leyes autonómicas que ordenan la elaboración de reglamentos⁸⁷. En muchos casos, no obstante, y tal como señaló el Consejo de Estado en su Memoria de 2002, se prescinde de cualquier período de *vacatio legis*, lo que dificulta que los ciudadanos puedan conocer la existencia de la norma antes de su entrada en vigor y, mucho menos, interiorizar sus previsiones, cuestión en la que, recientemente, también ha incidido la doctrina legal de algunos órganos consultivos autonómicos⁸⁸.

III. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA COMO UNA CUESTIÓN PROBLEMÁTICA. ¿ES LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA UNA SOLUCIÓN?

1. Problemas que suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria

El diseño legal de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos a los que acabamos de referirnos, ha determinado que surjan en este ámbito de la actuación administrativa una serie de problemas de gran calado.

La poca atención que, tradicionalmente, ha recibido en nuestro ordenamiento el ejercicio de la potestad reglamentaria y la falta de adecuación (especialmente acusada durante los últimos años) de su marco normativo a la realidad de nuestras Administraciones Públicas y a las nuevas normas que integran el ordenamiento jurídico administrativo ha provocado que algunos de los problemas "de siempre" vinculados a la elaboración de reglamentos como, por ejemplo, la sobreproducción normativa o los déficits de calidad normativa, hayan quedado sin resolver; y que a estos se hayan sumado problemas de nuevo cuño, como es la no regulación de la intervención de los

⁸⁷ Entre otras, Ley de Murcia 6/2004 (art. 52.5); y Ley de las Islas Baleares 4/2001 (art. 41).

⁸⁸ En este sentido, el Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 128/2015, de 7 de mayo, relativo al Proyecto de decreto de jornada y horarios del personal del Cuerpo de Agentes Rurales de la Generalitat de Cataluña hacía hincapié en el hecho que, a pesar que la legislación catalana no prevé un período específico de *vacatio legis*, la entrada en vigor de las normas inmediata o cuasi inmediata debe considerarse tiene un carácter excepcional.

lobbies o grupos de interés en la elaboración de reglamentos o la falta de previsión de sistemas de participación ciudadana basados en el uso de las TIC.

En este contexto, mejorar los términos en los que la Administración ejerce sus potestades normativas es una cuestión en la que, tanto los poderes públicos como nuestra doctrina deben centrar sus esfuerzos. Estamos ante una problemática que incide en el buen funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas y que tiene un gran impacto económico y social. Además, están en juego valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico como son: la legalidad de la actuación administrativa, la seguridad jurídica, la persecución de los intereses generales, la eficacia de la actuación administrativa o la participación ciudadana en los asuntos públicos, entre muchos otros.

A la vista de lo anterior, a los efectos de enmarcar el contexto en el que se elabora esta tesis, y sin ánimo de exhaustividad, entendemos que algunos de los problemas que actualmente suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria, pueden resumirse en los siguientes términos:

1. En primer lugar, las normas reglamentarias aprobadas por la Administración son excesivas; problema que la doctrina vincula, esencialmente, a la simplicidad de los términos en los que, legalmente, se configura el procedimiento de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, considerada un incentivo para la emisión masiva de reglamentos (SANTAMARÍA PASTOR)⁸⁹.

En efecto, y con independencia del motivo que le trae causa, existe un indiscutible problema de **sobreproducción normativa**, el cual tiene carácter global, siendo

⁸⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento de elaboración de las normas... Op. Cit. Pág. 77.

Sobre el problema de sobreproducción normativa en términos generales se han pronunciado, entre otros: BASSOLS COMA, M., "El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, 2008; DOMÉNECH PASCUAL, G., "El seguimiento de las normas y actos jurídicos", *RAP* núm. 167, 2005, págs. 97-145; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999; LAVILLA RUBIRA, J.J. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; PONCE SOLÉ, J., "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *RAP* núm. 162, 2003; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas... Op. Cit.

predicable de prácticamente todos los Estados contemporáneos, y una naturaleza cuasi crónica, si tenemos en cuenta que el mismo ya fue puesto de relieve por SCHMITH a mediados del s. XX⁹⁰.

Las circunstancias anteriores no restan, sin embargo, importancia a las devastadoras consecuencias que puede tener el exceso de normas en la regulación de una sociedad y en su economía; ni son óbice tampoco para dejar de buscar soluciones al mismo, y más cuando se trata de una problemática que va en aumento y que en nuestro ordenamiento es especialmente acusada por los múltiples centros de producción normativa existentes⁹¹.

Partiendo de la dificultad que existe para conocer con seguridad la extensión de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, el alcance del problema de sobreproducción normativa que padecemos, debemos destacar que los escasos datos que pueden conocerse al respecto resultan, cuanto menos, alarmantes. En este sentido, en el Portal de Transparencia de la Administración General del Estado, constan como "normativa en vigor", aprobada durante el año 2014, más de doscientos Reales Decretos⁹²; mientras que el Portal Jurídico de Cataluña cifra en más de ocho mil los Decretos autonómicos catalanes y Reales Decretos vigentes en Cataluña⁹³.

⁹⁰ SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949, pág. 20.

⁹¹ El Informe de la OCDE de 2010 *Mejora de la Regulación en Europa*, en su Anexo España, destacó en este sentido que “la actividad legislativa se ha multiplicado por diez desde principios de la década de los 80 del siglo pasado, representando una gran parte de la misma las Comunidades Autónomas, lo que está vinculado al proceso de descentralización”. *Mejora de la regulación en Europa. Anexo España*, Organización para la cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), París, 2010. Pág. 24.

En nuestra doctrina, sobre esta cuestión: BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Thomson - Civitas, Navarra, 2005.

⁹² De conformidad con la información obtenida en el Portal de la Transparencia estatal, en la sección "Normativa en Vigor", constan como Decretos en vigor del conjunto de Ministerios 226 Reales Decretos [([http://transparencia.gob.es/es_ES/buscar?p\[termino\]=III.+Decretos+-+Vigor&p\[filtros\]\[categorias\]\[\]=vigente&p\[filtros\]\[fecha_desde\]=&p\[filtros\]\[fecha_hasta\]=&hash=1#wrap](http://transparencia.gob.es/es_ES/buscar?p[termino]=III.+Decretos+-+Vigor&p[filtros][categorias][]=vigente&p[filtros][fecha_desde]=&p[filtros][fecha_hasta]=&hash=1#wrap)). Última consulta 14.01.2015].

⁹³ El *Portal Jurídico de Catalunya*, que ofrece el derecho vigente en Cataluña, se refería a principios de 2015 a 8.296 decretos en vigor (consulta realizada el 14.01.2015), cifra que apenas seis meses más tarde ascendía ya a los 8.406 decretos en vigor (consulta realizada el 01.06. 2015), categoría en la que incluye tanto los reales decretos como los decretos autonómicos catalanes (<http://portaljuridic.gencat.cat/ca/>).

La actividad de los órganos consultivos del Gobierno, aunque sólo versa sobre reglamentos ejecutivos, también arroja datos significativos respecto a esta problemática. En este sentido, podemos hacer referencia a los más de 130 proyectos de normas reglamentarias informados por el Consejo de Estado en 2012; que en el año 2013 rebasaron los 200⁹⁴. La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, por su parte, dictaminó sobre 94 disposiciones generales autonómicas en el año 2012; sobre 72, a lo largo de 2013; y 81 a lo largo del año 2014⁹⁵.

Finalmente, hay que destacar también los datos hechos públicos por el Ministerio de Economía y Competitividad con motivo de la aprobación de la LGUM, junto a la cual fue aprobado un Plan de Racionalización normativa, en el que se contabilizaron más de 2.700 normas que estarían afectando de forma efectiva a la unidad de mercado, por obstaculizar el libre acceso y/o ejercicio de las actividades económicas; entre las cuales, un 30% tenía carácter estatal y un 70%, rango autonómico⁹⁶.

La principal consecuencia que deriva de esta producción normativa sin medida es la imposibilidad de conocer, ni más ni menos, que el Derecho vigente. Este conocimiento no tiene, como sabemos, carácter opcional, sino que se impone como una necesidad en el marco de un ordenamiento jurídico basado en la máxima *ingorantia legis neminem excusat*, consagrada en el art. 9.1 CE y en el art. 6 del Código Civil; principio que, tal como señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, se presenta en el contexto normativo actual "casi como un sarcasmo, pues no hay persona alguna, incluyendo los juristas más cualificados que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción apenas de esta

⁹⁴ La Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013 recogen así que, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de enero de 2012 se informaron 89 Reales Decretos, 2 Decretos, 37 Órdenes Ministeriales y 3 normas reglamentarias distintas de las categorías anteriores. En el período comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2013, se emitió Dictamen respecto a 122 reales Decretos, 8 Decretos 65 Órdenes ministeriales y 6 normas reglamentarias distintas de las categorías anteriores. Memoria del Consejo de Estado de los años 2012 y 2013, págs. 18 y 176.

⁹⁵ *Comissió Jurídica Assessora. Memòria i Anàlisi de Doctrina 2013*, pág. 70; y *Comissió Jurídica Assessora. Memòria i Anàlisi de Doctrina 2014*, págs. 93 y 94.

⁹⁶ Estos datos se hicieron constar en la propia página web del Ministerio (<http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnexto id=66dc7a94da732410VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD>. Última consulta 14.01.2014)

marea inundatoria e incesante de Leyes y Reglamentos, entre cuyas complejas mallas hemos, no obstante, de vivir"⁹⁷.

En este punto, sin perjuicio del papel decisivo que revestiría una firme voluntad gubernamental de frenar la producción de reglamentos, entendemos que es posible introducir modificaciones en el diseño del procedimiento de elaboración de disposiciones generales que contribuyan a racionalizar la incorporación de nuevas normas a nuestro ordenamiento jurídico; cuestión que, como veremos, se ha fijado como una prioridad en el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria.

2. Estrechamente relacionado con la existente y creciente sobreproducción normativa a la que acabamos de referirnos, el segundo problema vinculado al ejercicio de la potestad reglamentaria sobre el que queremos hacer hincapié es el **deficiente sistema de publicidad** que existe respecto a las normas reglamentarias tanto estatales como autonómicas.

Esencialmente, la publicidad de los reglamentos estatales y autonómicos se hace efectiva, tal como hemos tenido ocasión de ver, a través de su publicación en los diarios y boletines oficiales; sistema que no permite que los ciudadanos puedan encontrar, de forma fácil e intuitiva, las normas reglamentarias que ordenan una determinada materia, ni que exista certeza sobre su contenido y vigencia, todo ello por los motivos que exponemos a continuación.

- a) En primer lugar, en nuestro país, la coexistencia del Boletín Oficial del Estado con los distintos diarios y boletines oficiales de carácter autonómico dificulta enormemente las tareas de búsqueda de la normativa vigente, especialmente en relación a los reglamentos; pues mientras que las leyes autonómicas se publican en el diario o boletín autonómico y también en el BOE, ello no ocurre en relación a las disposiciones generales, sólo insertadas en la publicación autonómica correspondiente, lo cual constituye, según la OCDE, el aspecto más problemático de la regulación en España⁹⁸.

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...* Op. Cit. Pág. 49.

⁹⁸ En este sentido, la OCDE señaló en el año 2000 que la falta de un registro único de normas era "el aspecto más problemático" de la regulación en España, carencia que impedía que los ciudadanos tuvieran

b) Partiendo de esta contrariedad, intrínseca a nuestro modelo territorial, debemos destacar, en segundo lugar, que los diarios y boletines oficiales son medios de publicidad comunes para normas con rango de Ley, reglamentos y otro tipo de actos legales que necesariamente deben ser objeto de publicidad oficial. En ocasiones, esto dificulta identificar las disposiciones reglamentarias en el texto de estas publicaciones; siendo una situación que se ve agravada como consecuencia de que la misma designación (real decreto, decreto, orden) pueda referirse tanto a reglamentos como a otro tipo de actos⁹⁹, problema que también se produce en otros ordenamientos jurídicos¹⁰⁰. Al respecto, si bien es cierto que los diarios y boletines oficiales contienen diversas secciones¹⁰¹, no lo es menos

certeza sobre las normas aplicables. En su informe de 2011, este organismo reiteró que este problema aún persistía. Vid. *OECD Reviews of Regulatory Reform. Regulatory Reform in Spain...* Op. Cit. (pág. 33); y *Mejora de la regulación en Europa. España...* Op. Cit. (págs. 142 y 148).

⁹⁹ MELERO ALONSO, E., *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2005; BOQUERA OLIVER, J.M., "Normas, disposiciones y reglamentos", en MONTORO CHINER, M.J. (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Ed. Atelier, 2003. Págs. 539 y ss.

¹⁰⁰ Efectivamente, la agencias administrativas norteamericanas hacen un uso inexacto de los términos, por lo que es frecuente que lo que en realidad es una norma (*rule*), sea denominado orden (*order*); así como que un compendio de regulaciones, se agrupe bajo el nombre de decisiones (*decisions*), término propio de la adjudicación.

SHWARTZ hace referencia al mal uso de los términos en las agencias administrativas estadounidense, poniendo como ejemplo a las "*Treasury decisions*", que no recogen decisiones en casos particulares, sino que en realidad son un compendio de normas (*rules*).

La problemática en relación a la terminología también se puso de relieve en el caso *People v. Cull*, 10 NY.2d 123, 126 (1961), en la que un conductor alegó que el límite de velocidad impuesto por la Comisión estatal de tráfico no era vinculante por cuanto había sido denominada "*order*" y no "*rule*". El Tribunal consideró que, con independencia de que se denominara "*order*", en realidad era una "*rule*", por cuanto era una prescripción normativa legislativa o cuasi-legislativa, que establecía un patrón de conducta para el futuro.

SCHWARTZ, *Administrative Law*, Third Edition, Little Brown and Company, Boston 1991. Págs.161 a 163.

¹⁰¹ De conformidad con el art. 7 del ya citado RD 181/2008, el contenido del Boletín Oficial del Estado se distribuye en las siguientes secciones: Sección I: Disposiciones generales; Sección II: Autoridades y personal; Sección III: Otras disposiciones; Sección IV: Administración de Justicia; Sección V: Anuncios; además de un suplemento independiente en el que se publicarán las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional en los términos previstos en su Ley Orgánica.

En relación a cada una de estas secciones, el arts. 8 de la misma norma dispone:

que la clasificación realizada no tiene efectos constitutivos, por lo que la publicación de una disposición general en una sección errónea no tiene, en principio, ninguna incidencia en la validez de la norma.

- c) En tercer lugar, a pesar del avance que ha supuesto la consagración de la versión electrónica de los Diarios y Boletines Oficiales (art. 11 LAE, ya citado), estos no han logrado un cambio significativo en el conocimiento del derecho vigente, en la medida en que no han modificado el sistema de difusión de las normas. En este sentido, las sedes de los distintos diarios y boletines oficiales emplean, por lo general, sistemas de búsqueda que no son nada intuitivos, y requieren que el ciudadano tenga conocimiento de la concreta norma (legal o reglamentaria) que está buscando e, incluso, del día o boletín de publicación, tal como ocurría con la edición en papel de estas publicaciones, por lo que su eficacia dista mucho de las bases jurídicas privadas.

“1. Se incluirán en la sección I:

- a) Las leyes orgánicas, las leyes, los reales decretos legislativos y los reales decretos-leyes.
- b) Los tratados y convenios internacionales.
- c) Las leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.
- d) Los reglamentos y demás disposiciones de carácter general.
- e) Los reglamentos normativos emanados de los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas.

2. La sección II estará integrada por dos subsecciones:

- a) Nombramientos, situaciones e incidencias.
- b) Oposiciones y concursos.

3. La sección III estará integrada por las disposiciones de obligada publicación que no tengan carácter general ni correspondan a las demás secciones.

4. En la sección IV se publicarán los edictos, notificaciones, requisitorias y anuncios de los Juzgados y Tribunales.

5. En la sección V se insertarán los anuncios, agrupados de la siguiente forma:

- a) Anuncios de licitaciones públicas y adjudicaciones.
- b) Otros anuncios oficiales.
- c) Anuncios particulares”.

Finalmente, el art. 9 señala lo siguiente:

“1. Dentro de cada sección, la inserción de los textos se realizará agrupándolos por el órgano del que procedan, según la ordenación general de precedencias del Estado. Las disposiciones emanadas de las Comunidades Autónomas se insertarán según el orden de publicación oficial de los Estatutos de Autonomía.

2. Dentro de cada epígrafe, los textos se ordenarán según la jerarquía de las normas”.

Adicionalmente, una vez encontrado el texto normativo en cuestión, el acceso se produce a la edición del diario o boletín correspondiente al día en el que se publicó la disposición normativa. Se tiene acceso, por tanto, a una "foto fija" del texto aprobado y publicado inicialmente, en el cual no se reflejan los cambios que éstos hayan podido sufrir con posterioridad, ya sea como consecuencia de una corrección de errores, o por su alteración, modificación o derogación (total o parcial) en aplicación de una norma posterior o de un pronunciamiento judicial. Esta última cuestión ha sido sólo solucionada parcialmente a través de la elaboración de "textos consolidados", que se configuran, no obstante, como documentos meramente informativos y no tienen valor jurídico¹⁰².

- d) En cuarto lugar, y relacionado con el sistema de publicidad "estático" al que acabamos de referirnos, hemos de señalar que, actualmente, no es posible conocer el grado de implementación de las normas reglamentarias, la efectividad de las medidas previstas en las mismas o, incluso, la conflictividad (administrativa o judicial) que ésta haya generado.

Esta cuestión que si está regulada en países como Francia, donde es posible hacer un seguimiento de las normas a través de los informes bianuales que, publicados el 30 de junio y el 31 de enero de cada año en el mismo portal que las leyes y reglamentos (*Legifrance*), muestran el porcentaje de ejecución de todas las leyes y de sus decretos de aplicación.

3. El tercer problema que detectamos en relación al ejercicio de las potestades normativas por parte de la Administración es la existencia de un importante **déficit en la calidad de las normas reglamentarias** que se aprueban, tanto a nivel estatal como autonómico.

Esta cuestión, ampliamente estudiada por nuestra doctrina en los últimos años, ha dado lugar a numerosos trabajos relacionados con la mejora de la técnica normativa o *better regulation*¹⁰³, que han empezado a ver sus frutos en instrumentos de distinta índole

¹⁰² Así se advierte en la propia página web del Boletín Oficial del Estado (https://www.boe.es/buscar/legislacion_actualizada/ayuda.php), Número de Identificación de Publicación Oficial (NIPO) 007-12-016-6.

¹⁰³ Estos trabajos, en muchas ocasiones, abordan de forma conjunta la problemática vinculada tanto a la elaboración de reglamentos como de normas legales. En este sentido, *vid.*: AAVV, P. GARCÍA MEXÍA, J.

dirigidos a mejorar la calidad de las normas, tanto legales como reglamentarias; y tanto a nivel estatal como autonómico e, incluso, Europeo¹⁰⁴.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. HERNANDO MASDEU (Coord.), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, CEU Ediciones, Madrid, 2010 (*in totum*); BASSOLS COMA, M., "El control de la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2010; CANALS AMETLLER, D., "Mejora normativa y reducción de cargas administrativas", *El Estado de las Autonomías en 2009: Temas Monográficos*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010; FONT i LLOVET, T., "Los órganos consultivos y la calidad normativa... Op. Cit.; GARCÍA CANALES, M., "Aportación al tema de la técnica normativa desde la perspectiva de los órganos consultivos", *Revista española de la función consultiva*, núm. 6, 2006; MIR PUIGPELAT, O., "El papel de los Consejos Consultivos en la calidad de las normas", *Revista española de la función consultiva*, núm. 6, 2006; MIR PUIGPELAT, O., "Procedimiento de elaboración de reglamentos y better regulation", en J. TORNOS MAS (Coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Ed. Iustel, Madrid, 2012; MONTORO CHINER, M.J., "Técnica normativa y órganos consultivos...Op. Cit.; MONTORO CHINER, M.J., "Técnica legislativa y evaluación de las normas", *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000; MONTORO CHINER, M.J., "La calidad de las normas: ¿Desafío al Estado de Derecho?: El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes", *REDA* núm. 48, 1985; MONTORO CHINER, M.J., *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001; MUÑOZ MACHADO, S., *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Ed. Civitas, Madrid, 1986; NOGUERA DE LA MUELA, B.; "La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable", *Die gute Rechtsetzung, Forschungsinstitut für öffentliche, Verwaltung*, University Speyer, 2015; PONCE SOLÉ, J., "¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial", *REDA* núm. 180, 2009; PONCE SOLÉ, J., "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *RAP* núm. 162, 2003; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Principio de seguridad jurídica y técnica normativa", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2007; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "La técnica normativa en la Unión Europea", *Revista española de la función consultiva*, núm. 11, 2009; SAINZ MORENO, F., "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", en AAVV, J.M. CORONA FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA (Coords.), *La técnica legislativa a debate*, Ed. Tecnos, Asociación Española de Letrados Parlamentarios, Madrid, 1994; SAINZ MORENO, F. "Problemas actuales de la técnica normativa" en *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1995; TUR ALSINA, R., "Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.

¹⁰⁴ A nivel Europeo, podemos destacar la importancia del denominado "Informe Mandelkern" (*Mandelkern Group on Better Regulation, Final Report*), de 13 de noviembre de 2001, que dio lugar al programa "Legislar mejor", puesto en marcha en 2002. A raíz de mismo, se aprobó la Comunicación, de 8 de octubre de 2010, de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social

A pesar de lo anterior, nos encontramos en un ámbito en el que aún queda mucho camino por recorrer y que incide negativamente en el día a día de los ciudadanos y de la propia Administración; siendo la principal consecuencia que nuestro ordenamiento esté plagado de normas innecesarias, que tienen dificultades para integrarse en el ordenamiento jurídico y que no se adecúan a la realidad que regulan, hasta el extremo que deben ser modificadas de manera sucesiva o, incluso, nunca llegan a aplicarse. Ello comporta también un alto nivel de rechazo de la norma por parte de sus destinatarios, lo que deriva en su impugnación o, directamente, en su incumplimiento sistemático¹⁰⁵.

La principal causa de esta deficiente calidad normativa es que, en su mayoría, los reglamentos están elaborados rápido y mal, lo que provoca un proceso continuo de proliferación, inestabilidad y degradación de nuestro ordenamiento jurídico (SAINZ MORENO)¹⁰⁶. Y es que, en efecto, la aprobación de muchos reglamentos no va precedida de la reflexión previa que requiere la elaboración de una disposición que va a

Europeo y al Comité de las Regiones sobre Normativa Inteligente en la Unión Europea [COM (2010), 543 final) en la que se afirma que: "es esencial disponer de una normativa adecuada si queremos alcanzar los objetivos ambiciosos de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (...)".

En el ámbito estatal, podemos hacer referencia al Manual de Estilo del Lenguaje Administrativo publicado por el Ministerio de Administraciones Públicas en 1997; y, más recientemente, a la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa; a la creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, cuyo estatuto fue aprobado por el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre; y a la aprobación del Real Decreto 1083/2009, ya referido.

Finalmente, a nivel autonómico, Cataluña creó a través del Decreto 93/2008, de 29 de abril, la Dirección de Calidad Normativa, que vela por los principios de calidad y eficacia de las normas que se impulsen en el ámbito de la Administración de la Generalitat, siendo el órgano de referencia en esta materia. Su actuación ha dado lugar a la aprobación de la "Guía de Buenas Prácticas para la elaboración y la revisión de normativa con incidencia en la actividad económica"; y la elaboración del "Manual Internacional del Modelo de Costes Estándar", cuyo objetivo es reducir los costes administrativos para empresas y operadores económicos. En otras Comunidades Autónomas, podemos destacar el "Manual de Calidad Normativa" elaborado por la Dirección General de Atención al Ciudadano y Calidad de los Servicios de Castilla y León.

¹⁰⁵ En este punto, resultan relevantes los datos relativos a los reglamentos impugnados en vía judicial. De acuerdo con estadísticas internas del Tribunal Supremo, durante el año 2013, ingresaron 116 recursos contencioso-administrativos contra disposiciones generales; que en el año 2014, ascendieron hasta los 538. *Estadísticas internas del Tribunal Supremo 2013- 2014* (no publicadas).

¹⁰⁶ SAINZ MORENO, F., "Problemas actuales de la técnica normativa... Op. Cit.

innovar, con vocación de perpetuidad, el ordenamiento jurídico, creando *ex novo* derechos y obligaciones para sus destinatarios.

A pesar que la LG y las distintas normas autonómicas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria prevén, como hemos visto, que el proyecto normativo se acompañe de memorias, estudios e informes, preceptivos o voluntarios, a través de los cuales se valora la necesidad y oportunidad de la norma proyectada y su posible impacto en la realidad social, económica y jurídica, siendo así el equivalente a la motivación de los actos administrativos (STS de 27 de noviembre de 2006, Ar. 2007/492, Ponente: Ricardo Enríquez-Sancho)¹⁰⁷ y que actúa como garantía de la propia legalidad de la norma (STS de 13 de noviembre 2000, Ar. 2001/65, Ponente: Rafael Fernández Montalvo)¹⁰⁸; lo cierto es que estos instrumentos, en la mayoría de casos, se elaboran a posteriori, justificando una regulación ya cerrada¹⁰⁹, y no siempre se llevan a cabo con el rigor que cabría esperar.

Esta situación se intentó solucionar a través de la introducción de la MAIN, regulada en el RD 1083/2009; instrumento que, en la práctica, no ha tenido el impacto esperado y que no ha contribuido de forma significativa a mejorar los términos en los que se elaboran las memorias e informes que acompañan al reglamento, tal como demuestra la jurisprudencia más reciente en este ámbito (STS de 16 de diciembre de 2011; STS de 16 de abril de 2013; STS de 8 de enero de 2014, ya citadas).

En este contexto, se plantea la necesidad de incorporar mecanismos que coadyuven al proceso reflexivo de la Administración en la elaboración de normas reglamentarias y que, en definitiva, permitan mejorar la calidad de las normas finalmente aprobadas. En

¹⁰⁷ En esta Sentencia, el Tribunal Supremo señala que: “La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992”.

¹⁰⁸ En este sentido, señala el Tribunal que “la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria”

¹⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 16 de abril de 2009 relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se regula la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (más tarde aprobado como Real decreto 1083/2009).

particular, debe darse importancia a los trámites previos a la elaboración de una norma reglamentaria; cuestión que, tanto en la LG como en las leyes autonómicas que regulan la elaboración de reglamentos, carece de regulación alguna. En este sentido, la planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria tiene, como veremos, un papel esencial.

4. El cuarto de los problemas vinculados al ejercicio de las potestades normativas de la Administración se concreta en el hecho de que existe, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, un **bajo nivel de participación ciudadana** en la elaboración de normas reglamentarias; situación que contrasta con la existente en otros ordenamientos jurídicos como el estadounidense, en el que la participación (*comment*) es, como veremos, uno de los pilares esenciales del procedimiento de elaboración de normas (*rulemaking*) por parte de las agencias administrativas¹¹⁰.

Los trámites de audiencia e información pública a través de los cuales se sustancia la participación en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, se han demostrado insuficientes para hacer realidad el derecho constitucional a la participación que reconoce el ya citado art. 105.a) CE; lo que impide, a su vez, ponderar adecuadamente las consecuencias de la norma proyectada por la Administración y garantizar la adecuación de la misma a la realidad económica y social en la que incide.

Bajo nuestro punto de vista, las mayores críticas que merece el sistema existente en la actualidad guardan relación con la excesiva formalidad de los trámites de audiencia e información pública frente a otros medios más flexibles de participación; los breves plazos que existen para realizar aportaciones; la insuficiente documentación que se pone a disposición de los ciudadanos para fundamentar los comentarios al texto; o la escasa utilización del trámite de información pública, de carácter facultativo.

El resultado de todo ello es que, en muchas ocasiones, se echa en falta haber oído durante la elaboración de la norma a sus principales destinatarios, siendo un argumento demasiadas veces reiterado el del carácter organizativo o interno de las normas

¹¹⁰ Sobre esta cuestión, es indispensable en nuestra disciplina: LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

aprobadas y que han puesto de relieve diversos órganos consultivos (Dictamen Comissió Jurídica Assessora 110/13)¹¹¹.

Asimismo, en aquellos casos en que es posible la participación, son pocos los ciudadanos que participan¹¹²; y aquéllos que lo hacen realizan comentarios que, habitualmente, no tienen el rigor técnico y jurídico necesario para que puedan incorporarse a la norma, ya sea como consecuencia del desconocimiento del propio funcionamiento del procedimiento de elaboración de reglamentos o bien de la materia que es objeto de regulación. Ello provoca que las aportaciones de los ciudadanos a una norma de la que serán los principales destinatarios tengan poca o nula incidencia¹¹³,

¹¹¹ En el Dictamen citado, la *Comissió* se pronunció sobre el Proyecto de decreto posteriormente aprobado como Decreto 148/2013, de 2 de abril, de los Premios Nacionales de Cultura de la Generalitat de Catalunya. Aunque en el preámbulo de la norma se hace referencia a estos premios como un símbolo y un reconocimiento público, así como a la valúa y trascendencia de la cultura en la sociedad catalana, durante la elaboración de la norma no se realizaron los trámites de audiencia ni tampoco de información pública, siendo la justificación que la norma proyectada no afectaba derechos o intereses legítimos de los ciudadanos y que no había entidades afectadas por la regulación proyectada. La *Comissió Jurídica Assessora* señaló, acertadamente, que la norma traspasaba el ámbito puramente organizativo, aunque la falta de audiencia e información pública no fuera considerada un defecto procedimental de carácter esencial (Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 110/13, de 14 de marzo).

Por su parte, el Consejo de Estado se refirió en su Memoria de 2011 a “audiencias incompletas”, reiterando muchas de las manifestaciones ya realizadas sobre esta cuestión en las Memorias de 1992, 1993, 1999, 2002 y 2008. Memoria del Consejo de Estado de 2011, págs. 239 y siguientes.

¹¹² En este sentido, en la elaboración de normas con un gran número de potenciales destinatarios es frecuente que, aún abriéndose el trámite de información pública, no se reciban alegaciones, tal como sucedió en la tramitación del Decreto 121/2013, de 26 de febrero, por el que se regulan las hojas de queja, reclamación y denuncia en las relaciones de consumo, que sujeta a todos los profesionales colegiados a disponer de hojas de queja reclamación y denuncia, así como al régimen disciplinario que la legislación de consumo prevé en este ámbito (Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 131/13, de 4 de abril).

¹¹³ El Informe de la OCDE de 2011, *Mejora de la regulación en Europa*. España señala en este punto que: “Las partes interesadas también comunicaron una cierta reticencia de la Administración Pública para acometer un genuino diálogo, y declararon que el texto de las propuestas se modifica muy pocas veces tras la consulta”, matizando respecto a lo anterior que “dicha valoración varía según el caso y los Ministerios”. (pág. 106).

siendo casi anecdóticos los supuestos en que la Administración incorpora al texto finalmente aprobado alguna de las alegaciones realizadas¹¹⁴.

Todo ello genera, tal como señala SANTAMARÍA PASTOR "un marco habitual de desconfianza recíproca", que conlleva que, con frecuencia, se estén preparando "las armas para un posterior recurso contencioso que se prevé como inevitable -y que luego suele plantearse"¹¹⁵.

La situación descrita pone de manifiesto la necesidad de rediseñar los términos en los que actualmente se produce la participación de los ciudadanos en la elaboración de reglamentos, flexibilizando su intervención desde el punto de vista subjetivo y formal. Debe erigirse como un deber de la Administración contribuir a la formación de una cultura participativa, que fomente la participación y logre que las aportaciones de los ciudadanos sean lo más útiles posibles, pues ello redundaría no sólo en una mayor satisfacción de los participantes en el procedimiento, sino que también permitirá tener en cuenta todos los puntos de vista desde los cuales la cuestión pueda ser analizada, enriqueciendo así su contenido (STS de 13 de octubre de 2011, Ar. 7254, Ponente: Santiago Martínez-Vares García).

5. Estrechamente relacionada con la escasez de la participación ciudadana a la que acabamos de referirnos, se encuentra la problemática vinculada a la **intervención de los grupos de interés o lobbies** en la elaboración de normas.

La actividad de estos sujetos se lleva a cabo, en términos generales, de forma subrepticia; siendo el motivo principal de ello el vacío en la regulación de estos sujetos y la actividad que desarrollan en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general,

¹¹⁴ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Orden AAM/79/2013, de 6 de mayo, sobre el régimen de obtención de la cualificación de orientación energética de los terrenos forestales y agrícolas en el ámbito de Cataluña y la garantía de trazabilidad. Tal como puso de manifiesto la *Comissió Jurídica Assessora* en el Dictamen sobre esta norma (Dictamen 148/13, de 18 de abril), durante los trámites de audiencia e información pública, diversas personas y entidades cuestionaron los motivos que justificaban que la Administración aprobara esta disposición, y solicitaron que se modificara alguno de sus preceptos o, incluso, que se retirara el proyecto de disposición, por entender que la combustión de la biomasa generaría contaminantes perjudiciales y que la norma serviría de estímulo a la deforestación.

Dichas observaciones fueron motivadamente desestimadas, sin que ninguna de ellas fuera incorporada a la norma finalmente aprobada.

¹¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración... Op. Cit. Pág. 84.

sólo colmado parcialmente por la regulación contenida en la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cual será objeto de un análisis detallado en el segundo capítulo de este trabajo¹¹⁶.

Respecto a esta cuestión, sin perjuicio de la importancia de regular la actividad desarrollada por *lobbies* en toda su extensión¹¹⁷, debemos destacar que la elaboración de reglamentos es, probablemente, el ámbito de la actividad administrativa en que más incidencia tiene la actuación de estos sujetos. Por todos es aceptado que, a la hora de elaborar un reglamento, ya sea de forma informal o con motivo de los trámites destinados a garantizar la participación ciudadana, la Administración recaba el parecer, y también los conocimientos, de los principales grupos de interés o *lobbies* que puedan resultar afectados por el futuro reglamento, cuestión señalada por la propia OCDE¹¹⁸.

¹¹⁶ Esta norma regula en su Título IV el Registro de grupos de interés, cuestión a la que dedica los artículos 45 a 53. En el contexto de esta regulación, se tiene en cuenta la intervención de los grupos de interés en la elaboración de reglamentos, previéndose que deben inscribirse en el registro personas y organizaciones que realizan actividades susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales (art. 47.1); incluyendo, asimismo, dentro del ámbito objetivo del registro, todas las actividades realizadas con la finalidad de influir directa o indirectamente en los procesos de elaboración o aplicación de las políticas y la toma de decisiones, con independencia del canal o medio utilizado, incluyendo las contribuciones y la participación voluntarias en consultas oficiales sobre propuestas legislativas y normativas (art. 47.2 Ley catalana 19/2014).

¹¹⁷ La falta de regulación de esta cuestión provoca que los límites a las actuaciones ejercida por grupos de interés o *lobbies* se hayan únicamente en el derecho penal. En este sentido, la STS de 11 de junio de 2012 (Ar. 6713, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiesta, afirma que: “*La ausencia de normativa concreta en nuestro ordenamiento sobre el lobby no priva del uso de categorías contractuales similares, como la analizada, no pudiendo declararse que el contrato que tenga por objeto el desarrollo de "lobbying" sea "per se" ilícito, debiendo valorarse en cada caso la conducta proyectada contractualmente y el ejercicio concreto de las obligaciones pactadas, las que tienen un límite claro en el derecho penal, en el delito de tráfico de influencias*”.

Asimismo, desde diversas instituciones internacionales se ha instado a España a regular esta cuestión. Así, el Informe de lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014 [COM (2014) 38 final], en su Anexo a España (pág. 5), señalaba que “Si bien se han realizado pocos estudios sobre los riesgos asociados a la actividad de los grupos de presión en España, los recientes casos de corrupción indican la influencia potencial, en la toma de decisiones a nivel local y regional, de determinados grupos de interés relacionados con los sectores del urbanismo y la construcción”.

¹¹⁸ El Informe de la OCDE *Mejora de la regulación en Europa. España* (2011) señala como es habitual que las leyes creen consejos consultivos cuya misión es revisar los futuros reglamentos derivados del a

La intervención de estos sujetos en los procedimientos de elaboración de normas de cualquier rango, aún careciendo de cualquier regulación, tiene, según la jurisprudencia europea carácter ilícito, siempre y cuando no exceda una “actuación normal de presión” [Sentencia Tribunal General de la Unión Europea (Sala Quinta), de 12 de mayo de 2010, Caso EMC Development AB contra Comisión Europea]¹¹⁹; mientras que, en nuestro país, los tribunales les han otorgado, incluso, un estatuto especial (STS de 16 de julio de 2013, Ar. 6178, Ponente: Segundo Menéndez Pérez)¹²⁰.

misma. Asimismo, este informe señala como en la elaboración de normas, "la implicación de otros grupos de interés organizados, como ONG relacionadas como el medio ambiente, no deja de crecer" (pág. 107).

Las consideraciones anteriores son compartidas por los propios decisores políticos. En este sentido, en el documento “La opinión de los políticos españoles en cifras”, elaborado por Merkastar para Cariotipo Mh5 y Burson-Marsteller se afirma que la transparencia supone uno de los principales de debate en torno al lobby y su ausencia representa el aspecto más negativo de su actividad. Al respecto, el 22% de los políticos considera que no se proporciona información neutral sobre la intervención de los lobbies.

¹¹⁹ En este caso, el Tribunal se pronuncia sobre la impugnación de la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de construcción (DO 1989, L 40, pg. 12), según su versión modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993, la cual pretende eliminar los obstáculos a la libre circulación de los productos de construcción.

La demandante, EMC Development AB, sociedad dedicada a la experimentación continua, el desarrollo y la explotación comercial de un método para producir un cemento energéticamente modificado, impugna la norma por considerar que los fabricantes europeos de cemento Portland, a través de la Asociación Europea del Cemento (Cembureau) y gracias a la cooperación de esta asociación con el organismo de estandarización CEN/TC 51, habían influido y controlado el procedimiento de elaboración de la Directiva, siendo el resultado una norma concebida para favorecer a los principales fabricantes de cemento del mercado.

El Tribunal desestima el recurso, al considerar que se ha respetado el procedimiento de elaboración de la norma, pues el reglamento interno del CEN permite incluir expertos de industria que forman parte de comités técnicos, al preverse garantías para que la decisión final relativa a un proyecto de norma se adopte en interés general.

¹²⁰ En este supuesto, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia, que anulaba la Orden de la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos de 29 de agosto de 2008, que aprobó el Reglamento de la Denominación de Origen Mexillón de Galicia-Mejillón de Galicia y de su Consejo Regulador, por el hecho de que la "Asociación Nacional de Fabricantes de Conservas de Pescados y Mariscos" no había sido formalmente destinataria del trámite de audiencia que se abrió en el procedimiento de elaboración de dicha disposición general.

Pese a lo anterior, existen potenciales efectos negativos derivados de la intervención de los *lobbies* o grupos de interés en la elaboración de disposiciones administrativas generales, especialmente vinculados a la participación ciudadana, y que es importante se tengan en cuenta. En particular, el hecho de que la participación llevada a cabo por estos sujetos carezca de cualquier regulación provoca, de forma inevitable, que sea una cuestión respecto a la cual no se da ningún conocimiento, lo cual impide hacer el seguimiento de la denominada "huella normativa". Los ciudadanos (e, incluso, los Tribunales) desconocen una parte importante del desarrollo del procedimiento, al carecer de cualquier información sobre los grupos de interés intervinientes y el impacto de sus aportaciones en la norma finalmente aprobada. Adicionalmente, cuando la participación de los *lobbies* se lleva a cabo sin límite alguno, puede llegar a producirse la denominada "captura" de la voluntad de la Administración, que comporta que la norma finalmente aprobada no persiga en realidad los intereses generales, sino los de aquellos grupos o entidades que han participado intensamente en su elaboración. Especialmente cuando estos sujetos participan en la elaboración de la norma a través de los tradicionales trámites de audiencia e información pública, sus comentarios pueden llegar a eclipsar las aportaciones realizadas por el resto de ciudadanos, pues cuentan con una serie de medios personales y económicos que hacen que, por lo general, sus comentarios sean de mayor calidad, desde el punto de vista jurídico y técnico.

Los problemas señalados, coetáneos a la intervención de grupos de interés en el desarrollo de la actividad administrativa, sólo pueden llegar a minimizarse dando un adecuado encaje a la participación de estos sujetos en el procedimiento de elaboración de reglamentos. Deben establecerse claramente el momento del procedimiento en el que pueden intervenir estos sujetos, los términos en los que debe producirse su participación y la relación de sus aportaciones con las del resto de ciudadanos; garantizando además

A pesar de que ANFACO es una asociación de carácter voluntario, el Tribunal tuvo en cuenta que la misma asumía la representación y defensa de los intereses de la práctica totalidad del sector conservero gallego, representando entonces a 48 de las 66 empresas conserveras radicadas en Galicia; que era una entidad suficientemente conocida por la Administración, que mantuvo con ella "contactos" con el fin de analizar el posicionamiento del sector en relación a la Denominación de Origen, o de elaborar un Manual de Calidad de común acuerdo con el sector conservero; y que el trámite de audiencia si se había abierto a otras asociaciones privadas, representativas de intereses de productores, depuradores, cocederos y procesadores, no motivándose en el expediente la falta de audiencia a esta entidad ni tampoco que la Administración valorara las manifestaciones efectuadas por ANFACO.

el máximo conocimiento respecto a este tipo de actuaciones. Sólo así se garantizará que la norma finalmente aprobada persiga los intereses generales y que quede preservada la finalidad de los trámites participativos que se prevén realizar en el marco de los procedimientos de elaboración de reglamentos.

6. Finalmente, el último de los problemas vinculados al ejercicio de la potestad reglamentaria al que queremos referirnos es la **insuficiencia de los mecanismos de control previos** a la aprobación de normas reglamentarias, que permiten detectar y evitar, durante su elaboración, gran parte de los problemas o deficiencias a los que acabamos de referirnos.

Sin perjuicio de los informes y consultas que deben recabarse durante la elaboración de la norma reglamentaria, el principal instrumento de control previo al que se refiere el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria es el dictamen que emite el Consejo de Estado o, en su caso, los órganos consultivos autonómicos equivalentes, en relación a los proyectos normativos elaborados por la Administración.

A pesar de la importancia de este trámite procedimental que, ya hemos señalado, tiene carácter esencial, el carácter "final" de los dictámenes emitidos por estos órganos consultivos provoca que su intervención se produzca una vez la norma ya está prácticamente aprobada; lo que determina que sus observaciones sobre la necesidad y oportunidad de la norma sean en muchas ocasiones estériles, y que las posibles opciones regulatorias a plantear estén significativamente limitadas, teniendo en cuenta que la Administración ya ha invertido una gran cantidad de tiempo y de recursos (tanto materiales como personales) en elaborar un determinado proyecto reglamentario.

Asimismo, el carácter preceptivo pero no vinculante de los Dictámenes emitidos por el Consejo de Estado y los distintos órganos consultivos que existen a nivel autonómico, conlleva que sus observaciones no siempre tengan el recibimiento que merecerían en el seno de nuestras Administraciones Públicas, lo cual disminuye la efectividad del control ejercido por estos órganos¹²¹.

¹²¹ En este sentido, el Profesor RUBIO LORENTE, ex Presidente del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre el impacto que tienen los informes que recuerdan a la Administración la necesidad de respetar los principios que rigen la potestad reglamentaria así como los preceptivos trámites en la elaboración de una disposición general, afirmaba que: "lamentablemente la experiencia muestra que esas insistentes

Respecto a esta última cuestión, un ejemplo reciente puede resultar altamente ilustrativo de la problemática a la que nos estamos refiriendo. En el año 2004, la Generalitat de Catalunya aprobó el Decreto 389/2004, de 21 de septiembre, cuyo objeto era regular en Catalunya la pesca del Coral Rojo, especie cuya conservación y protección fue declarada de interés comunitario por la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats (Anexo 5) así como por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad, de transposición de la anterior. Respecto al Proyecto de este Decreto catalán, la Comissió Jurídica Assessora, en su Dictamen núm. 300/2004, señaló que se habían producido en su elaboración diversos defectos formales y de fondo¹²². El Decreto se aprobó sólo “oído el Dictamen”, sin enmendar las deficiencias detectadas por el órgano consultivo, y posteriormente fue impugnado y declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya núm. 311/2008, de 8 de abril, confirmada en casación por la STS de 15 de diciembre de 2010 (Ar. 9077, Ponente: Manuel Sánchez Campos-Bordona).

En ejecución de la Sentencia citada, la normativa reguladora de la pesca del coral rojo (que, insistimos, es una especie declarada de interés Comunitario), volvía a ser el Decreto 241/1983, de 7 de julio, norma anterior a la Directiva hábitats, y claramente desfasada en relación con los objetivos de conservación y protección establecidos en dicha Directiva.

advertencias han tenido un éxito más bien limitado". RUBIO LLORENTE, F., "El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 6, julio/diciembre 2006. Págs. 27 y ss.

¹²² Entre otras carencias, el Dictamen de la CJA núm. 300/2004, señalaba que la memoria del Decreto contenía una justificación de la oportunidad y adecuación de las medidas propuestas a los fines perseguidos excesivamente concisa, limitándose a aludir a la regulación comunitaria y estatal y a la constatación de la antigüedad de la regulación vigente; que no existía un auténtico estudio de costes y beneficios, con una estimación o consideración de las consecuencias en la actividad económica y la riqueza colectiva que comportaría la vigencia del nuevo decreto; que era carente la explicación de las razones por las que podían concederse autorizaciones y la limitación de titulares; echando en falta también la delimitación de las zonas a las que se aplicarían las previsiones del decreto, una mayor concreción en la forma de acreditación de la antigüedad o ejercicio continuado de la profesión así como mayor precisión en el proceso de adjudicación de licencias, en aras a un principio de transparencia de dicho proceso.

Finalmente, la solución llegó con la aprobación del Decreto 54/2014, de 15 de abril, por el que se regula la extracción de coral rojo (*Corallium rubrum*) en las aguas interiores del litoral catalán, norma cuyo proyecto sí obtuvo el informe favorable de la Comissió Jurídica Assessora (Dictamen 108/14).

En definitiva, tal como se puso de relieve con motivo de la aprobación del Decreto 389/2004, caso en el que hemos permitido extendernos, el carácter no vinculante de los dictámenes de los órganos consultivos relativos a los proyectos normativos elaborados por la Administración provoca que, en ocasiones, una norma reglamentaria deba ser anulada judicialmente por motivos que ya fueron detectados antes de su aprobación, pudiéndose derivar, como consecuencia de ello, diversos perjuicios para los intereses generales.

Todo ello podría solucionarse otorgando a los órganos consultivos superiores, avalados por su composición y experiencia, un papel más significativo en la elaboración de reglamentos, reconociéndoles un rol activo en la propia redacción de la norma y los instrumentos que la acompañan y otorgando a sus observaciones carácter vinculante.

2. ¿Es la transparencia administrativa una solución?

A la vista de los problemas que plantea el ejercicio de la potestad reglamentaria a los que acabamos de referirnos, es palmario que nos encontramos ante una serie de disfunciones interrelacionados entre sí, y que ponen de reflejo una problemática en la actividad normativa de la Administración que no es aislada o anecdótica; sino que, todo lo contrario, reviste un carácter estructural. Se hace así necesario replantear los términos en los que, actualmente, se configura el ejercicio de la potestad reglamentaria, con carácter general, y del procedimiento de elaboración de reglamentos, en particular; cuestión respecto a la cual el legislador estatal parece haber tomado buena nota¹²³.

Teniendo en cuenta esta premisa, y buscando mejorar los términos en los que nuestras Administraciones Públicas ejercen sus potestades normativas, la pregunta que sirve

¹²³ Hay que destacar en este sentido el contenido del ya citado Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común, que prevé la derogación de los arts. 22 a 25 LG e incorpora un Título específico, en el que se regula un procedimiento común de elaboración de normas y disposiciones.

como punto de partida a esta tesis es la siguiente: ¿Es la transparencia administrativa una solución?

2.1. Consideraciones generales sobre la transparencia administrativa

Antes de valorar la posible incidencia positiva que la implementación de la transparencia puede tener en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración, resulta necesario, para situar adecuadamente el objeto de esta tesis, realizar algunas consideraciones generales sobre esta institución.

La transparencia administrativa, regulada en nuestro ordenamiento jurídico con carácter general en la ya citada Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), es una institución que, durante los últimos años, se ha instalado en nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de convertirse en uno de los principales temas de debate de nuestra disciplina en el momento actual; marcando, tal como señala T.R. FERNÁNDEZ, una de las "direcciones prioritarias a las que debemos orientar nuestros esfuerzos"¹²⁴.

Y es que, si en el mundo del Derecho, sucede con frecuencia que ciertos conceptos o términos acaparan, en un determinado momento, la atención de legisladores, tribunales y foros académicos, ello es sin duda predicable de la transparencia; término propio de la química, pero que, en los últimos años, ha trascendido a otras ramas del conocimiento como la Ciencia Política, la Economía u otros más remotos¹²⁵, tratándose asimismo de un concepto que ha adquirido fuertes implicaciones jurídicas, tal como demuestran las numerosas normas que, en ámbitos de lo más variopinto, y ya sea en su rúbrica o en su

¹²⁴ T.R. FERNÁNDEZ, "Perspectivas actuales del derecho Administrativo (Roma 2014)", *REDA* núm. 163, Abril-Junio 2014. Pág. 48.

¹²⁵ En este sentido, MOCK destaca también la utilización del término transparencia en los ámbitos de la teoría de la información, teoría de los juegos o en la teoría del desarrollo. MOCK, William, B. T., "An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A tool for Rational Development", en *Dickinson Journal of International Law* núm. 293, 2000. Pág. 294.

articulado, se refieren a la transparencia¹²⁶, así como la abrumadora literatura jurídica surgida en torno a esta institución¹²⁷.

¹²⁶ A modo de ejemplo, pueden citarse las normas siguientes: Ley de la Comunidad de Madrid 1/2012, de 26 de marzo, de protección de consumidores mediante transparencia en contratación hipotecaria en Madrid; Real Decreto núm. 1698/2012, de 21 de diciembre, por el que se modifica la normativa vigente en materia de folleto y de requisitos de transparencia exigibles en las emisiones de valores por la transposición de la Directiva 2010/73/UE; Decreto de Castilla-La Mancha núm. 54/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y de mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Decreto de Castilla-La Mancha núm. 235/2010, de 30 de noviembre, de regulación de competencias y fomento de la transparencia en la actividad urbanística de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; Decreto Foral núm. 59/2013, de 11 de septiembre, que regula las obligaciones de transparencia de los beneficiarios de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra; Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 352/2006, de 14 de febrero, que Aprueba medidas para la transparencia, innovación y gestión telemática de las ayudas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; Orden del Ministerio de Economía y Hacienda núm. 1068/2010, de 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; Orden del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente núm. 1933/2012, de 3 de agosto, que extiende el acuerdo de la Organización Interprofesional Láctea, al conjunto del sector, y se fija la aportación económica para realizar la implantación, el mantenimiento y la gestión del sistema de contratos lácteos obligatorios para la optimización del conocimiento y de la transparencia informativa del sector lácteo y para la potenciación de la calidad e innovación tecnológica en el sector lácteo en las campañas 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015; Orden del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente núm. 1830/2012, de 24 de septiembre, que extiende el Acuerdo de la Asociación Interprofesional del Cerdo Ibérico, al conjunto del sector y se fija la aportación económica obligatoria, para la promoción de los productos del cerdo ibérico, la optimización del conocimiento y la transparencia informativa del sector y el apoyo a la investigación e innovación tecnológica durante las campañas 2013-2014, 2014-2015 y 2015-2016.

¹²⁷ Entre otros: AAVV (Coord. BLASCO ESTEVE, A.), *El Derecho público de la crisis económica, Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2011. En particular, ver los trabajos del bloque dedicado a "Transparencia y sector público": PIÑAR MAÑAS, J.L., "La necesidad de una ley de transparencia"; GARCÍA MACHO, R., "La transparencia en el sector público", GUICHOT REINA, E., "Transparencia versus protección de datos"; CASTILLO VÁZQUEZ, I.C., "Transparencia y acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* núm. 6, 2007, págs. 231-254; AAVV, (Coord. E. GUICHOT), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Instituto García Oviedo, Madrid, 2014; AAVV (Ed. GARCÍA MACHO), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010 (*in totum*); AAVV (Coord.

VALERO TORRIJOS, J.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2014; ARENA, G., "La transparencia administrativa", *Documentación Administrativa*, Mayo-Diciembre 1997, págs. 248-249; CERRILLO MARTÍNEZ, A., "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 756, 2012 (Ejemplar dedicado a: Prácticas políticas y nuevas tecnologías: Participación política digital en España), págs. 707-724; CERRILLO MARTÍNEZ, A., "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2011, págs. 277-313; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente: (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; COTINO HUESO, L., *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, Tirant lo Blanch, 2003; DOMÍNGUEZ LUÍS, J.A., "El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88, octubre-diciembre 1995, págs. 537-563; GUICHOT REINA, E., "Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio", *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 35, 2007, págs. 43-74; GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Derecho Global, Sevilla, 2011; GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "La transparencia en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005, págs. 169-193; MAURI MAJÓS, J., "El principio de transparencia en la legislación de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas catalanas" en AAVV, TORNOS MAS, J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la administración", *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, págs. 11-61; PAREJO ALFONSO, L., "Los principios de la gobernanza europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, págs. 27-56; PÉREZ CARRILLO, E., "La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: El acceso público a los documentos de sus instituciones y órganos", *RVAP* núm. 56, 2000, págs. 349-385; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en RUIZ OJEDA, A.L. (coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 1023-1044; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "La transparencia en la Administración Pública", *RVAP* núm. 42, 1995, págs. 447-463; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Sobre la transparencia en la Administración pública", *Revista de Estudios Locales*, núm. 103, 2007, págs. 28-39.

En derecho comparado: AUBY, Jean Marie, "Hacia la "transparencia" de la Administración en Francia", *RAP* núm. 95, 1981. Págs. 315 y siguientes; CARLONI, E. (Coord.), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008; FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a.Y., "La ley francesa sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas", *RAP* núm. 159, 2002; FERNÁNDEZ RAMOS, S., "La transparencia administrativa en Portugal: una referencia para el Derecho Administrativo español", *RAP*, núm. 163, 2004, págs. 431-464; KLOEPFER, M., *Die transparente Verwaltung, Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen, Beiträge zum Informationsrecht*, Bd. 6, Duncker & Humblot: Berlin, 2003.

Partiendo de que el término transparencia se utiliza para referirse a la cualidad que poseen aquellos materiales a través de los cuales se puede vislumbrar claramente, ésta representa lo contrario a la opacidad y un paso más respecto a la translucidez, predicable de los materiales que dejan pasar la luz, pero no ver nítidamente los objetos¹²⁸.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, resulta obvio que, cuando el término transparencia se aplica fuera del "mundo de los cuerpos", ésta no puede entenderse en un sentido literal, sino que únicamente tiene un valor simbólico o metafórico, pues su utilización no pretende reflejar una realidad, sino una idea o aspiración. La transparencia, por tanto, no hace referencia a lo que se "es"; sino a lo que se "quiere ser", por lo que es frecuente utilizar este término como un recurso, casi poético, para definir nuevos modelos económicos, políticos o de gestión.

Adicionalmente, en los ámbitos "impropios" en los que se aplica el término transparencia, éste reviste una serie de características que han contribuido a su proliferación, hasta el extremo que su utilización se ha tornado, en ocasiones, abusiva¹²⁹. Así, podemos destacar en primer lugar que se trata de un concepto "paraguas" o "macroconcepto", esto es, un término aglutinador de distintas ideas, figuras o instituciones, que pueden ampararse bajo su seno¹³⁰. En segundo lugar,

¹²⁸ Vid. definición "translúcido" del Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

¹²⁹ Un ejemplo claro de ello lo encontramos en las campañas electorales previas a las elecciones de 20 de noviembre de 2011, pues en los programas políticos de los distintos partidos aparecían constantemente los términos "transparencia" y "transparente". En este sentido, el programa del Partido Popular citaba la palabra "transparencia" en 59 ocasiones y el adjetivo "transparente" en 18, incluyendo asimismo un apartado específico titulado transparencia. Asimismo, el programa del Partido Socialista Obrero Español citaba la palabra "transparencia" en 27 ocasiones y el adjetivo "transparente" en 21, incluyendo también un apartado dedicado a la transparencia y al Gobierno Abierto. Por su parte, Izquierda Unida y Unión Progreso y Democracia citaban, respectivamente, el término "transparencia" en 10 y 12 ocasiones y el adjetivo "transparente", hasta 4 y 9 veces. Así se recoge en: AAVV, E. GUICHOT (Coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno...* Op. Cit. Págs. 22 y 23.

Sobre la utilización del término transparencia, vid. también: COTINO HUESO, L., *Teoría y realidad de la transparencia pública...* Op. Cit Págs. 13 a 16.

¹³⁰ BARNÉS VÁZQUEZ se refiere a la transparencia como un concepto de "anchas espaldas", "una suerte de abreviatura que encierra cosas diversas (...) que soporta realidades y perspectivas distantes entre sí". BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas

estamos también ante un concepto poliédrico o cambiante, en el sentido de que su significado variará en función de la disciplina en la que nos encontremos e, incluso, dentro de una misma rama del conocimiento, adquirirá distintas implicaciones según el contexto concreto y las finalidades que, en cada caso, se persigan con su utilización. Finalmente, y en tercer lugar, la transparencia se caracteriza por ser un concepto que lleva aparejadas, por lo general, connotaciones positivas o favorables. Estamos ante un término que se asocia a la limpieza o pureza; conceptos que, a su vez, suelen identificarse con la verdad y la integridad, lo que ha llevado a que, en determinados ámbitos, la transparencia se presente como una fórmula infalible para solucionar todos los problemas que se producen en determinados ámbitos de la realidad política y económica¹³¹.

Teniendo en cuenta las características referidas, en relación a la actividad de las Administraciones Públicas, el término transparencia tiene como finalidad referirse a uno de los atributos o características que se considera debe poseer una Administración Pública. Una Administración Pública transparente ha sido así identificada por la doctrina como una “casa de cristal”¹³², esto es, una Administración que permite que cualquier persona ajena a la misma pueda ver lo que hay en su interior, llegando a conocer los aspectos más relevantes relativos a su funcionamiento y actividad.

En este contexto, son muchos los autores que se han pronunciado acerca de la naturaleza jurídica de la transparencia¹³³. Esencialmente, las distintas posturas doctrinales en este ámbito oscilan entre las que consideran que se trata de un valor

consecuencias sobre la transparencia" en GARCÍA MACHO, R. (ed.), *Derecho administrativo de la información...* Op. Cit. Pág. 51.

¹³¹ FROST, A., "Restoring Faith in Government: Transparency Reform in the United States and the European Union", *European Public Law*, vol. 9, pág. 87.

¹³² TURATI fue el primero en utilizar este concepto, afirmando: "Donde un interés superior, público, no imponga un secreto momentáneo la casa de la Administración debería ser de vidrio". F. Turati, *Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati*, ses. 1904-1908, 17 de junio, 1908, pág. 22962. Citado en: ARENA, G., "La transparencia administrativa"...Op.cit. Pág. 363.

Sobre el tema también puede verse: CARLONI, E., "La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa", *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2009, págs. 179-812.

¹³³ Las diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la transparencia administrativa son objeto de estudio con carácter general en: PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho de la información y...* Op. cit. Págs. 81-85.

superior del ordenamiento jurídico¹³⁴; aquellas que entienden que estamos ante un principio de actuación administrativa¹³⁵; y, por último, las que identifican la transparencia con un derecho, existiendo entonces debate sobre si se trata de un derecho de carácter fundamental, o no¹³⁶.

La realidad es que inclinar la balanza hacia un lado u otro resulta extremadamente complejo, pues si bien es cierto que en ocasiones las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico deben interpretarse a la luz de la transparencia, actuando así como valor superior del mismo; en algunas otras, ésta se presenta como un principio que guía la actuación de la Administración; existiendo también determinados supuestos en que la transparencia administrativa conlleva el reconocimiento de uno o más derechos concretos, cuyo rango de protección puede variar en función de los intereses en juego.

A la vista de lo anterior, a la hora de regular la transparencia administrativa, el legislador puede decidir otorgar una mayor importancia a su vertiente de valor, de principio o de derecho¹³⁷; siendo lo más relevante que, con independencia de la opción

¹³⁴ En este sentido, ARENA afirmaba que la transparencia no es un instituto jurídico preciso, sino que se trata de un valor inmanente al ordenamiento que se debe tender a realizar. ARENA, G. "La transparencia administrativa y democracia... Op. cit.

¹³⁵ A nivel comparado, en Gran Bretaña, el conocido como "Informe Nolan", elaborado en 1995 por la Comisión de estándares en la vida pública (*Committee on Standards on Public Life*) incluye la transparencia como uno de los siete principios de la vida pública británica. Sobre el tema: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2000. Pág. 85.

¹³⁶ Sobre la consideración de la transparencia administrativa como derecho puede verse: SÁNCHEZ DE DIEGO, M., "Un derecho fundamental a acceder a la información pública", en *El derecho de acceso a la información pública*, Madrid, CERSA, 2008; BLASCO DÍAZ, J.L. "El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...*Op. cit. Págs. 121 y ss. En derecho comparado: BIRKINSHAW, P., "Freedom of Information and openness: fundamental human right?", *Administrative Law Review*, núm. 177, 2006.

¹³⁷ En el ordenamiento jurídico español se ha afirmado por la doctrina que es la consideración de la transparencia como principio la que, tradicionalmente, ha primado sobre los demás; afirmación que se justifica en la ubicación del artículo 105.b) de la Constitución incluido en el Título IV, sobre el gobierno y la Administración; el art. 3.5 de la Ley 30/1992, que hace referencia a los "principios de transparencia y participación". Sobre esta cuestión: PIÑAR MAÑAS, J.L., "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", *RCDP* núm. 49 (pág. 6); RAMS RAMOS, L., "La

elegida, se logre hacer realidad la idea de Administración proyectada por esta institución¹³⁸, que determina también la instauración de un nuevo sistema de relaciones entre la Administración y los ciudadanos.

En este orden de ideas, nosotros entendemos que la transparencia administrativa comporta que, a través de distintos instrumentos y figuras jurídicas, se consiga instaurar un modelo de Administración, con motivo del cual los ciudadanos puedan tener un alto grado de conocimiento de la información relacionada con la actividad pública; información que tiene una vocación claramente finalista, y debe servir para que los ciudadanos participen en la actividad administrativa y para que puedan ponerse en marcha los mecanismos de control o rendición de cuentas aplicables a la actuación de la Administración; existiendo respecto a todas estas manifestaciones de la transparencia una serie de límites y excepciones dirigidas a proteger determinados intereses y valores superiores reconocidos legalmente.

En conclusión, la metáfora que identifica una Administración transparente como una casa de cristal, aunque ilustrativa, tiene importantes carencias; pues, por un lado, no tiene en cuenta todas las implicaciones que para la Administración se derivan de la transparencia; y, por otro lado, tampoco toma en consideración, como sucede respecto a cualquier otra institución jurídica, los límites que le resultan de aplicación.

2.1.a. Contenido positivo de la transparencia: Conocimiento, participación y rendición de cuentas como elementos configuradores de la transparencia

En relación a las implicaciones o contenido positivo de la transparencia administrativa, consideramos que una Administración verdaderamente transparente debe ser más que una “casa de cristal” que permita solamente observar lo que sucede en su interior; pues también debe hacer posible la participación y la rendición cuentas.

transformación del derecho de acceso en España: del derecho de configuración legal a derecho fundamental", *REDA* núm. 160, 2013.

¹³⁸ En esta línea, GARCÍA MACHO habla de la transparencia como "un resultado", que garantiza la publicidad y los documentos. GARCÍA MACHO, R., "La transparencia en el sector público... Op. Cit. Pág. 257.

Siguiendo con la misma metáfora, una Administración transparente, en muchas ocasiones, debe dejar sus puertas abiertas con la finalidad que aquellos ciudadanos que así lo deseen dejen de ser meros observadores y asuman un rol activo en el marco de las políticas administrativas, participando en su desarrollo. Asimismo, y por otro lado, tiene que ser posible poner en marcha los mecanismos de rendición de cuentas o de control previstos por el ordenamiento jurídico, facilitando que la actuación del sector público y de las personas que lo integran se adecúe a los principios que rigen la actividad administrativa y entre los que destaca, por encima de todos, el principio de legalidad; garantizando así que la casa que representa la Administración, no sólo sea de cristal, sino que también esté limpia.

Siendo evidente la estrecha vinculación que existe entre conocimiento, participación y rendición de cuentas hemos de señalar que existe un debate en este punto, entre aquellos autores que defienden que la transparencia administrativa es un macroconcepto en el que se incluyen todos los elementos referidos; y aquéllos otros que, por el contrario, consideran que la transparencia administrativa cumple, esencialmente, una naturaleza instrumental, que permite que a partir de la provisión de información se satisfagan los otros dos institutos jurídicos, respecto a los cuales debe realizarse una "delimitación precisa"¹³⁹.

¹³⁹ En este sentido, COTINO HUESO considera que participación (así como el control) no son, en sí mismos, elementos integrantes de la transparencia, sino que ésta última es una herramienta para lograr ambas. En particular, el autor pone especial énfasis en la distinción entre transparencia y participación, sosteniendo que la transparencia actúa como un presupuesto, premisa e instrumento de la participación, citando como autores favorables a esta postura: SCHRAM, F., "Debating Transparency: A Challenge for the Belgian Presidency", en DECKMYN, V. (Ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 33-90; COTINO HUESO, L., *Teoría y realidad de la transparencia pública....* Op. Cit. págs. 24 a 26.

En la misma línea se pronuncian: TORNOS MAS, J., ARROYO DIEZ, A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., y LÓPEZ PAGÁN, J., *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*, Colección de Estudios sobre Políticas Públicas Locales y Regionales de Cohesión Social, Programa URB - AL III, Barcelona, 2012. Págs. 39 a 72.

Por su parte, BLASCO DÍAZ, adopta una posición intermedia pues, aunque afirma la estrecha relación entre la transparencia y el control (*accountability*), no incluye (al menos de manera expresa) este elemento dentro del concepto de transparencia, cosa que sí hace con la participación, cuando el autor afirma que la transparencia comprendería, cuanto menos: "el derecho de acceso a la información, la publicidad y difusión de la actividad pública en todos los supuestos posibles, la participación de los

En el marco de la discusión apuntada, debemos inclinarnos por la postura que defiende que la transparencia no va referida únicamente a la posibilidad de obtener información administrativa, sino que la participación y el control forman parte también de su contenido. Bajo nuestro punto de vista, la consideración de la transparencia como un mero instrumento o medio en favor de otras instituciones y la insistencia en separar unas y otras responde a una interpretación excesivamente formalista y restrictiva del concepto de transparencia administrativa, que se centra únicamente en la faceta de la misma referida al derecho a conocer, y que la priva de la virtualidad y aplicación práctica que permite una concepción menos compartimentada de la realidad jurídica de nuestras Administraciones Públicas.

El concepto de transparencia o de Administración transparente ha experimentado, a nuestro parecer, una ampliación que responde a su propia evolución. Mientras que en un primer momento, transparencia y derecho a conocer eran sinónimos, pronto se puso de manifiesto que, si bien la información es poder, esta información estaba al servicio de otros principios y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico¹⁴⁰. En este contexto, el término transparencia administrativa ha abarcado en su seno otras figuras, como la participación ciudadana y la rendición de cuentas, aunque la enorme popularidad de este vocablo ha impedido una mayor proliferación de otros conceptos, como los de apertura o proximidad, mucho más adecuados para definir el fenómeno al que nos estamos refiriendo. En este sentido, conocimiento, participación y rendición de cuentas, de forma separada, constituyen pilares básicos y tradicionales del ordenamiento administrativo, siendo la gran aportación de la transparencia aunarlos en un mismo concepto o institución, facilitando su aplicación conjunta e integrada y llevar estos

ciudadanos en la formación de las decisiones administrativas y, finalmente, la ausencia de obstáculos o dificultades al natural conocimiento". BLASCO DÍAZ, J.L., "El sentido de la transparencia administrativa... Op. cit. Pág. 27.

Finalmente, DOMÍNGUEZ LUÍS incluye en el concepto de transparencia tanto la participación como la rendición de cuentas. En este sentido DOMÍNGUEZ LUÍS J.A., "El derecho de información administrativa... Op. Cit., pág. 550, citando a: DEBBASCH, *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, págs. 11 y ss. En el mismo sentido, *vid.* también: CATHARINA LINDSTEDT y DANIEL NAURIN, "Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption", *International Political Science Review*, núm. 31, 2010, págs. 301-322.

¹⁴⁰ En este sentido se pronuncia también: BLASCO DÍAZ, J.L., "El sentido de la transparencia administrativa... Op. cit. Pág. 27.

conceptos a un nuevo nivel, dotarlos de un "plus", que permite lograr un modelo de Administración más abierto, próximo y cercano a sus ciudadanos.

Así, en la actualidad, si bien es cierto que el conocimiento es un presupuesto o requisito *sine qua non* de la participación y el control de la actividad administrativa, no lo es menos que la información por sí misma, que no sirva a ninguna finalidad concreta, no contribuye a lograr el modelo de Administración que realmente persiguen las posturas doctrinales y legislaciones favorables a la transparencia. Así se hace patente en el Glosario de la Unión Europea, que a la hora de definir la transparencia administrativa se refiere expresamente a la participación¹⁴¹; o en la "Guía del lenguaje claro contra la corrupción" elaborada por la organización Transparencia Internacional, la cual engloba dentro de la transparencia la apertura a la hora de permitir el acceso a información, normas planes, procesos y acciones, pero también la necesidad de promover la participación y la rendición de cuentas¹⁴².

Atendiendo a lo anterior, y sobre la base de una interpretación teleológica o finalista, entendemos que, sin perjuicio de las particularidades que adquiere la transparencia en relación a las diversas actuaciones o procedimientos desarrollados por la Administración, con carácter general, son elementos configuradores de esta institución: el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas.

1. Respecto al conocimiento, una Administración transparente debe garantizar que los ciudadanos puedan tener un alto grado de conocimiento respecto a la información que

¹⁴¹ El glosario que elabora la Unión Europea, en el que se presentan los términos relativos a la construcción europea, a las instituciones y a las actividades de la Unión Europea, incluye la participación en el concepto de transparencia, al disponer: "El concepto de transparencia se utiliza a menudo en la lengua comunitaria para designar la claridad de funcionamiento de las instituciones comunitarias. Está vinculada a las diversas solicitudes relativas a un mayor acceso a la información y los documentos de la Unión Europea para el ciudadano, una mayor participación en la toma de decisiones y una mejor legibilidad de los textos (simplificación de los Tratados, consolidación y mejor calidad de redacción de los textos legislativos) [...]". (http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/index_es.htm)

¹⁴² Esta Guía, elaborada en 2010, define la transparencia en los siguientes términos: "the characteristic of governments, companies, organizations and individuals of being open in the clear disclosure of information, rules, plans, processes and actions. As a principle, public officials, civil servants, the managers and directors of companies and organizations, and board trustees have a duty to act visibly, predictably and understandable to promote participation and accountability" (http://www.transparency.org/publications/publications/ot/her/plan_language_guide).

obra en poder de las Administraciones Públicas y que guarda relación con el desarrollo de sus actuaciones. Ello conlleva aplicar al funcionamiento de las Administraciones Públicas un principio de máxima divulgación, que permita dar cumplimiento al derecho a conocer de los ciudadanos¹⁴³.

De gran tradición en la cultura jurídica anglosajona, el derecho a conocer (*right to know*)¹⁴⁴, es el elemento de la transparencia que mejor refleja la idea de la "casa de cristal" que debe ser la Administración; y se erige también como el más importante, pues de su realización depende que los restantes elementos de la transparencia (la participación y la rendición de cuentas) devengan una realidad.

El conocimiento como elemento configurador de la transparencia puede hacerse efectivo a través de diversos cauces, que responden a los distintos tipos de información que obran en poder de la Administración y con los que se logran, también, distintos niveles de conocimiento, pudiendo a estos efectos hacer la siguiente distinción:

¹⁴³ La ONG "Article 19", cuyo nombre y propósito proviene del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual reconoce el derecho a la libertad de información y de expresión, publicó en 1999 los principios que deben inspirar la legislación de libertad de información en cumplimiento del derecho público a conocer, distinguiendo hasta diez principios, concretados en: principio de máxima apertura (*maximum disclosure*), obligación de publicar (*obligation to publish*), promoción del gobierno abierto (*promotion of open government*), alcance limitado de las excepciones (*limited scope of exceptions*), procesos para facilitar el acceso (*processes to facilitate access*), costes limitados (*limited costs*), sesiones abiertas al público (*open meetings*), inaplicación de las normas o prácticas contrarias a la apertura (*disclosure takes precedence*) y la protección del denunciante (*protection for whistleblowers*).

¹⁴⁴ Como muestra de ello, James Madison (1751-1836), el cuarto Presidente de los Estados Unidos, ya recalca en 1822 que: "Un Ejecutivo popular, sin información popular, o los medios para adquirirla, es sólo un prólogo de una farsa o una tragedia, o quizás de ambas. El conocimiento siempre gobernará a la ignorancia. La gente que quiere gobernarse a sí misma, debe proveerse del poder que da el conocimiento". ["(A) *popular Government without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps, both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives*"]. Carta de James Madison a W.T. Barry (4 agosto de 1822), en *The Writing of James Madison 103*, Gailard Hunt Ed., 1910. Citado en el Prólogo del libro: KLOSEK, J., *The Right to Know. Your Guide to Using and Defending Freedom of Information Law in the United States*, Praeger - ABC Clio, 2009.

- 1) Así, en primer lugar, derecho a conocer puede satisfacerse mediante la publicidad de ciertas informaciones que obran en poder de la Administración, que las pone a disposición de los ciudadanos sin que sea necesario que exista una solicitud previa¹⁴⁵, lo que ha sido denominado como *publicidad activa* o, incluso, *transparencia activa*¹⁴⁶, en contraposición a la *transparencia pasiva*, que se produce cuando la Administración permite que el ciudadano conozca ciertas informaciones con motivo de una solicitud o petición en este sentido. Se trata de un sistema de difusión de información que supone ir más allá de la tradicional publicación en diarios y boletines oficiales de la información administrativa a la que obliga la Ley, empleando otros medios que garanticen un mayor nivel de conocimiento por parte de los ciudadanos, siendo esencial la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La información que será objeto de difusión a través de esta vía se identifica con aquélla que se considera debe ser conocida por el mayor número de personas posibles, tal como sucede con la información relacionada con la organización de la Administración y los aspectos básicos de su funcionamiento; la información que tiene relevancia o efectos jurídicos; o la información relativa a la gestión económica y presupuestaria que lleva a cabo la Administración¹⁴⁷, entre otras.

¹⁴⁵ CARLONI, E., "Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni", *Diritto Pubblico*, 2, 579, 2005.

¹⁴⁶ SOMMERMANN hace referencia a la *transparencia activa* como una "iniciativa propia de la Administración para hacer comprensible la actuación administrativa", que no sólo abarca la *publicidad* de los asuntos de interés general, sino también la utilización de otros instrumentos como "la institucionalización de horas de consulta sobre los asuntos de interés general, la preparación y la oferta de informaciones explicativas o por la organización de reuniones con ciudadanos interesados más allá de las informaciones públicas o modos de participación previstos en las leyes para determinados procedimientos administrativos". SOMMERMANN, K.P., "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho Administrativo de la información...* Op. cit. pág. 24.

¹⁴⁷ La *publicidad* sobre este tipo de información ha llevado a hablar de la *transparencia presupuestaria* como una manifestación concreta de la *transparencia administrativa*, definida por la OCDE como la "plena divulgación de toda la información fiscal relevante de manera sistemática y a tiempo". *Informe de la OCDE Mejores Prácticas para la Transparencia Presupuestaria*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Paris, 2002. Pág. 1.

En España, se han producido este ámbito importantes modificaciones tendentes a adaptar la normativa relativa al gasto público a los nuevos imperativos impuestos por las instancias europeas. En particular, en el año 2011 se modificó la Constitución española para introducir el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE), cuyo cumplimiento se sustenta, a su vez, en seis pilares: sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia, responsabilidad y lealtad institucional, recogidos todos ellos en la ya citada Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. De estos principios, el menos desarrollado hasta el momento ha sido el principio de transparencia, incorporado en el art. 6 LO 2/2012, que dispone:

“1. La contabilidad de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, así como sus Presupuestos y liquidaciones, deberán contener información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera y la observancia de los requerimientos acordados en la normativa europea en esta materia. A este respecto, los Presupuestos y cuentas generales de las distintas Administraciones integrarán información sobre todos los sujetos y entidades comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley.

2. Corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas proveer la disponibilidad pública de la información económico-financiera relativa a los sujetos integrados en el ámbito de aplicación de esta Ley, con el alcance y periodicidad que se derive de la aplicación de las normas y acuerdos nacionales y de las disposiciones comunitarias.

Las Administraciones Públicas suministrarán toda la información necesaria para el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de las normas y acuerdos que se adopten en su desarrollo, y garantizarán la coherencia de las normas y procedimientos contables, así como la integridad de los sistemas de recopilación y tratamiento de datos.

3. Igualmente estarán sometidas a disponibilidad pública las previsiones utilizadas para la planificación presupuestaria, así como la metodología, supuestos y parámetros en los que se basen”.

Estas previsiones son completadas por el art. 27 LO 2/2012, que establece las líneas generales de los deberes de información a los que están sometidos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley; y por el artículo 28 que prevé la existencia de una “central de información”, mantenida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, encargada de la provisión de información sobre la actividad económico-financiera de las distintas Administraciones Públicas.

Sobre el tema, puede verse *in totum*: *Hacienda Pública Española*, número Extra 2004, ejemplar dedicado a estabilidad presupuestaria y transparencia. En concreto, destacamos el trabajo de MONASTERIO ESCUDERO, C. y FERNÁNDEZ LLERA, R., “El principio de transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”. Asimismo, ver también GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, J.M., “La Ley General de Estabilidad Presupuestaria: equilibrio y transparencia”, *Economistas* núm. 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: España 2001, un balance), págs. 220-225; MONASTERIO ESCUDERO, C. y FERNÁNDEZ LLERA, R., “La insostenible levedad del principio de transparencia presupuestaria”, *XII Encuentro de Economía Pública*, Palma de Mallorca 3-4 febrero 2005.

- 2) En segundo lugar, el conocimiento aparejado al derecho a conocer también puede satisfacerse mediante el ejercicio del *derecho de acceso* a la información administrativa, que requiere de una solicitud dirigida a la Administración en este sentido. Por medio de este cauce, se pone a disposición de los ciudadanos que lo soliciten una serie de informaciones que, guardando relación con las actuaciones desarrolladas por la Administración, no tienen que ser publicadas, aunque tampoco es necesario para conocer las mismas ostentar ningún tipo de posición subjetiva específica, como es la condición de interesado en el seno de un procedimiento administrativo, lo que ha llevado a hablar de un derecho de acceso a los archivos y registros de carácter extraprocedimental.
- 3) Finalmente, el último medio para satisfacer el derecho a conocer de los ciudadanos es la divulgación de los motivos que justifican la actuación administrativa. Se trata de una necesidad de *motivación* que va más allá de aquella que, para ciertos actos y en el marco de un procedimiento administrativo, requiere el art. 54 LRJPAC. En el contexto de una Administración transparente, la motivación tiene un alcance general; siendo necesario que, no sólo se dé a conocer el resultado de la actuación administrativa; sino también los motivos que han dado lugar a la misma, de forma que el conjunto de ciudadanos puedan llegar a comprenderla.

2. En cuanto a la **participación**, la transparencia supone fomentar, desde diversos puntos de vista, la participación ciudadana en la actividad administrativa; y garantizar, asimismo, la máxima apertura en su desarrollo.

La participación de los ciudadanos en la actividad administrativa está contemplada en diversos preceptos de nuestra Constitución¹⁴⁸ y, aunque la participación política recibe un trato privilegiado (art. 23 CE)¹⁴⁹, la Carta Magna no olvida la exigencia democrática

¹⁴⁸ Sobre esta cuestión puede verse: IBAÑEZ MACIAS, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

¹⁴⁹ El reconocimiento de este derecho, de carácter fundamental, está circunscrito, en principio, a los cargos públicos de representación política, tal como han tenido ocasión de declarar nuestros Tribunales. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 23/1984, de 20 de febrero, para determinar la no aplicación del art. 23.1 CE a los procedimientos electorales de tipo territorial, como los Colegios Profesionales; y, en la misma línea, la STSJ Extremadura núm. 105/2005, de 14 de julio.

de participación de los ciudadanos en los restantes asuntos de carácter público. Estamos ante un principio constitucional (art. 9.2 CE), que adquiere, además, especial relevancia en relación a ciertos sectores de la población, como por ejemplo la juventud (art. 48 CE); así como en el seno de determinados procedimientos administrativos, como sucede en relación a la elaboración de reglamentos [art. 105.a) CE].

La transparencia comporta desarrollar al máximo la participación reconocida constitucionalmente; de forma que, no sólo se permita la participación cuando la Ley lo prevea; sino que es necesario que la Administración adopte las medidas oportunas para incentivarla e intentar que ésta tenga un papel relevante en el desarrollo de la actuación administrativa con carácter general. Ello implica, entre otras cuestiones, dar una adecuada difusión de la realización de los trámites participativos que ponga en marcha la Administración; facilitar al máximo su ejercicio desde un punto de vista objetivo, subjetivo y formal; valorar adecuadamente las aportaciones realizadas, permitiendo que los ciudadanos conozcan el impacto que éstas han tenido en la actuación administrativa; y establecer medidas que permitan incrementar y mejorar las aportaciones realizadas por los ciudadanos, tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Asimismo, debe garantizarse también la apertura, de forma que los ciudadanos puedan conocer diversos extremos relacionados con el desarrollo de los trámites participativos y su impacto en la actuación administrativa, cuestión que resulta especialmente relevante cuando dicha participación se lleva a cabo con cierto grado de regularidad o profesionalización y para defender unos intereses concretos, tal como ocurre en relación a las actuaciones participativas llevadas a cabo por grupos de interés o *lobbies*.

En el ámbito de la elaboración de normas, estas cuestiones adquieren especial trascendencia, siendo uno de los pilares de la transparencia garantizar que los

A pesar de lo anterior, debemos destacar que esta interpretación jurisprudencial ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, que considera que la participación que consagra el art. 23 CE debería extenderse también a la dimensión de la Administración Pública. SÁNCHEZ BLANCO, Á., “Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo”, *RAP* núm. 111, 1985; PÉREZ MORENO, A., “Crisis de la participación administrativa”, *RAP* núm. 119, 1989.

Asimismo, el Tribunal Supremo también ha matizado la regla general de circunscribir la aplicación del art. 23.1 CE al ámbito político, al afirmar la conexión entre este precepto y la participación en el ejercicio de la potestad reglamentaria (STS 19 de mayo de 1988; STS de 21 de noviembre de 1990).

ciudadanos puedan conocer la denominada “huella normativa” o “trazabilidad” de la norma.

3. Finalmente, el tercero de los elementos que integran la transparencia es el reconocimiento de un derecho (y su correlativa obligación) a la **rendición de cuentas**; el cual fue tempranamente reconocido en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano¹⁵⁰ y ha tenido un amplio desarrollo en los ordenamientos jurídicos regidos por el sistema de *common law*¹⁵¹, en los que se conoce bajo el término "*accountability*".

En el funcionamiento de la Administración es necesario, como sabemos, que existan mecanismos, tanto internos como externos, que permitan comprobar la adecuación de las decisiones administrativas al ordenamiento jurídico; así como identificar a sus autores o responsables para que, cuando proceda, puedan atribuirse las responsabilidades administrativas, civiles o penales que correspondan. En este contexto, deben mejorarse los mecanismos de control, tanto externos como internos.

Respecto a los mecanismos de control externos, éstos han sido tradicionalmente ejercidos en exclusiva por los tribunales; siendo necesario, en el marco de una Administración transparente, involucrar a la prensa y otros medios de comunicación¹⁵²; pero especialmente a los ciudadanos pues, en palabras de ARENA: “el pueblo soberano que mira dentro del Palacio no se limita a levantar acta, sino que juzga lo que ve”¹⁵³. El derecho de los ciudadanos de "identificar a las autoridades y personal al servicio de las

¹⁵⁰ La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789, establecía en su art. 15 que: "La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración".

¹⁵¹ A modo de ejemplo, en el Reino Unido, el principio de rendición de cuentas o *accountability* se encuentra entre los siete principios recogidos el ya referido Informe Nolan, elaborado en 1995. En el mismo, también se afirmaba que los responsables de los cargos públicos son responsables de sus decisiones y acciones, quedando sometidos al escrutinio que corresponda a su cargo ("*Holders of public office are accountable for their decisions and actions to the public and must submit themselves to whatever scrutiny is appropriate to their office*").

¹⁵² Las tareas de vigilancia de la actuación pública que desarrolla la prensa han sido puestas de manifiesto en múltiples ocasiones por la doctrina y también por los tribunales, señalando también la relación que existe entre el derecho a obtener información y el derecho a la libertad de expresión o libertad de prensa, que permite difundirla. Sobre esta cuestión puede verse el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Yordanova y Toshev contra Bulgaria, núm. 5126/05, de 2 de octubre de 2012.

¹⁵³ ARENA, G., "Transparencia administrativa y democracia... Op. cit. Pág. 13.

Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos" [art. 35.b) LRJPAC], y la posibilidad de que los particulares reclamen su responsabilidad en el caso de anomalías en la tramitación de procedimientos (art. 41 LRJPAC), constituyen un primer paso para permitir la rendición de cuentas de la Administración, pero no resultan suficientes. En el marco de una Administración transparente, se requiere para posibilitar la rendición de cuentas: un alto nivel de conocimiento sobre la actividad administrativa (al que ya nos hemos referido)¹⁵⁴; el reconocimiento de un derecho (y la correlativa obligación) a exigir respuestas (*answerability*) sobre el ejercicio del poder; y el establecimiento de un sistema de cumplimiento forzoso de la Ley (*enforcement*) a través de diversos medios¹⁵⁵.

Respecto a los mecanismos de control "internos"¹⁵⁶, tienen un papel decisivo las autoridades de control, que actúan a modo de "*public watchdog*" o guardianes de la actuación pública; siendo el ejemplo paradigmático de este tipo de órganos el Defensor del Pueblo u otras autoridades equivalentes, las cuales permiten evitar los posibles efectos perjudiciales de la falta de transparencia, entre los que destaca la corrupción¹⁵⁷. El éxito o fracaso de estas autoridades de control y la mayor o menor incidencia de su

¹⁵⁴ En este sentido se pronuncian: THOMAS N. HALE y ANNE-MARIE SLAUGHTER en "Transparency: possibilities and limitations", *Fletcher Forum of World Affairs Journal*, núm. 153, 2006, Págs. 153 y siguientes. Los autores exponen como la posibilidad de conocer la actuación de las Administraciones Públicas contribuye a que se pongan en marcha una serie de herramientas de control sobre su actuación, entre los que se incluye la presión de los mercados, los valores institucionales o la posibilidad de diálogo con la sociedad.

¹⁵⁵ En esta línea, en TORNOS MAS, J., ARROYO DIEZ, A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., y LÓPEZ PAGÁN, J., *Transparencia, rendición de cuentas y participación...* Op. cit. los autores hacen referencia a tres pilares de la rendición de cuentas: concretados en: (i) la información, (ii) la justificación (*answerability*) y (iii) los elementos de coacción y castigo, esto es, de control y sanción (*enforcement*).

¹⁵⁶ Sobre esta cuestión: SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas", en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004. Págs. 179 y ss. En este trabajo, el autor propone algunas medidas para solucionar los problemas de los que adolecen los mecanismos de control de carácter interno a los que están sometidos las Administraciones Públicas, especialmente constituidos por los recursos administrativos. En particular, el autor propone, entre otras cuestiones, fomentar los controles de carácter preventivo así como los controles parlamentarios sobre la actividad administrativa.

¹⁵⁷ En este sentido, puede verse el informe elaborado por la organización Transparencia Internacional: *Money, politics, power: Corruption Risks in Europe*, Transparency International, 2012. (<http://www.transparency.org/enis/report>). Págs. 18 y 19.

actuación dependen, principalmente, de las garantías de independencia y la ausencia de interferencias políticas; la selección y promoción del personal sobre la base de criterios de mérito y capacidad; la colaboración multidisciplinar entre equipos operativos así como con otras instituciones; el acceso rápido a sus bases de datos y fuentes de inteligencia; y la atribución de los recursos y competencias necesarios para el desempeño de sus funciones¹⁵⁸.

2.1.b. Contenido negativo de la transparencia. Especial referencia a los límites y excepciones al conocimiento

En cuanto al contenido negativo de la transparencia administrativa, el punto de partida es que esta institución no es (ni puede ser) un factor que anule todos los demás elementos e intereses en juego en la actividad de una Administración Pública. La transparencia administrativa como institución, ni tampoco ninguno de los elementos que la conforman, pueden tener carácter absoluto, pues no resulta admisible que, para lograr un mayor nivel de transparencia, los restantes valores, principios, derechos e intereses que consagra nuestro ordenamiento jurídico se vean orillados y condenados a ser súbditos de este nuevo modelo de Administración.

En determinadas ocasiones, cuando se considere que prevalece la protección de la intimidad personal, la seguridad nacional u otro tipo de intereses de carácter superior, la transparencia de la Administración deberá ser limitada, buscando hallar el equilibrio entre el secretismo y la sobreexposición informativa. Es por ello que, siguiendo una vez más con la metáfora de la casa de cristal, en ocasiones, el cristal que rodea la Administración deberá ser sólo translucido, permitiendo deducir o inferir lo que sucede en la Administración, pero sin que se den a conocer todos los detalles de su actividad. De la misma manera, en aquellos casos en que sea necesario, deberá excluirse cualquier

¹⁵⁸ En este sentido se pronuncia el Informe Anticorrupción de la Unión Europea, de 3 de febrero de 2014, presentado por la Comisión Europea ante el Consejo y el Parlamento Europeos (COM 2014, 38 final), que se refiere como ejemplo de buenas prácticas la Oficina Antifraude de Catalunya, junto con otros organismos de control como la Comisión Eslovena para la Prevención de la Corrupción, la Dirección Nacional Anticorrupción de Rumanía, la Oficina Letona para la prevención y lucha contra la corrupción, y la Oficina Croata para combatir la corrupción y el crimen organizado (págs. 13 y 14).

conocimiento respecto a ciertas informaciones manejadas por la Administración, lo que requerirá que se bajen las persianas¹⁵⁹.

En base a lo anterior, deben establecerse las salvaguardas necesarias frente a la divulgación de datos relacionados con la seguridad del Estado, que contengan informaciones médicas, informen sobre el contenido de patentes registradas o guarden relación con la persecución de delitos o infracciones administrativas, entre otros. También el fomento de la participación ciudadana debe, en ocasiones, verse restringido, para garantizar los niveles necesarios de celeridad, eficacia y eficiencia que requiere la actuación administrativa. Finalmente, hay determinados elementos de la actuación administrativa que no pueden ser, como sabemos, objeto de control; por lo que no cabe, respecto a los mismos, poner en marcha los mecanismos de rendición de cuentas propios de una Administración transparente.

En este ámbito, debemos tener en cuenta que, si las implicaciones concretas del conocimiento, la participación y la rendición de cuentas varían en función de la actuación administrativa respecto a la cual se predicen, lo mismo sucede a la hora de delimitar su contenido negativo, pudiéndose apreciar diferencias sustanciales respecto a los límites a la transparencia según la Administración otorgue una subvención, apruebe la oferta de ocupación pública o elabore un plan de seguridad nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, y que en un momento posterior de este trabajo analicemos detalladamente las restricciones a la transparencia en la elaboración de reglamentos, hemos de destacar que, tradicionalmente, la principal preocupación en este ámbito ha sido determinar los límites o restricciones a los que debe someterse el conocimiento y, más en concreto, la divulgación de información administrativa.

Teniendo en cuenta esta preocupación, todos los ordenamientos jurídicos incorporan normas que regulan, con carácter específico, las materias protegidas por secreto o reserva o que merecen una protección específica, tal como sucede en nuestro ordenamiento con la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales

¹⁵⁹ En este sentido, ARENA afirma: "Ningún sistema administrativo puede ser totalmente transparente, ni totalmente opaco: como todos los demás sectores, también en la decisión sobre la amplitud de la transparencia entran en juego intereses públicos y privados, que deben ser ponderados entre sí a fin de encontrar un punto de equilibrio entre exigencias opuestas". ARENA, G., "La transparencia administrativa... Op.cit. Pág. 365.

(LSO), en la cual se determinan las materias que tienen carácter reservado y el procedimiento para proceder a su clasificación¹⁶⁰; o la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), cuyo objeto es garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1 LOPD)¹⁶¹. Asimismo,

¹⁶⁰ Las previsiones de esta Ley y su reglamento de desarrollo, aprobado por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero son objeto de un estudio detallado en: COUSIDO GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su reglamento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

La clasificación de materias es una técnica que, en distintos términos, es empleada en todos los ordenamientos jurídicos para declarar ciertas materias como secretas o reservadas. Así, ocurre en Italia en relación al *Segreto di Stato*; en Francia, con los *Secret défense*; y también en Estados Unidos, en que la propia FOIA se refiere a los *State Secrets*. Asimismo, en el ámbito Comunitario también existe esta figura, pudiendo destacar la reciente regulación de esta materia contenida en la Decisión de la mesa del Parlamento Europeo de 15 de abril de 2013, relativa a la Reglamentación sobre el tratamiento de la información confidencial por el Parlamento Europeo; y en el Acuerdo interinstitucional de 12 de marzo de 2014 entre el Parlamento europeo y el Consejo, sobre la transmisión al Parlamento Europeo y la gestión por el mismo de la información clasificada en posesión del Consejo sobre asuntos distintos de los pertenecientes al ámbito de la política exterior y de seguridad común (DOUE 1/4/2014).

Sobre las regulaciones citadas; SÁNCHEZ FERRO, S., "La última jurisprudencia de la Corte Costituzionale Italiana en materia de Secretos de Estado", *UNED Teoría y realidad Constitucional* núm. 31, 2013, págs. 497-526; FOUGEROUSE, J., "Le secret de la defense nationale", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, Núm. 5, 2003, págs. 1449-1480; COMBE, S., *Les archives interdites: l'histoire confisquée*, La Découverte, Paris, 2001]; LODGE, J., "Transparency and EU Governance: Balancing Openness with security", *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 11, núm. 1, 2003; WARREN, J., "Administrative Law, judicial review, state secrets and the Freedom of Information Act", *South Carolina Law Review*, 332, 1971; FENSTER, M., "The Opacity of Transparency" *Iowa Law Review* núm. 91, 2005.

¹⁶¹ Respecto a las previsiones de esta Ley y sus principales implicaciones: AAVV (DIR. TRONCOSO REIGADA, A.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010; PIÑAR MAÑAS, J.L., "El porqué de un Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos", *Revista española de protección de datos*, núm. 3, 2007, págs. 9-33; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005, págs. 21-46; PIÑAR MAÑAS, J.L., "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Cuadernos de derecho público (Ejemplar dedicado a: Protección de datos)*, núm. 19-20, 2003, págs. 45-90; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Normalizar la cultura de la protección de datos" *20 años de protección de datos en España*, 2015, págs. 162-182; PIÑAR MAÑAS, J.L., "La

las propias leyes de transparencia suelen determinar, con cierta vocación de generalidad, el contenido negativo del derecho a conocer, estableciendo una serie de restricciones que afectan, en particular, a la publicidad activa y al derecho de acceso a la información administrativa.

Estas restricciones (denominadas, según la norma de que se trate, límites, limitaciones, excepciones o exenciones) tienen como finalidad proteger una serie de intereses tanto públicos como privados que se considera deben o, en su caso, pueden prevalecer frente a la transparencia de la Administración; buscando establecer un equilibrio entre el secretismo y la sobre-exposición informativa.

Entre dichas restricciones, y a los meros efectos de su estudio, entendemos que es posible distinguir, por un lado, entre restricciones o límites materiales, que a su vez pueden ser absolutos o relativos; y, por otro lado, restricciones o límites formales.

- 1) Las *restricciones o límites materiales* tienen su razón de ser en el contenido o materia sobre la que versan los datos respecto a los cuales se impide la divulgación. Estamos ante informaciones cuyo conocimiento, ya sea por la vía de la publicidad activa o mediante el ejercicio del derecho de acceso, puede suponer un perjuicio para determinados intereses o derechos, públicos o privados, protegidos por el ordenamiento jurídico, tales como son la seguridad pública (art. 149.1-29 CE); el derecho a la intimidad (art. 18 CE); la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); o el secreto profesional (art. 20.1 CE).

Dentro de esta categoría de restricciones, aquéllas que tienen carácter absoluto se aplican de manera automática, de manera que queda vetada la divulgación sin que se deba (ni pueda) llevarse a cabo ninguna ponderación de intereses en el caso concreto, lo cual sucede en relación a aquellas materias que son declaradas secretas por una ley o que tienen la consideración de clasificadas. Por el contrario, las restricciones materiales relativas implican una ponderación, un

protección de datos”, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Coord. Tomás Cano Campos) Vol. 7, (Servicios públicos), Iustel, Madrid, 2009. Págs. 191-236; PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Derecho contencioso-administrativo: libro homenaje al profesor Luis Henrique Farias Mata* (Coord. Badell Madrid, R.), 2006, págs. 551-607.

juicio de valor en el que se determinará, para el caso concreto, si debe prevalecer la transparencia o, por el contrario, es más importante proteger un derecho o interés que se considera tiene carácter superior.

- 2) A diferencia de la categoría anterior, las *restricciones o límites formales* no tienen que ver con los datos contenidos en la información administrativa de que se trate, sino con el tipo de documento en el que éstos se insertan o, incluso, con su estado de elaboración.

En este sentido, es frecuente excluir la divulgación de datos contenidos en notas, borradores, documentos preparatorios de una decisión administrativa que tengan carácter meramente interno, así como de documentos que aún se hallan en curso de elaboración. La finalidad que se persigue con este tipo de restricciones es evitar que se creen confusiones como consecuencia de la divulgación de una información que no tiene carácter definitivo y que, por ende, no refleja el sentido de la actuación administrativa que finalmente va a adoptarse.

Teniendo en cuenta estas categorías, y en este juego de equilibrios entre lo que es accesible y aquello que debe permanecer en secreto, resulta evidente que, en cada ordenamiento jurídico, la transparencia se puede configurar de manera más o menos amplia, siempre que se mueva dentro de unos límites razonables, lo cual requiere respetar una serie de reglas y principios¹⁶².

En particular, la transparencia debe configurarse como la regla general, por lo que, atendiendo a un principio de máxima divulgación, si no hay una previsión en contrario, debe ser posible publicitar la información en poder de la Administración o, cuanto menos, facilitar su acceso con motivo de una solicitud previa por parte de los ciudadanos. En base a esta regla, las restricciones a la transparencia deben ser tasadas; y su configuración, clara e inequívoca; no siendo de recibo límites o excepciones contruidos en términos ambiguos, susceptibles de una interpretación amplia o subjetiva

¹⁶² En este sentido, vid. THOMAS S. BLANTON, "The World's Right to Know", *Foreign Policy*, julio-agosto 2001. Págs. 50 y ss. citado en PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso... Op. Cit. Pág. 3.

por parte de la Administración, lo cual se evita también atribuyendo a los tribunales o a una autoridad independiente el control de la aplicación de los límites o excepciones.

Asimismo, se exige también que las restricciones materiales relativas, esto es, aquellas que admiten una ponderación, se interpreten en un sentido favorable a la transparencia; y que las restricciones formales se reduzcan a la mínima expresión, estando sólo justificadas cuando tengan por finalidad proteger ciertos intereses como la seguridad jurídica o el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas.

En consonancia con lo anterior, también deben preverse herramientas para fomentar la divulgación de información, flexibilizando la aplicación de las restricciones a la transparencia, de forma que se puedan divulgar informaciones respecto a las cuales ha desaparecido la causa que motivó la restricción. Es necesario, por tanto, reconocer que, transcurrido cierto período de tiempo, se va a proceder a la desclasificación automática de materias o, cuanto menos, a su revisión; así como establecer límites temporales a la aplicación de las excepciones materiales relativas, teniendo en cuenta la extinción del derecho o interés que imposibilita la divulgación de la información.

Finalmente, en todos los supuestos en los que concurra una restricción a la publicidad o acceso una información administrativa, resulta esencial que su aplicación se restrinja a aquellos datos que, efectivamente, se encuentran afectados por la restricción de que se trate. En este punto, es donde entran en juego las diversas técnicas que permiten la divulgación o acceso parcial, tales como el enmascaramiento o la anonimización de los documentos, fundamentales para la consecución efectiva de la transparencia.

2.2. La transparencia administrativa ante los problemas que suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria. Una primera aproximación

Teniendo en cuenta las consideraciones que acabamos de realizar sobre la transparencia administrativa, esta institución comporta la implantación de un nuevo modelo de Administración Pública en el que, sin perjuicio de los límites y excepciones que resulten aplicables, el objetivo es posibilitar el máximo nivel de conocimiento posible sobre la

actividad pública, incentivar la participación ciudadana y garantizar la rendición de cuentas en la gestión pública.

En términos generales, de este nuevo modelo de Administración se derivan importantes efectos positivos; cuestión que se ha puesto de relieve en aquellos países en los que esta institución está implantada desde hace años. En este sentido, el conocimiento que se logra con la transparencia permite observar o monitorizar la actuación de la Administración, lo que a su vez contribuye a que esta persiga, de forma efectiva, los intereses generales y que se adecúe, asimismo, al principio de legalidad; siendo más fácil detectar, en caso contrario, aquéllas actuaciones ilegales, irregulares o que incurran en desviación de poder –especialmente cuando ésta se dé en su modalidad tosca grosera¹⁶³–, y también depurar las responsabilidades de cualquier tipo que procedan¹⁶⁴. En particular, y en un contexto en el que la corrupción es percibida por el conjunto de la sociedad como un importante problema¹⁶⁵, la capacidad de la transparencia para prevenir y actuar contra la misma se ha convertido en uno de sus principales

¹⁶³ CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, 2a Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

¹⁶⁴ Así, en Estados Unidos, fue paradigmático el caso de la contaminación del agua en el Distrito de Columbia, en el que gracias a la información a la que se tuvo acceso en aplicación de la *Freedom of Information Act* pudo demostrarse que las autoridades competentes, conocedoras de la situación, no habían informado a los ciudadanos durante más de 15 meses. En este caso, la situación fue revelada a través de una serie de e-mails a los que tuvo acceso el Washington Post en aplicación de la FOIA; que demostraron que, a pesar de que el Departamento de Salud de la ciudad alegó que no conocía la situación hasta principios de 2004, en realidad estaban al corriente de la misma desde octubre de 2002.

Este supuesto y otros relacionados con la protección del medioambiente a través de la aplicación de la FOIA están ampliamente explicados en: KLOSEK, J., *The Right to Know...* Op. cit. págs. 43 a 65.

¹⁶⁵ Ello se desprende del análisis de los últimos Eurobarómetros especiales de la Comisión Europea sobre corrupción (núm. 245, 291, 325 y 374), que muestran como en 2005, el 73% de los ciudadanos españoles encuestados consideraron que la corrupción era un problema importante en nuestro Estado; porcentaje que pasó a convertirse en un 83% en 2007, un 88% en 2009 y también un 88% en 2011. Unos datos similares pueden extraerse de los barómetros realizados por el CIS, que recogieron que en 2013 (estudio núm. 2008), el 13,5% de los encuestados afirmaron que la corrupción y el fraude eran el primer problema de España, sólo por detrás del paro, considerado el problema principal de España por el 45,3% de los encuestados.

Sobre el análisis de estos datos y las nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública puede verse: CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., "Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el derecho administrativo y el derecho penal", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2013.

atractivos¹⁶⁶; cuestión ya señalada por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003¹⁶⁷ y, más recientemente,

¹⁶⁶ CATHARINA LINDSTEDT y DANIEL NAURIN, "Transparency is not Enough... Op. Cit.

¹⁶⁷ En este sentido, el art. 10 de la citada Convención, bajo la rúbrica de "Información pública", dispone:

"Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

- a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;
- b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y
- c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública".

Por su parte, el art. 13 (Participación de la sociedad) del mismo texto dispone:

"1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

- a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;
- b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;
- c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;
- d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;
 - ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención".

por el Informe Anticorrupción de la Unión Europea de 3 de febrero de 2014 presentado por la Comisión Europea ante el Consejo y el Parlamento Europeos¹⁶⁸.

Asimismo, la participación vinculada a la transparencia permite un mayor acierto de las decisiones del sector público, su mayor perdurabilidad y un alto grado de aceptación de las mismas por parte de sus destinatarios; que por haber colaborado por distintas vías en su elaboración o aplicación, comprenden mejor una actuación que normalmente les resulta opaca y de difícil comprensión, facilitando también de este modo su cumplimiento voluntario (GARCÍA MACHO)¹⁶⁹.

Finalmente, hay que destacar también los importantes efectos positivos que, desde un punto de vista económico se derivan de la implementación de la transparencia. Partiendo de que, para hacer realidad esta institución es necesario asumir importantes costes¹⁷⁰, puede afirmarse que una Administración transparente produce, con carácter general, numerosos efectos favorables para el conjunto de la economía de un país¹⁷¹. En

¹⁶⁸ *Report from the Commission to the Council and the European Parliament: EU Anti-Corruption Report (Com 2014, 38 final)*.

¹⁶⁹ En este sentido, GARCÍA MACHO afirma: "La participación más amplia de los ciudadanos en la toma de decisiones en el procedimiento administrativo puede afectar a la legitimidad de la decisión, pero especialmente hará más fácil su aceptación, puesto que las personas concernidas por la resolución administrativa tendrán la ocasión de estar de acuerdo o no con ella, y al menos la conocerán [...] La transparencia, especialmente en los procedimientos administrativos complejos, se convierte en un requisito necesario, pues evita una característica de éstos, que frecuentemente son incomprensibles y opacos para el ciudadano, lo cual lo aleja de la Administración y dificulta su participación". GARCÍA MACHO, R. "El derecho a la información, la publicidad y la transparencia... Op. Cit. Pág. 30.

¹⁷⁰ Esta cuestión, tal como explica MARTÍNEZ SORIA fue uno de los grandes temas de debate durante la tramitación de la Ley Alemana de Libertad de Información. MARTÍNEZ SORIA, J., "El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información (Informationsfreiheitsgesetz)", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...* Op. cit. Págs. 199 y ss.

En el ámbito español, podemos hacer referencia en este ámbito a la Memoria Económica del Anteproyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía, excesivamente positiva en algunos puntos, como cuando considera que: "Respecto a las obligaciones de publicidad activa, no supondrá un aumento del gasto, ya que el cumplimiento de las mismas se realizará a través de los recursos materiales y personales ya existentes". El documento está disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/transparencia/anteproyecto/texto.html>.

¹⁷¹ Así tuvo oportunidad de destacarlo la Comisión Nacional de la Competencia en el Informe en el que manifestaba su posición sobre el Anteproyecto de Ley español de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En el apartado II de dicho Informe (Observaciones), la CNC se pronunció en

este sentido, se ha enfatizado el papel que juega transparencia administrativa a la hora de evitar los fallos de mercado y garantizar la eficiencia en la asignación de los recursos¹⁷²; así como para prevenir, detectar y sancionar supuestos en que se lleva a cabo un mal uso de los fondos públicos, tanto por parte de la Administración como de sus destinatarios¹⁷³.

Todas las circunstancias anteriores han contribuido a la proliferación de leyes reguladoras de la transparencia, las cuales dotan esta institución de un espectro global, de forma que ésta resulta aplicable a todas las Administraciones Públicas –e, incluso, a otros sujetos distintos de las anteriores–; y en relación al conjunto de potestades que éstas tienen atribuidas; incluyendo, obviamente, el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta cuestión ha quedado plasmada en la LTBG, norma que afirma en su Preámbulo que “es un ejercicio de buen gobierno y una manifestación más de la transparencia el clarificar la normativa que está vigente y es de aplicación”. Previamente, la LES ya había realizado toda una declaración de intenciones al incluir la transparencia entre los principios de buena regulación aplicables a las

los siguientes términos: "*Desde el punto de vista de la competencia, la iniciativa, en la medida en que pretende el aumento de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos para prevenir posibles ineficiencias o abusos, no puede sino acogerse favorablemente. El aumento de transparencia, en los términos en que lo realiza el proyecto, ofrecerá en principio mayores garantías de un trato igualitario a todos los operadores económicos afectados por dichas decisiones administrativas y contribuirá a un funcionamiento más eficiente de los mercados*".

¹⁷² STIGLITZ, J.E., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics", *Quarterly Journal of Economics*, núm. 115, 2000.

¹⁷³ A modo de ejemplo, la aplicación de la FOIA en Estados Unidos ha permitido identificar numerosos fraudes relacionados con los subsidios que otorgan las Agencias administrativas en caso de desastres naturales, provocando que se iniciaran investigaciones e, incluso, que se modificaran los procedimientos administrativos para su concesión para evitar futuros fraudes.

Un supuesto paradigmático lo encontramos en los fraudes destapados por el periódico Florida's Sun-Sentinel y que se produjeron en relación a los subsidios que concedió la Agencia Federal de Emergencias (*Federal Emergency Management Agency*, FEMA) para paliar los daños causados por el Huracán Frances, que asoló la costa de Florida en el año 2004. Los datos revelados por el citado periódico provocaron una investigación del Senado, un cambio en los procedimientos de la FEMA y la imputación de más de una docena de particulares acusados de obtener subsidios de manera fraudulenta. KLOSEK, J., *The Right to Know...* Op. cit. págs. 93 y 94.

iniciativas normativas de las Administraciones Públicas; siendo las principales consecuencias que se derivan de lo anterior la exigencia de que los objetivos de regulación y su justificación sean definidos claramente (art. 4.5 LES).

En este orden de ideas, es indiscutible que la Administración debe ejercer sus potestades normativas de forma transparente; y que la transparencia tiene, en los términos que luego veremos, importantes implicaciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria, hasta el punto de haber determinado el surgimiento de un nuevo marco normativo aplicable a la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, en esta tesis se quiere ir más allá, y se plantea si, en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria, la implementación de la transparencia no sólo es una necesidad, sino también una oportunidad; una oportunidad para mejorar los términos en los que, en la actualidad, se elaboran los reglamentos estatales y autonómicos.

Como se ha puesto de manifiesto en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, en el ordenamiento jurídico estadounidense, al garantizar la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria, además de los efectos positivos vinculados a esta institución en términos generales, es posible mejorar de forma sustancial los términos en los que se elaboran las disposiciones generales. En particular, tal como tendremos ocasión de ver, la transparencia se configura como una herramienta eficaz para reducir la sobreproducción normativa; aumentar el conocimiento respecto al derecho vigente y al ejercicio de la potestad reglamentaria en términos generales; mejorar la calidad de las normas y su adecuación al ordenamiento jurídico en el que se inserta; incrementar la participación, desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo; dotar de las garantías necesarias a la actuación desarrollada por grupos de interés; y establecer mecanismos de rendición de cuentas efectivos sobre el ejercicio de esta potestad.

Todo ello, aunque avanzando algunas de las conclusiones de esta tesis, justifica que la transparencia administrativa se configure como la clave de bóveda de la reforma de la legislación que, en la actualidad, regula el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico. Esta reforma, que no puede postergarse por más tiempo, resulta esencial para mejorar el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas y la

calidad de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷⁴; pero, por encima de todo ello, para que el ejercicio de la potestad exorbitante que constituye la elaboración de disposiciones generales sea sometida a las garantías propias de un Estado de Derecho, todo ello en favor del conjunto de la ciudadanía.

¹⁷⁴ Todo ello se puso de relieve durante la tramitación del Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (PLPACAP); cuya intención inicialmente (en fase de Anteproyecto) era derogar los artículos de la LG relativos a la elaboración de reglamentos y regular con carácter básico la elaboración de disposiciones generales, tanto legales como reglamentarias.

CAPÍTULO 2: LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

I. LA REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA: UN FENÓMENO GLOBAL

1. La regulación de la transparencia en el derecho comparado

Habiendo señalado que la transparencia administrativa, no sólo resulta plenamente aplicable al ejercicio de la potestad reglamentaria; sino que, además, puede ser una importante herramienta para solucionar gran parte de los problemas que, en la actualidad, se suscitan en torno a la misma, resulta obligado hacer algunas consideraciones sobre la regulación de esta institución, que ha adquirido en nuestro ordenamiento jurídico una remarcada importancia a raíz de la aprobación de la LTBG.

Y es que, a pesar del fundamento constitucional que la doctrina atribuye a esta institución¹⁷⁵, de las diversas leyes que se han referido con carácter sectorial a la transparencia administrativa o a alguna de sus manifestaciones y de las leyes de transparencia aprobadas a nivel autonómico¹⁷⁶, la LTBG, norma dirigida a regular con

¹⁷⁵ BLASCO DÍAZ, J.L. "El sentido de la transparencia administrativa...Op. cit. Págs. 130 y 131.

¹⁷⁶ En el momento de finalización de este trabajo, a nivel autonómico se han aprobado: la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Gallega; la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de Buena Administración y del Buen Gobierno de las Islas Baleares; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía; la Ley 3/2014, de 17 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; la Ley 12/2012, de 15 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública de Canarias; y la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña.

Sobre las relaciones entre la LTBG y la legislación autonómica en materia de transparencia, *vid.* GUICHOT, E., "El Proyecto de Ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas", *RAAP* núm. 84, 2012; VELASCO RICO, C.I.: "Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal de transparencia, derecho de acceso a la información y buen gobierno", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 17, 2013, págs. 279-328; VELASCO RICO,

vocación de generalidad, tanto la transparencia administrativa como el buen gobierno, no fue aprobada hasta finales de 2013.

El carácter reciente de esta legislación contrasta con la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, especialmente aquellos que se rigen por el sistema del *common law*, en los que la transparencia de la Administración empezó a regularse desde fechas bien tempranas, siendo paradigmática en este ámbito la Ley de Libertad de Prensa de Suecia, aprobada en 1766. En particular, el referente en materia de transparencia lo constituye el ordenamiento jurídico estadounidense, en el seno del cual la transparencia y todos los elementos que la integran encuentran su regulación más completa. En este sentido, la *Freedom of Information Act* de 1966 (FOIA), norma realiza una configuración generosa del derecho a conocer; pero no agota toda la regulación relativa a la transparencia en Estados Unidos. Por el contrario, la FOIA se complementa con un bloque de normas dirigidas a regular todos y cada uno de los elementos configuradores de la transparencia, las cuales se integran en un paquete de leyes conocidas bajo el nombre de "*Sunshine Acts*". Este conjunto de leyes, que analizaremos con más detalle en este Capítulo, constituyen, a nivel mundial, un modelo para la integración de la transparencia en los distintos ordenamientos jurídicos; cuestión que, en la actualidad, se configura como una prioridad en todos los Estados democráticos.

En efecto, durante los últimos años, la transparencia está superando fronteras y hay cada vez más países que cuentan con leyes dedicadas a regular esta institución o alguna de sus concretas implicaciones; teniendo sustantividad propia las normas referidas al derecho de acceso a la información administrativa, por un lado; y aquéllas que ordenan la participación pública llevada a cabo por grupos de interés o *lobbies*, por otro¹⁷⁷.

C.I. "La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿De qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? *Revista jurídica de Castilla y León* número 33, dedicado a la transparencia y acceso a la información pública, 2014; FERNÁNDEZ SALMERÓN, "Procedimiento administrativo e información del sector público", en AAVV, J. VALERO TORRIJOS y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coord.), *Régimen jurídico de la transparencia...* Op. Cit. Págs. 281 a 322.

¹⁷⁷ Las organizaciones *Access Info Europe* y *Centre for Law and Democracy*, que elaboran diversos estudios relacionados con la transparencia, el derecho de acceso y su regulación, cifran en 102 países aquellos que, en 2015, cuentan con leyes reguladoras del derecho de acceso a la información, tal como queda reflejado en el Informe de Análisis de Datos Técnicos sobre el Derecho a la Obtención de

1. Refiriéndonos en primer lugar a la regulación del **derecho de acceso** a la información administrativa, la mayoría de países de nuestro entorno disponen ya de leyes referidas a esta cuestión. Así, en Francia, el mismo está incorporado en la Ley núm. 78-753 de 17 de julio de 1978 (*Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*); mientras que, en Italia, este mismo derecho tiene su principal regulación en la Ley núm. 15, de 11 de febrero de 2005 y en la Ley núm. 80 de 14 de mayo de 2005; normas que modificaron en diversos aspectos la Ley núm. 241, de 7 de agosto de 1990 (*Legge 7 agosto 1990 n. 241 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*). También en el ordenamiento jurídico italiano, merece ser destacada la aprobación del Decreto Legislativo núm. 33, de 14 de marzo de 2013, por el que se codifican las obligaciones de publicidad y transparencia de las administraciones Públicas; norma cuya aprobación es, a su vez, consecuencia de las previsiones contenidas en la Ley núm. 190, de 13 de noviembre de 2012, para la prevención y represión de la corrupción y de la ilegalidad en la Administración Pública (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*).

Información (RTI Rating) que elaboran estas instituciones con carácter anual [<http://www.rti-rating.org/country-data>]. En cuanto a las leyes reguladoras de las actividades desarrolladas por grupos de interés, en el portal "Regulate Lobbying" pueden consultarse los países que cuentan con leyes sobre esta cuestión y acceder también a los respectivos textos normativos. <http://www.regulatelobbying.com/>.

Respecto al crecimiento de las normas relativas a ambas cuestiones: ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a.I., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "Los lobbies en el marco de la Unión Europea: Una reflexión a propósito de su regulación en España", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* núm. 33, 2014; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Archivo General de la Región de Murcia, Cuadernos de Estudios técnicos, 2001; GARCÍA MACHO, R., "El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público" en AAVV (Ed. GARCÍA MACHO), *Derecho administrativo de la información...* Op. Cit.; GUICHOT REINA, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho comparado de la información*, enero-junio 2012, págs. 135-188. PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones..." Op. Cit.; RAJ CHARI, JOHN HOGAN, GARY MURPHY, *Regulating lobbying: a global comparison*, Manchester University Press, Manchester, 2010; VELASCO RICO, C.I.: "Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal de transparencia..." Op. Cit.

Alemania, por su parte, regula el derecho de acceso a la información administrativa en una Ley específica (*Informationsfreiheitsgesetz*), aprobada el 5 de septiembre de 2005, y que entró en vigor el 1 de enero de 2006¹⁷⁸.

Con un carácter un tanto más amplio que las normas que acabamos de citar, regulan el acceso a la información administrativa la Ley Canadiense de acceso a la información, de 2010 (*Access to Information Act*) y la Ley de Reino Unido de Libertad de Información del año 2000 (*Freedom of Information Act*).

Asimismo, en el ámbito Comunitario, ya hace años que ha intentado lograrse la transparencia de las instituciones, esencialmente, a través de la regulación del derecho de acceso¹⁷⁹, hoy incorporado en el texto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 15.3)¹⁸⁰ en virtud del Tratado de Lisboa; y reconocido también de forma expresa en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 42)¹⁸¹. Este

¹⁷⁸ Sobre los aspectos más destacados de esta Ley, *vid. in totum*: MARTÍNEZ SORIA, J., "El acceso a la información pública según la ley alemana... Op. cit. Págs. 181 a 202.

¹⁷⁹ En este sentido, en el marco de la "Iniciativa Europea en favor de la Transparencia", puesta en marcha por la Comisión en noviembre de 2005, se preveía la adopción de una serie de medidas relacionadas con la transparencia, siendo la primera de ellas "la legislación relativa al acceso a los documentos". *Libro Verde Iniciativa en favor de la transparencia presentado por la Comisión*, de 3 de mayo de 2006, pág. 2.

¹⁸⁰ El tenor literal de este precepto es el siguiente:

"Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo".

¹⁸¹ Sobre el contenido y alcance de este precepto puede verse: GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "Artículo 42. Derecho de acceso a los documentos", en MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (coord.),

reconocimiento se produjo después de unas primeras regulaciones del derecho de acceso en Códigos de Conducta y otros instrumentos que no tenían una aplicación generalizada¹⁸², a las que después sucedieron las previsiones relativas a esta cuestión contenidas en el Tratado de Maastricht¹⁸³ y, posteriormente, en el Tratado de Ámsterdam¹⁸⁴. Todas estas normas culminaron con la aprobación de una regulación del derecho de acceso en el ámbito de las instituciones comunitarias de carácter general y vinculante, plasmada en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Esta norma, de acuerdo con su Considerando 4, tiene por objeto “garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso público a los documentos y determinar los principios generales y límites que han de regularlo”. Se incorporan, asimismo, una serie de obligaciones de publicidad activa, recogidas en sus arts. 11 y 12, en los que se prevé la creación de registros de documentos que deberán ser accesibles por medios electrónicos¹⁸⁵; así

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

¹⁸² Así, el derecho de acceso se reguló inicialmente en el Código de conducta relativo al acceso del público a los documentos del Consejo y la Comisión, de 6 de diciembre de 1993; en la Decisión del Consejo 93/731/CE, relativa al acceso a los documentos del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, al que siguió la aprobación de otro Código de conducta; así como en la Decisión de la Comisión 94/90/CECA, CEE, Euratom sobre el acceso del público a los documentos de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, desarrollada en una Guía del Usuario para el acceso a los documentos de la Comisión.

¹⁸³ En la Declaración núm. 17, relativa al derecho de información, la Conferencia recomienda: "que la Comisión presente al Consejo, a más tardar en 1993, un informe sobre medidas destinadas a mejorar el acceso del público a la información de que disponen las instituciones".

¹⁸⁴ El art. 255 TCE, en la redacción dada por el Tratado de Ámsterdam, establece que "Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos del Parlamento, del Consejo y de la Comisión".

¹⁸⁵ De conformidad con el art. 11.3, las medidas necesarias para crear dichos registros debían adoptarse con carácter inmediato, siendo la fecha límite para que estos estuvieran operativos el 3 de junio de 2002. Actualmente, estos registros ya se encuentran en funcionamiento, tanto para el Parlamento (<http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?language=ES>); como para el Consejo (<http://www.consilium.europa.eu/documents/access-to-council-documents-public-register.aspx?lang=ES>); y la Comisión (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/index.cfm?>)

Los mismos se complementan con la base de datos de procedimientos interinstitucionales PreLex (<http://ec.europa.eu/prelex/apcnet.cfm?CL=es>), a través de la cual pueden seguirse los procesos de toma de decisiones entre la Comisión y otras instituciones, los trabajos de dichas instituciones así como las

como la posibilidad de que los ciudadanos tengan “acceso directo”, es decir, sin necesidad de solicitud previa a los documentos legislativos (art. 2.4 Reglamento 1049/2001), categoría en la que se incluyen los documentos elaborados o recibidos en el marco de los procedimientos de adopción de actos jurídicamente vinculantes para o en los Estados Miembros.

También en el ámbito comunitario hay que señalar la relevancia del Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a los Documentos Públicos, de 8 de junio de 2009, instrumento que pretende unificar la regulación de este derecho en el ámbito Comunitario pero que, hasta la fecha, no ha sido ratificado por España¹⁸⁶.

Finalmente, es oportuno también destacar el gran desarrollo la legislación relativa a la transparencia, con carácter general, y referida al derecho de acceso, en particular, ha experimentado en los países de la Comunidad Iberoamericana¹⁸⁷. Podemos citar en este sentido la Ley Federal Mexicana de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 11 de junio de 2002, y la reforma constitucional que llevada a cabo

propuestas y comunicaciones de la Comisión; y la plataforma de intercambio interparlamentario (<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/home/home.do?appLng=ES>), que contiene documentos parlamentarios de la Unión Europea, facilitados por cada Parlamento nacional, un calendario con las reuniones interparlamentarias referidas a la UE y enlaces a sitios web y bases de datos de interés.

¹⁸⁶ Considerando que el objetivo del Consejo de Europa es alcanzar la mayor unidad entre sus miembros con el fin de salvaguardar y de realizar los ideales y los principios que son de herencia común, y teniendo en cuenta la importancia de la transparencia de autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista, el Convenio aborda el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos.

En sus previsiones, se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 6,8 y 10 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en los temas Medio Ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998) y el Convenio para la Protección de Individuos con respecto al Proceso Automatizado de Datos Personales de 28 de enero de 1981 (Nº de ETS.108). Asimismo, se tiene en cuenta también la Declaración del Comité de los Ministros del Consejo de Europa sobre la Libertad de la Expresión y de la Información, adoptada el 29 de abril de 1982, así como las recomendaciones del Comité de Ministros de los Estados Miembros NºR (81) 19 sobre el acceso a la información en poder de las autoridades públicas, NºR (91) 10 en la comunicación a terceros de datos personales en poder de organismos públicos, NºR (97) 18 referentes a la protección de los datos personales recogidos y procesados para fines estadísticos, NºR (2000) 13 sobre política Europea en el acceso a archivos y Rec. (2002) 2 sobre el acceso a los documentos públicos.

¹⁸⁷ MENDEL, T., *El derecho a la información en América Latina*, Unesco, 2009.

en este mismo país en el año 2014, en virtud de la cual se refuerza el derecho fundamental de acceso a la información pública¹⁸⁸; así como la Ley de Chile 20285, de 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública.

2. En cuanto a la regulación de la **actuación desarrollada por grupos de interés o lobbies**, existen ya un gran número de países que han aprobado normas dirigidas a regular la actividad desarrollada por estos sujetos de naturaleza privada que intervienen, no obstante, de forma intensa en la actuación pública¹⁸⁹. La finalidad de todas estas normas es garantizar el máximo nivel de conocimiento y control en relación a las actuaciones desarrolladas por *lobbies*; objetivos que se cumplen gracias a la creación de registros específicos en los que se inscriben los sujetos que desarrollan actividades de lobbying, ya sea de forma obligatoria o con carácter voluntario; estableciéndose, en este último caso, un sistema de incentivos a la inscripción. A su vez, los registrantes quedan sujetos a un Código de Conducta, cuya infracción comporta la aplicación de serie de medidas vinculadas al incumplimiento, si la inscripción es voluntaria; o de sanciones, en el caso de que se prevea la inscripción obligatoria.

Al margen de la regulación de esta cuestión existente en Estados Unidos, que después analizaremos, y cuya primera Ley sobre la cuestión se aprobó en 1945, fue pionera en este ámbito la legislación alemana, que en 1951 ya dispuso de una normativa relativa a los *lobbies* en el Bundestag; regulación que fue objeto de modificaciones en 1957 y 1980¹⁹⁰. Canadá, asimismo, con un esquema muy parecido al de la legislación estadounidense, aprobó su ley reguladora de la actividad de *lobbying* en 1989 (*Lobbying Disclosure Act*).

Durante la última década, el número de países que disponen de normas reguladoras de la actividad de *lobbying* ha aumentado en exponencialmente y, entre otros, se han

¹⁸⁸ Dicha reforma se ha realizado a través del Decreto de 22 de enero de 2014, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Transparencia (Diario Oficial de la Federación de 7 de febrero de 2014). Sobre el tema, *vid.* PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013... Op. Cit. Pág. 4.

¹⁸⁹ Sobre la regulación de la actividad de *lobbying* en distintos ordenamientos jurídicos, *vid. in totum*: RAJ CHARI, JOHN HOGAN, GARY MURPHY, *Regulating lobbying...* Op. Cit. .

¹⁹⁰ ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a.I., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "Los lobbies en el marco de la Unión Europea... Op. Cit.

adoptado leyes sobre esta cuestión Lituania (2001), Polonia (2005), Taiwan (2007), Hungría (2006), Australia (2008)¹⁹¹, Eslovenia (2011), Austria (2012) y Reino Unido (2014)¹⁹². Asimismo, en Alemania y en Francia se han creado registros de *lobbies* o de asociaciones representativas de intereses¹⁹³ y en Italia hay una regulación de las actividades de *lobbying* a nivel regional en los territorios de la Toscana (2002), Molise (2004) y Abruzzo (2010)¹⁹⁴.

En el marco la Unión Europea también se han puesto en marcha, en los últimos años, diversas iniciativas para regular la actividad desarrollada por *lobbies* en el seno de las instituciones europeas, esfuerzos que han culminado con el Acuerdo del Parlamento Europeo y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2011, relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea (DOUE 22.07.2011). Este Acuerdo tiene gran relevancia, atendiendo al déficit democrático tradicionalmente achacado a las instituciones comunitarias; así como al elevado número de grupos de presión o *lobbies* que participan activamente en las políticas de la Unión, los cuales que se cuentan por millares¹⁹⁵.

¹⁹¹ Australia ya tenía en realidad una regulación en materia de lobbies desde los años 80, pero ésta dejó de aplicarse en 1996 para después volver a adoptarse una nueva legislación a partir el 1 de julio de 2008. RAI CHARI, JOHN HOGAN, GARY MURPHY, *Regulating lobbying...* Op. Cit. Pág. 91.

¹⁹² La norma (*Transparency of Lobbying, Non-Party, Campaigning and Trade Union Administration Act*), no sólo crea un registro público de los *lobbies*, sino que también regula los gastos de las campañas electorales en relación a quienes ni ostenten la condición de candidatos ni de partido político.

¹⁹³ En Francia, a través del Acuerdo del Parlamento de 2 de junio de 2009 se creó el Registro de *Lobbies* para acceder al Parlamento, creado por Acuerdo del Parlamento de 2 de junio de 2009. Por su parte, la Ley de Procedimiento Alemana prevé en su Anexo 2 un Registro de las asociaciones y sus representantes.

¹⁹⁴ Estos territorios regulan la actividad de *lobbying* en las siguientes normas, respectivamente: *Norme per la trasparenza dell'attività politica e amministrativa del Consiglio regionale della Toscana*; *Norme per la trasparenza dell'attività politica ed amministrativa del Consiglio regionale del Molise*; *Disciplina sulla trasparenza dell'attività politica e amministrativa e sull'attività di rappresentanza di interessi particolari*. La última de estas normas fue aprobada en 2010 pero su aplicación estuvo bloqueada durante dos años a falta de un reglamento de actuaciones, que no fue aprobada hasta el año 2012.

¹⁹⁵ Las instituciones de la Unión Europea son aquellas que reciben, a nivel mundial, más influencias por parte de grupos de interés, sólo por detrás del Congreso de Estados Unidos.

2. El ordenamiento jurídico estadounidense como referente

Todas las normas a las que nos hemos referido en el apartado anterior de este trabajo, tanto relativas al derecho de acceso como aquellas que regulan las actividades de *lobbying* se inspiran, en mayor o menor medida, en la legislación estadounidense, la cual actúa como un auténtico referente en materia de transparencia.

La legislación estadounidense, no sólo ha sido, en términos generales, pionera en el tiempo; sino que, en la actualidad, también se configura como la más completa, regulando todas y cada una de las manifestaciones de la transparencia administrativa a la que nos hemos referido. Así, a través de esta legislación se da cumplimiento a una de las principales preocupaciones del Derecho Administrativo en Estados Unidos, identificada con garantizar el control de la actuación administrativa¹⁹⁶; cuestión que se entiende sólo es posible gracias a la transparencia¹⁹⁷. En relación a estas normas existe,

De acuerdo con las estadísticas publicadas en fecha 25 de febrero de 2014, 7.545 personas y entidades estaban inscritas en el registro creado por el Acuerdo del Parlamento Europeo y la Comisión Europea. Probablemente como consecuencia del sistema de registro voluntario, este número dista mucho de las cifras suministradas por el *Corporate Europe Observatory* en el año 2011 que, en la Guía: "Bruselas. El Barrio Europeo", partiendo de la dificultad para determinar su número exacto, apuntaban que en Bruselas había entre 15.000 y 30.000 personas dedicadas a ejercer de lobbies, de las cuales dos tercios trabajan para intereses empresariales.

¹⁹⁶ En este sentido, WADE define el Derecho Administrativo como aquella rama del Derecho que controla las operaciones administrativas del gobierno, siendo su finalidad principal mantener los poderes administrativos dentro de los límites legales y proteger a los ciudadanos frente al abuso de estos poderes. WADE, W. y FORSITH, C., *Administrative Law*, 9th Ed., Oxford University Press, Oxford, 2004.

En la misma línea, SCHWARTZ señala que el Derecho Administrativo estadounidense se divide en tres partes: 1) Los poderes de los que están investidas las Administraciones Públicas; 2) Los requisitos que impone el derecho para el ejercicio de estos poderes; y 3) Los mecanismos (*remedies*) frente a una actuación administrativa ilegal. SCHWARTZ, B., *Administrative Law...* Op. Cit Págs. 1 a 3.

¹⁹⁷ PIOTROWSKI, S., *Governmental Transparency in the Path of Administrative Reform*, University of New York Press, New York, 2009.

además, una dilatada jurisprudencia, que apostó tempranamente por la transparencia como límite a las inmunidades del poder¹⁹⁸.

Centrándonos en la legislación federal, conocimiento, participación y control tienen un papel protagonista en la norma de cabecera de las agencias federales: la *Administrative Procedure Act* (APA), cuestión que se hace especialmente patente en el diseño del procedimiento de elaboración de normas (*rulemaking*), tal como tendremos ocasión de ver.

Asimismo, existe un bloque de leyes de transparencia, denominadas por la doctrina “*Sunshine Acts*”, cuyo objetivo es garantizar la transparencia en la actuación de las agencias administrativas desde diversas perspectivas¹⁹⁹. De estas normas, la más importante, y que actúa como eje vertebrador de todo el sistema es la *Freedom of Information Act*, cuyas previsiones se complementan, esencialmente, con lo dispuesto en la *Government in the Sunshine Act*, la *Federal Advisory Committee Act* y la *Federal Funding Accountability and Transparency Act*. Adicionalmente, el broche a toda esta regulación lo pone la *Lobbying Disclosure Act*, norma que, en Estados Unidos, regula a nivel federal la actuación de los sujetos que actúan como *lobbies*. Las principales características de las normas citadas pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. La *Freedom of Information Act* (FOIA), aprobada en 1966 y enmendada en diversas ocasiones, tiene por objeto regular el derecho de acceso a la información en poder de las agencias federales, siendo su principal finalidad fomentar una filosofía general de apertura y transparencia en el funcionamiento de las mismas. La FOIA colma así las lagunas jurídicas que, en este ámbito, presentaba la APA, lo que justificó que se incorporara a la APA como su Sección 552.

¹⁹⁸ En este sentido, ya en el año 1914, el Juez estadounidense Brandeis señalaba que la publicidad está llamada a ser el remedio ante los desórdenes sociales e industriales, afirmando que de la luz del sol se dice que es el mejor de los desinfectantes, como una linterna para el policía más eficiente (“*Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants,; electric light the most efficient policeman*”). SOLOMON GOLDMAN (Editor), *The Words of Justice Brandeis*, Henry Schuman, New York, 1953, Pág. 151.

¹⁹⁹ PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law Treatise*... Op. cit. Pág. 387 y siguientes.

Partiendo de un concepto "expandido" de agencia administrativa²⁰⁰, empleado también por otras normas como la *Government in the Sunshine Act* o la *Privacy Act*, gracias a la FOIA, el "derecho a conocer" (*right to know*), ya arraigado en la sociedad norteamericana, pasó a tener efectos jurídicos, sentando unos nuevos principios en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos²⁰¹. Su aprobación fue un punto de inflexión en la implantación de la transparencia administrativa en Estados Unidos y, a día de hoy, se configura como el instrumento más relevante para lograr un mayor conocimiento sobre la actuación de las agencias federales, lo cual se hace patente al analizar el número de solicitudes de acceso que se fundamentan en esta Ley, que

²⁰⁰ En este sentido, hay una serie de agencias que, aunque quedan exceptuadas, con carácter general, de la aplicación de la Ley de procedimiento administrativo estadounidense (Sección 551 APA), sí se consideran agencias a efectos de la FOIA, tal como sucede con las agencias compuestas por representantes de partidos políticos o de organizaciones representativas de partidos políticos; los consejos de guerra y las comisiones militares; así como en relación a las autoridades militares en tiempos de guerra y en territorios ocupados.

Asimismo, la propia FOIA establece que, a efectos de la aplicación de esta norma, el término agencia incluye cualquier departamento ejecutivo, departamento militar, empresas gubernamentales, agencias regulatorias, empresas controladas por el gobierno así como cualquier otro organismo que forme parte de la Administración del poder ejecutivo, incluyendo la Oficina del Presidente, aunque no su equipo o gabinete personal ni tampoco determinados organismos gubernamentales como el Consejo de Seguridad, cuestiones que fueron objeto de un análisis detallado en las Sentencias: *Armstrong v. Executive Office of the President*, 90 F.3d 553 (D.C. Cir. 1996) y *Sweetland v. Walters*, 60 F.d 852 (D.C. Cir. 1995).

Atendiendo a lo anterior, quedan excluidos de la aplicación de la FOIA (y también de la APA): el Congreso, los Tribunales de Justicia, los gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos y el Gobierno del Distrito de Columbia.

²⁰¹ En particular, el Abogado del Estado, en su Memorándum sobre la FOIA, destacó que esta norma sentaba una serie de principios implícitos, entre los que destacó los siguientes: a) La publicidad es la regla general, no la excepción; b) Todas las personas tienen los mismos derechos de acceso a la información; c) La carga de la prueba para no permitir el acceso a un documento corresponde a la agencia; d) Las personas a las que se les deniegue de manera indebida el acceso a documentos, tienen el derecho de solicitar medidas cautelares ante los tribunales de justicia; e) Es necesario que haya un cambio en la políticas de la Administración y en su actitud. *Attorney General's Memorandum on the Public Information Section of the Administrative Procedure Act*, 21 Admin. L. 2d (P & F), 201 (1967), citado en Schwartz, B., *Administrative Law...* Op. Cit. Pág. 147.

resultan especialmente relevantes en relación a ciertas agencias o Departamentos gubernamentales concretos²⁰².

En cuanto a las previsiones de esta norma, su objeto primordial es el reconocimiento de un derecho "presunto" de acceso a la información pública, que no requiere alegar o probar un interés específico; y regular el procedimiento para hacerlo efectivo. Su contenido, no obstante, no se agota ahí pues, de forma más secundaria, la FOIA también se refiere a otros medios a través de los cuales es posible lograr un mayor conocimiento sobre la actuación desarrollada por las agencias administrativas, refiriéndose así a la publicación y a la puesta a disposición de información. En relación a la publicación, la FOIA requiere que las agencias publiquen (y actualicen) ciertas informaciones en el Registro Federal (*Federal Register*), las cuales tienen carácter institucional y organizativo; están relacionadas con la actividad llevada a cabo por las agencias; se refieren a los procedimientos que éstas desarrollan; o bien son informaciones relevantes desde un punto de vista jurídico²⁰³. La falta de publicación de estas informaciones no

²⁰² Así, a modo de ejemplo, durante el año 2013, el Departamento de Seguridad Interior recibió 41.381 solicitudes de acceso; el Departamento de Defensa, 6.362 solicitudes; y el Departamento de Estado 18.637 solicitudes.

En otros Departamentos, el número de solicitudes de acceso resulta muy inferior. Así, en el Departamento de Comercio, se recibieron 42 solicitudes; en de Agricultura, 152; en el de Educación, 240; en el de Energía, 133; en el de Salud y Servicios Humanos, 233; en el de Vivienda y Desarrollo Urbano, 1.082; en el de Justicia, 310; en el de Empleo, 31; en el de Transporte, 6.650; en el del Tesoro: 90; y en el de Asuntos de Veteranos, 63. Las estadísticas sobre el número de solicitudes recibidas, resueltas y pendientes de resolver, así como diversos datos relacionados con la aplicación de la FOIA, pueden consultarse en: <http://www.foia.gov/data.html> (última consulta 28.12.2014).

²⁰³ Así, la Subsección (a)(1) FOIA dispone que deben publicarse en el Registro Federal la siguientes informaciones:

"(A) descriptions of its central and field organization and the established places at which, the employees (and in the case of a uniformed service, the members) from whom, and the methods whereby, the public may obtain information, make submittals or requests, or obtain decisions;

(B) statements of the general course and method by which its functions are channeled and determined, including the nature and requirements of all formal and informal procedures available;

(C) rules of procedure, descriptions of forms available or the places at which forms may be obtained, and instructions as to the scope and contents of all papers, reports, or examinations;

puede perjudicar de manera negativa a ninguna persona, excepto en aquellos casos en que, pese a la no publicación, la persona tuviera conocimiento real y efectivo sobre la misma.

En cuanto a la puesta a disposición, la FOIA hace referencia a una serie de documentos e informaciones que, aunque no deben publicarse en el Registro Federal, deben ser puestos a disposición del público para su inspección y copia, sin que sea necesaria una solicitud previa, como sucede en ejercicio del derecho de acceso. Así, deben ponerse a disposición de los ciudadanos las opiniones finales en las denominadas adjudicaciones (*adjudications*)²⁰⁴; las directrices políticas o interpretativas tan concretas y particulares que no requieran ser publicadas en el Registro Federal; así como el conjunto de instrucciones y circulares relativas al personal de la agencia que puedan afectar a los particulares. Por último, también deben ponerse a disposición de los ciudadanos aquellas informaciones suministradas como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso, y que la agencia considere que pueden ser objeto de solicitudes posteriores, las cuales deben sistematizarse en un índice, que también debe ponerse a disposición de los ciudadanos.

Al margen de estas dos modalidades de divulgación de información administrativa, la parte más sustantiva de la FOIA se centra, como ya hemos señalado, en regular el suministro de información cuando hay una solicitud previa, esto es, el ejercicio del derecho de acceso. El mismo versa sobre todos los registros de las agencias administrativas (*agency records*); concepto que, abarcando los documentos físicos y

(D) substantive rules of general applicability adopted as authorized by law, and statements of general policy or interpretations of general applicability formulated and adopted by the agency; and

(E) each amendment, revision, or repeal of the foregoing".

²⁰⁴ Las "adjudicaciones" en el sistema estadounidense equivalen a las resoluciones de los procedimientos administrativos en nuestro sistema. En las funciones realizadas por las agencias administrativas norteamericanas existe así una dicotomía entre la denominada actividad o procedimiento de adjudicación (*adjudication*) y la actividad o procedimiento de regulación (*rulemaking*). Mientras que en el primero de los casos la agencia ejerce potestades cuasi-judiciales, que tienen que ver con el derecho existente; en relación a la segunda, ésta lleva a cabo funciones cuasi-legislativas o que guardan relación con el derecho futuro (*Prentis v. Atlantic Coast Line Co.*, 211 U.S. 210, 1908; *New Orleans Public Serv. V. Council of New Orleans*, U.S., 1989; *Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.* 488 U.S. at 221).

también aquéllos en formato electrónico²⁰⁵, presenta pocos límites, y que ha sido interpretado por los Tribunales en base al principio de máxima divulgación²⁰⁶.

Así, desde el punto de vista de la titularidad o autoría del registro, documento o información respecto a la cual se pretende el acceso, constituyen el objeto de este derecho los documentos en poder de las agencias y otros sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, aunque los mismos hayan sido elaborados originariamente por sujetos distintos de los anteriores, como son los Tribunales de justicia o los propios particulares²⁰⁷. Esta regla conlleva, incluso, que tengan la consideración de documentos administrativos aquéllos respecto a los cuales la agencia no ha realizado, siquiera, una mínima gestión o tratamiento, tal como sucede, por ejemplo, con las cartas que recibe la agencia y que ésta se limita a archivar. El único límite consiste verificar que el documento ha llegado a manos de la agencia por cauces legítimos y en el ejercicio de sus funciones. Es el denominado “test de control”, en virtud del cual se excluyen aquellos documentos que recojan datos personales de los trabajadores de la agencia²⁰⁸ o los documentos que sean trasladados a una agencia por el Congreso, siempre y cuando se especifique que es el Congreso, y no la agencia, quien sigue teniendo el control sobre los mismos²⁰⁹.

Asimismo, también se excluyen, como regla, del derecho de acceso, aquellos documentos que ya han sido publicados o puestos a disposición de los ciudadanos; aunque los Tribunales han señalado que, aún en estos casos, la agencia sigue obligada a garantizar el suministro de la información, apelando, eso sí, al “sentido común” de los

²⁰⁵ *Armstrong v. Executive Office of the President*, 1, F.3d 1274 (D.C. Cir. 1993), ya citada.

²⁰⁶ La interpretación amplia del concepto de registro administrativo ha llevado, incluso, a reconocer esta condición a documentos de entidades que ni siquiera tienen la condición de agencia administrativa a los efectos de la FOIA. Así ha sucedido en relación a la Comisión de Armonización (*Sentencing Commission*), que establece las políticas y prácticas comunes a los tribunales federales. Sobre la aplicación de la FOIA a dicha Comisión, vid. *Washington Legal Foundation v. U.S. Sentencing Commission*, 17 F.3d 1446 (D.C. Cir. 1994); y *Washington Legal Foundation v. Sentencing Commission*, 89 F. 3d 897 (D.C. 1996)].

²⁰⁷ *Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989).

²⁰⁸ *BNA v. Department of Justice*, 742 F.2d 1484 (D.C. Cir. 1984).

²⁰⁹ *Goland v. CIA*, 607, F.2d 339 (d.C. Cir. 1978).

ciudadanos a no solicitar los documentos ante la agencia, cuando éstos sean fácilmente accesibles por otras vías²¹⁰.

Estrechamente relacionada con esta concepción amplia de registro o información administrativa, se diseñó el sistema de límites y excepciones al derecho de acceso a los documentos administrativos incorporado en la FOIA. Siendo una de las cuestiones más relevantes de esta Ley, los límites y excepciones al acceso son concretados en un listado de nueve exenciones, que determinan que se excluya cualquier tipo de divulgación respecto a los archivos, registros o documentos que exponemos a continuación:

- 1) Aquellos que, de acuerdo con los criterios establecidos en una Orden ejecutiva, hayan de mantenerse en secreto en interés de la seguridad nacional o de las políticas exteriores²¹¹, exigiéndose que los mismos hayan sido adecuadamente clasificados²¹².
- 2) Los documentos, archivos o registros que sólo vayan referidos a normas de personal y prácticas internas de la agencia. El alcance que tiene esta exención ha sido interpretado restrictivamente por los Tribunales, siendo ejemplos de este tipo de informaciones las normas relativas a la utilización de las instalaciones de aparcamiento, las horas de comida del personal o las políticas de bajas por enfermedad²¹³. Así, quedan fuera del alcance de esta exención (aunque en contra del criterio inicialmente mantenido por el

²¹⁰ Department of Justice v. Tax Analysts, 492 U.S. 136 (1989), ya citada.

²¹¹ Sobre la exención por motivos de seguridad nacional y la aplicación de la FOIA por parte del Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos puede verse: ERICA LYNN TOKAR, "Unlocking secure communities: The role of the Freedom of Information Act in the Department of Homeland Security's Secure Communities", *Legislation & Policy Brief*, núm. 103, 2013, págs. 103 a 132.

²¹² Hay que señalar que, en base a esta exención, se puede también denegar el acceso de ciertas informaciones que, aunque no clasificadas, pueden tener carácter sensible, conocidas bajo las siglas SBU (*Sensitive But Unclassified*), y las cuales han llegado a determinar un auténtico cajón de sastre en la aplicación de esta exención, exigiéndose por la doctrina que se corrija. Sobre el tema, *vid.*: PATRICE MC. DERMOTT, *Who needs to know?*, Bernan Press, Lanham, Maryland, 2008, págs. 123 y ss.; GENEVIEVE KNEZO, "«Sensitive But Unclassified Information» and Other Controls: Policy and Options for Scientific and Technical Information", *CRS Report for Congress*, December 29, 2006; Government Accountability Office, "Information Sharing-The Federal Government Needs to Establish Policies and Processes for Sharing Terrorism-Related and Sensitive but Unclassified Information", March 2006, GAO-06-385.

²¹³ Senate Report 89-913 at 8 (1965).

Congreso²¹⁴) las normas de funcionamiento de la agencia, las directrices y los manuales de procedimiento, tal como tuvo ocasión de declarar el Tribunal Supremo en el conocido caso *Force v. Rose*, 425 U.S. 352 (1976)²¹⁵.

- 3) Aquellos cuya divulgación esté expresamente prohibida por una Ley. Al respecto, se exige que la Ley que excluya la divulgación lo haga de tal manera que no exista ningún margen de discrecionalidad por parte de la agencia; o que, en su caso, establezca unos criterios específicos para denegar el acceso o bien concrete, de forma adecuada, aquellos documentos que no pueden divulgarse²¹⁶.
- 4) Aquellos que hagan referencia a secretos industriales y comerciales²¹⁷ o a información financiera obtenida por una persona²¹⁸, la cual debe tener el carácter de privilegiada y confidencial²¹⁹.

²¹⁴ House of Representatives Report 89-1947, at 10 (1966).

²¹⁵ El Tribunal afirmó que la interpretación más restrictiva realizada por el Senado era más consistente con la letra de la Ley. En el caso de autos, en el que la información solicitada eran los resúmenes de las audiencias de honor y ética que había en los archivos de la Academia de las Fuerzas Armadas, el Tribunal Supremo determinó que esta información no tenía alcance interno, y que la misma revestía un auténtico y genuino interés público.

²¹⁶ Así, cumpliendo con estos requisitos, en la actualidad, son leyes que exencionan la divulgación de información administrativa que reconoce la FOIA: la Ley de Información sobre Infraestructuras Esenciales de 2002 (*Critical Infrastructure Information Act*); la Ley de Patentes de 1952 (*The Patent Act*); la Ley de Seguridad Nacional (*National Security Act*); la Ley de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission Act*); la Ley de la Junta de Seguridad de Instalaciones Nucleares (*Nuclear Facilities Safety Board Act*), entre otras.

²¹⁷ Tienen la consideración de secretos industriales o comerciales cualquier fórmula, patente, dispositivo, compilación o información que es utilizada en un negocio, y que le da a su titular su ventaja sobre los competidores que no lo conocen o lo usan, de acuerdo con la definición suministrada por “*The Restatement of Torts*”, conjunto de tratados publicados por el Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute*) que informan a jueces y abogados sobre la interpretación de los principios generales del *common law*.

²¹⁸ Respecto a la persona que ha de haber obtenido la información, quedan incluidas tanto personas físicas como jurídicas, así como administraciones extranjeras, excluyéndose sólo al gobierno, de manera que cuando es éste quien crea la información no puede alegarse esta excepción para denegar el acceso [*Gruman Aircraft Engineering Corp. v. Renegotiation Board*, 425 F.d 578 (D.C. Cir. 1970)].

²¹⁹ En cuanto al carácter privilegiado o confidencial de la información, conlleva que la persona que la ha suministrado a la agencia no la haya facilitado previamente al público ni quiera hacerlo; y, de manera

- 5) Los memorándums o cartas de carácter intra o inter agenciales a los que, por Ley, no se podría acceder en caso de un litigio con la agencia.

La finalidad de esta exención es promover, en el seno de las agencias, un debate abierto y franco sobre cuestiones legales y políticas, excluyendo así la divulgación de ciertos documentos que permitirían conocer o deducir ciertos aspectos del proceso deliberativo²²⁰.

- 6) Archivos o ficheros de carácter íntimo, médicos o similares²²¹, cuya divulgación constituiría una clara e injustificada invasión de la intimidad familiar; en cuyo caso las informaciones afectadas serán tratadas de conformidad con lo que dispone la *Privacy Act* de 1974.

cumulativa, que su divulgación pueda conllevar perjuicios para la competencia o para los propios programas gubernamentales.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, se incluyen las informaciones obtenidas de manera voluntaria, así como aquéllas obtenidas a petición o bajo requerimiento de la agencia, recibiendo un tratamiento distinto según la información se haya obtenido de una u otra forma. En este sentido, la información obtenida de manera voluntaria está revestida de una presunción de confidencialidad y, con carácter general, los tribunales son más reacios a su divulgación. Entre los pronunciamientos judiciales que abordan esta cuestión, pueden verse: *Critical Mass Energy Project v. NRC*, 975 F.2d 871 (D.C. Cir. 1992); *Public Citizen Research Group v. FDA* 185 F.3d 898 (D.C. Cir. 1999); *Bartholdi Cable Co. v. FCC*, 114 F.3d 274 (D.C. Cir. 1997); *Center for Auto Safety v. NHTSA* 244 F.3d 144 (D.C. Cir. 2001).

²²⁰ Se excluyen así del acceso los memorándums previos a la toma de una decisión y ciertas comunicaciones realizadas con consultores externos. Se establecen, no obstante, algunas excepciones atendiendo a la finalidad de la comunicación [*Lead Industries Ass'n Inc. v. OSHA*, 610, F.2d 70 (2d Cir. 1979); *Wu v. National Endowment of Humanities, soruce v. David*, 448 F.2d 1067, 1078, n.44 (D.C. Cir. 1971); *Department of Interior v. Klamath Water Users Protective Ass'n*, 532 U.S. 1 (2001)]; y se prevé que, con carácter general, si serán accesibles los materiales que contengan elementos de hecho [*EPA v. Mink*, 410 U.S. 73 (1973)] y las denominadas opiniones finales, identificadas con aquéllas que entrañan políticas y reglas efectivas de la agencia y que sus miembros deben conocer; en contraposición a aquellas que sólo explican una manera de proceder [*NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S., 132 (1975)].

²²¹ De acuerdo con la jurisprudencia estadounidense, tienen la consideración de “ficheros similares” aquellos que contienen información que tiene una naturaleza altamente personal o íntima, esto es, información cuya divulgación puede dañar al individuo. *Department of State v. Washington Post Co.*, 456 U.S. 595 (1982).

- 7) Aquellos archivos cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de la Ley²²²; siendo la finalidad que se cumpla, no sólo la legislación penal, sino también la civil y administrativa²²³.

El interés superior perseguido con esta exención ha determinado que, en su aplicación, los Tribunales fallen, de manera mayoritaria, en favor de la agencia administrativa y, por tanto, de la denegación del acceso²²⁴, aunque también se aprecien límites en su alcance, tal como se reconoció en el caso DOJ v. Landano, 508, U.S. 165 (1993)²²⁵.

- 8) Aquellos archivos, registros o documentos relacionados con la inspección, funcionamiento y situación de las instituciones financieras.

²²² La redacción de esta exención es extremadamente larga y compleja. Así, la FOIA establece que, para denegar la divulgación de informaciones para garantizar el cumplimiento de la Ley, es necesario que, como consecuencia de dicha divulgación:

- a) Puede razonablemente esperarse que la divulgación interferirá en los procedimientos dirigidos a garantizar el cumplimiento de la Ley;
- b) Se privaría a una persona del derecho a un juicio justo o a una decisión de la Administración imparcial;
- c) Puede razonablemente esperarse que constituya una invasión injustificada de la intimidad personal;
- d) Puede razonablemente esperarse que va a desvelarse la identidad de una fuente confidencial (incluyendo las autoridades estatales, locales o las agencias extranjeras; así como cualquier institución privada que dispone de información en una base confidencial) o de un informante confidencial de las autoridades que tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de las leyes criminales o de agencias que desarrollan investigaciones de inteligencia nacional;
- e) Puede desvelar técnicas o procedimientos para asegurar el cumplimiento de la ley o las investigaciones o bien las directrices relacionadas con el cumplimiento de la ley cuya divulgación puede razonablemente esperarse que dificultará el respeto a la Ley;
- f) Puede razonablemente esperarse que pondrá en peligro la vida o la integridad física de cualquier persona.

²²³ Pope v. United States 599 F.2d 1383 (5th Cir. 1979).

²²⁴ NLRB v. Sears, Roebuck & Co., 421 U.S. 132 (1975).

²²⁵ En este caso, el Tribunal señaló que no todas las informaciones generadas en el marco de una investigación (en el caso de autos, se trataba de una investigación criminal) están exentas de la divulgación para garantizar el cumplimiento de la Ley, limitando así de manera significativa la aplicación de la exención séptima.

Estamos ante la exención de la FOIA que se configura en unos términos más amplios²²⁶, lo que ha llevado a que, en los últimos años y, en particular, desde la crisis financiera de 2008, se haya reclamado por la doctrina la necesidad de reformarla, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la opacidad en relación a la información financiera (PIERCE)²²⁷.

- 9) Informaciones o datos geológicos o geofísicos, incluyendo mapas relativos a pozos²²⁸.

El listado de exenciones al que acabamos de referirnos tiene carácter *numerus clausus*, encerrando así los únicos supuestos en los que puede denegarse la divulgación de la información solicitada. Su interpretación tiene, además, carácter restrictivo²²⁹,

²²⁶ En este sentido, los Tribunales han declarado que esta exención abarca, incluso, aquella información reunida en el marco de un procedimiento de regulación de instituciones financieras, incluyendo instituciones que han quebrado así como archivos relacionados con sistemas regulatorios que ya no existían cuando fue aprobada la FOIA. En este sentido: Gregory v. FDIC, 631 F.2d 896 (D.C. Cir. 1980); Consumers Union v. Heiman, 589 F.2d 531 (D.C. Cir. 1978).

²²⁷ PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law Treatise*, Vol. 1, Aspen Publishers, USA, 2010. Págs. 383 y 384.

²²⁸ La razón de ser de esta excepción, que pocas controversias ha generado en su aplicación, es no desincentivar a las empresas encargadas de encontrar pozos, sobre todo de petróleo. Estos procesos de búsqueda, sumamente caros, se considera que se verían reducidos en el caso de que los datos relativos a los pozos ya encontrados pudieran ser de carácter público. Lo anterior, nos lleva a plantear si es necesaria esta exención, teniendo en cuenta que la exención cuarta ya protege, tal como hemos visto, el secreto industrial. Sobre su aplicación pueden verse las Sentencias: Superior Oil Co. v. FERC, 563 F.2d 191 (5th Cir. 1977); Pennzoil Co. v. FPC, 534 F.2d 627 (5th Cir. 1976).

²²⁹ La aplicación restrictiva de estas exenciones dio una vuelta de tuerca más con la Presidencia de Barack Obama, que poco después de llegar al poder elaboró unos memorándums que contenían las guías para aplicar la FOIA, "creando una nueva era de Administración abierta", en la que "ante la duda, prevalece la apertura" [Presidential Memorandum for Heads of Executive Departments and Agencies Concerning the Freedom of Information Act, 74 Fed. Reg. 4683 (Jan. 21, 2009); y Attorney General's Memorandum for Heads of Executive Department and agencies Regarding the Freedom of Information act (Mar. 19, 2009)].

Todo ello fue una reacción a las políticas contrarias a la apertura implantadas durante la Administración Bush y, en particular, tras los atentados del 11 de septiembre, plasmadas en el "Memorándum de información sensible" de 2002. Sobre el tema, *vid.*: PARTRICE MC. DERMOTT, *Who needs to know?...* Op. Cit. págs. 70 y ss.; KRISTEN ELIZABETH UHL, "The Freedom of Information Act post-9/11: Balancing the public's right to know, critical infrastructure protection, and homeland security", *American University*

correspondiendo a la agencia administrativa de que se trate demostrar que la denegación del acceso a la información está basada en alguna de las exenciones que prevé la Ley. En este contexto, tiene un papel destacado los denominados "Índices Vaughn" (*Vaughn Index*)²³⁰, instrumento elaborado por las agencias en el que se justifica cada una de las informaciones retenidas al amparo de una de las exenciones de la FOIA. Este documento se lleva a cabo, generalmente, como consecuencia de un requerimiento judicial; aunque es una práctica cada vez más frecuente que las agencias elaboren este índice con motivo de un procedimiento administrativo, pues aunque ello no sea obligatorio se considera que otorga una mayor seguridad jurídica²³¹.

En cuanto al ejercicio del derecho de acceso, es necesario presentar una solicitud que describa de manera razonable los archivos a los que se quiere acceder; y que ésta cumpla lo previsto en las normas aplicables en cuanto al plazo, lugar, tasas a satisfacer²³² y, en su caso, procedimientos que deben seguirse.

Al respecto, hay que destacar que una de las claves del éxito de la FOIA es que "cualquier persona" puede solicitar el acceso a la información en poder de las agencias. Se garantiza el acceso tanto a personas físicas como jurídicas, sin que tengan que ser ciudadanos o residentes de Estados Unidos; y sin que se requiera que tengan la condición de interesado u ostenten un interés legítimo en la obtención de la información solicitada. Es más, resulta indiferente, a efectos de permitir el acceso, la intención, interés o finalidad que subyazca al conocimiento de la información correspondiente,

Law Review, núm. 261, 2003-2004, págs.261-311. En este último trabajo, la autora habla de la "erosión de la FOIA" producida bajo la era Bush (pág. 272).

²³⁰ El término surge del caso *Vaughn v. Rosen*, 484, F.2d 820 (D.C. Cir. 1973), cert denied, 415 U.S. 977 (1974), en el que el Tribunal solicitó a la agencia un índice para determinar la validez de las informaciones cuya divulgación se denegaba.

²³¹ Sobre el contenido, requisitos y otros aspectos esenciales de los índices Vaughn puede verse: *Freedom of Information Act Guide and Privacy Act Overview*, U.S. Department of Justice, Office of Information and Privacy, 1996. Págs. 458-473.

²³² Como regla, la FOIA no exige que las tasas se paguen por avanzado, excepto en aquellos supuestos en que el solicitante, con anterioridad, hubiera dejado de pagar las tasas de manera puntual; o cuando las tasas excedan de 250\$.

aunque las razones que motivan el acceso sí puedan tener incidencia en la determinación de las tasas a pagar por el acceso²³³.

Esta concepción tan amplia de las personas que pueden solicitar el acceso conlleva, irremediamente, que en determinados supuestos la obtención de información no tenga como finalidad conocer la actividad de la agencia administrativa; sino finalidades distintas²³⁴, en ocasiones, incluso, de carácter ilegítimo. Esto es asumido por agencias y tribunales que, aunque manifiestan sus reservas en este ámbito y recuerdan que el objetivo de la apertura no es la persecución de intereses particulares²³⁵, entienden que el

²³³ Sobre esta cuestión, la FOIA distingue cuatro supuestos: 1) Si los documentos se solicitan en interés público, porque su divulgación puede contribuir significativamente a la comprensión de las operaciones y actividades de la Administración, no se cobrará ninguna tasa o están serán de carácter reducido; 2) En el caso que los documentos se soliciten para usos comerciales, las tasas se corresponderán con el coste razonable que derive de la búsqueda del documento, su duplicación y revisión; 3) Cuando la solicitud se realice por una entidad educativa o científica no comercial con finalidades de investigación; o bien por representantes de medios de comunicación, las tasas a cobrar serán el coste razonable de la duplicación; 4) Finalmente, en el resto de casos, las tasas a satisfacer se identificarán con los costes razonables de la búsqueda y duplicación.

²³⁴ Esta cuestión se puso de relieve en el caso *Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989), ya citada.

El supuesto de hecho era el siguiente: La División de Impuestos del Departamento de Justicia obtenía copias de todas las opiniones judiciales en los litigios en materia de impuestos. Estas opiniones eran extremadamente relevantes, pues contenían gran parte del derecho aplicable a las agencias con competencias en materia fiscal. A pesar de lo anterior, las mismas no estaban reportadas, y para acceder a las mismas era necesario acudir a los archivos físicos de los distintos tribunales federales, los cuales no debían suministrar estas opiniones por no estar sujetos a las previsiones de la FOIA.

Ante esta situación, la empresa de asesoría fiscal "Tax Analysts" solicitó ante el Departamento de Justicia el acceso a las referidas opiniones, siendo la finalidad publicar sumarios sobre las mismas y crear una base de datos, con lo cual lograrían un lucro económico.

Siendo denegado el acceso por el Departamento de Justicia, el Tribunal Supremo declaró que debía reconocerse el acceso. Al respecto, sin perjuicio de las motivaciones eminentemente privadas que subyacían al acceso, el Tribunal destacó que, gracias a dicho acceso, las opiniones judiciales en materia fiscal dejarían de ser una "Ley secreta".

Sobre el tema: PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law...*, Vol. 1, Op. Cit. Págs. 342 y 343.

²³⁵ El Tribunal Supremo norteamericano ha limitado así en diversas ocasiones el acceso a información de agencias administrativas sobre la base de que el objetivo del suministro de información no se prevé para el beneficio propio de un contratante en una determinada negociación o en beneficio de litigantes privados. Entre otros, pueden verse: *Renegotiation Board v. Bannerkraft*. 415 U.S. 1, 22 (1974); *NLRB v.*

acceso no puede ser denegado, y que éste es un sacrificio necesario para lograr la apertura de las agencias administrativas que se persigue con la Ley²³⁶. Así, aunque algunas agencias aún deniegan el acceso sobre la base de que, con el mismo, sólo se persiguen intereses particulares, los pronunciamientos jurisprudenciales son inequívocos en la prevalencia de la cláusula “cualquier persona”²³⁷.

Una vez presentada la solicitud, cada agencia dispone de su propio registro para procesarlas, sin que exista así una oficina central que se encargue de tramitar estas solicitudes para todas las agencias²³⁸. Atendiendo a lo anterior, a partir del momento en que la solicitud tenga entrada en el registro, la FOIA prevé que debe darse respuesta a la misma en un plazo de veinte días hábiles, el cual puede ampliarse, durante diez días más, siendo excepcionales los supuestos en que la resolución de la solicitud de acceso puede demorarse durante más de treinta días²³⁹. Adicionalmente, la FOIA prevé también

Sears, Roebuck & Co., 421 U.S., 132, 143 (1975); NLRB v. Robbins Tire & Rubber Co., 437 U.S. 214, 242 (1978).

²³⁶ Esta postura, tan consagrada en el Tribunal Supremo, no ha sido en ocasiones respetada por los tribunales inferiores, que han limitado el concepto de “a toda persona”, yendo en contra de la letra de la ley. Sobre el tema *vid.*, E.g., Doyle v. Department of Justice, 668 f.2d 1365 (D.C. Cir 1981, cert denied, 445 U.S. 1002 (1982); McClelland v. Andrus 606 F.2d 1278, 1285 (D.C. Cir. 1979).

²³⁷ Audubon Society v. Forest Service 104 F.3d 1201 (10th Cir. 1997), en relación al suministro de información de los nidos de especies de búhos amenazadas.

²³⁸ Los medios de los que dispone cada agencia para tramitar estas solicitudes son muy distintas en unas y otras. Así, a modo de ejemplo, mientras que el Departamento de Seguridad Interior contó en 2013 con más de 560 personas que tenían la consideración de personal a tiempo completo dedicado a cumplir con las previsiones de la FOIA; el mismo año, el Departamento de Asuntos de Veteranos, tenía menos de 180 personas; y el Departamento de Justicia, menos de 90 personas [<http://www.foia.gov/data.html> (última consulta 28.12.2014)].

Al respecto, entendemos que uno de los factores determinantes en este ámbito es el número de solicitudes que recibe cada Departamento o agencia que, como hemos visto, varían mucho de uno a otro

²³⁹ La FOIA prevé que puede superarse este plazo en “circunstancias inusuales”, que se considera concurren cuando los archivos solicitados estén situados en otras instalaciones separadas de la oficina que procesa la petición; cuando para satisfacer una solicitud es necesario examinar diferentes registros o cuando estos son muy voluminosos; así como cuando es necesario realizar una consulta con otra agencia o con dos o más órganos de la misma agencia, que pueden tener interés sustancial en la resolución de la solicitud.

la posibilidad de tramitar la solicitud con urgencia, cuando el solicitante alegue y demuestre que concurre una “necesidad apremiante”²⁴⁰.

Una vez resuelta la solicitud, la resolución se notificará inmediatamente al solicitante, haciendo constar la decisión adoptada, debidamente razonada, así como los recursos que puedan interponerse.

En cuanto a estos recursos, la FOIA prevé que, ante la denegación (total o parcial) de información, se podrá interponer recurso ante el Director de la agencia, el cual deberá resolverlo en el plazo de veinte días hábiles. En el caso que se mantenga la denegación del acceso, en todo o en parte, se notificará al solicitante, que puede impugnar esta decisión judicialmente²⁴¹, dentro de un plazo de treinta días. Los tribunales pueden realizar un examen *in camera* de los documentos para determinar si, respecto a los mismos, resulta de aplicación alguna de las nueve exenciones que prevé la Ley.

Estamos ante un control judicial de carácter amplio y del que se derivan importantes consecuencias. Así, en el caso de que, con motivo del examen sobre la denegación del acceso, el tribunal considere que el personal de la agencia ha actuado de forma arbitraria o caprichosa, el Consejo Especial²⁴² puede iniciar un procedimiento para determinar si existe responsabilidad disciplinaria respecto al empleado o empleados responsables²⁴³

²⁴⁰ En particular, se considera que existe una necesidad apremiante cuando la no obtención de la información solicitada puede, razonablemente, suponer una amenaza para la vida o la integridad física de una persona; o cuando la solicitud es realizada por una persona dedicada a la difusión de información, que alegue la urgencia de informar sobre la actividad de la Administración.

²⁴¹ El órgano judicial competente es el Tribunal del distrito donde el solicitante resida o tenga su principal centro de negocios; siendo también competente el tribunal del distrito donde están situados los archivos de la agencia que se han solicitado, así como el situado en el Distrito de Columbia.

²⁴² La Oficina del Consejo Especial de Estados Unidos (*U.S. Office of Special Counsel*) es una agencia federal de carácter independiente, con poderes de investigación y de acusación. Sus competencias vienen atribuidas por la *Civil Service Reform Act* de 1978, la *Whistleblower Protection Act* de 1989, la *Hatch Act* de 1939 y la *Uniformed Services Employment & Reemployment Rights Act* de 1994. Una de sus funciones principales es salvaguardar el sistema de méritos relativo a los funcionarios, protegiendo así a empleados y candidatos a empleados de aquellas prácticas de personal prohibidas y, en particular, respecto a las posibles represalias por denunciar irregularidades en el funcionamiento de la agencia (*whistleblowing*).

²⁴³ A estos efectos, cuando la decisión sobre el acceso a los registros administrativos se adopta por parte de órganos colegiados, es necesario que exista un registro de los votos finales de cada miembro en relación a cada procedimiento.

de la denegación de la información. Después de una investigación y valoración de las pruebas, el Consejo Especial remite sus recomendaciones a la autoridad administrativa de la agencia, haciendo llegar copias también al empleado en cuestión o a su representante; siendo la regla general que la autoridad administrativa deba implementar la acción correctiva propuesta por el Consejero Especial.

2. Las previsiones de la FOIA a las que acabamos de referirnos se complementan con lo dispuesto en la *Government in the Sunshine Act* (GSA), de 1976, que consagra la publicidad de las reuniones de los órganos colegiados directivos de las agencias administrativas. La GSA resulta de aplicación a todas aquellas agencias administrativas dirigidas por órganos colegiados, en los que la mayor parte de sus miembros han sido nombrados por el Presidente y refrendados por el Senado; así como a cualquier subdivisión de los mismos autorizada para actuar en nombre de la agencia. Respecto a éstos, se establece que "cada porción de cada reunión" debe estar abierta a la observación pública, consagrando así la publicidad de las deliberaciones que determinan la actuación común o que tienen que ver con las competencias de la agencia.

La mayor dificultad a la que se enfrenta la GSA es lograr el adecuado equilibrio entre la transparencia de la Administración y la libertad en los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en el seno de las distintas agencias administrativas. Teniendo en cuenta lo anterior, sus previsiones, no sólo deben conciliarse con lo dispuesto en la exención quinta de la FOIA, que excluye el acceso a memorándums o cartas inter o intra agenciales; sino que, además, la propia GSA prevé una serie de excepciones a la regla general de publicidad de las deliberaciones.

Atendiendo a lo anterior, podrá exceptuarse la publicidad de una reunión o de parte de la misma cuándo: 1) La publicidad suponga divulgar cuestiones respecto a las cuales una orden ejecutiva ha determinado la necesidad de mantener el secreto para proteger la seguridad nacional o la política exterior, siempre que se haya llevado a cabo la clasificación previa de la materia a través de un procedimiento adecuado; 2) Las deliberaciones sólo versen sobre cuestiones internas de personal y prácticas de la agencia; 3) La publicidad comporte la divulgación de información prohibida por una Ley; 4) La publicidad suponga divulgar secretos oficiales o información financiera obtenida por un persona de carácter privilegiado o confidencial; 5) La publicidad conlleve acusar a una persona de un crimen, o censurar formalmente a alguien; 6) La

publicidad suponga una intromisión clara e injustificada de la intimidad personal; 7) La publicidad comporte divulgar información recopilada para asegurar el cumplimiento de la legalidad; 8) La publicidad comporte divulgar información referente a la supervisión, intervención o informe de instituciones financieras; 9) La publicidad comporte una divulgación prematura de información que, en relación a las agencias que regulan cuestiones de divisas, medidas de seguridad o mercancías, pueda derivar en especulación o hacer peligrar la estabilidad de cualquier institución financiera; y, en relación a las demás agencias, pueda frustrar su actividad; 10) La publicidad pueda incidir en el ejercicio del derecho de audiencia.

En el caso de que se excluya la publicidad respecto a la totalidad o parte de una reunión en base a las excepciones señaladas, el Director Jurídico o, en su caso, la Asesoría Jurídica de la agencia deberá certificar públicamente si, en su opinión, la reunión debería haberse celebrado a puerta cerrada, o no. Además, respecto a las reuniones o a la parte de las mismas que se celebren a puerta cerrada (excepto cuando resulten de aplicación las últimas tres excepciones) la agencia debe conservar una transcripción o grabación o, en su caso, un acta que describa plena y claramente todas las cuestiones discutidas, durante al menos un período de dos años tras la celebración de la reunión o hasta que haya transcurrido un año desde que se haya finalizado el procedimiento sobre el cual la reunión versaba.

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación a cada reunión que se mantenga en la agencia, ésta deberá publicar un anuncio, como mínimo, una semana antes de su celebración, en el que se haga constar el día y hora, lugar y las cuestiones que van a ser objeto de deliberación, especificando si la reunión va a estar abierta al público o si la misma va a ser (en su totalidad o en parte) a puerta cerrada. El anuncio que haga referencia a todas estas cuestiones y a cualquier cambio o modificación que se produzca en las mismas²⁴⁴, así como el nombre y número de teléfono del oficial designado por la

²⁴⁴ El tiempo o lugar de la reunión puede cambiarse después de la publicación del anuncio únicamente si la agencia anuncia esta modificación con la máxima antelación posible.

Respecto a las cuestiones que van a ser objeto de deliberación y la determinación de la reunión (o de parte de la misma) como abierta o a puerta cerrada, son aspectos que sólo podrán modificarse después de la publicación del anuncio si la mayoría de los miembros de la agencia acuerdan que ello procede, atendiendo a la actividad de la agencia. En el caso que ya no sea posible publicar un anuncio con la

agencia para responder a las solicitudes de información sobre la reunión, deberá ser remitido al Registro Federal para su publicación.

Adicionalmente, la agencia también deberá poner a disposición del público, en un lugar que sea fácilmente accesible²⁴⁵, la transcripción, grabación electrónica o acta de las deliberaciones de cualquier cuestión incluida en el orden del día, así como de cualquier comparecencia que se haya producido durante la reunión, excepto si se considera que dicha información incurre en alguna de las exenciones que justifican que las reuniones se celebren a puerta cerrada.

3. En tercer lugar, también se integra dentro del bloque de normas de transparencia del ordenamiento jurídico estadounidense la *Federal Advisory Committee Act* (FACA), aprobada en 1972.

A través de esta norma, se quiso dotar de regulación a un fenómeno creciente en el seno de las agencias estadounidenses, consistente en la creación de comisiones de asesoramiento, siendo la gran preocupación acerca de las mismas que determinados intereses tuvieran un acceso ilimitado a los poderes decisorios de las agencias administrativas, y que su funcionamiento supusiera un derroche para las arcas públicas²⁴⁶.

Con este telón de fondo, la FACA tenía, como primera finalidad, reducir las comisiones asesoras existentes en el momento de su aprobación y frenar la creación de nuevas comisiones, lo cual se logró con éxito²⁴⁷. El objetivo de esta norma fue reforzado gracias a iniciativas como la Orden Ejecutiva 12.838, de 10 de febrero de 1993, que impuso a las agencias la necesidad de suprimir, como mínimo, una tercera parte de los comisiones asesoras esponsorizadas por la agencia sujetas a la FACA y que no vinieran impuestas por Ley.

antelación requerida por la GSA, se hará constar esta circunstancia; y, si esto fuere posible, se publicará el cambio y el sentido del voto de los diversos miembros de la agencia.

²⁴⁵ La GSA también prevé que se puedan solicitar copias de estas transcripciones o actas, en las que se identifique la persona que realiza cada una de las intervenciones. Al respecto, la GSA sólo establece que deberá abonarse el coste real de realizar la copia o duplicado.

²⁴⁶ RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise...* Op. cit. págs. 297-300.

²⁴⁷ Así se puso de manifiesto en el informe anual sobre esta norma presentado en el Congreso en el año 1998. *President of the U.S., The Twenty-Seventh Annual Report on Federal Advisory Committees for Fiscal year 1998.*

Sustentada sobre los ejes de la transparencia, la participación y la rendición de cuentas, la FACA obliga a las agencias a dotar de publicidad la creación de nuevas comisiones de asesoramiento y a definir los límites de sus atribuciones. Asimismo, esta Ley impone a los miembros de las comisiones asesoras la necesidad de que éstos actúen de manera justa y equilibrada en relación a los puntos de vista que representan, lo cual puede ser objeto de control en la medida en que las reuniones de las comisiones son, de acuerdo con la Ley, de carácter público, así como también lo es la documentación que se genera en el seno de las mismas. Existen, sin embargo, algunas excepciones, especialmente en relación a las comisiones creadas en el seno de agencias que tratan habitualmente cuestiones de carácter científico o técnico, como son la Academia Nacional de las Ciencias o la Academia Nacional de administración Pública. [5 U.S.C. § 3(2)(c)(ii)]

4. La cuarta de las normas integradas en el bloque de “*Sunshine Acts*” es la ***Federal Funding Accountability and Transparency Act*** (FFATA) aprobada el 26 de septiembre de 2006, que se centra en garantizar la transparencia presupuestaria.

La finalidad de esta norma es que los ciudadanos puedan obtener información sobre los gastos de cualquier tipo que realiza la Administración y que dicha información esté disponible a través de un único medio.

Se consagra así, a través de esta Ley, la publicidad respecto a ciertas informaciones relativas a los fondos públicos, concepto en el que se incluyen: becas, sub-becas, préstamos, premios, acuerdos de cooperación y otras modalidades de asistencia financiera; así como contratos, subcontratos, órdenes de adquisición, órdenes de trabajo y órdenes de entrega; quedando sólo excluidas las transacciones individuales la cuantía de las cuales no supere los 25.000€.

Las informaciones que deben publicitarse permiten saber los fondos públicos concedidos por la Administración, sus destinatarios y las finalidades para los que fueron otorgados²⁴⁸; y son suministradas por las "entidades" incluidas dentro del ámbito de

²⁴⁸ De acuerdo con la FFATA deberán publicarse:

- a) El nombre de la entidad que recibe los fondos públicos.
- b) La cantidad de fondos públicos recibida.
- c) Información relacionada con la concesión del fondo, como es el tipo de transacción; la agencia concedente del fondo; el código de transacción según los sistemas de clasificación de cada sector

aplicación de la Ley. Esta categoría está conformada por las agencias administrativas y por los distintos tipos de destinatarios de fondos públicos, quedando sólo exceptuados de la aplicación del a FFATA las personas físicas receptoras de asistencia federal así como los empleados federales²⁴⁹.

Una de las cuestiones más relevantes de la FFATA, y en la que esta norma centra gran parte de su articulado, es el medio que sirve para dar publicidad a las informaciones relativas al gasto público a las que acabamos de referirnos. Siendo la finalidad de la Ley que dichas informaciones sean accesibles a través de un único medio, en virtud de esta norma, se creó un portal web específico para dar cumplimiento a sus previsiones (*Spending.gov*)²⁵⁰, el cual se puso en marcha en diciembre de 2007. En el mismo, se contienen los enlaces a las informaciones disponibles en las páginas del Sistema Federal de Obtención de Datos (*Federal Procurement Data System*); el Sistema Federal de Asistencia Financiera (*Federal Assistance Award Data System*) y la página gubernamental de becas (*Grants.gov*); permitiendo acceder a todas las informaciones previstas en la Ley en una única búsqueda por campos. La información citada se

industrial o, en su caso, doméstico; así como una breve descripción de la finalidad por la que ha sido concedida el fondo.

d) El domicilio de la entidad que recibe los fondos y de su matriz, cuando la entidad receptora pertenezca a otra; así como un único identificador para ambas.

e) Cualquier otra información relevante que determine la Oficina de Administración y presupuesto.

Adicionalmente, la FFATA prevé también que, respecto a los cinco primeros ejecutivos de la escala jerárquica de la entidad receptora de fondos públicos, deberán hacerse público sus nombres y las percepciones totales que éstos perciben, siempre y cuando más del 80% de los ingresos de la entidad provengan de fondos federales y éstos superen los veinticinco millones de dólares anuales; o bien cuando la información relativa a la compensación no esté disponible en los informes que se han de entregar a la Comisión Reguladora del Mercado de Valores (*Securities and Exchange Commission*).

²⁴⁹ Dentro del concepto de entidad que contempla la FFATA se incluyen: empresas, asociaciones, sociedades, compañías de responsabilidad limitada, sociedades de responsabilidad limitada, compañías de propietario único, cualquier otra entidad de negocios prevista legalmente, cualquier otro beneficiario de fondos públicos o contratista no excluido expresamente por la ley así como cualquier autoridad estatal. Se incluyen así los sub-beneficiarios y sub-contratistas de fondos públicos, para los cuales se establecen unas obligaciones de información específicas. En cualquier caso, la información relativa a los beneficiarios o contratistas originarios y sus respectivos sub-beneficiarios o sub-contratistas, se encuentra vinculada, de manera que accediendo a la información de los primeros puede también conocerse la información relativa a estos últimos.

²⁵⁰ <http://www.usaspending.gov/>

encuentra, además, permanentemente actualizada, pues la Ley obliga a que los datos se incorporen en el portal, como máximo, en un plazo de treinta días desde que la agencia correspondiente otorgue el fondo. Adicionalmente, a través de este portal los ciudadanos pueden dejar comentarios sobre la utilidad de la web y también realizar sugerencias para mejorarlas.

La regulación contenida en la FFATA se cierra con el establecimiento de una serie de mecanismos de control dirigidos a garantizar el cumplimiento de la Ley. Así, se prevé que la Oficina de Administración y Presupuesto elabore unas guías respecto a la correcta aplicación y cumplimiento de los deberes impuestos por la FFATA. Asimismo, se prevé que el Director de esta misma Oficina remita al Comité de Seguridad Interior y de asuntos del Senado (*Committee on Homeland Security and Governmental Affairs of the Senate*) así como al Comité de Reformas Gubernamentales de la Cámara de Representantes (*Committee on Government Reform of the House of Representatives*) un informe anual sobre el funcionamiento del portal, en el que se incluirán: datos relativos a la utilización de la web por parte de los ciudadanos y la valoración de su utilidad; una valoración del cumplimiento del suministro de información por parte de los receptores y sub-receptores de fondos públicos; y, cuando proceda, una explicación acerca de la ampliación de los plazos para suministrar información.

5. El broche a toda la regulación a la que acabamos de referirnos lo pone la ***Lobbying Disclosure Act*** de 1995 (LDA); norma que regula a nivel federal las actuaciones desarrolladas por grupos de interés y cuya aprobación comportó la derogación de la *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 1945.

Tras su aprobación, la LDA fue modificada en el año 1998 a través de la *Lobbying Disclosure Technical Amendments Act* y, posteriormente, en 2007, como consecuencia de la aprobación de la *Honest Leadership and Open Government Act*²⁵¹. En la actualidad, los pilares en los que se asienta esta Ley son el conocimiento y el control de

²⁵¹ La modificación realizada por la *Honest Leadership and Open Government Act* vino motivada por el ya reseñado "Caso Abramoff".

A través de esta Ley, se reforzaron las obligaciones de publicidad respecto a ciertos aspectos relativos a la actividad de lobbying y su financiación, y se establecieron mayores restricciones en relación a los regalos a realizar a los miembros del Congreso y su personal, estableciéndose asimismo la obligatoriedad de publicitar la ejecución de las denominadas "*earmarks*", identificadas con las partidas presupuestarias que, de forma específica, se prevé que se invertirán en un determinado proyecto.

las actividades de *lobbying*, para lo cual se establece un sistema de registro y unas normas de conducta aplicables a los sujetos que, de forma profesional o regular, intentan influenciar las actuaciones desarrolladas por el poder legislativo y ejecutivo.

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo de esta norma, la Ley se aplica a lobistas (*lobbyists*) profesionales, esto es, sujetos que realizan actuaciones de *lobbying* en interés de una persona o entidad privada (*lobby*), a la que la ley también denomina cliente (*client*). Para que la LDA resulte de aplicación, la actividad de *lobbying* debe desarrollarse a cambio de una contraprestación económica, debiendo constituir estas actividades, al menos, el 20% de los servicios que se prestan al cliente durante un período de seis meses. Los lobistas pueden desarrollar sus actuaciones por cuenta propia, teniendo entonces la consideración de "firmas de *lobbying*" (*lobbying firms*); o por cuenta ajena, en cuyo caso se considerarán "*lobbyists in house*". En cuanto a los destinatarios de estas actuaciones, las mismas deben ir dirigidas a determinados oficiales, tanto del poder legislativo como ejecutivo²⁵².

Desde el punto de vista objetivo, la ley considera como actividades de *lobbying* (*lobbying activities*) aquellas que tienen por objeto influir la actuación de los miembros del poder legislativo o ejecutivo previstos en la Ley, actividad que se puede llevar a cabo por distintos medios, entre los que tienen un papel destacado los denominados "contactos de *lobbying*" (*lobbying contacts*). Este último concepto abarca cualquier comunicación oral o escrita (incluyendo las comunicaciones electrónicas) realizada en interés de un cliente y dirigida a alguno de los oficiales del poder legislativo o ejecutivo incluidos en el ámbito de la aplicación subjetivo de la Ley, cuya finalidad u objetivo sea incidir en la formulación, modificación o ejecución de las políticas públicas²⁵³, siempre

²⁵² La LDA concreta los miembros del poder legislativo y miembros del poder ejecutivo incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley. Así, entre otros, son miembros del poder legislativo incluidos en el ámbito de la aplicación de la Ley: los miembros del Congreso, los oficiales electos de las distintas Cámaras del Congreso así como ciertos empleados del poder legislativo, tales como oficiales o directores. En cuanto al poder ejecutivo, se incluyen en el ámbito de aplicación de la LDA, entre otros, el Presidente del Gobierno, el Vicepresidente del Gobierno, los oficiales o empleados de la Oficina Ejecutiva del Presidente o determinados empleados que superen cierto nivel de remuneración, cuestión en la que la LDA se remite al título 37, Sección 201 del U.S. Code.

²⁵³ En este sentido, la LDA considera que tienen esta finalidad los contactos de *lobbying* que pretendan: a) Que se formulen, modifiquen o adopten leyes federales (incluyendo las proposiciones); b) Que se formulen, modifiquen o adopten normas administrativas federales o reglamentos, órdenes ejecutivas, o

y cuando no esté excluida por la propia LDA, ya sea por razón del sujeto que las lleve a cabo o porque se trate de contactos que carezcan de la entidad o continuidad suficientes para ser consideradas actuaciones de *lobbying*²⁵⁴. Además, se consideran también actividades de *lobbying*, no sólo los contactos en sí mismos, sino también los esfuerzos para hacerlos efectivos, incluyendo la preparación y planificación de actividades, los trabajos de investigación y otras tareas de preparación que éstos requieran o que se lleven a cabo en coordinación con las actividades de *lobbying* desarrolladas por otras personas.

En cuanto al sistema de registro que prevé la LDA, siendo la inscripción obligatoria, se establecen unos plazos realmente breves para proceder a la inscripción y se imponen unas obligaciones de suministro de información muy estrictas, que se complementan con los deberes de actualización y con los informes periódicos a realizar por los sujetos que desarrollan actuaciones de *lobbying*. Así, de acuerdo con la Sección cuarta de la LDA, salvo que sea de aplicación alguna de las exenciones que prevé la LDA²⁵⁵, el

cualquier otro tipo de programa, política o posición por parte del poder ejecutivo; c) Que se administre o ejecute un programa o una política federal (incluyendo la negociación, concesión o administración de un contrato administrativo, préstamo, beca, subvención, permiso o licencia); d) Que se proponga o se nombre una determinada persona para un cargo sujeto a la confirmación del Senado.

²⁵⁴ Entre las excepciones a la consideración de contacto de *lobbying* que prevé la LDA destacan los siguientes tipos de comunicaciones: aquellas realizadas por oficiales públicos en el ejercicio de sus funciones; las realizadas por representantes de los medios de comunicación con el objetivo de difundir noticias e informaciones al público en general; las realizadas en el marco de un discurso, un artículo una publicación u otro material que se pone a disposición del público; las realizadas por entidades religiosas; las dirigidas a celebrar una reunión o solicitudes administrativas que no tengan por finalidad influenciar la actividad del poder legislativo o ejecutivo; las comunicaciones realizadas ante un comité consultivo o previo requerimiento de información por parte del poder ejecutivo o legislativo; las realizadas en el marco de un procedimiento administrativo de carácter público o en respuesta a un anuncio publicado en el Registro Federal; o las comunicaciones a la Administración realizadas en interés de un sólo individuo, en cuestiones, por ejemplo, de índole laboral o personal.

Asimismo, tampoco tienen la consideración de contacto a los efectos de la LDA las comunicaciones realizadas en representación de un gobierno extranjero; no por el hecho de que no se consideren actividades de *lobbying*, sino porque ésta tienen su regulación específica en la *Foreign Agents Registration Act* de 1938.

²⁵⁵ La LDA prevé una exención del registro de carácter general, para aquellas actuaciones desarrolladas por una firma de *lobbying* en relación a un cliente, cuya cuantía no exceda, ni se espere que exceda de los

sujeto que desarrolla la actividad de *lobbying*, no más tarde 45 días desde que lleve a cabo el primer contacto de *lobbying* o desde que sea contratado o empleado (lo que ocurra antes), debe registrarse ante el secretario del Senado y ante el Secretario de la Cámara de Representantes.

En el caso de la actividad de *lobbying* sea prestada por una entidad que tenga empleadas a una o más personas para el desarrollo de estas actuaciones, cada una de ellas será objeto de un registro individual, especificando para cada empleado los clientes cuyos intereses defienden. A su vez, cuando un registrante haga contactos de *lobbying* para más de un cliente; o cuando para un mismo cliente se desarrolle más de un contacto de *lobbying*, deberán realizarse asientos registrales diferenciados. Este sistema permite así obtener datos cruzados, conociendo todas las actuaciones de *lobbying* que se realizan en beneficio de una misma entidad.

En cuanto a las cuestiones que son objeto de registro, la ley prevé cada inscripción registral debe contener:

- a) Los datos personales, profesionales y de contacto del registrante, el cliente así como de los "contribuyentes"²⁵⁶ u otras personas que supervisen, financien o controlen a los sujetos anteriores²⁵⁷.
- b) Una declaración acerca de las áreas o ámbitos materiales en los que el registrante va a desarrollar actividades de *lobbying* en interés de su cliente y, en la medida

5.000 dólares; o en el caso de que los gastos derivados de la actividad de *lobbying* no excedan de 20.000 dólares durante un periodo de seis meses.

Desde la reforma de la LDA de 1997 se prevé que estas cuantías sean actualizadas cada cuatro años, sobre la base de la variación producida en ese período del Índice de Precios al Consumo.

²⁵⁶ De acuerdo con la LDA tienen la consideración de "contribuyentes" aquellas personas distintas del cliente pero que aportan más de 10.000 dólares para la realización de actividades de *lobbying* desarrolladas por el registrante en un período de seis meses; o bien que se encarguen de supervisar o controlar, en la totalidad o en su mayor parte, el desarrollo de la actividad de *lobbying*.

²⁵⁷ Se enmarcan dentro de esta categoría aquellas personas que aporten más de 10.000 dólares a las actividades de *lobbying* desarrolladas por el registrante y que, en relación al cliente o a los "contribuyentes", sean titulares, al menos, del 20% de las participaciones o acciones; supervisen, controlen, dirijan, financien o sufraguen en la totalidad o en su mayor parte, de manera directa o indirecta, el desarrollo de la actividad del cliente; o sean afiliados del cliente o de un contribuyente y tengan un interés directo en el resultado de la actividad de *lobbying*.

de lo posible, las concretas materias en la que, en la fecha del registro, se han realizado o se tienen intención de realizar actividades de *lobbying*.

- c) El nombre del empleado del registrante que ejerce las actuaciones de *lobbying* o que se espera que lo haga, indicando si el mismo ha ocupado, durante los dos años anteriores al desarrollo de la primera actuación de *lobbying*, un cargo en el poder ejecutivo o en el poder legislativo de aquellos que quedan cubiertos por la LDA; previsión cuyo objetivo es poner límites al fenómeno de las puertas giratorias o *revolving doors*.

La regla general respecto a estos datos es la publicidad, previéndose que corresponde al Secretario de la Cámara de Representantes desarrollar un sistema de archivo, codificación y análisis cruzado de los datos contenidos en el registro, que permitan la publicidad respecto a los lobistas registrados, las firmas de *lobbying* y sus clientes; y el acceso y obtención de copias de los informes realizados en cumplimiento de la Ley. Asimismo, se establece que la información relativa al registro inicial así como los informes deben conservarse, como mínimo, por un periodo de seis años.

El sistema registral descrito funciona, en gran parte, gracias a los informes de seguimiento que deben elaborar los registrantes, presentados con carácter semianual ante el Secretario del Senado y ante el Secretario de la Cámara de Representantes, y en los que se hacen constar los aspectos más relevantes de las actividades de *lobbying* desarrolladas durante el período de tiempo abarcado por el informe²⁵⁸.

Finalmente, la LDA recoge una serie de previsiones dirigidas a exigir el cumplimiento de las previsiones de la Ley. Así, sin perjuicio de las indicaciones que, a tales efectos, ofrece el Secretario de la Cámara de Representantes, la LDA prevé que, ante el

²⁵⁸ Entre otras cuestiones, en estos informes se hace constar: a) Si ha habido algún cambio o modificación respecto a los datos contenidos en la inscripción inicial; b) Las cuestiones concretas en los que el lobista ha realizado actuaciones de *lobbying*, incluyendo siempre que sea posible, los concretos proyectos de ley y las particulares acciones del ejecutivo en las que se haya participado; c) Una declaración acerca de los miembros de las Cámaras de Representantes y Agencias Federales con los que se ha contactado; d) Una estimación total, cuando se trate de una firma de *lobbying*, de los ingresos obtenidos por parte del cliente (incluyendo cualquier pago al registrante o a cualquier otra persona en concepto de actividades de *lobbying* realizadas para el cliente), así como otros ingresos que no estén relacionados con la actividad de *lobbying*; e) Una estimación total, cuando el lobista actúe en su propio interés, de los gastos en los que el registrante y sus empleados hayan incurrido como consecuencia del desarrollo de actividades de *lobbying*.

incumplimiento de sus previsiones, podrán imponerse sanciones (*penalties*), esencialmente de carácter pecuniario, que pueden llegar hasta los 50.000 dólares de multa, atendiendo al tipo de incumplimiento y su gravedad.

II. LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. EVOLUCIÓN NORMATIVA

En nuestro ordenamiento jurídico, el camino para lograr una Administración más transparente ha sido más largo y tortuoso de lo que cabría esperar. La LPA de 1958, la Constitución Española de 1978 y la LRJPAC nos pusieron en el buen camino, iniciando el avance hacia un modelo de Administración más transparente, gracias a la introducción de diversas previsiones proclives a lograr mayores niveles de conocimiento en la actuación administrativa, fomentar la participación ciudadana y garantizar la rendición de cuentas²⁵⁹. La LRJPAC, incluso, afirma de forma expresa en su artículo 3.5 la necesidad de que las Administraciones Públicas actúen, en sus relaciones, de acuerdo con el principio de transparencia; siendo no obstante una institución cuyo contenido ha tardado en concretarse, y a la que aún le queda mucho camino por recorrer.

Desde un punto de vista jurídico, hemos de tener en cuenta que, en nuestro ordenamiento, la existencia de normas como la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta (LPI)²⁶⁰ y la ya citada Ley 9/1968 reguladora de los Secretos Oficiales

²⁵⁹ El Preámbulo de la LTBG destaca que: "En el ordenamiento jurídico español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos", destacando también que "el derecho de acceso a la información pública (...) ya ha sido desarrollado en otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico", para concluir que: "La Ley, por tanto, no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos".

²⁶⁰ Aunque, teóricamente, esta Ley fue aprobada con la finalidad de regular el derecho de acceso a la información por parte de la prensa y otros medios de información; en su versión inicial, y antes de su modificación por el Real-Decreto Ley 24/1977, de 1 de abril, de libertad de expresión, esta Ley reconocía, en realidad, un derecho del Estado a controlar la información objeto de difusión, así como intervenir a través de ello en la formación de la opinión pública, cuestión que quedó plasmada en el conocido caso Europa Press (STS de 26 de noviembre de 1970, Ar. 4831, Ponente: Servan Mur).

(LSO), dirigidas a establecer ciertos límites en la publicación de información o a proteger la seguridad y la defensa del Estado, determinaron una tendencia hacia el hermetismo de la Administración²⁶¹.

Asimismo, durante años existió una situación de desequilibrio entre la transparencia y la protección de datos personales; pues mientras que la primera no contaba aún con ninguna Ley que le dotara de contenido, la legislación de protección de datos se encontraba, por el contrario, plenamente consolidada. En efecto, la LOPD, desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre²⁶², y en virtud de la cual se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del

²⁶¹ Paradigmática de esta tendencia hacia el hermetismo resultan las conocidas sentencias relativas a los papeles del C.E.S.I.D (SSTS de 4 de abril de 1997, Recursos 726/1996, 602/1996 y 634/1996).

En estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo, acogiendo el criterio mantenido por el Consejo de Estado (Dictamen núm. 2776/96, de 18 de julio, acerca de las consultas realizadas por el gobierno en relación con el asunto de los papeles del C.E.S.I.D), afirmó que las materias clasificadas no son accesibles por los Tribunales de Justicia para ser utilizadas como medio probatorio en el marco de una investigación judicial; siendo necesaria la desclasificación previa por el procedimiento previsto en la LSO, lo que excluye el denominado examen *in camera* por parte de los Tribunales. Asimismo, el Tribunal manifestó que la clasificación o desclasificación de materias por parte del Consejo de Ministros constituye una decisión política; de forma que los Tribunales sólo pueden examinar las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión, teniendo en cuenta que el legislador los ha definido mediante “conceptos judicialmente asequibles”.

Sobre el tema, *vid.*: GARRIDO CUENCA, N. M., “El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997: Paradojas y parallogismos de un conflicto entre la función del gobierno y el derecho a la tutela jurídica efectiva”, *RAP* núm. 143, 1997, págs. 229-264; GARRIDO FALLA, F., “Ética y razón de Estado: Los documentos del CESID y el caso GAL”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* núm. 73, 1996, págs. 175-192; LOZANO CUTANDA, B., “El control judicial de los secretos de Estado”, *REDA* núm. 94, 1997, págs. 255-286; SAINZ MORENO, F. “Secreto y transparencia”, en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración...* Op. Cit.; TORRES VENTOSA, J.J., “La regulación legal de los secretos oficiales”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 16, 1998, págs. 357-388.

²⁶² Analizando las previsiones de la LOPD y de su reglamento de desarrollo, pueden verse: AAVV (DIR. TRONCOSO REIGADA, A.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal...* Op. Cit.; GAY FUENTE, C., *Intimidación y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997; PIÑAR MAÑAS, J.L., “El porqué de un Reglamento de Desarrollo... Op. Cit.; PIÑAR MAÑAS, J.L., “Derecho fundamental a la protección de datos personales... Op. Cit.; PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal... Op. Cit.; PIÑAR MAÑAS, J.L., “Normalizar la cultura de la protección de datos... Op. Cit.

Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁶³, determinó que, ya desde mediados de los 90, existiera en nuestro ordenamiento una regulación completa sobre la protección de datos, aplicada con rigor por la Agencia Española de Protección de Datos así como por los órganos equivalentes a nivel autonómico.

Las normas señaladas, estrictamente necesarias para la protección de intereses superiores consagrados por nuestro ordenamiento, no son, ni mucho menos incompatibles con la transparencia administrativa²⁶⁴; pero sí requerían que existan Leyes que les sirvan de contrapeso y que consagren la apertura de la Administración. La ausencia de estas últimas Leyes provocó, durante años, y en términos generales, una falta de transparencia en el funcionamiento del sector público; siendo así el principal reto a afrontar por la legislación de transparencia lograr instaurar en el seno de nuestras Administraciones Públicas el tan ansiado equilibrio entre secretismo y conocimiento.

Con este telón de fondo, durante los últimos años, en nuestro ordenamiento jurídico se ha ido construyendo, de forma progresiva, un marco normativo de la transparencia. Así, primeramente, surgieron una serie de normas dirigidas a regular la transparencia administrativa o alguna de sus manifestaciones con carácter sectorial, y cuya aprobación vino alentada por las políticas comunitarias²⁶⁵. Podemos así hacer referencia a la Ley

²⁶³ Algunas de las cuestiones prácticas más importantes que se derivan de esta Directiva así como del Derecho Comunitario en materia de protección de datos son objeto de tratamiento en: *Handbook on European data protection law*, Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014.

²⁶⁴ PIÑAR MAÑAS se refiere de forma específica a la relación de complementariedad que existe entre la transparencia y la protección de datos; que determina que un desequilibrio entre ambas (en favor de una u otra) lleve a situaciones realmente no deseables. PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones... Op. Cit. Pág. 13.

²⁶⁵ Al respecto, se ha destacado por diversos autores que la Unión Europea ha tenido una influencia decisiva en el desarrollo e implantación de la transparencia administrativa con carácter general en España así como en otros Estados Miembros, al actuar como nexo de unión o intermediaria entre ordenamientos en los que la transparencia tenía ya un amplio recorrido, como sucedía en los Países Bajos o Suecia, y aquellos en los que dicha institución resultaba más novedosa. Sobre el tema: ERSBOLL, "Conclusiones", en AAVV, *Seminario sobre apertura y transparencia en las instituciones Europeas (celebrado en Bruselas en 1995)*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996, págs. 22-23; OSTERDAHL, I., "Openness v. Secrecy. Public Access to Documents in Sweden and the

27/2006, de 28 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, que transpone la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CE y 96/61/CE del Consejo²⁶⁶. Asimismo, hay también que destacar la importancia de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que transpone la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de información del sector público. Finalmente, la transparencia también se ha introducido como un principio que debe regir la contratación del sector público, estando plasmado, entre otros, en los arts. 1, 53

European Union", *European Law Review* núm. 23, 1998. Ambos trabajos se citan: COTINO HUESO, L., *Teoría y realidad de la transparencia...* Op. cit. pág. 107.

²⁶⁶ Sobre las principales implicaciones de la Ley 27/2006, *vid. in totum*: RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente, Comentario Sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2007; *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2007 (Ejemplar dedicado a: Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente). Dentro de esta última obra, con carácter particular, pueden verse los siguientes trabajos: LOZANO CUTANDA, B., "Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente"; JORDANO FRAGA, J., "Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales"; PÉREZ MORENO, A., "El control judicial de la actuación administrativa en materia ambiental"; PARADA VÁZQUEZ, J.R., "La participación en el poder público. Títulos y enfrentamientos".

Asimismo, *vid.* también, con carácter general: AAVV (Coord. PIGRAU I SOLÉ, A.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del convenio de Aarhus*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi -Thomson Reuters, Navarra, 2009; PEÑALVER I CABRÉ, A., TOLDRÀ I BASTIDA, L.X., "La participación de los ciudadanos en la Administración del medio ambiente de la Generalitat de Catalunya", *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 15, 1992, págs. 61-76; y en el ámbito concreto de la energía nuclear: RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á., "La transparencia en los procedimientos administrativos relativos a instalaciones nucleares", en BLASCO ESTEVE, A. (Coord.), *El derecho público de la crisis económica...* Op. cit., Págs. 557 y ss.

y 139 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) así como en distintas normas autonómicas relativas a la contratación²⁶⁷; previsiones que son consecuencia de lo dispuesto en las Directivas comunitarias existentes en materia de contratación y de la interpretación de las mismas realizada por el TJUE, que se han visto, si cabe, reforzadas, con la aprobación de las denominadas Directivas “de cuarta generación”²⁶⁸.

Por otro lado, también ha sido relevante en el avance hacia la transparencia la aprobación de una serie de normas que, no teniendo por objeto regular la transparencia de la Administración, inciden en su consecución, ya sea introduciendo herramientas necesarias para lograr una mayor transparencia o bien medidas que coadyuvan a la efectividad de esta institución. Es el caso, en primer lugar, de la LAE y de las diversas leyes que, a nivel autonómico, regulan la utilización, por parte de las Administraciones Públicas, de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Su implementación guarda, tal como ha señalado la doctrina, una estrecha relación con la consecución de la transparencia (CERRILLO)²⁶⁹, en la medida en que se logran

²⁶⁷ Destacan así las normas autonómicas dirigidas a regular la transparencia en materia de contratación, como es el caso del Decreto núm. 54/2011, de 17 de mayo, por el que se regula la utilización de medios electrónicos y se establecen medidas de organización y mejora de la transparencia en la contratación del Sector Público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; o la Instrucción 1/2014, de 9 de enero, de la Directora de la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública de Cataluña para el incremento de la transparencia y la optimización de aspectos de los procedimientos de contratación pública.

²⁶⁸ Directivas 23 (contratos de concesión), 24 (contratación pública) y 25 (sectores especiales) de 2014, de 26 de febrero. Sobre el tema, vid: NOGUERA DE LA MUELA, B., “A més transparència en la contractació pública menys corrupció”, *Blog RCDP*, 26 de enero de 2015; GIMENO FELIU, J.M., “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los contratos públicos 2013* (Coord. J.M. GIMENO FELIU y M.A. BERNAL BLAY), Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 27-80.

²⁶⁹ La relación entre la difusión de información y la Administración electrónica es una cuestión que ha sido ampliamente abordada por CERRILLO MARTÍNEZ en diversos trabajos, entre los que podemos citar: CERRILLO MARTÍNEZ, A., “La difusión de información pública en Internet” en *La administración y la información* (coord. I. VILLAVERDE MENÉNDEZ), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 9-39; CERRILLO MARTÍNEZ, A., “La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos” en *Administración electrónica: la Ley 7/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios*

mayores niveles de conocimiento y se permite reutilizar información pública. Destacan en este ámbito los denominados portales de datos abiertos (*Open Data*), a través de los cuales se pone a disposición de los profesionales, empresas, gestores institucionales y ciudadanos interesados en general una serie de recursos prácticos, informativos y divulgativos de utilidad para el desarrollo de productos y servicios de alto valor social y económico basados en la reutilización de la información del sector público²⁷⁰. En segundo lugar, a la vista de los efectos favorables que tiene la transparencia en la

Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España (Coord. L. COTINO HUESO y J. VALERO TORRIJOS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 350-395; CERRILLO MARTÍNEZ, A., "La transparencia digital y los claroscuros de la administración electrónica", en *A los príncipes republicanos: gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico* (Coord. J. PRATS I CATALÀ), INAP, Madrid, 2006; CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 756, 2012 (Ejemplar dedicado a: Prácticas políticas y nuevas tecnologías: Participación política digital en España).

Vid. también: PITSCHAS, R., "El Derecho administrativo de la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (Coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ), Derecho Global, Sevilla, 2006, págs. 238-252.

Asimismo PIÑAR MAÑAS ha estudiado esta cuestión prestando especial atención a la relación entre la difusión de información por medios electrónicos y la protección de datos personales. Al respecto, *vid*: PIÑAR MAÑAS, J.L., "Administración electrónica y protección de datos personales", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. Extra 1, 2011, págs. 145-175; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Revolución tecnológica, nueva administración y derechos fundamentales", *DIXI* núm. 13, 2011, págs. 8-32; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Códigos de conducta y espacio digital. Especial referencia a la protección de datos", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 44, 2010; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Los retos de la Administración Electrónica: especial referencia a la protección de datos de carácter personal", *Libro marrón, Círculo de Empresarios, (Ejemplar dedicado a: La Administración Pública que España necesita)*, núm. 1, 2007, págs. 281-300; PIÑAR MAÑAS, J.L., "RSC y derecho a la protección de datos", *Corresponsables* núm. 3, 2006, pág. 9; AAVV (Coord. PIÑAR MAÑAS, J.L., Rodotà, S., Osorio Rodríguez, M.A.), *Redes sociales y privacidad del menor: = Social networks and children's privacy*, Editorial Reus, 2011; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración Pública: notas provisionales para una reflexión", *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2007, págs. 51-92.

²⁷⁰ Así, a nivel estatal existe el portal "datos.gob", nacido bajo el impulso del Ministerio de Industria Energía y Turismo y del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas del Gobierno de España, y gestionado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI). <http://datos.gob.es/acerca-de> (última consulta 10.03.2014).

economía de un país²⁷¹, diversas normas dirigidas a favorecer el crecimiento económico y superar la crisis económica existente desde 2008 han incorporado diversas previsiones relativas a la transparencia, siendo ejemplo de ello las ya citadas LO 2/2012, la LES y la LGUM.

A pesar de la relevancia de las previsiones incorporadas en las normas citadas, se considera el punto de inflexión en la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico ha venido de la mano de la LTBG. La aprobación de esta Ley, llamada a establecer un marco general de la transparencia en la actuación de nuestras Administraciones Públicas, ha permitido salir de la "lista negra" de países que no disponen de una Ley de transparencia y constituye toda una declaración de intenciones, sentando una base sobre la que seguir avanzando durante los próximos años.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que estamos ante una Ley poco ambiciosa en algunas de sus previsiones y que no ha sabido satisfacer las expectativas generadas en este ámbito. Siendo casi una quimera aprobar una norma que contentara a todo el mundo, no podemos obviar que España ha sido, como ya hemos indicado, uno de los últimos países de nuestro entorno en disponer de una Ley de transparencia, por lo que estaba en nuestra mano aprobar una de las legislaciones más avanzada en la materia, aprovechando los ejemplos brindados por el Derecho comparado. La realidad, no

²⁷¹ En este sentido, el Informe realizado por la CNC con motivo de la tramitación de la LTBG, destacaba que: "*Desde el punto de vista de la competencia, la iniciativa, en la medida en que pretende el aumento de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos para prevenir posibles ineficiencias o abusos, no puede sino acogerse favorablemente. El aumento de transparencia, en los términos en que lo realiza el proyecto, ofrecerá en principio mayores garantías de un trato igualitario a todos los operadores económicos afectados por dichas decisiones administrativas y contribuirá a un funcionamiento más eficiente de los mercados*".

En Estados Unidos, existen diversos estudios sobre el impacto económico favorable que tiene la transparencia de la Administración. Con carácter general, vid: JOHN GAVENTA y ROSEMARY MCGEE, "The Impact of Transparency and Accountability Initiatives", *Development Policy Review*, núm. 31, 2013; STIGLITZ, J.E., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics", *Quarterly Journal of Economics*, núm.115, 2000. En el ámbito concreto de los sistemas de pensiones, puede verse: TESSA HEB, "The Economic Inefficiency of Secrecy: Pension Fund Investor's Corporate Transparency Concerns", *Journal of Business Ethics*, núm. 63, 2006, Págs. 385-405, en el que la autora estudia el impacto negativo de la falta de transparencia en el Sistema de Pensiones de Trabajadores Públicos de California (*California Public Employees Retirement System*).

obstante, es que estamos ante una Ley que parte de mínimos y en las que muchas (demasiadas) cosas han quedado en el tintero, lo que genera, inevitablemente, una sensación de oportunidad perdida.

En términos generales, la LTBG se centra en la regulación del conocimiento, dejando a un lado cualquier referencia a la participación y a la rendición de cuentas como elementos configuradores de la transparencia administrativa; y tampoco dedica un sólo precepto a regular una cuestión tan relevante como la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en la actividad administrativa. Asimismo, no se concretan las implicaciones de la transparencia en algunos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa importantísimos como la contratación o el urbanismo; y hay potestades administrativas cuyas particularidades no se tienen en cuenta, tal como sucede con la elaboración de reglamentos. Respecto a los aspectos que sí son objeto de regulación, con carácter particular, consideramos especialmente deficientes: el diseño del procedimiento para hacer efectivo el derecho de acceso a la información; el régimen de protección de los datos personales; o el diseño del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como órgano encargado de controlar de forma efectiva la transparencia de la Administración, cuestiones sobre las que nos detendremos a continuación.

Pese a las consideraciones realizadas, estamos ante una norma que representa un antes y un después en la realidad de nuestras Administraciones Públicas, y un cambio de tendencia hacia la apertura de los poderes públicos. Es por ello que la LTBG ha despertado un indudable interés en nuestra doctrina, siendo buena muestra de ello los numerosos trabajos doctrinales encargados de su estudio²⁷², lo que justifica que

²⁷² A pesar del poco tiempo transcurrido desde la aprobación de la LTBG, ya existen numerosos trabajos doctrinales dedicados al estudio de esta norma, algunos de ellos elaborados antes de su aprobación definitiva, sobre la base del Anteproyecto y Proyecto que precedieron a esta norma. Sin ánimo de exhaustividad, podemos destacar los siguientes trabajos: ÁLVAREZ MARTIN, J.A., "La futura ley de Transparencia ¿una solución adecuada y creíble?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2012, págs. 35-54; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., "La regulación en España de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Crítica*, núm. 989, 2014, págs. 42-47; BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., "La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información", *REDA*, núm. 158, 2013, págs. 221-246; BRINES ALMIÑANA, J., "Análisis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Especial atención a la información pública con datos de carácter personal", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista*

dediquemos parte de este capítulo a analizar algunas de sus previsiones; centrándonos en aquellas que consideramos revisten mayor interés, y que están más vinculadas al objeto de este trabajo.

III. LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

1. Objeto, alcance y ámbito de aplicación de la LTBG

A través de sus cuarenta artículos, la LTBG aborda la transparencia de la actividad pública, siendo las principales herramientas que la Ley contempla para lograrla la publicidad activa y el derecho de acceso (Título I). La Ley también establece unos principios de buen gobierno y un sistema de infracciones y sanciones en este ámbito (Título II); y regula la composición, funcionamiento y funciones del Consejo de

técnica especializada en administración local y justicia municipal, núm. 1, 2014, págs. 33-52; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., "La ley de transparencia, acceso a información pública y buen gobierno", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2014, págs. 316-323; ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., "El proyecto de Ley de transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, págs. 21-34; FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno", *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2012; FERNÁNDEZ RAMOS, S., "El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, págs. 233-298; GUICHOT REINA, E., "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 28-41; GUICHOT REINA, E., "El proyecto de Ley de Transparencia... Op. Cit."; OLMEDO PALACIOS, M., "La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 8237, 2014; OSCA FUERTES, B., "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2014, págs. 291-301; PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa: Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la Información y Buen Gobierno", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 126, 2013, págs. 50-65.

Transparencia y Buen Gobierno, órgano al que se encomiendan la implementación y control de las previsiones de la Ley (Título III).

Respecto al alcance de la LTBG, la Disposición adicional octava señala que la Ley se ha dictado al amparo de los artículos de la Constitución: 149.1-1 (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 149.1-13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 149.1-18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas). Se trata así, tal como señala VELASCO RICO, de títulos competenciales de gran espectro y alcance, que tienen importantes efectos reductores respecto a las competencias autonómicas²⁷³, y que avalan que la LTBG sea de aplicación a la Administración autonómica y su sector público, así como a las Administraciones locales comprendidas en su ámbito territorial²⁷⁴.

Según se desprende de la referida Disposición octava, prácticamente la totalidad de la Ley tiene carácter básico, pues aunque la Ley no especifica los preceptos que tienen esta condición, sí hace referencia a aquéllos artículos (escasos) que no se han dictado al amparo de los títulos competenciales citados²⁷⁵; circunstancia que ha llevado a plantear cuál es el margen que tienen las Comunidades Autónomas para regular la transparencia

²⁷³ Estas cuestiones son analizadas ampliamente en el trabajo de VELASCO RICO, C.I.: "Análisis en clave competencial... Op. Cit; VELASCO RICO, C.I. "La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre... Op. Cit.

²⁷⁴ La Ley incluye a las Administraciones autonómicas, así como a sus órganos parlamentarios, consultivos, defensores de pueblo y restantes instituciones estatutarias que dependan de la misma, en el ámbito de aplicación subjetivo del Título I. Asimismo, también resultan de aplicación a las Administraciones autonómicas las previsiones relativas al buen gobierno, aunque la incoación e instrucción de los procedimientos disciplinarios se encomiendan a los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de las Administraciones en las que presten sus servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate (art. 31.3 y 4.c).

²⁷⁵ De acuerdo con la Disposición octava LTBG, no tienen carácter básico: el Título III, relativo al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; el artículo 6.2, segundo párrafo (evaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa); el artículo 9 (control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa); los artículos 10.1 y 2 (portal de la transparencia); el artículo 11 (principios técnicos del portal de la transparencia); el artículo 21.2 (unidades de información); y el artículo 25.1 (ámbito de aplicación de las obligaciones de buen gobierno).

y, por ende, cuál es la relación de la LTBG con las normas autonómicas aprobadas hasta el momento, esto es: la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Gallega²⁷⁶; la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de Buena Administración y del Buen Gobierno de las Islas Baleares; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra²⁷⁷; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura²⁷⁸; la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía²⁷⁹; la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias; la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; y la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Al respecto, nuestra opinión es que las Comunidades Autónomas pueden entrar a regular cuestiones no abarcadas por la LTBG, como es el régimen de actuación de los grupos de interés que desarrollan sus actividades a nivel autonómico; o la participación

²⁷⁶ Las previsiones de esta norma se han visto complementadas por aquellas contenidas en la Ley gallega 14/2014, de 26 de diciembre de 2013, de racionalización del sector público autonómico; norma que contiene diversas previsiones favorables a la transparencia, adoptando medidas de racionalización de todo el sector público autonómico y de la actividad administrativa, e impone pautas de mejora continua en la dimensión de las estructuras administrativas así como medidas de simplificación documental de los procedimientos administrativos, generalización del uso de medios electrónicos y reducción de las cargas administrativas.

²⁷⁷ Las previsiones de esta Ley son objeto de un profundo análisis en: ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (Coord.), BELTRÁN AGUIRRE, J.L., SARASÍBAR MARCO, C., *Comentarios a la Ley Foral de la Transparencia y del Gobierno Abierto (Ley Foral 11/2012, de 11 de junio)*, Institución del Defensor del Pueblo de Navarra, 2013.

Al respecto, hemos de señalar que su contenido, en la Diputación de Gipuzkoa, se ha visto complementado con lo dispuesto en la Norma foral 4/2014, de 6 de febrero, de transparencia y acceso a la información pública.

²⁷⁸ En esta Comunidad Autónoma también se ha aprobado la Ley 1/2014, de 18 de febrero, que regula el estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de Extremadura; norma que constituye el primer desarrollo normativo a nivel autonómico de la LTBG.

²⁷⁹ Las principales implicaciones de esta Ley son abordadas en: BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. “La ley de Transparencia Pública de Andalucía: sus aportaciones al régimen establecido en el ordenamiento del Estado”, *RAAP* núm. 89, 2014, págs. 41-74.

y la rendición de cuentas como elementos configuradores de la transparencia. Además, en relación a las cuestiones sí reguladas por la LTBG, consideramos que la regulación estatal de carácter básico debe entenderse como un mínimo, y que las Comunidades Autónomas pueden establecer medidas o regulaciones más favorables a la transparencia²⁸⁰, lo cual justifica que las normas autonómicas puedan prever, en relación a las solicitudes de acceso, plazos de resolución más breves o, incluso, un régimen de silencio positivo, tal como hacen la Ley Foral 11/2012, la Ley catalana 19/2014 y la Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas sobre el carácter básico de la LTBG, ésta norma parte de un ámbito de aplicación subjetivo amplio y complejo. Así, el Título I, referido a la transparencia, incluye en su ámbito de aplicación subjetivo no sólo a Administraciones Públicas sino también a otras instituciones, entidades vinculadas al sector público e incluso sujetos de derecho privado, aunque exigiendo a unos y otros distintos grados de apertura. En particular, de la lectura de los artículos 2, 3 y 4 LTBG se desprende que la Ley, según su mayor o menor sujeción a las previsiones contenidas en el Título I, distingue cuatro categorías de sujetos:

- 1) La primera categoría, conformada por sujetos plenamente sometidos a la aplicación del Título I de la Ley, comprende: la Administración estatal, autonómica y local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; los organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y entidades de Derecho Público que tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; y las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las

²⁸⁰ En este sentido, *vid.*: VELASCO RICO, C.I. "La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre...Op. Cit.

A sensu contrario, FERNÁNDEZ SALMERÓN señala que: "el diseño del procedimiento a través del cual debe ejercitarse y darse satisfacción al derecho de acceso a la información administrativa no parece encontrar margen para una disciplina autonómica que vaya más allá de las correspondientes previsiones de «desarrollo normativo», con fundamento en «las especialidades derivadas de la organización propia» a la que alude el artículo 149.1.18ª CE". FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "Procedimiento administrativo e información del sector público... Op. Cit. Págs. 286 y 287.

Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas. En definitiva, se trata de todos aquellos entes integrados en la Administración territorial así como en la Administración institucional o instrumental [art. 2.a), b), c) y d) LTBG].

Asimismo, también podemos englobar dentro de esta primera categoría a las denominadas por la doctrina sociedades y fundaciones en mano pública, esto es, sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en el artículo 2 sea superior al 50 por 100 y fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; pues se trata de sujetos a los que la Ley prevé que se les aplicará su Título I sin ningún tipo de condición [art. 2.g) y h) LTBG]²⁸¹.

- 2) La segunda categoría, engloba una serie de sujetos respecto a los cuales la aplicación del Título I de la Ley se sujeta a ciertos matices. En este sentido, se aplican las previsiones de la Ley "en relación a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo" a los siguientes sujetos: las corporaciones de Derecho Público; 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, así como las instituciones autonómicas análogas [art. 2.e) y f) LTBG]²⁸².

²⁸¹ Se acoge así en materia de transparencia, tal como ya ha sucedido en materia de contratación, el criterio que la jurisprudencia comunitaria ha empleado para aplicar a las sociedades privadas las mismas reglas que el derecho administrativo, teniendo en cuenta el origen de sus fondos o a quien corresponde el nombramiento de sus órganos rectores (STJUE de 15 de mayo de 2003, Ass. 214/00; STJCE de 10 de noviembre de 1998, as. 360/96, Sociedad Anónima Local ARA, Holanda; STJCE de 13 de enero de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra España, Ass. C-84/03). TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo...* Op. Cit. Págs. 277 y siguientes. Sobre la aplicación de esta jurisprudencia en materia de contratación, *vid. in totum*: NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001.

²⁸² Se aprecia en este ámbito una discordancia entre la LTBG y lo dispuesto en la Ley catalana 19/2014, pues el art. 3 de esta última norma no incluye al Parlamento de Cataluña en el ámbito de aplicación de la Ley, estableciéndose en la disposición adicional quinta que es el propio Parlamento autonómico el que debe introducir en su Reglamento y en sus normas de régimen y gobierno interiores las modificaciones

También se incluyen en esta categoría ciertas asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades que prevé el propio el art. 2 LTBG así como los órganos de cooperación previstos en el art. 5 LRJPAC, a los cuales sólo se les aplicará el Título I cuando así se desprende de su peculiar naturaleza y carezcan de estructura administrativa propia [art. 2.i) LTBG]. En este último supuesto, las obligaciones que se derivan del cumplimiento de la Ley se llevarán a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.

- 3) La tercera categoría que prevé la Ley viene constituida por aquellos sujetos a los que no les resulta de aplicación la totalidad del Título I de la Ley, sino únicamente su capítulo segundo, referido a la publicidad activa (art. 3 LTBG). Dentro de esta categoría se incluyen los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales; así como las entidades privadas que superen un cierto umbral de financiación de carácter público²⁸³.

Siendo indiscutible que la inclusión de los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales en el ámbito de aplicación de la LTBG responde a la relevancia pública de la actividad de estos sujetos, podrían surgir dudas respecto a la inclusión de entidades estrictamente de Derecho privado en el ámbito de aplicación de una Ley reguladora de la transparencia de la Administración. En relación a las mismas, la LTBG está aplicando el criterio que, en el mundo anglosajón, se conoce como “*follow the money*”, con el cual se persigue garantizar el conocimiento sobre el destino final de los fondos públicos o, al menos, de parte de los mismos, cuando sus destinatarios no sean sujetos de Derecho público.

Esta cuestión, sumamente compleja, es difícil que se solucione, tal como pretende la LTBG, aplicando en bloque las obligaciones de publicidad activa

necesarias para cumplir con las previsiones de la Ley; opción que parece, en cualquier caso, más respetuosa con la autonomía parlamentaria que aquella adoptada por la LTBG.

²⁸³ En concreto, el art. 3.b LTBG incluye en la aplicación del Capítulo segundo del Título I de la Ley: "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".

predicables de las Administraciones Públicas a aquellas entidades que perciban ayudas o subvenciones por encima de una determinada cantidad (ya sea en abstracto, o en relación a sus ingresos). Tal como se ha puesto de manifiesto en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, en el estadounidense, es necesario que impere en este ámbito un alto grado de colaboración entre las Administraciones o entidades que conceden los fondos y sus destinatarios, imponiendo a ambas partes obligaciones específicas de publicidad que permitan conocer no sólo quiénes son los receptores de fondos públicos, sino también hacer un seguimiento de su gestión²⁸⁴; cuestiones fundamentales que la LTBG ha pasado por alto.

- 4) La cuarta categoría viene determinada por una serie de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación del Título I de la Ley pero sobre los cuales pesa una obligación de suministrar información (art. 4 LTBG). Integran esta categoría las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas así como los adjudicatarios de contratos del sector público (en los términos previstos en el respectivo contrato), los cuales tienen que suministrar información a la Administración, organismo o entidad de carácter público que corresponda para que éstos sujetos puedan así cumplir con las obligaciones que les impone el Título I de la Ley.

Finalmente, hay que destacar que las previsiones referidas al buen gobierno, reguladas en el Título II LTBG, tienen un ámbito de aplicación específico (art. 25 LTBG), siendo esta una cuestión que, como ya hemos indicado, no vamos a tratar en este trabajo.

2. La publicidad activa

La publicidad activa, principal herramienta que, junto con el derecho de acceso a la información administrativa, prevé la LTBG para hacer efectivo el derecho a conocer, se identifica con la obligación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley

²⁸⁴ Sobre esta cuestión, nos remitimos a lo ya explicado en el Capítulo I de este trabajo en relación a la *Federal Funding Accountability and Transparency Act* (FFATA).

de difundir de forma proactiva, sin necesidad de una solicitud previa, información relativa a su actividad, que a su vez sea relevante para garantizar la transparencia del funcionamiento y control de la actuación pública.

Antes de la aprobación de la LTBG ya existía, como hemos señalado, portales de datos abiertos y otros instrumentos dirigidos a difundir información pública; pero, precisamente, el problema generado en torno a los mismos era la falta de una regulación detallada al respecto, que estableciera de manera pormenorizada las informaciones que debían contener estos instrumentos, los estándares de calidad o los principios técnicos aplicables a los mismos²⁸⁵, carencia en nuestro ordenamiento llevó a hablar de "acceso material" a la información administrativa²⁸⁶.

A través de los artículos 5 a 11 LTBG se intentan colmar estas lagunas y se establecen las informaciones que deben ser objeto de publicidad activa; los principios con los que debe cumplir dicha información; y se crea un instrumento específico para su difusión: el Portal de la Transparencia.

En cuanto a las informaciones que deben publicarse, centrándonos en los entes y organismos plenamente sujetos a las obligaciones de publicidad activa (art. 2.1 LTBG), la Ley distingue tres categorías de información, a saber: a) Información institucional, organizativa y de planificación (art. 6 LTBG)²⁸⁷; b) Información de relevancia jurídica

²⁸⁵ En este sentido, COTINO HUESO, L., "Derecho y «Gobierno Abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013, págs. 51-92.

²⁸⁶ En este sentido, en TORNOS MAS, J., ARROYO DIEZ, A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., y LÓPEZ PAGÁN, J., *Transparencia, rendición de cuentas...* Op. cit. define el acceso material como "la posibilidad de obtener o acceder a determinados documentos o informaciones sin necesidad de realizar una petición formal a la institución poseedora o generadora de dicha información, especialmente a través de Internet". Págs. 46 y 47.

²⁸⁷ La LTBG establece que debe publicarse información relativa a las funciones que desarrollan los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, la normativa que les resulta de aplicación así como su estructura administrativa, debiendo incluir un organigrama actualizado en el que consten los responsables de cada órgano y su perfil y trayectoria profesional. Asimismo, cuando se trate de Administraciones Públicas, se deberán publicar los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Esta última información se complementará con la publicación de la evaluación de los resultados obtenidos, así

(art. 7 LTBG)²⁸⁸; y, por último, c) Información económica, presupuestaria y estadística (art. 8 LTBG). La última categoría citada engloba un conjunto muy heterogéneo de informaciones que, a nuestro parecer, podrían clasificarse en cuatro subcategorías: i) Información relativa a contratos²⁸⁹, convenios (incluyendo encomiendas de gestión)²⁹⁰, subvenciones y ayudas públicas²⁹¹; ii) Información relativa a los presupuestos y las cuentas anuales²⁹²; iii) Informaciones relevantes en materia de buen gobierno²⁹³; e iv)

como de los indicadores de medida y valoración; información que, sin duda, puede facilitar, sin duda, la efectividad de los mecanismos de control y de rendición de cuentas.

²⁸⁸ Dentro de esta categoría, la Ley incluye: ciertos documentos de carácter interno como directrices, circulares o consultas planteadas por los particulares, siempre y cuando supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; anteproyectos de Ley y proyectos de Decretos Legislativos; los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda; memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de textos normativos; y otros documentos que deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación, de conformidad con la legislación sectorial vigente.

²⁸⁹ En relación a los contratos, de todos ellos debe publicarse su objeto, duración, importe de licitación y de adjudicación; procedimiento utilizado para su celebración; instrumentos a través de los cuales, en su caso, se ha publicitado; número de licitadores participantes en el procedimiento e identidad del adjudicatario; las modificaciones del contrato y las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. También se prevé la publicación de datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

²⁹⁰ Se harán públicos los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. En cuanto a las encomiendas de gestión, también se publicarán, indicando su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y subcontrataciones que se realicen, con mención de los adjudicatarios, el procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

²⁹¹ Se harán públicas las subvenciones y ayudas públicas, indicando su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

²⁹² La LTBG exige describir las principales partidas presupuestarias, así como publicar información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. En relación a las cuentas anuales, junto con las mismas deben publicarse los informes de auditorías de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que se emitan.

²⁹³ En este sentido, se deben publicar las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de aplicación del Título I de la Ley, así como las indemnizaciones percibidas, en su caso, por abandono del cargo; las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos o que autoricen al

Información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos, remitiéndose la LTBG en este punto a la regulación que realice cada Administración.

En cuanto a los principios que rigen la publicidad activa, aunque la doctrina había avanzado en establecer unos requisitos mínimos con los que debe cumplir la información publicada por la Administración²⁹⁴, la LTBG los ha positivizado en su artículo 5, teniendo en cuenta las implicaciones que puede tener que la información sea difundida a través de medios electrónicos. En particular, de la lectura del art. 5 LTBG²⁹⁵, se desprenden las siguientes reglas: a) La publicación de la información debe

ejercicio de actividad privada al cese de los altos cargos; así como las declaraciones de bienes y actividades de los representantes locales, las cuales ya tenían carácter público en el caso de los parlamentarios del Congreso y del Senado.

²⁹⁴ En este ámbito, CARLONI hace especial hincapié en la calidad de la información, que conlleva que esta tenga carácter objetivo, sea veraz, íntegra, comprensible, clara e inequívoca. CARLONI, E., "La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 1, 2009, Págs. 155-186. Vid. también: GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por la actividad informativa de la administración en el marco de los servicios de la sociedad de la información", *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 61 (Ejemplar dedicado a: La Información Juvenil: nuevas políticas, nuevos medios, nuevas redes), 2003, págs. 17-41.

²⁹⁵ El tenor literal de este precepto es el siguiente:

"1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma 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.

2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.

3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

4. 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.

ser periódica y actualizada; b) La publicación debe versar sobre información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia así como para el funcionamiento y control de la actuación pública; c) La publicación de información está sometida a los mismos límites que el derecho de acceso y, en particular, a los límites derivados de la protección de datos de carácter personal; d) Cuando la publicación se haga por medios telemáticos ésta se llevará a cabo de manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables, estableciéndose asimismo los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización; e) Toda la información publicada deberá ser comprensible, de acceso fácil y gratuito, y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados, de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.

Teniendo en cuenta los principios citados, por mor de la LTBG se ha creado el Portal de la Transparencia; instrumento llamado a actuar como un punto de encuentro y difusión y que se configura como la principal herramienta para que los ciudadanos puedan acceder a la información que debe ser objeto de publicidad activa. Puesto en marcha el 10 de diciembre de 2014, el Portal ha hecho accesibles 530.000 registros, de los cuales más de 30.000 son accesibles directamente a través suyo, mientras que el resto son enlaces a páginas de otros organismos. Estos registros se corresponden con las informaciones que deben publicarse de acuerdo con los artículos 6 a 8 LTBG, esto es, la información institucional, organizativa, de planificación, de relevancia jurídica, económica, presupuestaria y estadística correspondiente a los Ministerios, organismos

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

5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos".

autónomos, entidades públicas empresariales, agencias estatales y entidades de Derecho público. Asimismo, se prevé que se publiquen en este portal las informaciones de la Administración General del Estado cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia, debiendo ser esta última previsión objeto de un desarrollo reglamentario que, hasta la fecha, no se ha producido²⁹⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora sobre el Portal de la Transparencia, hemos de señalar que la mayor crítica que merece este instrumento no radica en su diseño legal; sino en su funcionamiento en la práctica. El mismo representa una avalancha o acumulación masiva de información (*big data*), que se presenta a los ciudadanos en base a unas categorías predeterminadas, no siendo posible hacer búsquedas avanzadas o "cruzadas" que permitan conocer, en una única búsqueda, informaciones de una misma categoría pertenecientes a distintas Administraciones Públicas o, incluso, a distintos Ministerios. Asimismo, se echa en falta también una labor de gestión y análisis estadístico de las informaciones publicadas que, con el debido respeto al principio de neutralidad, facilite a los ciudadanos herramientas que les permitan, no sólo conocer los datos, sino también llegar a interpretarlos o, cuanto menos, a contextualizarlos. Todas estas cuestiones, esenciales para la efectividad de las previsiones que incorpora la Ley, se han considerado prioritarias en otros ordenamientos²⁹⁷, mientras que en nuestro país

²⁹⁶ En el momento de finalización de esta tesis hay únicamente un proyecto de Real Decreto, publicado, precisamente, a través del Portal de la Transparencia. http://www.mpr.gob.es/otai/Documents/Proyecto_RD_Ley_19-2013.pdf

²⁹⁷ En Estados Unidos, en julio de 2013, se puso en marcha un nuevo portal de la FOIA, más dinámico y modernizado, que permite que la información ya publicada sea más fácil de encontrar y que las solicitudes de información puedan también tramitarse de forma más sencilla. En el sitio web aparecen funciones de búsqueda más sólidas e informaciones guía más detalladas sobre como acceder a la información. Entre las novedades, se incluye: un apartado de "aprende" que asiste al público para determinar si la información que se busca debe ser objeto de información activa; unas instrucciones "paso a paso" para presentar solicitudes de información, con herramientas dirigidas a asegurar que los formularios *online* cumplen todos los requisitos para ser válidos; y un formulario para los usuarios, a través del cual éstos pueden realizar comentarios para que se lleven a cabo mejoras en el sitio web, práctica que se ha demostrado especialmente útil para crear el nuevo modelo de portal. De acuerdo con el Informe Anual sobre la FOIA del año 2013, el nuevo portal ha tenido un resultado positivo tanto por parte de las propias agencias como de los ciudadanos, teniendo una media de 15.000 visitas mensuales. *Freedom of Information Act Annual Report. Fiscal Year 2013*, Department of State, United States of America, pág. 15. Disponible en: <http://foia.state.gov/Learn/Reports/Annual/2013.pdf>

podemos afirmar que se ha puesto de relieve cierta dejadez a la hora de poner en marcha este importante instrumento, al que se han dedicado escasos recursos²⁹⁸; siendo una cuestión que, sin duda, convendría enmendar.

3. El derecho de acceso

La LTBG dedica sus artículos 12 a 24 a regular el derecho de acceso a la información administrativa, estableciendo el objeto de este derecho, el procedimiento para hacerlo efectivo y también el régimen de recursos que caben en este ámbito.

Se trata de una regulación que, de conformidad con la Disposición final primera LTBG, sustituye las previsiones que, sobre esta cuestión, contenía el art. 37 LRJPAC, las cuales resultaban claramente insuficientes para dotar de contenido al derecho de acceso extraprocedimental²⁹⁹. Ordenadas así las cosas, la LRJPAC sigue conteniendo la

²⁹⁸ En particular, la web que sirve de soporte al Portal de Transparencia ha tenido un coste de 300.000 euros, aunque inicialmente se presupuestaron 1,4 millones de euros para la puesta en marcha de este instrumento. En cuanto al personal dedicado a la gestión del mismo en la Administración General del Estado, son un total de 36 personas. "Transparencia.gob.es: más de 500.000 datos sobre contratos, subvenciones o sueldos", *Expansión* (versión digital) 10/12/2014. <http://www.expansion.com/2014/12/10/funcion-publica/1418196670.html> (última consulta 20/01/2014).

²⁹⁹ Refiriéndose a la regulación contenida en el art. 37 LRJPAC, el Preámbulo de la LTBG señala: "Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica".

Respecto a la configuración del derecho de acceso en nuestro ordenamiento con carácter previo a la aprobación de la LTBG, vid.: EMBID IRUJO, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos: Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa" en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Vol, I, Consideraciones Generales. El procedimiento Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 1993; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcials Pons, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Archivo General de la Región de Murcia, Cuadernos de Estudios técnicos, 2001; GUICHOT REINA, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales... Op. Cit; MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del art. 105 b) de la Constitución*. Civitas 2ª edición.

regulación aplicable al derecho de acceso a los documentos que tiene lugar en el seno de un procedimiento administrativo en curso por parte de aquéllos que tienen la condición de interesados (art. 35 LRJPAC), mientras que la LTBG regula el derecho de acceso extraprocedimental; estableciéndose así un régimen jurídico diferenciado para ambos supuestos, técnica también empleada en otros países de nuestro entorno³⁰⁰.

Asimismo, aunque la regulación del derecho de acceso a la información administrativa que realiza la LTBG tiene, en principio, carácter general, la Disposición Adicional primera LTBG introduce un importante matiz en este punto, al determinar que la regulación del derecho de acceso a la información pública que recoge esta Ley se verá desplazada cuando exista una regulación especial de esta cuestión, tal como sucede en relación al acceso a la información ambiental y a la información destinada a reutilización, teniendo entonces la LTBG carácter supletorio³⁰¹.

Delimitado así el ámbito de aplicación de los artículos 12 y siguientes LTBG, debemos señalar que se trata de una regulación que tiene muchos aspectos en común con las normas reguladoras del derecho de acceso existentes en países de nuestro entorno e,

Madrid 1998; MESTRE DELGADO, J. F: "El acceso a los registros administrativos: un derecho de nueva generación", *Cuadernos de derecho Judicial*, CGPI, Madrid 1997; PEÑALVER I CABRÉ, A., "El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos" en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992* (Coord. J. TORNOS MAS), Ed. Bosch, Barcelona, 1994; RODRÍGUEZ COSTA, M., "Derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (Coord. A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ), Vol. 2, Civitas, 2003; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2001; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995; ÁLVAREZ RICO, I., ÁLVAREZ RICO, M., "Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *RAP* núm. 135, 1994.

³⁰⁰ A modo de ejemplo, el establecimiento de un régimen diferenciado para el acceso a los documentos relativos a procedimientos administrativos en curso, por un lado, y documentos contenidos en archivos y registros administrativos, por otro, también está recogido en el art. 2 de la Ley francesa núm. 78-753 circunscribe el derecho de acceso a los documentos archivados ("*Le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés*").

³⁰¹ Sobre esta cuestión: BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., "La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno... Op. Cit.

incluso, con la FOIA, la cual actúa como referente de todas las anteriores, tal como hemos tenido ocasión de ver. Estamos así ante un derecho que se reconoce a personas físicas y jurídicas, nacionales y no nacionales (art. 12 LTBG), y que versa sobre la información pública (art. 13 LTBG), concepto que abarca contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte³⁰², que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del título primero de la LTBG, exigiéndose que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Este criterio de la autoría resulta, tal como señala PIÑAR MAÑAS, más restrictivo que aquél previsto en otras normas existentes en el Derecho comparado, en las que se exige, simple y llanamente, que los documentos estén "en poder" de la Administración u ente público correspondiente³⁰³.

En cuanto al procedimiento para materializar el derecho de acceso, el mismo se inicia con una solicitud por parte de la persona que quiere acceder a la información, la cual se puede realizar por cualquier medio. En el ámbito de la Administración General del Estado, la solicitud puede hacerse efectiva a través del Portal de la Transparencia³⁰⁴, y es recibida y tramitada por las unidades de información que prevé la Ley (art. 21

³⁰² Esta previsión es habitual en las diversas normas de Derecho comparado que regulan el derecho de acceso. A modo de ejemplo, la ya referida Ley francesa núm. 78-753, prevé en su artículo 1: "*Sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et Décisions*".

³⁰³ El autor hace así referencia a la opción elegida por el Reglamento (CE) 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que establece que el derecho de acceso se refiere a todos los documentos que obren en poder de las instituciones, esto es, aquéllos elaborados por ésta, pero también los documentos que hayan recibido y estén en su posesión. PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y derecho de acceso a la información pública.... Op. Cit. pág. 10.

³⁰⁴ El Portal requiere la identificación de quien realiza la solicitud, que puede llevarse a cabo mediante DNI electrónico, certificado electrónico o solicitando una clave en el mismo Portal, cuestión que ha sido objeto de crítica por organizaciones como Acces Info Europe y Fundación Civio, pero que resulta adecuada a lo previsto en la LTBG, que exige que la solicitud permita tener constancia de la identidad del solicitante [art. 17.2.a) LTBG].

LTBG), que también realizan el seguimiento y control de su correcta tramitación y llevan un registro de las mismas³⁰⁵.

En la solicitud sólo debe hacerse constar la identidad del solicitante, la información solicitada, una dirección de contacto a efectos de comunicaciones (preferentemente electrónica) y, en su caso, la modalidad que se prefiera para el acceso (art. 17 LTBG). No es necesario, de conformidad con lo anterior, que la solicitud sea motivada, aunque los motivos esgrimidos para acceder a la misma pueden tener incidencia en la resolución final; siendo así una regulación que se queda a medio camino entre el sistema de solicitud recogido en la FOIA y en otras legislaciones de tradición anglosajona, que no exigen a los solicitantes exponer los motivos que justificarían el acceso³⁰⁶; y aquella existente en países como Italia, en que la solicitud siempre debe ser motivada³⁰⁷.

Durante la tramitación del procedimiento, la LTBG prevé, por un lado, que se puedan solventar los problemas que surjan si la solicitud se dirige a un órgano que no es el competente para resolver; y también que se puedan subsanar los defectos en la solicitud presentada, esencialmente, como consecuencia de la deficiente identificación de la información a la que se quiere tener acceso. Asimismo, y por otro lado, la LTBG también establece que se pueda dar un trámite de alegaciones a los terceros que puedan ver afectados sus derechos o intereses como consecuencia del acceso; trámite también previsto en otros ordenamientos jurídicos³⁰⁸ pero que, tal como está configurado en la LTBG, deberá realizarse prácticamente en todos los supuestos, si tenemos en cuenta

³⁰⁵ Las unidades de información también tienen atribuidas importantes funciones importantes para la efectividad de la publicidad activa, como son las de recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo de la Ley dedicado a la publicidad activa; así como asegurar la disponibilidad en la respectiva página web o sede electrónica de la información cuyo acceso se solicita con más frecuencia [art. 21.2 a) y f) LTBG, respectivamente].

³⁰⁶ La *Freedom of Information Act* de Reino Unido, sólo requiere, de acuerdo con su Sección octava, que la solicitud de información sea por escrito; contenga el nombre del solicitante y la dirección a efectos de notificaciones; y describa la información solicitada.

³⁰⁷ El art. 25 de la Ley italiana núm. 241, de 7 de agosto de 1990 dispone que “*La richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*”.

³⁰⁸ Así, la ya citada Ley italiana núm. 241, de 7 de agosto de 1990 se refiere a la necesidad de dar audiencia a los denominados “*controinteressati*”, definidos por el art. 22 de esta Ley como: “*tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*”.

que, entre los posibles derechos e intereses de terceros afectados, se encuentra el derecho a la protección de datos personales, siendo difícil imaginar algún documento o información administrativa en el que no aparezca ningún nombre o dato de carácter identificativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias en el acceso a los documentos solicitados y atendiendo, asimismo, a los principios de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa, entendemos que, como regla, no es necesario la apertura de este trámite de alegaciones cuando se solicite el acceso a documentos o informaciones en los que los únicos datos personales que constan tienen carácter identificativo y están relacionados con la propia organización administrativa, como es el caso de los nombres u otros datos identificativos referidos a los funcionarios o autoridades que haya intervenido en la producción del acto de que se trate. Siendo una cuestión que no está expresamente prevista en la LTBG, la no necesidad del trámite de audiencia en este supuesto es consecuencia de una interpretación sistemática de este artículo con las previsiones del art. 6 LTBG, que consagra la publicidad de información institucional, organizativa y de planificación; y del art. 35. b) LRJPAC, que reconoce el derecho de los ciudadanos a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos³⁰⁹.

Una vez tramitada la solicitud, se producirá la resolución que conceda o deniegue el acceso, la cual se debe dictar en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver, ampliable por otro mes cuando el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante (art. 20.1 LTBG); aunque no se prevé expresamente que esta prórroga se motive adecuadamente, tal como sería deseable, ni tampoco que los plazos de resolución puedan reducirse en caso de urgencia, como prevé por ejemplo la FOIA³¹⁰.

³⁰⁹ El criterio interpretativo que proponemos está recogido de forma expresa en el art. 24.1 de la Ley catalana 19/2014, que dispone:

"Se debe dar acceso a la información pública si se trata de información directamente relacionada con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la Administración que contenga datos personales meramente identificativos salvo que, excepcionalmente, en el caso concreto tenga que prevalecer la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos".

Siendo preceptivo el plazo para resolver³¹¹, el silencio tiene carácter negativo (art. 20.4 LTBG); previsión que, a nuestro juicio, contraría el principio general que debe inspirar la regulación del derecho de acceso a la información, según el cual el acceso es la regla general y la denegación es la excepción³¹²; idea que sí han plasmado la Ley Foral 11/2012 (art. 30.2), la Ley catalana 19/2014 (art. 35) y la Ley 2/2015 de la Comunitat Valenciana (art. 17.3), las cuales consagran el silencio positivo, dejando a salvo aquellos supuestos en que una ley específica establezca expresamente el carácter desestimatorio del silencio en relación a ciertas informaciones³¹³.

El régimen de silencio negativo determina, sin lugar a dudas, un paso atrás en una batalla que parecía ya ganada; pues esta institución no está recogida en la Ley 27/2006³¹⁴, ni tampoco en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que

³¹⁰ La FOIA prevé la posibilidad que las solicitudes de acceso sean tramitadas con urgencia cuando el solicitante alegue y demuestre que concurre una “necesidad apremiante. En particular, se considera que existe una necesidad apremiante cuando la no obtención de la información solicitada puede, razonablemente, suponer una amenaza para la vida o la integridad física de una persona; o cuando la solicitud es realizada por una persona dedicada a la difusión de información, que alegue la urgencia de informar sobre la actividad de la Administración.

³¹¹ De acuerdo con el art. 20.6 LTBG, el incumplimiento reiterado del plazo para resolver constituye una infracción grave por parte de sus responsables.

³¹² En el mismo sentido se pronuncia: BALLESTEROS MOFFA, L.A., "La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿El caballo de Troya de la transparencia?", *REDA* núm. 161, 2014. Págs. 75 a 100.

³¹³ En este sentido, el art. 35.1 de la Ley catalana 19/2014 dispone: "Si en el plazo máximo previsto para resolver y notificar no se hubiese recibido resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley".

Por su parte, el art. 17.3 in fine de la Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015, prevé que: “El órgano competente quedará obligado a proporcionar la información solicitada, excepto aquella que pudiera entrar en conflicto evidente con otros derechos protegidos, o aquella cuya denegación total o parcial, viniera expresamente impuesta en una ley. En tales casos la información será dissociada, dando cuenta motivadamente de esta circunstancia”.

³¹⁴ El art. 10 de la Ley 27/2006 no prevé expresamente el régimen del silencio en el caso que las solicitudes de acceso no se resuelvan en el plazo máximo previsto, por lo que la doctrina considera que se activa la regla general del art. 43.1 LRJPAC, la cual resulta también acorde con la regla de máxima divulgación que recoge el Derecho europeo. BALLESTEROS MOFFA, L.A., "La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso... Op. Cit. Págs. 95 y 100.

se establece el Sistema español de archivos y se regula el Sistema de archivos de la Administración General del Estado y de sus órganos públicos y de su régimen de acceso. Esta última norma consagra expresamente en su art. 30.4 un régimen de silencio positivo, precepto que no ha sido derogado ni modificado con la aprobación de la LTBG.

Al respecto, no podemos obviar que, a pesar que el reconocimiento del derecho de acceso de forma presunta no permite, evidentemente, que el ciudadano acceda sin más a la información solicitada, el régimen de silencio positivo sitúa al particular en una situación jurídica totalmente distinta a la existente si el silencio es desestimatorio; cuestión que resulta esencial si tenemos en cuenta que uno de los problemas con los que, previsiblemente, va a topar la legislación de transparencia en los próximos años es, precisamente, la demora en la resolución de las solicitudes de acceso³¹⁵. Así, mientras la producción del silencio negativo obliga al solicitante a esperar hasta la obtención de una resolución expresa o, en su caso, a interponer la reclamación correspondiente ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno u órgano autonómico equivalente (también sujeta a un régimen de silencio negativo); la consagración del silencio administrativo positivo, en aquellas normas autonómicas en que se prevé, no se reduce a una declaración de intenciones, sino que dota al solicitante de diversas herramientas para hacer efectivo su derecho. Así, transcurrido el plazo máximo para resolver, el particular puede solicitar el “acceso material” a la información solicitada, sin necesidad de interponer ningún recurso, con la consiguiente exigencia de responsabilidad ante la denegación de dicha información, en los casos en que proceda (art. 35.4 Ley catalana 19/2014). Asimismo, hay que destacar que el régimen de silencio positivo no pone en riesgo ninguno de los derechos e intereses protegidos por el sistema de límites y excepciones que incorpora la legislación de transparencia ni tampoco el resto de leyes que prevean límites específicos al acceso a la información. En efecto, y en aplicación de la doctrina y la jurisprudencia relativa al silencio *contra legem*³¹⁶ si, de forma clara y

³¹⁵ Así lo pronosticaba el *Síndic de Greuges de Catalunya* en el año 2012, en el que constataba que se da “cierta resistencia de nuestras administraciones a la hora de facilitar el acceso a quien lo solicita”. *El Derecho de Acceso a la Información Pública. Informe Extraordinario*, Síndic de Greuges de Cataluña, Marzo de 2012. Pág. 6.

³¹⁶ Las principales posturas doctrinales y la jurisprudencia más relevante relativa al silencio *contra legem* está didácticamente expuesta en: TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las causas de nulidad de pleno derecho de los

terminante, resulta de aplicación alguno de los límites previstos legalmente, el silencio positivo es de imposible aplicación (STS de 13 de enero de 1992, Ar. 565, Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas), por lo que no cabrá solicitar el acceso material. En aquellos supuestos en que la aplicación del límite exige una interpretación de la norma; una vez se haya producido el reconocimiento presunto del derecho de acceso, cabe expulsar ese acto del mundo jurídico, en particular, a través del procedimiento de revisión de oficio, por resultar de aplicación el art. 62.1.f) LRJPAC, que establece la nulidad de los actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición³¹⁷; todo ello sin perjuicio de que pueda suspenderse el acceso material cuando éste pudiera causar perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 104 LRJPAC).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, en el caso que haya una resolución expresa y que ésta sea estimatoria, se formalizará el acceso (art. 22 LTBG). Con carácter general, la formalización se producirá en el momento de la notificación de la resolución; o, si ello no es posible, en un plazo no superior a diez días, rigiendo en este ámbito un principio general de gratuidad, aunque se pueden exigir las exacciones que corresponda por la expedición de copias o la transposición de la información a un formato diferente del original, atendiendo a la legislación en materia de tasas y precios públicos que resulte de aplicación³¹⁸.

actos administrativos”, en AAVV (Coord. TORNOS MAS, J.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo...* Op. Cit. págs. 283 a 289.

³¹⁷ El art. 35.2 de la Ley catalana 19/2014 establece en este sentido que “No puede adquirirse por silencio el derecho de acceso si concurre alguno de los límites establecidos por esta u otras leyes para tener acceso a la información pública”.

La Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015 resulta más concreta en este punto, señalando en su art. 17.3 que: “Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución, la solicitud se entenderá estimada. El órgano competente quedará obligado a proporcionar la información solicitada, excepto aquella que pudiera entrar en conflicto evidente con otros derechos protegidos, o aquella cuya denegación total o parcial, viniera expresamente impuesta en una ley. En tales casos la información será dissociada, dando cuenta motivadamente de esta circunstancia.

³¹⁸ La Ley italiana núm. 241 de 7 de agosto de 1990 contiene en su art. 25 un previsión análoga, al disponer: “*L'esame dei documenti é gratuito. Il rilascio di copia é subordinato soltanto al rimborso del*

Finalmente, hay que señalar que, frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso³¹⁹, puede interponerse una reclamación (art. 24 LTBG), la cual tiene la condición de "sustitutiva de los recursos administrativos" (art. 23.1 LTBG)³²⁰, configurándose así como un recurso administrativo especial *rationae materiae*, cuya creación se basa en lo dispuesto en el art. 107.2 LRJPAC. Y es que, a pesar de la poco clara redacción de la LTBG en este punto, entendemos que la reclamación regulada en su art. 24 sustituye tanto al recurso de alzada como al recurso de reposición, tal como denota el hecho que el art. 23.1 LTBG hable en plural de "recursos administrativos". Así, al señalar el "carácter potestativo y previo" de la reclamación a la interposición del recurso en vía contenciosa-administrativa, resulta evidente que la reclamación en materia de acceso está sustituyendo el recurso de reposición. En cuanto al carácter sustitutivo del recurso de alzada, éste deriva necesariamente de la prohibición del doble recurso en vía administrativa, que impide que una resolución en materia de acceso sea recurrida primero ante el órgano jerárquicamente superior (mediante recurso de alzada) y, posteriormente, a través de la reclamación de acceso que prevé el art. 24 LTBG, para no dilatar así, de forma injustificada, el acceso a la jurisdicción; aunque algunas Leyes autonómicas de transparencia permiten expresamente ese doble recurso³²¹. En este

costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura".

³¹⁹ La expresión "toda resolución" determina así la imposibilidad de impugnar, no sólo las denegaciones (expresas o presuntas) de acceso a la información solicitada; sino también las inadmisiones de solicitudes de acceso en base a los motivos previstos en el art. 18 LTBG, así como las resoluciones que concedan el acceso a sólo algunas informaciones de las solicitadas o bien un acceso parcial. Asimismo, entendemos que, ante una resolución estimatoria del acceso, nada impide que puedan utilizar esta vía de recurso los terceros que consideren que, sus derechos o intereses legítimos, se ven afectados como consecuencia de dicho acceso. En este sentido *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., "Nuevas garantías de derecho administrativo", *RAP* núm. 194, 2014. Págs. 295 y 296.

³²⁰ El art. 23.2 LTBG matiza, no obstante, que contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) de la Ley, esto es, 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, sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo.

³²¹ Partiendo de que el art. 32 de la Ley catalana 19/2014 determina que la competencia para resolver las solicitudes de acceso a la información pública corresponde siempre al superior jerárquico, no cabe nunca, ante la denegación de una solicitud de acceso, un recurso de alzada, pero sí recurso de reposición (art. 38 Ley catalana 19/2014). En este contexto, el art. 39 de esta misma Ley establece expresamente que las

orden de ideas, la reclamación en materia de acceso actuará como recurso de reposición o como recurso de alzada, en función de si la resolución relativa al acceso pone fin, o no, a la vía administrativa.

El órgano competente para conocer de la reclamación es, en cualquier caso, un órgano distinto a aquel que ha dictado la resolución en materia de acceso. Así, en relación a la Administración General del Estado y su sector público, conocerá de la reclamación el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Para resoluciones que provengan de las Comunidades Autónomas y su sector público o de las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, es la Comunidad Autónoma la que tiene que determinar el órgano independiente que debe conocer de la reclamación o, en su defecto, atribuir esta competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a través de la firma del correspondiente convenio (Disposición adicional cuarta LTBG).

Centrándonos en las reclamaciones dirigidas al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, resulta llamativo que su resolución se atribuya a su Presidente, órgano unipersonal; y no a la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, órgano colegiado que tiene una composición que intenta ser representativa de los diversos intereses en juego en materia de acceso³²². Optar porque las reclamaciones fueran resueltas por este último órgano es una opción que, no sólo resultaría más lógica; sino que, además, es la única que resulta respetuosa con lo dispuesto en el art. 107.2 LRJPAC, que establece que las reclamaciones o impugnaciones alternativas a los recursos administrativos deberán interponerse ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas.

resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información pública y, en su caso, las que resuelvan el recurso de reposición, pueden ser objeto de reclamación ante la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública.

Al carecer la reclamación en materia de acceso de efectos suspensivos, pueden producirse efectos no deseados en el ejercicio del derecho de acceso a la información; pues hacer uso de este recurso puede determinar que transcurran los plazos legalmente previstos para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo; así como que se generen duplicidades en la impugnación de resoluciones u omisiones relativas al acceso a la información, pudiendo darse resoluciones en este ámbito que lleguen a ser contradictorias entre sí.

³²² En este sentido, entre otros, forman parte de la Comisión un representante del Defensor del pueblo y un representante de la Agencia Española de Protección de Datos [art. 36.2.e) y f), LTBG respectivamente].

El plazo para interponer la reclamación es de un mes a contar desde el día siguiente de la notificación del acto expreso o de la producción del silencio administrativo; siendo el plazo máximo para resolverla de tres meses, tras los cuales la reclamación se entenderá desestimada (art. 24.4 LTBG). Una vez dictada la resolución, el art. 24.5 LTBG prevé su publicación por medios electrónicos (previa disociación de los datos personales que contuvieran), lo que conduce a pensar que las resoluciones, además de los efectos *ad hoc* que produzcan en relación a cada reclamación concreta, sentarán una doctrina legal de interpretación de las previsiones relativas al derecho de acceso contenidas en la LTBG.

4. Límites y excepciones a la publicidad activa y al derecho de acceso

Otra de las cuestiones que merece destacarse de la regulación contenida en la LTBG es la relativa a los límites al conocimiento. Dichos límites, aunque previstos en el capítulo de la Ley relativo al derecho de acceso, de conformidad con el art. 5.3 LTBG, también son aplicables a la publicidad activa.

Así, el art. 14 LTBG establece una serie de límites materiales, que tienen su razón de ser en el contenido de la información solicitada; mientras que el art. 15 LTBG establece unas reglas específicas para garantizar la protección de los datos personales consagrada en la LOPD. Se mantiene así un régimen particular y más restrictivo para la divulgación de documentos que contengan datos personales, que para otro tipo de límites, como ya hacía el art. 37 LRJPAC en su redacción anterior a la aprobación de la LTBG³²³. Las

³²³ El régimen de protección de datos personales derivado del art. 37 LRJPAC en relación con la regulación contenida en la LOPD fue objeto de análisis, entre otros, en: GUICHOT, E., "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", *RAP* núm. 173, 2007, págs. 407-445; GUICHOT, E., "Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil equilibrio", *Revista catalana de Dret Públic* núm. 35, 2007, págs. 43-74; GUICHOT, E., *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 2005; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2003; VALERO TORRIJOS, J., y LÓPEZ PELLICER, A., "Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa", *RVAP* núm. 59, 2001; MIRÓN REYES, J. A., "Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, 2006; PIÑAR MAÑAS, J. L., "Transparencia y protección de datos... Op. Cit..

previsiones de los arts. 14 y 15 LTBG se ven completadas, además, con lo dispuesto en el art. 18 LTBG, que prevé las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso, las cuales se configuran como un límite de carácter formal, esto es, que no guarda relación con la información contenida en el documento, sino con la forma o el estado de elaboración del mismo.

Las cuestiones más importantes que se suscitan entorno a este sistema de límites y excepciones, puede sintetizarse del siguiente modo:

- 1) En cuanto a los *límites materiales* que incorpora la LTBG, éstos son prácticamente idénticos a aquellos recogidos en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos; el cual, a su vez, está claramente inspirado en el sistema de nueve exenciones incorporado en la FOIA. Así, el art. 14 LTBG excluye la divulgación de información cuando la misma suponga un perjuicio para: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; la protección del medio ambiente.

Respecto a su aplicación, el art. 14.2 LTBG establece que ésta debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente, la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. No ha tenido en cuenta, no obstante, la LTBG, tal como sería deseable, el criterio de la temporalidad, que justificaría que, transcurrido cierto período de tiempo desde la producción de la información administrativa, la causa que impida su divulgación deje de aplicarse³²⁴.

³²⁴ La Ley catalana 19/2014 no establece expresamente esta cuestión, pero la misma sí está prevista en el artículo 36 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de archivos y documentos; precepto no derogado por la Ley autonómica de transparencia, que determina que las exclusiones establecidas legalmente en relación a la consulta de documentos públicos quedan sin efecto transcurridos treinta años desde la producción del

A pesar de los criterios señalados, la redacción de los límites materiales citados es tan amplia que puede llevar a que, prácticamente todas las informaciones manejadas por la Administración, lleguen a encajarse en alguno de los supuestos que recoge el art. 14 LTB, lo que atribuye un papel protagonista a las resoluciones que se dicten en este ámbito y, especialmente, a aquéllas emanadas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³²⁵ o, en su caso, de los órganos independientes que existan a nivel autonómico.

Bajo nuestro punto de vista, para limitar la discrecionalidad en relación al acceso y en aras a una mayor seguridad jurídica, la LTBG debería haber previsto instrumentos que permitieran una evaluación previa, realizada en términos generales, de los posibles límites que pueden afectar a los documentos que obran en poder de la Administración. Así se hace en el sistema estadounidense gracias a los ya referidos Índices Vaughn, documento en el que cada agencia justifica los documentos que no se divulgan al amparo de una de las exenciones previstas en la FOIA, especificando el documento o información en cuestión, la exención legal aplicable y cómo la divulgación podría afectar los intereses protegidos por ésta última³²⁶.

En nuestro ordenamiento, sólo a nivel autonómico existe una herramienta similar gracias a las Tablas de evaluación y acceso documental; instrumento

documento. En el caso de documentos que contengan datos personales que puedan afectar la seguridad, el honor, la intimidad o la imagen de las personas, como norma general, podrán ser consultados (además de con el consentimiento de los afectados) transcurridos veinticinco años desde su muerte o, cuando no se conozca la fecha, transcurridos cincuenta años desde la producción del documento.

Esta opción está, asimismo, contemplada en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, que establece en su artículo 3.3 que: “Las Partes considerarán la posibilidad de fijar unos plazos más allá de los cuales los límites mencionados en el párrafo 1 dejen de ser aplicables”.

³²⁵ La LTBG, además de la publicación de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en materia de acceso (art. 24.5 LTBG), también prevé que se publiquen todas las resoluciones que se dicten con motivo de cualquier solicitud de acceso, una vez hayan sido notificadas a los interesados y previa disociación de los datos de carácter personal (art. 20.3 LTBG).

³²⁶ Aunque estos índices se han elaborado, tradicionalmente, en el seno de un litigio, cada vez con más frecuencia se emplean por las agencias al margen de cualquier procedimiento judicial, como instrumento de evaluación *ex ante*. Respecto a los requisitos que debe cumplir un Índice Vaughn, *vid*: Citizens Comm'n on Human Rights v. FDA, 45 F.3d 1325, 1326 n.1 (9th Cir. 1995)

previsto en el art. 19 de la Ley catalana 10/2001, de Archivos y documentos³²⁷, a través del cual se determina el régimen de conservación y también el régimen general de acceso respecto a series de documentos en poder de las Administraciones Públicas catalanas. En la actualidad, habiendo sido evaluadas prácticamente 800 series documentales, las referidas tablas permiten que las Administraciones Públicas catalanas sepan de antemano cuáles son las posibles limitaciones al acceso que pueden resultar de aplicación a un documento integrado en una determinada serie y su fundamento legal; información que, dado el carácter público de las tablas³²⁸, también puede ser conocida por los ciudadanos, lo que coadyuva a lograr una mayor seguridad jurídica, a la vez que facilita que los ciudadanos puedan fundamentar adecuadamente sus solicitudes de acceso. Todo ello justificaría que este instrumento, mantenido por la Ley catalana 19/2014, cobrara un mayor protagonismo; y que se implantaran también instrumentos similares a nivel estatal así como en las restantes Comunidades Autónomas.

- 2) El art. 15 LTBG regula de manera singular los límites a la divulgación de información que derivan de la *protección de datos personales*, sustituyendo la regulación de esta cuestión que realizaba el art. 37 LRJPAC, en sus apartados 2 y 3.

La aplicación del art. 15 LTBG se augura compleja, a la vista del gran número de elementos relacionados con la protección de datos personales que deben ser objeto de valoración por el órgano encargado de resolver la solicitud de acceso.

En síntesis, cuando un documento contenga datos personales, siempre y cuando no se haya llevado a cabo un proceso de disociación de los mismos (art. 15.4 LTBG), el régimen de acceso dependerá del tipo de datos personales contenidos en la información, distinguiendo a tales efectos entre tres tipos de informaciones:

³²⁷ De acuerdo con el art. 19.2 de la Ley catalana 10/2001 la elaboración de estas tablas es una de las funciones que tiene atribuidas la *Comissió Nacional d'Accés, Avaluació i Tria Documental* (CNAATD), que las eleva para su aprobación por parte del Consejero o Consejera de Cultura y controla, asimismo, su correcta aplicación.

³²⁸ <http://taad.cultura.gencat.cat/>. Última consulta 01.06.2015.

- a) Informaciones que contengan datos especialmente protegidos (art. 15.1 LTBG). Transcribiendo en este punto lo previsto en el art. 7.2 y 3 LOPD, la LTBG establece que, cuando se trate de informaciones que contengan datos relativos a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, se exige para el acceso el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que éste ya hubiese hecho públicos estos datos manifiestamente con anterioridad a la solicitud de acceso. En el caso que las informaciones se refieran al origen racial, a la salud o a la vida sexual, será necesario el consentimiento expreso del afectado o que una norma con rango de Ley lo prevea expresamente.
- b) Informaciones que sólo contengan datos meramente identificativos (art. 15.2 LTBG). En este caso, se establece que se concederá el acceso “con carácter general”, aunque se imponen dos matices importantísimos. En primer lugar, se establece que el acceso se concederá “salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida”. En segundo lugar, para permitir el acceso a informaciones que contengan datos meramente identificativos, es necesario también que los mismos estén “relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano”, lo que permitiría acceder a documentos que, por ejemplo, contengan los nombres y apellidos referidos a funcionarios o autoridades que han intervenido en la actuación administrativa que trae causa a la información o documento solicitado.
- c) Informaciones que no contengan datos especialmente protegidos (art. 15.3 LTBG). En esta categoría quedan englobadas las informaciones que no contengan únicamente datos meramente identificativos, pero tampoco datos especialmente protegidos de conformidad con el art. 7 LOPD.

En este supuesto, el órgano al que se dirija la solicitud de acceso, antes de concederlo, tiene que establecer una ponderación “suficientemente razonada del interés público en la divulgación de información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información

solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”, previéndose en el mismo art. 15.3 LTBG algunos de los criterios a tener en cuenta para realizar dicha ponderación³²⁹. En relación a estos criterios, llama la atención que uno de ellos sea el menor perjuicio de los derechos de los afectados para el caso de que los documentos sólo contuvieran datos meramente identificativos; criterio que induce a confusión, puesto que en este caso sería de aplicación el art. 15.2 LTBG, y no el art. 15.3 LTBG.

En cualquiera de los supuestos descritos, la resolución que se dicte puede ser impugnada a través de la reclamación que prevé el art. 24 LTBG, que establece que si la denegación se fundamenta en la protección de derechos o intereses de terceros (tal como sucedería en el caso de la protección de datos), se abrirá un trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga (art. 24.3 *in fine* LTBG) antes de que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno resuelva la reclamación

Teniendo en cuenta lo anterior, con la aprobación de la LTBG no se ha logrado el tan ansiado equilibrio entre transparencia y protección de datos; pues se ha perpetuado, en sus aspectos esenciales, la regulación contenida en el antiguo art. 37 LRJPAC, que daba una clara primacía a la protección de datos frente a la transparencia de la Administración y que va más allá de una mera congruencia

³²⁹ El art. 15.3 *in fine* LTBG dispone: “Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

- a) El 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.
- 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.
- 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.
- 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”.

entre ambos intereses, tal como solicitaba la AEPD³³⁰. Así se desprende, ya desde un punto de vista formal, del hecho de que la protección de datos no esté contemplada junto con el resto de límites materiales, tal como sucede en otras leyes de transparencia³³¹; sino que, por el contrario, esté regulada en un precepto específico, sólo dedicado a esta cuestión. Desde un punto de vista material, el alcance del derecho de acceso regulado en la LTBG se ha condicionado a las previsiones de la LOPD, adoptando así un criterio que, aunque es el seguido por la jurisprudencia comunitaria en los últimos años³³², dificulta la aplicación del principio, plenamente asumido en otros ordenamientos³³³, de que la

³³⁰ Al respecto, el Informe de la AEPD de 5 de junio de 2012, emitido en virtud de lo previsto en el art. 37.h) LOPD y 5.b) del Estatuto de la Agencia, afirmaba la necesidad de que la transparencia sea “congruente con los principios que conforman el derecho fundamental a la protección de datos”.

³³¹ En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, a pesar de tener en cuenta lo dispuesto en el Convenio para la Protección de Individuos con respecto al Proceso Automatizado de Datos Personales, no contempla una regulación específica sobre esta cuestión; sino que únicamente se prevé, junto con los restantes posibles límites al acceso a los documentos públicos, “la intimidad y otros intereses privados legítimos” (art. 3.1.f).

Asimismo, en Estados Unidos, la protección de los datos personales queda amparada por lo exención sexta de la FOIA, que excluye el acceso a los archivos médicos personales y otros similares cuya divulgación supondría una clara e ilegítima invasión de la privacidad personal.

³³² Hay que destacar en este sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 29 de junio de 2010, asunto C-28/08, en el que se anula en casación la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007, Bavarian Lager contra Comisión, asunto T-194/04. El Tribunal consideró que, a la hora de valorar si es pertinente facilitar a terceros interesados los datos de las personas que intervinieron en una reunión de trabajo de la Comisión debe tenerse en cuenta la legislación de la Unión sobre protección de datos personales y, en particular, lo previsto en el Reglamento nº45/2001.

³³³ En el sistema estadounidense, las previsiones de la FOIA prevalecen respecto a lo dispuesto en la Privacy Act de 1974, norma que establece las restricciones a las que está sometida la Administración federal a la hora de obtener, utilizar y difundir información personal de los particulares. Así, sólo cuando se considere que concurren las circunstancias para que resulte de aplicación la exención sexta de la FOIA, relativa a la protección de la intimidad, entrarán en juego las previsiones de la Privacy Act.

Por su parte, en la legislación sueca, también incorpora una solución similar a la del ordenamiento norteamericano. En este sentido, la Ley sueca sobre datos personales, que entró en vigor en 1998, establece en su art. 4 que la ley no se aplicará en la medida que contravenga las disposiciones de la Ley de Libertad de Prensa o en la Ley de Libertad de Expresión.

transparencia debe ser la regla general, todo ello teniendo en cuenta que el conocimiento de la información, normalmente vinculado a la satisfacción de intereses públicos, prevalece frente a la protección de los datos personales (STS de 19 de octubre de 2011, Ar. 2012/1296, Ponente: José M^a del Riego Valledor)³³⁴.

Ordenadas así las cosas, la tensión entre transparencia y protección de datos, no sólo no ha sido adecuadamente resuelta; sino que, incluso, se ha incrementado con la aprobación de la LTBG, que prevé una necesaria e incómoda convivencia entre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos, los cuales persiguen finalidades prácticamente antagónicas. La posible cooperación y colaboración entre ambos que prevé la Disposición Adicional quinta LTBG³³⁵ no entendemos que sea suficiente, pues consideramos que hubiese sido una opción mejor que un único órgano se encargara de velar por la transparencia y por la protección de datos, tal como sucede en otros

Sobre el tema, *vid.*: ABJORNSSON, B., "Relación entre la protección de datos y la libertad de prensa y expresión", en TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Ed. Thomson - Civitas, Madrid, 2008. Págs. 303-314.

³³⁴ En el caso de autos, se consideró que el Ayuntamiento de Miranda de Ebro no había infringido la normativa en materia de protección de datos, por el hecho de facilitar a los medios de comunicación locales, información relativa a la incoación y posterior resolución de un expediente sancionador a un funcionario. Al respecto, el Tribunal señaló que: "de esta comunicación se derivan los beneficios o ventajas para el interés general del conocimiento por los ciudadanos de la actuación administrativa, a la vista además de la trascendencia social que tuvieron los hechos en la localidad, por la materia y las personas intervinientes, que justifican los perjuicios sufridos por el derecho a la protección de datos del recurrente, que han de considerarse mínimos, en atención a que los datos que se reputan revelados, que se refieren todos ellos a actos del funcionario del Ayuntamiento en tal condición y a actos del Ayuntamiento también en la esfera de sus funciones administrativas".

³³⁵ El tenor literal de esta disposición es el siguiente: "El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, 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 esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre".

ordenamientos jurídicos³³⁶, y también prevé la Ley andaluza 1/2014 (art. 43)³³⁷. Ello no sólo no se ha producido, sino que, además, ambos órganos tienen una posición claramente desigual en nuestro ordenamiento, en detrimento del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³³⁸.

- 3) El sistema de límites y excepciones a la publicidad activa y al acceso que incorpora la LTBG, se cierra con las previsiones de su art. 18, que recoge las *causas de inadmisión* de las solicitudes de acceso. De acuerdo con este precepto, se inadmitirán a trámite las solicitudes referidas a: información en curso de elaboración o de publicación general; información que tenga carácter auxiliar o

³³⁶ Así, en el ámbito estadounidense, el control de la aplicación y de la coordinación entre la FOIA y la Privacy Act se atribuye a la misma institución: la *Office of Information And Privacy* (OIP).

También en Reino Unido, la *Freedom of Information Act* del año 2000 determinó que el Comisionado para la Protección de Datos y el Tribunal de Protección de Datos pasaran a denominarse: Comisionado de la Información y Tribunal de la Información, respectivamente. Además del cambio de denominación, se estableció también que el Comisario en materia de Protección de Datos, al constituirse como Comisario de la Información sólo seguiría ocupando este cargo durante dos años desde la aprobación de la Ley, sin que pudiera ser renovado en el cargo.

³³⁷ De acuerdo con el art. 43 de la Ley andaluza 1/2014, en virtud de esta Ley se crea el Consejo de Transparencia y Protección de datos de Andalucía, autoridad independiente de control en materia de protección de datos y de transparencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, compuesto por una Comisión Consultiva y por la Dirección (art. 46 Ley andaluza 1/2014).

En relación a la composición de la Comisión Consultiva (art. 49 Ley andaluza 1/2014), la misma está integrada por la persona que ejerza la Dirección del Consejo y catorce miembros, nombrados por la Consejería de Presidencia, en representación de: a) La Administración de la Junta de Andalucía; b) El Parlamento de Andalucía, reuniendo la condición de diputado o diputada; c) Las administraciones locales andaluzas; d) Las universidades públicas andaluzas; e) Las entidades representativas de las personas consumidoras y usuarias; f) Las entidades representativas de los intereses económicos y sociales; g) Personas expertas en la materia; h) Un representante de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz; i) Un representante de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

³³⁸ En este sentido, la Agencia española de protección de datos tiene atribuidas una serie de potestades de control y sancionadoras en los términos previstos en la Ley (art. 37 LOPD); de las cuales carece el Consejo de transparencia y buen gobierno, que tal como hemos visto, no tiene potestad sancionadora ni tampoco puede requerir a los diferentes sujetos a los que les resulta de aplicación la Ley en caso de incumplimiento. Asimismo, mientras que en la composición de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno se establece que haya un representante de la AEPD (art. 36.2.f Ley 19/2013), la aprobación de la Ley de transparencia no ha conllevado la modificación de la composición de la AEPD, por lo que no existe reciprocidad en este ámbito.

de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas; e información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración (art. 18.1 LTBG). Asimismo, se prevé también que se inadmitan solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente, aunque en este caso debe indicarse en la resolución el órgano que, a juicio del órgano resolutorio, es el competente (art. 18.2 LTBG).

Respecto a las previsiones del art. 18.1 LTBG, estamos ante una serie de excepciones formales, entre las cuáles, la única que está plenamente justificada es aquella referida a la información en curso de elaboración o de publicación general pues, al fin y al cabo, no se está excluyendo el conocimiento sobre dicha información; sino que únicamente se está postergando, hasta el momento en que se finalice su elaboración o ésta sea publicada.

En relación a la información de carácter auxiliar, ésta puede ser, en ocasiones, más relevante que aquella que recoge el acto administrativo definitivo, que representa sólo la punta del iceberg de la actuación administrativa. En esta línea, la información contenida en borradores, opiniones o informes puede resultar esencial para conocer el alcance de una determinada actuación administrativa; la motivación que subyace a la misma; así como sus responsables. Es por ello que consagrar la opacidad de estas informaciones coadyuva a que se puedan ocultar actuaciones ineficaces o, incluso, irregulares, dificultando en este sentido la aplicación de los mecanismos de control o rendición de cuentas oportunos.

Las consideraciones anteriores no se traducen, ni mucho menos, en que todas las informaciones de carácter auxiliar deban tener carácter público (ya sea a través de su publicación o permitiendo el acceso). Por el contrario, la tesis aquí defendida es que, por el hecho de que una información tenga carácter auxiliar o no definitivo, no se debe excluir, sin más, su publicidad; sino que deberían aplicarse los mismos límites materiales que al resto de informaciones administrativas, debiendo valorar, en cada caso, si procede su publicidad, o no, en función de su contenido, pudiendo estos límites ser objeto de una aplicación más o menos restrictiva a la vista de la categoría de documento de que se trate.

Esta es la opción recogida en la FOIA, cuyo ámbito de aplicación objetivo incluye documentos de trabajo, agendas electrónicas³³⁹ e, incluso, comunicaciones de carácter informal, como por ejemplo correos electrónicos³⁴⁰, cuyo acceso sólo se verá limitado si los documentos en cuestión se encuentran afectados por alguna de las exenciones que prevé la propia norma³⁴¹.

Finalmente, en relación a la inadmisión de la solicitud de acceso referida a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración, se trata de una excepción que no se adecúa a las exigencias de la transparencia, y que no encuentra parangón en las legislaciones más transparentes que deben servirnos como modelo³⁴². El concepto de reelaboración, no definido en la LTBG, resulta excesivamente ambiguo e indeterminado, pudiéndose convertir en un “cajón de sastre”, en virtud del cual prácticamente cualquier solicitud de acceso pueda ser denegada, lo cual contraviene los principios relativos a la imposición de límites a la transparencia de la Administración³⁴³.

³³⁹ Consumer Federation of America v. Department of Agriculture, 455 F.3d 283 (D.C. Cir. 2006).

³⁴⁰ Armstrong v. Executive Office of the President, 1 F.3d 1274 (D.C. Cir. 1993).

³⁴¹ Sobre el carácter de información administrativa de los documentos auxiliares o de trabajo puede verse: SCHRAG, “Working Papers as Federal Records: The need for New Legislation to Preserve the History of National Policy”, *Administrative Law Review* núm. 95, 1994.

³⁴² La FOIA no sólo no contiene una previsión análoga; sino que en su interpretación se ha llegado a determinar que la Administración deberá facilitar el acceso a aquellos documentos que se hubieran producido u obtenido con posterioridad a la solicitud de acceso a los mismos. En este sentido: Public Citizen v. Department of State, 276 F.3d 634 (D.C. Cir. 2002).

Asimismo, tampoco en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos se contempla una causa de inadmisión similar, pues sólo se prevé en su art. 5.5 que una petición para acceder a un documento oficial pueda ser rechazada cuando: a pesar de la ayuda de la autoridad pública la petición sigue siendo demasiado vaga para permitir que el documento oficial sea identificado; o bien si la petición es manifiestamente irrazonable.

³⁴³ Hay que señalar que la Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015 define en su artículo 16.2.b) el concepto de “reelaboración”; el cual, no obstante, no despeja las dudas que puedan existir en este ámbito, al establecer simplemente que: “por reelaboración no se entenderá un tratamiento informático habitual y corriente”.

5. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es el organismo público creado por la propia LTBG al que se encomienda velar por el cumplimiento de la Ley, tanto en lo referente a la transparencia como en al Buen Gobierno. Regulado en el Título III LTBG³⁴⁴, su estatuto de funcionamiento ha sido aprobado por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre³⁴⁵.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se identifica así, de acuerdo con las previsiones de la LTBG y su reglamento de desarrollo, con el órgano de vigilancia (*watch dog*), que debe ejercer una serie de funciones de control o de rendición de cuentas en relación a la actuación administrativa; cuestión que, como ya hemos señalado, resulta extremadamente relevante para lograr una Administración verdaderamente transparente.

³⁴⁴ El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se configura como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

³⁴⁴ Además de por las disposiciones contenidas en la LTBG y en el RD 919/2014, de conformidad con el art. 39.1 LTBG, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se registrará también por lo dispuesto en:

"a) Las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que le sean de aplicación. Anualmente elaborará un anteproyecto de presupuesto con la estructura que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su elevación al Gobierno y su posterior integración en los Presupuestos Generales del Estado.

b) El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

c) La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y, en lo no previsto en ella, por el Derecho privado en sus adquisiciones patrimoniales.

d) La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, en materia de medios personales.

e) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la normativa que le sea de aplicación, en lo no dispuesto por esta Ley, cuando desarrolle sus funciones públicas".

Las competencias de este órgano, como regla, alcanzan sólo a la Administración General del Estado y su sector público³⁴⁶; pues en relación a la actuación de las Comunidades Autónomas y su sector público, así como de las entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, la LTBG prevé que sean las Comunidades Autónomas las que designen las autoridades independientes con competencias en la materia, aunque se prevé que estos órganos autonómicos y su homólogo estatal mantengan relaciones de cooperación y colaboración (art. 36.4 LTBG)³⁴⁷.

Con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno actúa con autonomía y plena independencia para el cumplimiento de sus fines, concretados en promover la transparencia de la actividad pública y velar por el cumplimiento de las previsiones de la LTBG, tanto en materia de publicidad activa y derecho de acceso, como de buen gobierno (art. 34 LTBG). Para cumplir con este cometido, tiene atribuidas un haz de funciones³⁴⁸, entre las que

³⁴⁶ La Disposición Adicional cuarta LTBG prevé como excepción a esta regla general que pueda atribuirse al Consejo de Transparencia y buen Gobierno conocer de las reclamaciones en materia de acceso contra resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial; siendo necesario, a tal efecto, 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.

³⁴⁷El tenor literal del art. 36.4 LTBG es el siguiente: “Al menos una vez al año, la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno convocará a los representantes de los organismos que, con funciones similares a las desarrolladas por ella, hayan sido creados por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. A esta reunión podrá ser convocado un representante de la Administración Local propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias”.

³⁴⁸ El art. 38.1 LTBG prevé que, para el cumplimiento de sus fines, el mismo tiene atribuidas las siguientes funciones:

- a) Adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.
- b) Asesorar en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- c) Informar preceptivamente los proyectos normativos de carácter estatal que desarrollen esta Ley o que estén relacionados con su objeto.
- d) Evaluar el grado de aplicación de esta Ley. Para ello, elaborará anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas y que será presentada ante las Cortes Generales.

destacan resolver las ya referidas reclamaciones en materia de acceso; adoptar las medidas necesarias para que no se incumplan las obligaciones de publicidad activa impuestas por la Ley; e iniciar las actuaciones disciplinarias que procedan.

A pesar de lo anterior, la mayor parte de las funciones atribuidas al Consejo de Transparencia y Buen gobierno se refieren a medidas de fomento o promoción de la transparencia; siendo un órgano que carece de competencias que permitan imponer, de forma efectiva, el cumplimiento de la Ley. Ello nos lleva a afirmar que uno de los talones de Aquiles de todo el sistema es, precisamente, la falta de reconocimiento de potestades sancionadoras a este organismo, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, donde la Oficina del Consejo Especial tiene competencias sancionadoras en relación a aquellos supuestos en los que los empleados de las agencias apliquen incorrectamente las previsiones de la FOIA³⁴⁹.

En cuanto a su composición, el art. 35 LTBG establece que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está compuesto por dos órganos: el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, los cuales llevan a cabo las funciones atribuidas al Consejo de manera genérica³⁵⁰.

-
- e) 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.
 - f) Promover actividades de formación y sensibilización para un mejor conocimiento de las materias reguladas por esta Ley.
 - g) Colaborar, en las materias que le son propias, con órganos de naturaleza análoga.
 - h) Aquellas otras que le sean atribuidas por norma de rango legal o reglamentario.

³⁴⁹ La *U.S. Office of Special Counsel*), como agencia independiente, con poderes de investigación y de acusación tiene, como ya hemos señalado, puede iniciar un procedimiento para determinar si existe responsabilidad disciplinaria respecto al empleado o empleados responsables de la aplicación de la FOIA. Dicha competencia se basa en las ya citadas: *Civil Service Reform Act* de 1978, la *Whistleblower Protection Act* de 1989, *Hatch Act* de 1939 y *Uniformed Services Employment & Reemployment Rights Act* de 1994.

³⁵⁰ El Presidente tiene atribuidas una serie de funciones específicas (art. 38.2 LTBG), entre las que destacan las de: conocer de las reclamaciones presentadas con motivo del derecho de acceso que prevé el art. 24 de la Ley; adoptar criterios de interpretación uniforme de las obligaciones contenidas en la Ley; velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad; responder a las consultas que, con carácter

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que lo es también de su Comisión, 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 comparecencia 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, debe refrendar el nombramiento del candidato propuesto en el plazo de un mes natural desde la recepción de la correspondiente comunicación (art. 37.1 LTBG). En cuanto al cese, este se produce por las causas tasadas previstas en la Ley, esto es: por la expiración de su mandato, a petición propia o por separación acordada por el Gobierno, previa instrucción del correspondiente procedimiento por el titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, por incumplimiento grave de sus obligaciones, incapacidad permanente para el ejercicio de su función, incompatibilidad sobrevenida o condena por delito doloso (art. 37.2 LTBG).

Por su parte, la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, además de por el Presidente, está conformada por: un Diputado, 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 y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (art. 36.2 LTBG).

Se trata, por tanto, de conformidad con lo anterior, de una composición esencialmente política, que distancia así este Consejo de los órganos análogos existentes en otros ordenamientos, con un perfil más técnico, que facilita que lleven a cabo también una actuación verdaderamente independiente³⁵¹.

facultativo, le planteen los órganos encargados de tramitar y resolver las solicitudes de acceso a la información; o instar el procedimiento sancionador que prevé el Título II de la Ley. También aprueba el anteproyecto de presupuesto y lleva a cabo aquellas otras funciones que le atribuya una norma con rango legal o reglamentario.

³⁵¹ En este sentido, podemos hacer referencia a la *Commission d'accès aux documents administratifs*, órgano que, en Francia, resuelve los recursos contra las resoluciones relativas a solicitudes de acceso a la información administrativa. Así, el art. 23 *Loi 78-753*, prevé en su artículo 23 que este órgano estará compuesto por once miembros, entre los que se encuentra un diputado y un senador y un representante de la una Colectividad Territorial, pero también un miembro del *Conseil d'Etat* y un Magistrado de la *Cour*

A nivel autonómico, correspondiendo a las Comunidades Autónomas determinar el órgano equivalente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno³⁵², las soluciones adoptadas han sido variadas, y mientras que hay leyes autonómicas cuyos órganos independientes tienen una composición muy similar a la del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, otras han optado por órganos menos numerosos y de carácter eminentemente técnico³⁵³.

des comptes; un profesor de enseñanzas superiores; una personalidad cualificada en materia de archivos; una persona especialista en materia de datos personales; una persona cualificada en Derecho de la competencia; y una persona cualificada en materia de difusión de la información pública, todos ellos nombrados por distinta instancias. Además también se integra en este órgano, con voz pero sin voto, el *Défenseur des droits* o un representante suyo.

La composición del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que contempla la LTBG se asemeja a la del órgano equivalente existente en Italia. Así, el art 27 de la *Legge* n. 241, de 7 de agosto de 1990, prevé en su artículo 27 la composición de la *Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi*, mayoritariamente integrada por miembros políticos. Así, este órgano está compuesto por doce miembros, entre los que se encuentran: dos senadores y dos diputados, designados por el Presidente de la respectiva Cámara; cuatro miembros elegidos entre el personal al que se refiere la Ley italiana sobre nombramiento de organismos autónomos; dos profesores universitarios de Derecho; un dirigente del Estado y un dirigente de otra entidad pública, siendo miembro de pleno derecho el jefe de estructura de la Presidencia del Consejo de Ministros. Se prevé, no obstante, en relación a este órgano, que el mismo pueda valerse para su asesoramiento de un número de expertos no superior a cinco.

³⁵² En el caso de La Rioja, el art. 16 de la Ley de La Rioja 3/2014 prevé que sea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno integrado en la Administración General del Estado el que conozca de las reclamaciones frente a resoluciones expresas o presuntas en materias de acceso, conforme a lo establecido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta LTBG.

³⁵³ Así, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía está conformado por la Dirección, como órgano unipersonal, y por una Comisión Consultiva (art. 46 Ley andaluza 1/2014), Dicha Comisión está integrada, a su vez, además de por la Dirección, por catorce miembros en representación de la Administración de la Junta de Andalucía; el Parlamento de Andalucía, reuniendo la condición de diputado o diputada; las administraciones locales andaluzas; las universidades públicas andaluzas; las entidades representativas de las personas consumidoras y usuarias; las entidades representativas de los intereses económicos y sociales; personas expertas en la materia; un representante de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz; un representante de la Cámara de Cuentas de Andalucía (art. 49.3 Ley andaluza 1/2014).

Por su parte, el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (art. 38 Ley Región de Murcia 12/2014), tiene una composición eminentemente política, estando conformado, además de por su Presidente, por: dos diputados de la Asamblea Regional, para cuya designación se tendrán en cuenta criterios de proporcionalidad y pluralidad respecto de los grupos presentes en la Cámara; un representante

En cualquier caso, tanto en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la LTBG como en los órganos independientes que contemplan las distintas leyes autonómicas de transparencia, se echa en falta que en su composición se integren también personas expertas en Administración electrónica y, en general, en nuevas tecnologías; así como expertos gestión de archivos y registros administrativos, pues teniendo en cuenta que el derecho de acceso versa sobre información relativa a procedimientos ya finalizados, es ahí donde se encuentra la información que puede ser objeto de este derecho³⁵⁴.

6. Asignaturas pendientes en la LTBG. La no regulación de la participación y de la actividad desarrollada por grupos de interés o lobbies

de la consejería competente en materia de transparencia; un representante de la consejería competente en materia de hacienda; un representante del órgano directivo encargado de la coordinación y el asesoramiento en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración regional; un representante por cada una de las universidades públicas de la Región de Murcia; un miembro del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; dos miembros del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, en representación de las entidades representativas de los intereses económicos y sociales de la Región de Murcia, así como de los consumidores y usuarios.

En el caso de Canarias, la Ley canaria 12/2014 (arts. 58 y siguientes) ha previsto el nombramiento de un Comisionado o Comisionada de Transparencia, configurado como un órgano de carácter unipersonal nombrado por mayoría de tres quintas partes del Parlamento, sin que se prevea, no obstante, la formación o cualidades que deben ostentarse para optar al cargo.

Finalmente, en el caso de Catalunya, se prevé la creación de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información, que únicamente ostenta competencias en esta materia. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 Ley catalana 19/2014, este órgano está conformada por un mínimo de tres miembros y un máximo de cinco, designados por mayoría de tres quintas partes del Parlamento de Cataluña, entre juristas especialistas en Derecho público y técnicos en materia de archivos o gestión documental, elegidos entre expertos de competencia y prestigio reconocidos y con más de diez años de experiencia profesional.

³⁵⁴ En el caso de Cataluña, aunque el ya citado art. 40 Ley catalana 19/2014 se prevé que se integren en la comisión técnicos en materia de archivos o gestión documental, finalmente, este órgano sólo ha sido integrado por juristas (Acuerdo del Parlamento de 30 de abril de 2015, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 566, de 6 de mayo de 2015).

Habiéndonos referido en las páginas precedentes de este Capítulo a los aspectos de la LTBG que resultan más relevantes, es fácil apreciar que esta norma se centra en el conocimiento –otorgando, además, especial protagonismo a la regulación del derecho de acceso a la información pública– y presta poca o nula atención a la participación y a la rendición de cuentas como elementos configuradores de la transparencia administrativa; cuestión que determina que, a nuestro juicio, la Ley pueda ser tildada de poco ambiciosa.

Se configura así como una carencia en nuestro ordenamiento jurídico la falta de una regulación general respecto a todos y cada uno de los elementos que conforman la transparencia administrativa; regulación que, tal como ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, puede llevarse a cabo a través de normas posteriores, que complementen las previsiones de la LTBG. En particular, tal como ha ocurrido en el sistema estadounidense, la consecución de una Administración transparente puede plantearse, no como un hito o logro aislado, reflejado una Ley singular; sino como una carrera de fondo, en la que tiene que avanzarse poco a poco, siendo el primer eslabón en este proceso facilitar que los ciudadanos puedan tener información sobre la actuación de la Administración en sentido amplio.

Pese a lo anterior, estamos ante una deuda que la legislación de transparencia tiene con nuestro ordenamiento jurídico y que debería saldarse en los próximos años; pues la participación y la rendición de cuentas son, como ya hemos señalado, requisitos indispensables para la consecución de una Administración transparente, cuestión que sí han tenido en cuenta las distintas leyes de transparencia autonómicas³⁵⁵.

³⁵⁵ En este sentido, el 1.2 de la Ley catalana 19/2014 establece que: “La finalidad de la presente ley es establecer un sistema de relación entre las personas y la Administración pública y demás sujetos obligados, fundamentado en el conocimiento de la actividad pública, la incentivación de la participación ciudadana, la mejora de la calidad de la información pública y de la gestión administrativa y la garantía de la rendición de cuentas y de la responsabilidad en la gestión pública”.

Asimismo, la Ley Foral 11/2012, de 11 de junio, de la transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra tiene en cuenta los tres elementos configuradores de la transparencia a los que nos hemos referido. En este sentido, el su art. 3.b) se define el Gobierno Abierto, nuevo modelo de Administración que persigue implantar la norma, en los siguientes términos: “forma de funcionamiento de la Administración Pública capaz de entablar una permanente conversación con los ciudadanos y ciudadanas con el fin de escuchar lo que dicen y solicitan, que toma sus decisiones centrándose en sus necesidades y preferencias, que facilita la participación y la colaboración de la ciudadanía en la definición de sus políticas y en el ejercicio de sus

En particular, y en vistas al análisis de las implicaciones de la transparencia en la elaboración de normas que llevaremos a cabo en el tercer capítulo de este trabajo, queremos referirnos, en primer lugar, a la no regulación en la LTBG de la participación como elemento configurador de la transparencia administrativa; cuestión a la que sí se refieren, de forma más o menos extensa, todas las leyes autonómicas de transparencia, que dotan a esta institución de nuevas características inherentes a una Administración transparente.

En segundo lugar, nos detendremos también en la falta de regulación por parte de la LTBG de las actuaciones desarrolladas por grupos de interés o *lobbies*, esto es, sujetos privados que, de forma profesional o regular, intervienen en la actuación administrativa, intentando influenciar la misma en un sentido favorable a los intereses privados que representan; cuestión que sólo ha sido abordada por la Ley catalana 19/2014, que dedica su título IV a regular un registro de grupos de interés.

6.1. La participación como elemento configurador de la transparencia administrativa

Existiendo un debate abierto en nuestra doctrina acerca de si la participación queda integrada en la transparencia, como institución omnicomprendiva y de carácter amplio³⁵⁶, o bien la transparencia cumple sólo respecto a la participación un carácter instrumental³⁵⁷; nuestra firme opinión es que la transparencia no se reduce únicamente

funciones, que proporciona información y comunica aquello que decide y hace de forma transparente, que se somete a criterios de calidad y de mejora continua, y que está preparado para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a los que ha de servir".

Tiene un contenido prácticamente idéntico a este último precepto el art. 3.b) de la Ley extremeña 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

³⁵⁶ BLASCO DÍAZ, J.L., "El sentido de la transparencia administrativa... Op. cit. Pág. 27; DOMÍNGUEZ LUÍS J.A., "El derecho de información administrativa... Op. Cit., pág. 550 ; DEBBASCH, *La transparence administrative en Europe...* Op. Cit. págs. 11 y ss.

³⁵⁷ COTINO HUESO, L, *Teoría y realidad de la transparencia pública....* Op. Cit. págs. 24 a 26; TORNOS MAS, J., ARROYO DIEZ, A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., y LÓPEZ PAGÁN, J., *Transparencia, rendición de cuentas y participación...* Op. Cit. Págs. 39 a 72.

al conocimiento, siendo este el criterio también asumido por la práctica totalidad de las leyes autonómicas de transparencia³⁵⁸.

Probablemente, una de las cuestiones que alienta el debate sobre la consideración, o no, de la participación como elemento configurador de la transparencia, es que la participación tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, un reconocimiento previo a la regulación de la transparencia y ha sido ya ampliamente estudiada por nuestra doctrina³⁵⁹; circunstancia que podría hacernos caer en el error de que la transparencia

³⁵⁸ Ley Foral 11/2012 (Título IV); Ley de Extremadura 4/2013 (Título III); Ley de La Rioja 3/2014 (arts. 17 a 20); Ley de Galicia 4/2006 (art. 2.e); Ley de las Islas Baleares 4/2011 (art. 3.b y 6); Ley de la Región de Murcia 12/2014 (Título III); Ley catalana 19/2014 (art. 61 y arts. 68 a 70, además del Título IV, referido a los grupos de interés); Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015 (Título V).

Adicionalmente, la Ley de Canarias 12/2014 no entra a regular la participación pero porque remite esta cuestión a la regulación contenida en la Ley 5/2010, de 21 de junio, de fomento a la participación ciudadana de Canarias, cuyo objeto es fomentar la participación ciudadana, tanto individual como colectiva, en la actividad administrativa así como en la vida económica, política, cultural y social de esta Comunidad Autónoma. De un modo similar, tampoco la participación es objeto de regulación en la Ley de Andalucía 1/2014, pues se prevé que esta cuestión se regule en una norma específica (en el momento de finalización de este trabajo, se encuentra en fase de Anteproyecto la Ley de Participación Ciudadana de Andalucía, siendo la última versión de 01.08.2014).

³⁵⁹ ARIÑO ORTIZ, G., "Democracia y administración (Notas sobre la participación ciudadana en los procesos de decisión", *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978; CIERCO SEIRA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002; EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración. Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, INAP, Madrid, 1996; FONT I LLOVET, T., "Algunas funciones de la idea de participación", *RAP* núm. 45, 1985; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", *Libro Homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., "La participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo", *Procedimiento administrativo, Ponencias del Primer Coloquio Hispano-Portugués*, Xunta de Galicia, 1994; MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", *RAP* núm. 84, 1987; PAREJO ALFONSO, L., "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento", en AAVV (Coord. ÁLVAREZ CONDE, E.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998; PÉREZ TÓRTOLA, A., "La intervención del ciudadano en el procedimiento administrativo y su engarce con el artículo 23.1 de la Constitución Española", *Libertades Públicas y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994; SÁNCHEZ BLANCO, Á., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho", *RAP* núm. 119, 1989; SÁNCHEZ BLANCO, Á., "Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos

sólo sirve para conocer la información necesaria para hacerla efectiva. La realidad es, no obstante, que la participación es, como ha señalado la doctrina, una institución “en crisis” (BARRERO)³⁶⁰, por lo que en virtud de la transparencia se le otorga una nueva dimensión, no existente hasta la fecha, y que nos asimila al tipo de participación que tiene lugar en otros países, especialmente en aquellos regidos por el sistema de *common law*.

Y es que, a pesar del poco protagonismo que, históricamente, ha tenido en nuestro país la involucración de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas, la participación es una institución que tiene fundamento constitucional. Así, al margen del derecho fundamental a la participación reconocido en el art. 23 CE, de carácter político³⁶¹, e instrumentado principalmente a través de los partidos políticos (art. 6 CE)³⁶², la

públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política”, *REDA* núm. 46, 1985; SÁNCHEZ MORÓN, M., “El principio de participación en la Constitución española”, *RAP* núm. 89, 1979; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Participación, neocorporativismo y administración económica” en AAVV (Coord. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1991; SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

³⁶⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, M.C., “De nuevo sobre la “crisis de la participación administrativa”, *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Coord. Francisco López Menudo), Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 419-454.

³⁶¹ De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el ámbito de aplicación de este derecho fundamental queda circunscrito a los cargos públicos de representación política, y no a la dimensión de la Administración Pública. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 23/1984, de 20 de febrero, para determinar la no aplicación del art. 23.1 CE a los procedimientos electorales de tipo territorial, como los Colegios Profesionales; y, en la misma línea, la STSJ Extremadura núm. 105/2005, de 14 de julio.

A pesar de lo anterior, debemos destacar que esta interpretación jurisprudencial ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, que considera que la participación que consagra el art. 23 CE debería extenderse también a la dimensión de la Administración Pública. SÁNCHEZ BLANCO, Á., “Sujetos, actores y factores... Op. Cit.; PÉREZ MORENO, A., “Crisis de la participación administrativa... Op. Cit.

Asimismo, el Tribunal Supremo también ha matizado la regla general de circunscribir la aplicación del art. 23.1 CE al ámbito político, al afirmar la conexión entre este precepto y la participación en el ejercicio de la potestad reglamentaria (STS 19 de mayo de 1988; STS de 21 de noviembre de 1990).

³⁶² Aunque el art. 23 CE prevé que la participación puede ejercerse directamente por los ciudadanos o a través de los representantes elegidos libremente en elecciones periódicas por sufragio universal, lo cierto es que los mecanismos de democracia representativa priman sobre los de participación directa (STC 76/1994, de 1 de marzo). Así, los mecanismos de democracia directa son muy limitados, previéndose sólo

Constitución se refiere a la participación de los ciudadanos en la actividad administrativa en diversos preceptos.

Así, por un lado, nuestra Carta Magna se refiere a la participación de los ciudadanos para defender ante la Administración sus derechos e intereses propios; categoría participativa recogida en el art. 105.c) CE, que se refiere a la intervención de los interesados en los procedimientos a través los cuales se produzcan actos administrativos. Este tipo de participación, desarrollada a través de la que la doctrina ha denominado participación funcional³⁶³, encuentra su desarrollo legal en los arts. 84 y 85 LRJPAC y tiene, como sabemos, carácter esencial. Aunque no reviste, como sucede con la participación política, la consideración de derecho fundamental, la omisión del trámite de audiencia a los interesados cuando éste sea preceptivo, conlleva la nulidad de pleno derecho del acto o disposición administrativa de que se trate, por haberse dictado prescindiendo del procedimiento establecido para su elaboración (STS de 15 de julio de 2010, Ar. 6264, Ponente: Eduardo Espín Templado).

Por otro lado, la Constitución también se refiere a la participación en la actividad administrativa como un principio de actuación de todos los poderes públicos, consagrado en el art. 9.2 CE, y que da cobertura constitucional a cualesquiera otras manifestaciones del fenómeno participativo que, distintas de la audiencia, permitan la intervención de los ciudadanos, a título individual o a través de las entidades que los representen, en el proceso de adopción de decisiones que tengan un alcance general o colectivo.

Estamos ante un tipo de participación que, según la propia Constitución, tiene especial relevancia en relación a ciertos colectivos (juventud, art. 48 CE; o consumidores, art. 51.2 CE), en determinados ámbitos materiales (educación, art. 27.5 CE; justicia, art. 125 CE; seguridad social, art. 129.1. CE; empresa (art. 129.2 CE); planificación económica

la intervención del titular de la soberanía en el ejercicio del poder legislativo a través de la iniciativa legislativa prevista en el art. 87.3 CE; o del ejecutivo, mediante el referéndum consultivo que recoge el art. 92 CE; mecanismos de intervención directa tasados que, además, se interpretan de forma restrictiva (SSTC 119/1995, de 22 de agosto y 103/2008, de 11 de septiembre). Sobre el tema, *vid.* EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013, Págs. 364 y 365.

³⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E, "Principios y modalidades de la participación ciudadana... Op. Cit.;

(art. 131.2 CE); o en el ejercicio de ciertas funciones, destacando por encima de todas ellas la función normativa (art. 105.a CE). En la mayoría de ocasiones, este tipo de participación se ha hecho efectiva a través de la denominada participación orgánica, en virtud de la cual los ciudadanos se integran en órganos administrativos; siendo el ejemplo más destacado de este tipo de órganos el Consejo Económico y Social y los órganos equivalentes a nivel autonómico. Sin embargo, en cumplimiento del artículo 9.2 CE también tiene cabida cauces participativos alternativos como, por ejemplo, la información pública, la presentación de sugerencias y quejas o las consultas populares; medios participativos que han llegado, incluso, a recogerse de forma expresa en algunos Estatutos de Autonomía (art. 29 EAC)³⁶⁴.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que los cauces que facilitan la participación de todos los ciudadanos en la actividad administrativa ha recibido, en términos generales, una escasa atención; teniendo un papel realmente accesorio respecto a la participación ejercida por quienes tienen la condición de interesados. Así, aunque el art. 3.5 LRJPAC determina que, en sus relaciones con los ciudadanos, las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación, esta Ley únicamente se refiere al trámite de información pública (art. 86 LRJPAC) como cauce para canalizar la participación de los no interesados en la producción de actos administrativos, sin tener en cuenta otras posibles medidas de participación. Adicionalmente, el trámite de información pública se configura en unos términos mucho menos propicios que la audiencia, pues tiene carácter potestativo y únicamente se llevará a cabo cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera, sin que de su omisión derive la nulidad del acto o disposición administrativa, (STS de 29 de octubre de 2012, Ar. 10263, Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

³⁶⁴ Con carácter general sobre esta cuestión: FONT I LLOVET, T., VILALTA REIXACH, M., “Los diferentes modelos de participación en los nuevos estatutos de autonomía”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 8, 2009, Págs. 192-225.

En particular, respecto a las consultas populares: BOSSACOMA BUSQUETS, P., “Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 15, 2012; CASTELLÀ ANDREU, J.M., “Las consultas populares en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en AAVV (Coord. E. ALVÁREZ CONDE, C. ROSADO VILLAVERDE, F.J. SANJUÁN ANDRÉS), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, Cizur Menor, 2010.

Estas características de la participación de los no interesados consagradas en la LRJPAC también se han impuesto en las diversas normas autonómicas de procedimiento que, en su mayoría, también se refieren únicamente a la información pública, sin prestar atención a otros posibles medios de participación ciudadana. Sólo en el ámbito local se rompe, en parte, esta dinámica, tal como es propio de un ámbito territorial en el que la participación ciudadana encuentra su mayor desarrollo³⁶⁵. Así, partiendo de que los municipios son "cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos" (art. 1 LBRL)³⁶⁶, se establece la necesidad de que las corporaciones locales faciliten la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local (art. 69 LBRL); que los Ayuntamientos establezcan y regulen en normas de carácter orgánico los procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local (art. 70.1 LBRL); y que la información pública (y no sólo la audiencia) se configure como preceptiva para la aprobación de las ordenanzas locales (art. 49 LBRL) y de las cuentas de la entidad local (art. 116 LBRL); previsiones todas ellas que se han traducido en diversas iniciativas municipales para fomentar la participación, especialmente en las grandes ciudades³⁶⁷.

³⁶⁵ En esta línea se pronuncia la Recomendación núm. (2001)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local, en la que se afirma que: "la democracia local es una de las piedras angulares de la democracia en los países de Europa y que su fortalecimiento es un factor de estabilidad"; y por ello esta Recomendación se configura como "la continuación de una amplia reflexión que se ha desarrollado desde hace veinticinco años, porque las cuestiones referentes a la participación de los ciudadanos en la vida de sus entidades locales no han dejado de constituir el objeto de una atención especial tanto por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa y del sector intergubernamental como por parte de la Asamblea parlamentaria y del Congreso (denominado "Conferencia" hasta 1994) de Poderes Locales y Regionales de Europa (CPLRE)".

³⁶⁶ En el mismo sentido se pronuncia el art. 86 EAC, que establece que: "El municipio es el ente local básico de la organización territorial de Cataluña y el medio esencial de participación de la comunidad local en los asuntos públicos".

³⁶⁷ En este sentido, podemos referirnos a la iniciativa "Madrid Participa", consulta ciudadana realizada por el Distrito Centro del Ayuntamiento de Madrid los días 28, 29 y 30 de junio de 2005, en la que se planteaban tres preguntas cerradas relativas a equipamientos públicos, y acciones actividades para mejorar la calidad de vida y dinamizar y revitalizar la actividad del centro, debiendo los ciudadanos elegir entre las diversas opciones.

Asimismo, también en Barcelona el Consejo Plenario del Ayuntamiento aprobó el 1 de octubre de 2010 el "Plan Director Municipal de Participación Ciudadana 2010-2015 del Ayuntamiento de Barcelona" que, en

En el contexto descrito, la aportación de la transparencia administrativa es lograr, desde diversos puntos de vista, un mayor desarrollo de la participación en los asuntos públicos llevada a cabo por sujetos que no tengan la condición de interesado. El punto de partida es que, en el seno de una Administración transparente, y en relación a aquellas actuaciones administrativas que tengan carácter general, la participación se convierte en la regla, lo cual no impide, obviamente, que en algunos procedimientos administrativos (o en parte de ellos) se excluya la participación, ya sea porque el tipo de actuación no lo requiere o bien para asegurar la eficacia y eficiencia de la actuación de la Administración y no entorpecer los procesos de toma de decisiones³⁶⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, en una Administración transparente, las implicaciones que derivan para la participación ciudadana son, esencialmente, cuatro:

- 1) En primer lugar, la Administración debe *fomentar la participación ciudadana* con carácter general y también en relación a cada procedimiento decisorio³⁶⁹.

desarrollo de las previsiones relativas a la participación contenidas en la Carta Municipal de Barcelona (arts. 8, 22, 30, 31, 37, 39.2 i 70), establece las líneas de actuación del Ayuntamiento en este ámbito, previendo, entre otras medidas, el impulso de espacios de información, debate y consenso.

Finalmente, también merece ser destacada la creación por parte de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP) del Observatorio Andaluz de la Participación Ciudadana, espacio abierto a través de internet con la que se pretende conocer, intercambiar y aplicar experiencias a propósito de la participación ciudadana y el movimiento voluntario en el ámbito local de la Comunidad Autónoma de Andalucía con el fin de profundizar en la democracia participativa, promover la integración de la ciudadanía en la planificación y la gestión desde los Gobiernos Locales.

³⁶⁸ En este sentido, el art. 35 de la Ley Foral 11/2012, relativo a la participación de la ciudadanía en la elaboración de determinados planes y programas de carácter general, establece en su apartado tercero que se excluyen del ámbito de aplicación de este precepto:

- “a) Aquellos planes o programas en que se acuerde su tramitación o aprobación por razones de urgencia.
- b) Los que tengan exclusivamente un carácter organizativo, procedimental o análogo.
- c) Los planes y programas de carácter general que tengan como único objetivo la seguridad pública, la protección civil en casos de emergencia o el salvamento de la vida humana.
- d) Los planes y programas de carácter general que se rijan por una normativa específica de elaboración y aprobación en la que ya existan actos o trámites de audiencia o información pública”.

³⁶⁹ Respecto a esta cuestión se pronuncia expresamente el Informe de la OCDE “*Spain: from administrative reform to continuous improvement*” (España. De la reforma administrativa a la Mejora Continua), OCDE, Paris, 2014.

Así, en el Resumen ejecutivo de dicho informe, la OCDE señala: “Es importante tener presente que la mejora de la transparencia en la administración pública a menudo requiere de un cambio cultural, el cual

Desde una perspectiva general, la Administración debe impulsar la generación de la cultura y los hábitos participativos (art. 6.1 Ley de las Islas Baleares 4/2011; art. 37.1 Ley de Extremadura 6/2013; y art. 46 Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015); ya sea llevando a cabo programas de sensibilización y formación dirigidos a los ciudadanos y a los propios empleados públicos (art. 31.1 Ley de la Región de Murcia 12/2014; arts. 34.3 y 36 Ley Foral 11/2012); e, incluso, creando órganos específicos que tengan por objeto impulsar la participación y, en definitiva, el acercamiento de la ciudadanía y la sociedad civil a la Administración, facilitando la comunicación entre ellos, siendo un ejemplo de ello el Consejo Asesor de Participación Ciudadana de la Región de Murcia (Disposición final segunda Ley de La Región de Murcia 12/2014) o el Consejo de Participación Ciudadana al que se refiere el art. 49 de la Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015.

En relación a cada procedimiento decisorio, la participación se fomenta dando adecuada difusión de los trámites participativos que, en su caso, vayan a llevarse a cabo y los términos en los que los ciudadanos pueden presentar sus comentarios u observaciones, haciendo referencia expresa a las Administraciones ante las cuales éstos pueden presentar sus comentarios o formular alegaciones (art. 18.1.b) Ley La Rioja 3/2014; art. 30.2.f) Ley de La Región de Murcia 12/2014; art. 35.1.b) Ley Foral 11/2012).

- 2) En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, en virtud de la transparencia se *eliminan las formalidades* innecesarias en relación a la participación, que dificultan la intervención de los ciudadanos en la actuación administrativa.

Se renuevan las formas y los medios. En cuanto a las primeras, se refuerzan los mecanismos de participación que facilitan un diálogo permanente y continuado

necesita de una orientación clara, apoyo constante e incentivos adecuados para convertirse en realidad. La experiencia comparada ilustra la imperiosa necesidad de identificar los atributos de la información divulgada. Hay que brindar orientación, capacidad y criterios informados para garantizar que la información completa, objetiva, confiable, relevante y fácil de entender sea puesta a disposición y sea utilizable por las partes interesadas para diferentes propósitos, desde pedir rendición de cuentas a los gobiernos hasta participar proactivamente en la discusión de políticas públicas”.

con los ciudadanos, y se establecen vías de comunicación directa con éstos, incentivando el debate y contraste de diferentes puntos de vista e intereses, incorporándose así en la actividad cotidiana de la Administración trámites participativos distintos de la información pública, tales como: las aportaciones ciudadanas, las consultas públicas, los procesos de deliberación participativa o las iniciativas ciudadanas (art. 33 Ley de La Región de Murcia 12/2014)³⁷⁰; y los foros de consultas, los paneles ciudadanos o los jurados ciudadanos (arts. 38 a 41 ley Foral 11/2012). Asimismo, también se prevé que los ciudadanos puedan, en cualquier momento, y al margen de cualquier procedimiento, formular propuestas de actuación o sugerencias, distintos del derecho de petición que reconoce el art. 29 CE (art. 61 Ley catalana 19/2014); e, incluso, recabar la colaboración de la Administración Pública en actividades que fomenten la participación ciudadana (arts. 46 y 47 Ley Foral 11/2012).

³⁷⁰ En cuanto a las características de estos trámites participativos, éstos se definen en el art. 33 de la Ley de La Región de Murcia 12/2014 en los siguientes términos:

“a) Aportaciones ciudadanas: constituyen el instrumento de participación más básico mediante el que se recogerá y publicará la opinión, queja, propuesta o sugerencia de los ciudadanos sobre cualquier temática genérica de su interés relacionada con las políticas públicas o con la gestión pública, a través de un canal abierto en Internet.

b) Consultas públicas: mediante este instrumento la Administración regional sondeará y recabará la opinión y sugerencias de los ciudadanos sobre iniciativas concretas del gobierno, a través de instrumentos telemáticos estructurados, en plazo y forma.

c) Iniciativas ciudadanas: mediante estas iniciativas los ciudadanos podrán solicitar de la Administración regional que inicie un procedimiento de regulación o actuación en relación a una temática concreta, siempre que reúna un mínimo de 6.000 firmas entre los ciudadanos de la Región de Murcia. Las iniciativas ciudadanas, que irán dirigidas a la consejería competente por razón de la materia, deberán versar sobre competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y no podrán, en ningún caso, referirse a materias excluidas de la iniciativa legislativa popular.

d) Procesos de deliberación participativa: mediante estos procesos, a iniciativa de la propia Administración regional, se implicará a los ciudadanos y a la sociedad civil en el diseño y evaluación de diferentes políticas públicas, así como en la elaboración de disposiciones normativas de carácter general, mediante procesos planificados que, combinando aspectos presenciales y telemáticos, podrán incluir diferentes fases de información, debate o retorno de la participación correspondiente”.

En cuanto a los medios, además de prever unos plazos para presentar alegaciones más amplios que los tradicionales quince días en los que se sustancian los trámites de audiencia e información pública³⁷¹, se incorporan en el desarrollo de los trámites participativos los medios electrónicos y telemáticos (art. 31.2 Ley de la Región de Murcia 12/2014; art. 36.2 de la Ley Foral 11/2012³⁷²), esenciales para lograr mayores niveles de participación³⁷³.

³⁷¹ En este sentido, tanto el art. 35.2.c) como el art. 18 de la Ley de La Rioja 3/2014 determinan que, en la elaboración de determinados planes y programas de carácter general, los ciudadanos tienen derecho a expresar observaciones y opiniones en un período abierto de exposición pública, que nunca será inferior a un mes.

³⁷² Sobre esta cuestión, el art. 36.2 de la Ley Foral 11/2012 dispone: “La participación y la colaboración ciudadanas se podrán hacer efectivas mediante cualquier mecanismo que sirva para favorecer la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos y, especialmente, mediante el uso de las nuevas tecnologías. A tal efecto, la Administración Pública:

- a) Promoverá la conversación telemática bidireccional con los ciudadanos y ciudadanas y participará en las redes sociales y demás instrumentos de comunicación social en Internet, tales como foros, blogs, plataformas de video, comunidades, u otros recursos Web, que resulten idóneos.
- b) Facilitará a la ciudadanía el acceso a las herramientas, conocimientos y recursos tecnológicos necesarios para la adecuada utilización de la comunicación telemática, con los necesarios niveles de seguridad y accesibilidad.
- c) Escuchará con atención, tanto por los canales telemáticos como telefónicos, las opiniones de los ciudadanos y ciudadanas, responderá a sus peticiones con celeridad y eficacia y tendrá en cuenta sus opiniones en la toma de decisiones. A estos efectos, se podrán promover sobre determinadas actividades públicas, cuando así se considere oportuno, la realización de encuestas *on line* mediante sistemas que puedan garantizar la fiabilidad de los resultados que pudieran obtener-se.
- d) Promoverá la comunicación y la interacción con la ciudadanía a través de dispositivos de telecomunicaciones móviles, impulsando su utilización en sus relaciones con la Administración, adaptando al soporte móvil la tecnología actualmente utilizada y fomentando la extensión de su cobertura”.

³⁷³ Así se ha puesto de relieve, desde hace años, en otros ordenamientos jurídicos. Así, el programa estadounidense Minnesota E-Democracy, puesto en marcha en 1994, fue pionero en permitir la participación electrónica en el ámbito político, siendo su ejemplo seguido por muchos otros países.

En Gran Bretaña, en 1995 el Parlamento y el Gobierno Británicos crearon UKCOD (*UK's Citizens Online Democracy*), plataforma web a través de la cual se ofrece información y se promueve la participación ciudadana.

En el caso de España, a nivel autonómico, podemos destacar la iniciativa catalana Democracia.web, cuyo objetivo es establecer un nuevo mecanismo de comunicación entre la ciudadanía y los representantes del Parlament de Catalunya.

3) En tercer lugar, en una Administración transparente *se otorga a la participación ciudadana un papel más relevante* en el seno de la actuación administrativa. Para ello debe tenerse en cuenta que cantidad no siempre es sinónimo de calidad, por lo que se introducen mecanismos dirigidos a que la participación sea útil, de forma que contribuya al mejor ejercicio de la actuación administrativa. Un primer paso para lograr este objetivo es que la participación tenga carácter informado, es decir, que la Administración suministre a los ciudadanos que quieren participar información veraz, suficiente e inteligible para poder fundamentar sus aportaciones (art. 6.1.d) Ley Islas Baleares 4/2011; art. 5.2.c) Ley Foral 11/2012). Con esta finalidad, se regulan también en algunas normas de transparencia autonómicas Registros o Censos de participación y colaboración ciudadanas (art. 37 de la Ley Foral 11/2012; art. 32 Ley de la Región de Murcia 12/2014), en los que se inscriben voluntariamente ciudadanos y ciudadanas y entidades ciudadanas que quieren recibir información sobre materias específicas de la competencia de la Administración Pública, al objeto de tomar parte activa en los instrumentos específicos de participación y colaboración ciudadanas que prevén estas leyes.

Ya en un momento posterior, la Administración debe valorar adecuadamente las observaciones, aportaciones y opiniones de los ciudadanos [art. 18.d) Ley La Rioja 3/2014; art. 46.2.a) Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015]; valoración de la que debe informarse a los ciudadanos, haciéndoles partícipes de las decisiones adoptadas y los motivos y consideraciones en los que se basan las mismas. Estos argumentos, como regla, deben ser objeto de publicidad [art. 30.2.g) Ley de La Región de Murcia 12/2014; art. 5.2.e) Ley Foral 11/2012], para que así el conjunto de ciudadanos pueda conocer qué tipo de aportaciones pueden llegar a tener un impacto real en la actuación administrativa, lo cual supone un avance respecto a la situación existente hasta la fecha, en la que se atribuía a la respuesta de la Administración a las aportaciones realizadas un

Sobre esta cuestión, puede verse: BERGE, R., "La participación electrónica: estado de la cuestión y aproximación a su clasificación", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, UOC, 2005. Disponible en línea en: <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/berge.pdf>. Asimismo *vid.* también: Informe elaborado por la Fundación Jaume Bofill: "La participació ciutadana a través de les noves tecnologies. Estratègies per a la utilització de Consensus", *Finestra Oberta*, núm. 42, 2004.

carácter secundario (STS de 22 de julio d 2014, Ar. 4281, Ponente: Eduardo Espín Templado)³⁷⁴.

- 4) Finalmente, y en cuarto lugar, la transparencia comporta regular adecuadamente actuaciones participativas que, de facto, se producen, y que carecen de regulación alguna, tal como sucede en relación a la *participación llevada cabo por grupos de interés o lobbies*, esto es, sujetos privados que, de forma profesional o regular, intervienen en la actuación administrativa, intentando influenciar la misma en un sentido favorable a los intereses privados que representan; cuestión a la que nos vamos a referir a continuación.

6.2. La actividad desarrollada por grupos de interés o lobbies. Especial referencia a la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Además de la participación, otro de los aspectos no regulados por la LTBG es la actividad desarrollada por los grupos de interés o *lobbies*, esto es, aquellos sujetos que, de forma profesional o regular, intervienen en la actuación administrativa, intentando influenciar la misma en un sentido favorable a los intereses privados que representan.

Estamos ante un fenómeno cuya realidad resulta incuestionable³⁷⁵, por lo que su regulación se erige, por un lado, como una característica propia de una Administración

³⁷⁴ En dicha Sentencia, respecto a la falta de respuesta al escrito de alegaciones presentado, en el caso de autos, por la Demarcación de Carreteras del Estado en la Comunidad Valenciana, el Tribunal afirma que: "se trataría de un defecto de forma determinante de la anulabilidad del acto, no de la nulidad de pleno derecho, si hubiere causado indefensión o si se hubiere prescindido de las alegaciones formuladas hasta tal punto que el trámite hubiera devenido inútil, impidiendo el acto alcanzar su fin (STS 12 de marzo de 2004). Aun cuando las actuaciones concernientes a este extremo no constan en autos, la Sala ha señalado en anteriores ocasiones que el artículo 34.9 del Real Decreto 1812/1994 no impone a la Administración dar una respuesta pormenorizada a cada una de las cuestiones planteadas en el trámite de Información Pública, pudiendo ser la respuesta común, como permite el artículo 86.3 de la Ley 30/1992, para aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales".

³⁷⁵ En este sentido, en un informe elaborado por la Asociación de Empresas Consultoras en Relaciones Públicas y comunicación (DECEC, encargado en el año 2008 a la empresa Sigma 2 para analizar el sector profesional de las relaciones públicas en España, determinó que el 84% de las empresas analizadas (de las 500 empresas españolas más grandes) ejercían relaciones institucionales desde un departamento interno.

transparente, que promueve distintas modalidades de participación ciudadana y garantiza el conocimiento de actuaciones que, de lo contrario, permanecerían en la “caja negra” de las instituciones públicas³⁷⁶. Por otro lado, la adecuada regulación de estas actuaciones incide en la realidad del principio de seguridad jurídica pues, desde las propias instituciones públicas debe darse cobertura a un fenómeno que se produce de facto en la actividad diaria de nuestras Administraciones (STS de 11 de junio de 2012, Ar. 6713, Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas)³⁷⁷.

Así, a pesar que, tradicionalmente, se han esgrimido como argumentos contrarios a la regulación de la actividad de *lobbying* los costes que derivan de su implementación o su consideración como un obstáculo a la libre participación³⁷⁸, a día de hoy, resulta

En el mismo año, la misma empresa realizó también un informe sobre las consultoras de relaciones públicas, determinando que el 73,3% de las 199 consultoras encuestadas, trabaja de forma clave en las relaciones institucionales; mientras que el resto lo hace de forma complementaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, la ausencia de regulación en materia de grupos de interés, ha fomentado que surgieran iniciativas privadas que intentan canalizar este tipo de participación. Un ejemplo de ello lo constituye la Asociación de Profesionales de las Relaciones Institucionales (APRI), que agrupa profesionales en diversos ámbitos como las tecnologías de la información, automóvil, biotecnología, energía, telecomunicaciones, medios de comunicación, etc. (<http://relacionesinstitucionales.es/>). Asimismo, también podemos destacar la existencia de la plataforma "Kuorum", creada específicamente para influenciar en los procesos legislativos, a través de las aportaciones realizadas por diversas entidades y por los propios ciudadanos (<https://kuorum.org/>).

³⁷⁶ En este sentido, el "Libro Verde sobre la Transparencia Europea" [COM (2006) 194 final, de 3 de mayo de 2006], acuña una definición del concepto de *lobbying*, definiéndolo como: "una parte legítima del sistema democrático, independientemente de que esta actividad sea llevada a cabo por ciudadanos individuales, empresas, organizaciones de la sociedad civil así como por otros grupos de intereses o, incluso, firmas que trabajan en nombre de terceras personas, como responsables de relaciones institucionales, think-thanks u abogados".

³⁷⁷ En esta Sentencia, el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos: "*La ausencia de normativa concreta en nuestro ordenamiento sobre el lobby no priva del uso de categorías contractuales similares, como la analizada, no pudiendo declararse que el contrato que tenga por objeto el desarrollo de "lobbying" sea "per se" ilícito, debiendo valorarse en cada caso la conducta proyectada contractualmente y el ejercicio concreto de las obligaciones pactadas, las que tienen un límite claro en el derecho penal, en el delito de tráfico de influencias*".

³⁷⁸ Esta fue una de las conclusiones a las que llegó, en 1995 el denominado Comité Nolan (*Committee on Standards in Public Life in the United Kingdom*), cuando afirmó que la regulación de la actividad de *lobbying* puede crear la percepción de que la única vía legítima en la que se pueden defender ante los

indiscutible la necesidad de establecer claramente las reglas y principios a respetar por los sujetos que actúan como *lobbies* así como los límites a los que está sometida la actividad que desarrollan³⁷⁹.

En particular, esta regulación contribuye a establecer una distinción clara entre las actividades de *lobbying*, en principio de carácter lícito; y otras actuaciones que incurren en la comisión de ciertos tipos delictivos como el cohecho, la prevaricación, el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas, todos ellos vinculados a la corrupción³⁸⁰. Por otro lado, también es posible gracias a esa regulación establecer unos límites en relación al fenómeno de las puertas giratorias o *revolving doors*; y evitar uno de los mayores peligros de la actuación de *lobbying*, consistente en la captura de la voluntad de la Administración, cuestión que trataremos con más detenimiento al abordar la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de reglamentos.

Tal como se ha puesto de manifiesto en otros ordenamientos jurídicos, la regulación de la actividad de *lobbying* debe perseguir dos finalidades primordiales: garantizar, por un lado, el conocimiento respecto a las actuaciones desarrolladas por grupos de interés; y, en segundo lugar, permitir el control en el desarrollo de dichas actuaciones. Todo ello se logra, principalmente, gracias a la creación de registros específicos en los que se inscriben los sujetos que desarrollan este tipo de actividades, ya sea de forma obligatoria

parlamentarios intereses externos es mediante las oficinas de lobbies, proponiendo por este motivo mantener el estatus quo.

Por su parte, JIMÉNEZ DE PARGA manifestaba su "repulsa" hacia los *pressure groups*, afirmando, entre otras cuestiones que: "son siempre factores desintegradores. Defienden los intereses concretos de un sector de población concreto y no pueden evitar -aunque otra cosa quisiera- su enfrentamiento con los demás sectores y la consiguiente desmembración social. Una democracia de grupos de presión es, seguramente, la menos orgánica, la peor articulada de las democracias. La defensa de los llamados intereses naturaleza conduce: o al caos, o a la monocracia de los grupos más poderosos". JIMÉNEZ DE PARGA, M., Prólogo al libro: DE CELIS, B., *Los grupos de presión en las democracias contemporáneas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1963, Págs. 18 y 22.

³⁷⁹ XIFRA, J., *Lobbying. Cómo influir en eficazmente en las decisiones de las Instituciones Públicas*. Gestión 2000, Barcelona, 1998.

³⁸⁰ En este sentido se pronuncia el Informe de lucha contra la corrupción de la UE de 3 de febrero de 2014 [COM (2014) 38 final], en su Anexo a España (pág. 5), en el que señalaba que: "Si bien se han realizado pocos estudios sobre los riesgos asociados a la actividad de los grupos de presión en España, los recientes casos de corrupción indican la influencia potencial, en la toma de decisiones a nivel local y regional, de determinados grupos de interés relacionados con los sectores del urbanismo y la construcción".

o con carácter voluntario; estableciéndose, en este último caso, un sistema de incentivos a la inscripción. A su vez, los registrantes quedan sujetos a un Código de Conducta, cuya infracción comporta la aplicación de serie de medidas vinculadas al incumplimiento, si la inscripción es voluntaria; o de sanciones, en el caso de que se prevea la inscripción obligatoria.

En nuestro país, ha habido diversos intentos para regular la actividad de los grupos de interés o *lobbies*³⁸¹; siendo una cuestión que adquirió especial protagonismo con motivo de la tramitación de la LTBG³⁸². Finalmente, las iniciativas para regular esta cuestión en el seno de esta Ley no prosperaron y, en la actualidad, sólo la Ley catalana 19/2014 aborda este fenómeno, regulando en su Título IV el Registro de grupos de interés, cuyas previsiones son muy similares a aquéllas que incorpora el ya citado Acuerdo del Parlamento Europeo y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2011. Los aspectos más destacados de los arts. 45 a 53 de la Ley catalana pueden sintetizarse del siguiente modo:

³⁸¹ Ya en los trámites de elaboración de la Constitución, se planteó la posibilidad de constitucionalizar las actuaciones de los grupos de interés, llegándose a proponer que, en el precepto relativo al derecho de petición, se incorporaran dos párrafos con el siguiente contenido:

"3. Las Comisiones podrán recibir delegaciones de grupos legítimos de intereses, en sesiones que siempre tendrán carácter público.

4. Una ley orgánica establecerá un sistema de control y registro para los grupos de intereses que actúen de modo permanente".

Sometida a votación la propuesta transcrita, ésta fue rechazada por 15 votos en contra y dos a favor, con 16 abstenciones (BOCG, núm. 44, de 5 de enero de 1978, págs. 698, 699 y 2912 y 2913).

Con posterioridad, han tenido lugar otras propuestas parlamentarias, entre las que pueden destacarse aquéllas presentadas por el grupo parlamentario Centro Democrático y Social en 1992 y en 1993; y la propuesta de Esquerra Republicana, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya Verds presentada en 2008.

³⁸² En este sentido, en la Enmienda transaccional a la Enmienda nº72 del Grupo Catalán (CIU) a las propuestas de resolución nº92 del Grupo Popular, nº73 del Grupo UPyD y nº85 del Grupo Mixto, de Modificación, presentada ante el Congreso de los Diputados en fecha 26 de febrero de 2013, se proponía, entre otras cuestiones, el estudio en las correspondientes Comisiones Parlamentarias de las "Medidas oportunas a adoptar para regular las organizaciones de intereses o "lobbies", con medidas que clarifiquen cuáles pueden ser sus actividades y cuáles deben ser sus límites" (http://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/18520_1361968355833.pdf).

- 1) Respecto al *ámbito de aplicación* del Registro, el art. 47 de la Ley pone el acento, no tanto en el tipo de sujetos que actúan como grupos de interés; sino más bien en las actividades que éstos realizan.

En este sentido, se exige que se inscriban en el registro, por un lado, personas y organizaciones de derecho privado que, independientemente de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones, lleven a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de leyes, normas con rango de ley o disposiciones generales, así como en la elaboración y aplicación de las políticas públicas. Por otro lado, también deben inscribirse las plataformas, redes u otras formas de actividad colaborativa que, aun no teniendo personalidad jurídica, constituyen de facto una fuente de influencia organizada y llevan a cabo actividades incluidas dentro del ámbito de aplicación del registro.

Teniendo en cuenta las anteriores previsiones, se establecen, desde el punto de vista subjetivo, dos importantes limitaciones al ámbito de aplicación del Título IV. En primer lugar, la Ley se refiere a “personas físicas o jurídicas de derecho privado” (art. 2.g Ley 19/2014), lo que excluye, por ende, del concepto de grupo de interés, a las Administraciones Públicas, entidades y organismos públicos; y también a las Corporaciones de Derecho Público³⁸³. Dicha exclusión tiene lógica si tenemos en cuenta que, a través de la normativa relativa a las actividades de *lobbying*, quiere darse cobertura a una serie de actuaciones que se llevan a cabo al margen de las relaciones de colaboración y cooperación entre Administraciones y de los cauces de participación institucional previstos por nuestro ordenamiento³⁸⁴. Menos razonable parece la segunda limitación, en

³⁸³ Esta exclusión, en aras a una mayor seguridad jurídica, debería haberse establecido expresamente en el art. 48 de la Ley catalana 19/2014; precepto que, aunque rubricado: “Personas y actividades excluidas”, en realidad sólo se refiere a las actividades que se excluyen de la aplicación del Título IV de la Ley, pero no a las personas.

³⁸⁴ En este sentido, el art. 10.b) del Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea, excluye también de la obligación de registro las actividades desarrolladas por los interlocutores sociales como actores del diálogo social (sindicatos, patronal) cuando asumen el papel que les asignan los Tratados; disposición que se aplicará, *mutatis mutandis*, a toda entidad a la que los Tratados confieran expresamente una función institucional.

virtud de la cual sólo tienen la consideración de grupos de interés aquéllos sujetos que actúan en interés de otras personas u organizaciones, lo cual supone excluir del ámbito de aplicación de esta norma los que, en el Derecho estadounidense, han sido denominados lobistas internos (*in house lobbyists*), identificados con aquellos sujetos que actúan en nombre propio, defendiendo sus intereses o aquellos de la entidad en la que se encuentran integrados. Esta limitación, que no parece tenga justificación alguna, se debe, probablemente, a una deficiente delimitación, en la legislación catalana, del ámbito de aplicación subjetivo de las previsiones referidas a grupos de interés. Así, su Título IV sólo se refiere a los grupos de interés y a los destinatarios de las actuaciones de influencia; obviándose así, en el marco de esta regulación, la figura del lobista (*lobbyist*), identificada con la persona que, de facto, lleva a cabo la actividad de influencia, y que puede tener carácter interno o externo.

- 2) En cuanto a las *actuaciones que tienen la consideración de actividades de lobbying*, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la Ley catalana no establece ningún criterio para fijar la profesionalidad o regularidad necesaria para considerar que un sujeto tiene la consideración de grupo de interés³⁸⁵. Pese a lo anterior, se excluyen de forma expresa (art. 48 de la Ley) las actividades que tienen por objeto prestar asesoramiento jurídico o profesional vinculadas directamente con defender los intereses afectados por procedimientos administrativos; las destinadas a informar a un cliente sobre una situación jurídica general; las actividades de conciliación o mediación llevadas a cabo en el marco de la Ley; o las actividades

³⁸⁵ En el ordenamiento jurídico estadounidense, para que la LDA resulte de aplicación es necesario que la actividad de *lobbying* se desarrolle a cambio de una contraprestación económica, debiendo constituir estas actividades, al menos, el 20% de los servicios que se prestan al cliente durante un período de seis meses. Pese a lo anterior, hay que tener en cuenta que la LDA prevé una exención del registro de carácter general, para aquellas actuaciones desarrolladas por una firma de *lobbying* en relación a un cliente, cuya cuantía no exceda, ni se espere que exceda de los 5.000 dólares; o en el caso de que los gastos derivados de la actividad de *lobbying* no excedan de 20.000 dólares durante un periodo de seis meses.

de asesoramiento llevadas a cabo con finalidades informativas para el ejercicio de derechos o iniciativas establecidas por el ordenamiento jurídico³⁸⁶.

Asimismo, respecto a los medios a través de los cuales pueden desarrollarse las actuaciones de influencia, se prevé que puedan realizarse por cualquier medio o canal, incluyendo los contactos con ciertas autoridades y cargos públicos, y también las contribuciones y la participación voluntaria en consultas oficiales sobre propuestas legislativas, normativas, actos jurídicos u otras consultas, sin que se realice ninguna referencia expresa a las contribuciones económicas. Ante este silencio, entendemos que la legitimidad de dichas contribuciones, como medio para llevar a cabo actuaciones de *lobbying*, dependerá de sus destinatarios, en aplicación de la correspondiente normativa³⁸⁷.

- 3) En relación a los *destinatarios*, en términos generales, de las actividades de *lobbying*, la Ley se centra en regular las actuaciones dirigidas a los miembros del poder ejecutivo pues, aunque se prevén expresamente los contactos con diputados, en consonancia con el ámbito de aplicación de la Ley (art. 3), se prevé que el Parlament de Catalunya se rija por sus propias reglas,

³⁸⁶ Esta previsión es prácticamente idéntica a la recogida en el art. 10 (Actividades excluidas) del Acuerdo entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea.

³⁸⁷ En este sentido, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, aunque dentro de los fondos privados, admite las donaciones, establece ciertos límites, como que no sean superiores a 100.000 euros o que no puedan realizarse por parte de empresas que tengan contrato en vigor con la Administración o hayan recibido fondos públicos. Asimismo, también prohíbe donaciones de carácter finalista (art. 5 LO 8/2007), lo que en principio excluiría las contribuciones económicas como medio para realizar actividades de *lobbying* que, de por sí, tienen siempre una naturaleza finalista.

La normativa reguladora del patrimonio de las Administraciones Públicas sí permitiría, por el contrario, contribuciones económicas, pues se admiten donaciones de carácter finalista, siempre que las condiciones que se impusieran, si tuvieran carácter oneroso, no conllevaran la imposición de un gravamen superior al valor de lo adquirido (art. 21 Ley 33/2003 de patrimonio de las Administraciones Públicas; art. 12 Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de la Generalitat de Catalunya; y art. 206 Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Catalunya).

estableciéndose a tales efectos que éste cree un registro de grupos de interés propio (Disposición Adicional Quinta)³⁸⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, el art. 45 Ley 19/2014 prevé que la Administración de la Generalitat, los entes locales y los organismos públicos como sociedades o fundaciones en mano pública, entidades como el Consell de Garanties Estatutàries, el Síndic de Greuges, la Sindicatura de Comptes o el Consell Audiovisual de Catalunya, así como Universidades Públicas y entes dependientes de éstas, deben crear un registro de grupos de interés; registro de carácter público y cuyos datos deben estar disponibles a través de los medios de publicidad activa que prevé la propia Ley. Cada uno de estos entes es responsable de incorporar en el Registro los datos a los que obliga la Ley, sin perjuicio de que la Generalitat pueda realizar una gestión centralizada del mismo (art. 46), cuestión que, bajo nuestro punto de vista, resulta indispensable para la utilidad de estos instrumentos.

- 4) Respecto al *funcionamiento del registro*, la inscripción es, según se desprende de la Ley, de carácter obligatorio, debiendo ser objeto de inscripción: a) Las personas u organizaciones que actúan con la finalidad de influir en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, indicando su sede y también las actividades que llevan a cabo, su ámbito de interés y sus fuentes de financiación; b) Las actuaciones desarrolladas, especialmente reuniones y audiencias tenidas con autoridades, cargos públicos, miembros electos o diputados, así como las comunicaciones, los informes y otras contribuciones en relación a las materias tratadas; c) El código de conducta común, que según se desprende de la Ley, se configura como un documento que los declarantes deberán firmar y registrar³⁸⁹.

³⁸⁸ La Disposición Adicional Quinta de la propia Ley catalana 19/2014 (Régimen específico del Parlamento de Cataluña), prevé, en términos generales, que, de acuerdo con el principio de autonomía parlamentaria reconocido en el art. 58.1 EAC, es el propio Parlamento el que debe realizar las modificaciones del Reglamento del Parlamento y de sus normas de régimen y gobierno interiores que sean necesarios para cumplir con los requerimientos establecidos en la Ley, incluyendo la creación de su registro de grupos de interés.

³⁸⁹ Así, el art. 51 de la Ley catalana 19/2014 prevé que, en el Código de conducta, se contendrán el nombre y los datos del declarante; la entidad u organización a la que representa o para la que trabaja, los

La actualización de esta información corre a cargo del declarante (art. 51.d), sin que se prevea en la Ley, tal como hacen muchos ordenamientos jurídicos, un sistema de actualización periódico, complementado con unos informes de seguimiento³⁹⁰, lo cual resultaría esencial para asegurar la efectividad de las medidas previstas.

- 5) Finalmente, en cuanto a las *obligaciones y el código de conducta aplicable a los declarantes*, éstos deben aceptar que la información proporcionada se haga pública; garantizar que la información proporcionada es completa, correcta y fidedigna; cumplir el código de conducta; así como aceptar la aplicación del régimen de control y fiscalización y las medidas correspondientes en caso del incumplimiento del código de conducta que establece la Ley. Asimismo, se prevé que los declarantes informen a las instituciones de las actividades que llevan a cabo, de los clientes, personas u organizaciones para los que trabajan,

intereses, objetivos y finalidades que persiguen sus clientes; el compromiso de no obtener ni tratar de obtener la información o influir en la toma de decisiones de forma deshonestas; el compromiso de proporcionar información actualizada y no engañosa en el momento de la inscripción en el registro y de mantenerla actualizada posteriormente; el compromiso de no incitar a autoridades, cargos públicos, diputados o funcionarios a infringir la Ley o las reglas de comportamiento establecidas por el código de conducta; y el compromiso de aceptar y cumplir las medidas adoptadas en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas por esta ley o por el código de conducta; previsiones que deben ser desarrolladas reglamentariamente.

³⁹⁰ Así, en Estados Unidos, la LDA establece la obligatoriedad de que los declarantes realicen unos informes de seguimiento, presentados con carácter semianual ante el Secretario del Senado y ante el Secretario de la Cámara de Representantes, en los cuales se hacen constar los aspectos más relevantes de las actividades de *lobbying* desarrolladas durante el período de tiempo abarcado por el informe.

Entre otras cuestiones, en estos informes se hace constar: a) Si ha habido algún cambio o modificación respecto a los datos contenidos en la inscripción inicial; b) Las cuestiones concretas en las que el lobista ha realizado actuaciones de *lobbying*, incluyendo siempre que sea posible, los concretos proyectos de ley y las particulares acciones del ejecutivo en las que se haya participado; c) Una declaración acerca de los miembros de las Cámaras de Representantes y Agencias Federales con los que se ha contactado; d) Una estimación total, cuando se trate de una firma de *lobbying*, de los ingresos obtenidos por parte del cliente (incluyendo cualquier pago al registrante o a cualquier otra persona en concepto de actividades de *lobbying* realizadas para el cliente), así como otros ingresos que no estén relacionados con la actividad de *lobbying*; e) Una estimación total, cuando el lobista actúe en su propio interés, de los gastos en los que el registrante y sus empleados hayan incurrido como consecuencia del desarrollo de actividades de *lobbying*.

así como de las cuantías económicas que reciben y, en su caso, de los gastos relacionados con su actividad como grupo de interés.

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Ley o en el Código de conducta, se prevé que pueda producirse una suspensión temporal de la inscripción en el Registro de grupos de interés o, si el incumplimiento es grave, a la cancelación de la inscripción; medidas que comportan la denegación del acceso a las oficinas y servicios de las instituciones y organismos públicos afectados y, en su caso, de las organizaciones a las que pertenezcan, así como la publicación de la sanción en el registro. La puesta en marcha de estas medidas puede venir motivada, según la Ley, por una denuncia fundamentada en hechos materiales, que puede presentar cualquier persona si sospecha que los sujetos que tienen la consideración de grupos de interés incumplen las obligaciones establecidas por la Ley o por el código de conducta, no previéndose que el responsable del registro pueda actuar de oficio. En cualquier caso, los responsables del registro son los que han de garantizar la audiencia del afectado.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas, estamos ante una regulación pionera, en la que abundan las buenas intenciones; pero escasean las medidas que podrían lograr el conocimiento y control perseguido por cualquier regulación referida a las actividades de *lobbying*, por lo que se trata de previsiones que resultan deficitarias, especialmente si la comparamos con las regulaciones existentes en otros países y, en particular, en los Estados Unidos.

En este sentido, además de algunas lagunas importantes, por ejemplo, en la determinación del ámbito subjetivo de esta normativa o en los criterios que determinan la profesionalidad de la actividad; la Ley catalana tampoco desarrolla de forma adecuada las infracciones al Código de conducta y las sanciones aplicables, remitiendo esta cuestión a un futuro reglamento, lo cual supone, teniendo en cuenta que el registro es obligatorio, infringir el principio de legalidad sancionadora. Tampoco se prevén medidas efectivas de control previstas en otros ordenamientos, como por ejemplo informes de seguimiento de carácter periódico sobre la actividad realizada, lo cual es un obstáculo para la correcta aplicación de la Ley y de las medidas que este incorpora.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la complejidad de esta cuestión y la necesidad de regularla adecuadamente. Siendo éste uno de los trenes que dejó pasar la LTBG, conviene reflexionar sobre esta cuestión, y dotar, de una vez por todas a una regulación general de este fenómeno en nuestro ordenamiento; cuestión que, como veremos, tiene una importancia singular en los procedimientos de elaboración de reglamentos.

CAPÍTULO 3: LAS IMPLICACIONES DE LA TRANSPARENCIA EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS

I. LA NECESARIA TRANSPARENCIA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La transparencia administrativa tiene, tal como hemos tenido oportunidad de ver, un espectro global. Desde un punto de vista subjetivo, la transparencia es predicable del conjunto de Administraciones Públicas, alcanzando incluso, en determinados casos, a otros entes pertenecientes o vinculados al sector público distintos de las anteriores, de acuerdo con el ámbito de aplicación subjetivo de la LTBG (arts. 2, 3 y 4) y de las distintas leyes de transparencia autonómicas. Desde un punto de vista objetivo, la transparencia se extiende, asimismo, al conjunto de actuaciones y funciones desarrolladas por todos los sujetos anteriores (art. 1 LTBG), entre las que se incluyen, obviamente, la elaboración y aprobación de normas reglamentarias.

Así, en pleno apogeo de la transparencia y su regulación, resulta inconcebible que quede al margen de esta institución la potestad de la Administración de innovar el ordenamiento jurídico mediante la elaboración y aprobación de reglamentos; ámbito de la actuación administrativa en que la transparencia adquiere unas particularidades propias, siendo necesario adaptar las implicaciones que derivan de esta institución a las características de la potestad normativa de la Administración y de los procedimientos a través de los cuáles esta sea hace efectiva.

Y es que, como bien señala BARNÉS VÁZQUEZ, siendo la transparencia una institución de anchas espaldas, cada tipo de procedimiento administrativo es susceptible de sintetizarla, como traje a la medida, en una multiforme variedad de fórmulas³⁹¹;

³⁹¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno... Op. cit. Pág. 65. El autor se refiere a las múltiples manifestaciones de la transparencia, poniendo ejemplo, entre otros, los procedimientos escalonados o por fases; los procedimientos con negociaciones o reuniones previas,

aunque también es cierto que existe un "núcleo duro" de la transparencia del cual no se puede prescindir, y que debe estar presente en todas las actuaciones que lleven a cabo los poderes públicos. En este sentido, en virtud de la transparencia, el ejercicio de las potestades normativas atribuidas a la Administración tiene que sustentarse, indefectiblemente, sobre los pilares del conocimiento, la participación y la rendición de cuentas. Ello conlleva que, en el procedimiento de elaboración y aprobación de una disposición general, deban hacerse públicas ciertas informaciones; garantizarse el acceso a documentos generados en el seno del mismo; y motivarse adecuadamente el sentido de la actuación administrativa, lo cual tiene especial relevancia en relación a las previsiones de la norma finalmente aprobada. Del mismo modo, debe garantizarse también en el seno de este procedimiento especial, un grado suficiente de participación ciudadana, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo; así como que puedan ponerse en marcha los mecanismos de rendición de cuentas oportunos sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria. Estas manifestaciones de la transparencia cuentan, como es lógico, con una serie de límites o excepciones, dirigidas a proteger ciertos bienes jurídicos, como el derecho a la intimidad, la protección del medioambiente o el secreto industrial y comercial; y a garantizar el cumplimiento de los principios de actuación y funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas, entre los que destacan los principios de legalidad, eficacia y eficiencia.

Al respecto, y sin perder de vista la importancia de que la actuación de la Administración se lleve a cabo, en su conjunto, de forma transparente, esta institución cobra, en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria, una especial relevancia, todo ello por los siguientes motivos:

- 1) En primer lugar, el resultado natural del procedimiento de elaboración de reglamentos es la adopción de una disposición general; una norma que innova el ordenamiento jurídico y que tiene vocación de generalidad, siendo por ello

los procedimientos que tienen por objetivo producir normas de *soft law* o aquellos vinculados a nuevas formas de gobernanza.

En relación a la producción de reglamentos, señala como algunas de las particulares manifestaciones de la transparencia: el deber de anunciar anticipadamente la norma proyectada para facilitar la participación en una fase muy inicial; dotar de carácter público a los documentos que producen otros órganos o Administraciones, como son los informes, evaluaciones de impacto, etc.; o la ponderación de todos los intereses, alegaciones y posiciones que se hayan hecho valer (Pág. 67).

susceptible de aplicación reiterada, erigiéndose así como una fuente de nuevos derechos y obligaciones para sus destinatarios (STS de 15 de septiembre de 1995, Ar. 6701, Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; STSJ del País Vasco 11/2011, de 13 de enero, Ar. 689, Ponente: Ángel Ruiz Ruiz).

Lo anterior justifica que, en el procedimiento relativo a la elaboración y aprobación de normas, deban asumirse mayores niveles de transparencia que aquéllos predicables de los procedimientos administrativos que culminan con un acto administrativo dictado en aplicación del ordenamiento jurídico vigente; con unos destinatarios que, aunque puedan ser plurales, se encuentran previamente determinados: y cuya eficacia se agota con su aplicación.

En este sentido, a diferencia de lo que sucede con el resto de actos administrativos, el conocimiento general de las normas reglamentarias, resultado del ejercicio de las potestades normativas de la Administración, es una exigencia propia del Estado de Derecho (art. 1 CE), en el seno del cual es también necesario que los ciudadanos puedan llegar a conocer otros aspectos que influyen en su aplicación y cumplimiento, como son los motivos que han justificado la adopción de la norma y el sentido de la regulación finalmente adoptada; así como los términos en los que ésta se aplica. Asimismo, también en este ámbito la participación ciudadana se tiene que configurar en unos términos mucho más amplios que en relación a otros procedimientos administrativos, para que así “se oiga”, no sólo a los interesados; sino al conjunto de los ciudadanos, como potenciales destinatarios de la norma, tal como se desprende del art. 105.a) CE³⁹². Finalmente, la implementación de los mecanismos de control o rendición de cuentas propios de la transparencia tienen, en relación al ejercicio de las potestades normativas de la Administración, un papel destacado pues los mismos, además de prevenir los efectos perjudiciales que puedan derivarse de

³⁹² En este sentido, PAREJO ALFONSO señala el trato diferencial que la Constitución otorga a la audiencia en el seno del procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, dirigida a los “ciudadanos” (art. 105.a.) CE); respecto a la audiencia en el procedimiento a través del cual se producen actos administrativos, que se circunscribe a los “interesados” (art. 105.c) CE). PAREJO ALFONSO, L., “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, en ÁLVAREZ CONDE, E. (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998.

una mala actuación administrativa³⁹³, también aseguran el cumplimiento de una serie principios constitucionales especialmente vinculados al ejercicio de esta potestad, y entre los que destacan los principios de legalidad, seguridad jurídica o jerarquía normativa (art. 9 CE).

- 2) En segundo lugar, la potestad reglamentaria es, según la jurisprudencia, la manifestación más importante de las potestades discrecionales (STS de 27 de noviembre de 2006, Ar. 2007/492, Ponente: Ricardo Enríquez-Sancho), respecto a las cuales la doctrina ha destacado la importancia que adquiere la transparencia.

Entre otras cuestiones, la participación y la rendición de cuentas que son posibles gracias a la transparencia contribuyen a legitimar en relación a estas potestades el sentido de la actuación administrativa³⁹⁴ y a garantizar su adecuación a la legalidad y la interdicción de la arbitrariedad³⁹⁵.

- 3) En tercer lugar, el procedimiento de elaboración y aprobación de reglamentos está compuesto por una gran cantidad de trámites que, además, pueden variar en función de la materia concreta sobre la que verse el reglamento, configurándose así como un procedimiento complejo desde el punto de vista del ciudadano.

En relación a este tipo de procedimientos administrativos complejos, la transparencia deviene un requisito esencial pues, en el seno de los mismos, esta

³⁹³ En particular, y sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración que puede surgir de un mal ejercicio de la potestad reglamentaria, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., "Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento", *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 22, 2003, págs. 577-596.

³⁹⁴ GARCÍA MACHO, R. "El derecho a la información, la publicidad y transparencia... Op. cit. Pág. 29.

³⁹⁵ T.R. FERNÁNDEZ, "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional", *RAP* núm. 187, 2012; T.R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2008; FONT I LLOVET, T., MIR PUIGPELAT, O., "Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial", *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial : liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (Coord. García de Enterría, E., García Martínez-Carande, R.A.), Vol. 1, Civitas, Madrid, 2012. Págs. 1147-1156; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *RAP* núm. 30, 1959; DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1993; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria", *Poder Judicial* núm. 34, 1994.

institución evita, en palabras de GARCÍA MACHO, "una característica de estos, que frecuentemente son incomprensibles y opacos para el ciudadano, lo cual lo aleja de la Administración y dificulta su participación"³⁹⁶.

- 4) En cuarto y último lugar, hay que destacar que la potestad reglamentaria es, como ya hemos señalado, una de las potestades administrativas más susceptible de ser influenciada por parte de grupos de interés o *lobbies* y, por ende, más vulnerable a los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la actividad desarrollada por estos sujetos.

Partiendo de que los grupos de interés o *lobbies* desarrollan actuaciones cuyo objetivo es, a través de diversos medios, influenciar las políticas públicas desarrolladas tanto por el poder legislativo como ejecutivo, es evidente que la intervención de estos sujetos se llevará a cabo, en primera instancia, en aquellos procedimientos en los que los poderes públicos posibilitan la participación ciudadana, tal como ocurre en relación a la elaboración de reglamentos³⁹⁷.

Así, si bien la intervención de *lobbies* en la elaboración de disposiciones generales con el objetivo de influir en su contenido, es legítima y no impide la participación del resto de ciudadanos, la falta de regulación de estos sujetos determina la imposibilidad de hacer el seguimiento de la denominada huella normativa, a través de la cual los ciudadanos pueden conocer, entre otras cuestiones, los sujetos que han intervenido en la elaboración de la norma y el impacto de sus aportaciones. Además, las aportaciones realizadas por grupos de interés en relación a un proyecto de reglamento pueden dificultar que la participación ciudadana sea realmente significativa, especialmente cuando *lobbies* y ciudadanos llevan a cabo sus aportaciones por los mismos cauces. Los grupos de interés o *lobbies* cuentan con una serie de medios materiales y

³⁹⁶ GARCÍA MACHO, R. "El derecho a la información, la publicidad y transparencia... Op. cit. Pág. 29. El autor cita en este punto a: SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 116 y ss.

³⁹⁷ En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR afirma que: "en la actualidad, ningún responsable político dotado de una mínima sensatez osa poner en marcha el procedimiento de elaboración de una norma relevante sin tomar un contacto directo con algunos de los actores económicos y sociales dotados de mayor influencia de los que van a ser afectados por la norma (...)". SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas... Op. Cit. Pág. 84.

personales que hacen que, con carácter general, sus comentarios estén altamente perfeccionados desde un punto de vista técnico y jurídico, lo que puede llevar a eclipsar los comentarios realizados por ciudadanos que no cuentan con dichos medios y a "capturar" la voluntad de la Administración.

En este contexto, la solución no pasa por intentar evitar que los grupos de interés intervengan en el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si es necesario que, a través de su regulación, se garantice el conocimiento respecto a la actuación de estos sujetos y se proteja el derecho a participar de los ciudadanos³⁹⁸.

A pesar de las consideraciones anteriores, los procedimientos relativos a la elaboración y aprobación de normas reglamentarias, históricamente y en términos generales, se han desarrollado de forma poco transparente, al amparo del que hemos denominado el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria.

En efecto, en virtud de las previsiones contenidas en la LG y en las distintas leyes autonómicas que regulan la elaboración de reglamentos, la mayor parte de las actuaciones de la Administración dirigidas a elaborar y aprobar una disposición general han tenido lugar a puerta cerrada, lo que impide hacer el seguimiento de la denominada "huella normativa" o "trazabilidad" de la norma.

De conformidad con esta legislación, no sólo no es posible hacer un seguimiento "en vivo" del desarrollo del procedimiento de elaboración de un reglamento; sino que muchos de los documentos que integran el expediente, como las memorias o los informes que la acompañan, ni siquiera son accesibles una vez aprobado el mismo, excepto en aquellos casos en que se interponga el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

Adicionalmente, tampoco hay instrumentos o medios que permitan conocer los términos generales en los que la Administración ejerce sus potestades normativas, de manera que quedan dentro de los muros de la Administración datos tan relevantes como el total de procedimientos de elaboración de reglamentos que pone en marcha la Administración y

³⁹⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.L., *La influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo socioeconómico*, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 2012. Pág. 88.

que no acaban exitosamente (esto es, con la aprobación de una norma); la duración media de los procedimientos de elaboración de reglamentos; el volumen de comentarios y aportaciones recibidas durante los trámites participativos y su impacto en la norma finalmente aprobada; el número de reglamentos que son objeto de revisión, modificación o derogación; o los reglamentos aprobados que son impugnados en vía administrativa o judicial, entre muchos otros.

Sólo algunos de los datos referidos pueden conocerse de forma indirecta a través de los dictámenes y las memorias elaborados por el Consejo de Estado y los distintos órganos consultivos autonómicos. Mientras que los dictámenes, publicados normalmente una vez aprobada la norma reglamentaria, describen y valoran los trámites seguidos durante su elaboración; las memorias realizan con carácter anual importantes consideraciones sobre la elaboración de disposiciones generales administrativas y la técnica normativa; aportando así un poco de luz en relación al ejercicio de esta potestad administrativa.

Asimismo, tampoco el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria ha atribuido demasiada importancia a la participación ciudadana, la cual recibe prácticamente el mismo trato que la participación aplicable a actos administrativos; cuestión que supone ignorar el mandato constitucional contenido en el art. 105.a) CE.

En cuanto a la rendición de cuentas, el gran número de normas que existen, su consideración como obstáculo al libre acceso y/o ejercicio de las actividades económicas y la jurisprudencia que, sin contemplaciones, anula reglamentos en cuya elaboración se han omitido o realizado incorrectamente trámites esenciales, constituyen claros ejemplos de que, en la cadena de la producción normativa, hay algún eslabón que falla, y que es necesario reforzar.

La situación descrita, insostenible en una Administración que aspira a ser transparente, ha sido advertida por las diversas leyes que, en los últimos años, han incidido en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración, y que incorporan, en este ámbito importantes novedades. De acuerdo con las mismas, en el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico, la transparencia se impone ya como una necesidad.

II. NUEVO MARCO NORMATIVO DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. LA INCORPORACIÓN DE LA TRANSPARENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS ESTATALES Y AUTONÓMICOS

El ejercicio de la potestad reglamentaria se rige, como hemos visto en el capítulo anterior de este trabajo, por un marco normativo "tradicional", del cual deriva el diseño legal del procedimiento especial de elaboración de reglamentos. El mismo está conformado, esencialmente, por los arts. 23 y 24 LG y por el RD 1083/2009; así como por los preceptos que dedican a esta cuestión las diversas normas de gobierno y de procedimiento autonómicas. Estas leyes se complementan, a su vez, con lo dispuesto en aquellas normas que, atendiendo a la materia sobre la que versa la regulación que quiere aprobar la Administración, prevén trámites adicionales o imponen la intervención de ciertos órganos vinculados a la materia de que se trate y que se consideran, a estos efectos, *lex specialis*.

De este marco normativo tradicional, excesivamente simplista a la hora de regular las potestades normativas de la Administración y claramente obsoleto, se derivan gran parte de los problemas vinculados al ejercicio de la potestad reglamentaria; algunos de los cuales hemos tratado en el primer capítulo de este trabajo, y han despertado la preocupación de nuestra doctrina, de los tribunales y también del legislador. En particular, y respecto a la preocupación del legislador, a pesar de mantenerse intactas las normas citadas, se han aprobado en los últimos años un conjunto de leyes que contienen diversas referencias relativas a la potestad reglamentaria de la Administración e intentan mejorar los términos en los que ésta se hace efectiva.

Se trata de leyes que, aunque persiguen diversas finalidades, introducen importantes novedades relacionadas con el ejercicio de las potestades normativas de la Administración, y a través de las cuales se intentan enmendar algunas de las carencias que presentan, especialmente, los arts. 23 y 24 LG y también las normas de gobierno y de procedimiento que regulan la elaboración de reglamentos a nivel autonómico. Estamos así ante un nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, en el cual se engloban, principalmente, las siguientes normas:

- 1) La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) y las distintas Leyes de transparencia autonómicas; normas que regulan la transparencia administrativa con carácter general y sus implicaciones, esto es, el conocimiento la participación y el control, y también los límites y excepciones aplicables a esta institución.

Todas estas leyes inciden –en mayor o menor medida– en el ejercicio de la potestad reglamentaria, conteniendo diversas referencias a la elaboración de reglamentos pues, tal como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LTBG: “es un ejercicio de buen gobierno y una manifestación más de la transparencia el clarificar la normativa que está vigente y es de aplicación”, por lo que esta Ley se refiere, entre otras cuestiones, a la necesaria revisión y simplificación normativa que debe llevar a cabo la Administración General del Estado en relación a su ordenamiento jurídico (Disposición Adicional Segunda); o a la publicidad activa de las memorias e informes que acompañan al proyecto normativo, entre otras cuestiones [art. 7.d) LTBG].

Asimismo, la Ley catalana 19/2014 dedica sus artículos 62 a 64 a la mejora de la calidad normativa, cuestión a la que también se refiere el art. 4.j) de la Ley de Extremadura 4/2013³⁹⁹; el art. 3.f)⁴⁰⁰ de la Ley de las Islas Baleares 4/2011; y el art. 4.j) de la Ley Foral 11/2012, que también prevé en su art. 57 diversos instrumentos para la mejora del marco normativo⁴⁰¹.

- 2) La Ley 17/2009 de Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; norma que, junto con la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus), traspuso a nuestro ordenamiento, a

³⁹⁹ Este precepto se refiere al “Principio de calidad normativa” disponiendo que: “en el ejercicio de su función normativa, la Administración pública actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia”.

⁴⁰⁰ Este artículo define el “Principio de calidad normativa” como “la mejora del marco regulador, o calidad normativa, es esencial para cumplir con los compromisos europeos y hacer más fácil el desarrollo de las actuaciones empresariales y ciudadanas”.

⁴⁰¹ La Ley Foral 11/2012 se refiere expresamente a la transparencia en la elaboración de disposiciones generales en su Disposición Adicional décima, estableciendo que, tras la entrada en vigor de la Ley, se promoverá que “todas las disposiciones de carácter general que se aprueben o se modifiquen incorporen los principios sobre transparencia y participación y colaboración ciudadanas impuesta por la misma”.

nivel estatal, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006⁴⁰².

Asumiendo la premisa de que el sector servicios, por sus características, está sometido a una regulación compleja, la cual puede resultar obsoleta o

⁴⁰² Sobre la Directiva Servicios y su transposición hay abundante literatura jurídica. Entre otras, podemos hacer referencia a las siguientes obras: AA.VV. (Dir. E. MOREU CARBONELL), “El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo”, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2010; AA.VV. (Dir. B. NOGUERA y S. SARTORIO), Retos de la Directiva de Servicios, *Revista Catalana de Dret Públic* nº42, in totum, 2010; AAVV (Dir. AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, 2012; AAVV (Dir. NOGUEIRA, A.), *La termita Bolkestein*, Dykinson, 2012; DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T. “¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?”, *Revista Española de Derecho Europeo* nº22, Madrid, 2007; DE LA CUADRA SALCEDO, T. *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009; FUERTES LÓPEZ, M., “Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios”, *RCDP* nº42, pp. 57-83, 2011; GARCÍA LÓPEZ, P.A., “Transposición de la Directiva de Servicios en el caso de España”, *Partida Doble* núm. 195, 2008; GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009; LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales”, *Revista Española de la Administración Pública*, Civitas, núm. 39, 1983; MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T.R. (2008). “La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor”, *Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008; PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema”. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2009; RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009; RIVERO ORTEGA, R., “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España”, *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009; VILLAREJO GALLENDE, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en Informe de Comunidades Autónomas 2008, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

Asimismo, también en el Derecho comparado podemos encontrar obras sobre la materia. Al respecto, pueden verse: D’Agunto, S., “Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points”, *Revue du droit de l’Union Européenne* nº2; PELOW, K, “La libre prestation de services dans la Directive nº 2006/123/CE”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº44, 2008; BARNARD, C., “Unraveling the Services Directive”, *Common market Law Review*, 45, 2008; DAVIS G., “The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration”, *European Law Review* nº2, 2007.

inadecuada y dar lugar a distorsiones en el funcionamiento de los mercados de servicios, como son la falta de competencia, las ineficiencias en la asignación de los recursos o la estrechez de los mercados, con los efectos negativos que, para el conjunto de la economía, se derivan de lo anterior; esta Ley se fijó como objetivo impulsar la mejora de la regulación en este sector.

Para lograrlo, se establecen una serie de principios y criterios a tener en cuenta a la hora de aprobar, modificar o derogar normas que regulen el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (arts. 5 y 11 Ley Paraguas); y se crea también, como órgano específico, el Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios (Disposición Adicional tercera Ley Paraguas).

- 3) Las ya citadas Ley 2/2011 de Economía Sostenible (LES); y Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LO 2/2012). Son normas engendradas en el contexto de la crisis económica en la que se vio sumida España desde el año 2008, y que se aprobaron con la finalidad de garantizar la estabilidad económica y presupuestaria en nuestro país, refiriéndose a la transparencia como una de las principales herramientas para lograrlo⁴⁰³.

Ambas leyes han tenido presente, asimismo, la importancia que, en la consecución de los objetivos descritos, tiene el ejercicio de la potestad reglamentaria, por lo que contienen previsiones que afectan al ejercicio de la misma, cuya finalidad última es mejorar la calidad normativa⁴⁰⁴ y así evitar los

⁴⁰³ Sobre la LES y la LO 2/2012, pueden verse, entre otros: AAVV, (Coord. BANEGAS NÚÑEZ, J.; GARCÍA DÍAZ, F.J), *Economía sostenible: comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2010; AAVV (Dir. BELLO PAREDES, S.A.), *Comentarios a la ley de economía sostenible*, La Ley, Madrid, 2011; CORCHERO PÉREZ, M., SÁNCHEZ PÉREZ, L., "La estabilidad presupuestaria: antecedentes y legislación vigente", *Actualidad administrativa*, núm. 21-22, 2012; DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M, LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., "La reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera", *Documentos de Trabajo* (IAES, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social), núm.9, 2012; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, J., "La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y el procedimiento administrativo", *Diario La Ley*, núm. 7615, 2011.

⁴⁰⁴ Han abordado esta cuestión: RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., "Tratamiento de los defectos en el procedimiento de elaboración... Op. cit. Págs. 183 a 186; REVUELTA PÉREZ, I., "Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria", *RAP* núm. 193, Enero/Abril 2014, págs. 99 a 101.

efectos perjudiciales que, desde un punto de vista económico, derivan de una mala regulación⁴⁰⁵.

- 4) La Ley 20/2013 de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) tiene como objetivo último garantizar la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos y la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, para lo cual quiere lograrse la unidad de mercado, como un principio económico esencial para lograr el funcionamiento competitivo de la economía española, en consonancia con el art. 139 CE⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ Hay que tener en cuenta que estas cuestiones ya habían sido puestas de relieve con anterioridad por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que había realizado diversos trabajos dirigidos a asegurar una regulación eficiente. Así lo hizo en su Informe, publicado en 2008, titulado "Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia"; y, posteriormente, en 2009, a través de la "Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos", con la que se buscaba ofrecer a los poderes públicos una metodología fácilmente aplicable que les pudiera orientar y servir de apoyo en el diseño de nueva normativa, evitando la introducción de restricciones injustificadas a la competencia. AAVV (Dir. BELLO PAREDES, S.A.), *Comentarios a la ley de economía sostenible...* Op. Cit. Pág. 11.

En este sentido, el Informe de la OCDE Mejora de la Regulación del año 2010, en su Anexo dedicado a España, en relación a los factores internos, señalaba que: "En el ámbito político, se ha de reforzar en mayor medida la idea de que la mejora de la regulación puede proporcionar un apoyo real a la recuperación económica. En relación con lo anterior, han empezado a surgir algunas declaraciones oficiales de alto nivel que citan a la Mejora de la regulación como un aspecto relevante para la aplicación de la reforma económica". *Mejora de la regulación en Europa...* Op. Cit. Pág. 14.

⁴⁰⁶ Analizado, con carácter general, las previsiones de la LGUM, *vid.* AAVV, ALONSO MAS, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley - Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014 (*in totum*); AAVV, (Dir. CARLÓN RUIZ, M.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; ESPUEY SERVERA, I.A.; Ollers Vives, P, "Incidencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en la potestad reglamentaria", *Revista española de la función consultiva*, núm. 21, 2014, págs. 205-234; LOZANO CUTANDA, B., "Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 9 (Ejemplar dedicado a: La Ley 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), 2014, págs. 157-166; PADRÓS I REIG, C., MACÍAS CASTAÑO, J.M., "Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado", *RAP* núm. 194, 2014, págs. 113-151; REBOLLO PUIG, M., "La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado", *REDA* núm. 163, 2014, págs. 23-33; ROSINO CALLE, R.C., "Los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, 2014, págs.

Tomando como punto de partida que en el mercado español existe un alto grado de fragmentación, y que ello se traduce en un elevado coste que dificulta la actividad de las empresas, la LGUM considera que el obstáculo más importante a la actividad empresarial es el crecimiento de la regulación, estimándose que existen más de 2.700 normas estatales y autonómicas que pueden suponer barreras a la unidad de mercado⁴⁰⁷.

En este contexto, el Capítulo III LGUM (Garantía de la cooperación entre Administraciones Públicas) prevé una batería de medidas dirigidas a garantizar la cooperación de las Administraciones Públicas a la hora de elaborar proyectos normativos, y a mantener una evaluación constante de las normas de las diferentes administraciones⁴⁰⁸.

Ordenadas así las cosas, en el momento actual, y a diferencia de lo que sucedía hace unos años, la LG y las leyes autonómicas de gobierno y de procedimiento ya no agotan toda la regulación relativa al ejercicio de la potestad reglamentaria. Se ha producido en este ámbito una importante fragmentación normativa, pues en las leyes a las que acabamos de referirnos se consagran nuevos principios aplicables al ejercicio de las potestades normativas de la Administración, se introducen trámites en el procedimiento de elaboración de reglamentos no previstos hasta la fecha y se prevé de forma expresa de grupos de interés en el seno de este procedimiento especial.

Desde el punto de vista material, la tendencia apuntada por todas estas normas resulta clara: es necesario que la potestad reglamentaria sea ejercida de forma transparente. En efecto, todas las leyes que integran el nuevo marco normativo del ejercicio de la

627-638; RUIZ PIÑEIRO, F., "Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado", *Escritura pública*, ISSN 1695-6508, núm. 86, 2014, págs. 42-43; TORNOS MAS, J., "La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia", *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 19, 2014, págs. 144-177.

⁴⁰⁷ De todas estas normas, aproximadamente, un 30% son estatales y un 70% de rango autonómico, y las mismas se pueden agrupar en 29 sectores económicos. Nota de prensa del Ministerio de Economía y Competitividad de 8 de noviembre de 2013.

⁴⁰⁸ ESPUEY SERVERA, I.A.; Ollers Vives, P, "Incidencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de la Unidad de Mercado... Op. Cit.; REVUELTA PÉREZ, I., "Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria", *RAP* núm. 193,

potestad reglamentaria incorporan, desde diversos puntos de vista, la transparencia al funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas, con carácter general, y en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en particular.

Así, a través de las normas citadas, entre las que tienen especial relevancia la LTBG y las leyes autonómicas de transparencia, se concretan algunas de las implicaciones que adquiere la transparencia en el ejercicio de las potestades normativas por parte de nuestras Administraciones Públicas. En concreto, en el seno de los procedimientos especiales de elaboración de reglamentos, el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas, como elementos configuradores de la transparencia, adquieran un papel protagonista, siendo el objeto de las siguientes páginas analizar cada uno de ellos en detalle.

III. EL CONOCIMIENTO EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

El conocimiento como elemento configurador de la transparencia administrativa supone, como ya hemos señalado, dar satisfacción al derecho a conocer (*right to know*) de los ciudadanos, lo cual puede lograrse mediante la publicidad activa; a través del ejercicio del derecho de acceso por parte de los ciudadanos; o gracias a la motivación o divulgación de los motivos que justifican la actuación administrativa.

Estas tres vías de satisfacción del derecho a conocer, a las que ya nos hemos referido anteriormente, son esenciales para lograr la transparencia de la Administración; y adquieren, en relación a la elaboración de reglamentos, unas implicaciones concretas, de acuerdo con los rasgos predicables de la potestad reglamentaria y las características del procedimiento especial a través del cual ésta se ejerce.

Detengámonos a continuación en cada una de ellas.

1. La publicidad activa en la elaboración de reglamentos

La publicidad activa como medio para satisfacer el derecho a conocer de los ciudadanos comporta que la Administración divulgue ciertas informaciones sin necesidad de que

haya una solicitud previa en este sentido por parte de los ciudadanos. Se trata de una actitud proactiva, que determina que la Administración, sin una demanda expresa, ponga a disposición de los ciudadanos información relativa a su actividad.

A la vista de las consideraciones anteriores, podríamos fácilmente pensar que la publicidad activa es lo mismo que la publicación; conclusión que resultaría, no obstante, apresurada, pues la realidad es que la publicidad activa representa un paso más respecto a la publicación, y gracias a ésta es posible, también, lograr un mayor nivel de conocimiento por parte de los ciudadanos.

Como sabemos, las obligaciones de publicación alcanzan diversas actuaciones realizadas por las Administraciones Públicas; siendo una exigencia que viene impuesta tanto por la Constitución como por los Estatutos de Autonomía y, con un carácter más específico, por las normas de procedimiento administrativo y régimen jurídico de las Administraciones Públicas⁴⁰⁹. Estas previsiones, que fueron objeto de desarrollo

⁴⁰⁹ En la LRJPAC se prevé, de manera segregada, una serie de informaciones que las Administraciones Públicas deben publicar, a saber:

- a) Los Convenios de Conferencia Sectorial así como los Convenios de Colaboración, que se publicarán tanto en el BOE como en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma respectiva (art. 8 LRJPAC).
- b) Las delegaciones de competencias así como su revocación, que se publicarán en el BOE, en el Diario de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste (art. 13.3 LRJPAC).
- c) Las instrucciones y órdenes de servicio, cuando así lo prevea una disposición específica o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse (art. 21 LRJPAC).
- d) La relación de documentos que afecten a la colectividad en su conjunto, y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares. Dicha relación (que no el contenido de los documentos según la letra de la ley) será objeto de publicación periódica (art. 37.9 LRJPAC).
- e) Las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegadas por los particulares en sus relaciones con la Administración. Su publicación se llevará a cabo "de manera regular" (art. 37. 10 LRJPAC).
- f) Las relaciones de procedimientos administrativos, indicando los plazos máximos de duración de los mismos, así como los efectos que produzca el silencio administrativo (art. 42.4 LRJPAC).
- g) El calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos, que será publicado antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos (art. 48 LRJPAC).
- h) Las disposiciones administrativas, esto es, los reglamentos. Para este supuesto, la publicidad es necesaria para que dichas disposiciones produzcan efectos jurídicos (art. 52 LRJPAC).

tempranamente⁴¹⁰, no han evitado, no obstante, que haya existido, durante años, una parte importante de la actividad administrativa caracterizada por su opacidad; situación especialmente preocupante en ciertos ámbitos de la actuación administrativa como por ejemplo el urbanismo⁴¹¹ o la contratación⁴¹².

-
- i) Los actos administrativos cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente (art. 60 LRJPAC)⁴⁰⁹; o bien la indicación, de manera somera, de su contenido y del lugar donde los interesados pueden consultarlo de manera íntegra, en el plazo que se establezca, si se considera que su publicación puede lesionar derechos o intereses legítimos (art. 61 LRJPAC).
 - j) Los instrumentos de terminación convencional de los procedimientos administrativos, según su naturaleza y las personas a las que vayan destinados (art. 88 LRJPAC).

⁴¹⁰ Así, el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, regula para la Administración General del Estado determinados aspectos vinculados a la organización de la información administrativa, tanto general como particular, así como las oficinas y otros servicios de atención ciudadana.

⁴¹¹ En este sentido se pronuncia el "Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medioambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248 (INI))", hecho público el 2 de febrero de 2009 y conocido como Informe Auken. En el mismo, se insta a los poderes públicos españoles a que faciliten información medioambiental, informen sobre la gestión del suelo o pongan a disposición del público información más precisa relativa, entre otras cuestiones, a las promociones inmobiliarias y sus efectos para los propietarios.

La Ley de Suelo de 2008 introdujo algunas mejoras en este ámbito, ampliando las obligaciones de suministro de información relacionada con el planeamiento y la gestión urbanística, potenciando en este ámbito la utilización de los medios electrónicos. En particular, el apartado 2 de la Disposición Adicional Novena de esta Ley introdujo un art. 70 ter en la Ley de Bases de Régimen Local con el siguiente contenido.

"1. Las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

2. Las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración [...]."

Por su parte, el art. 103 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba que el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Catalunya, fue más allá de las previsiones de la Ley de Suelo ya citadas, al disponer:

"1. Los instrumentos de planeamiento urbanístico son públicos.

Todas las personas pueden consultarlos en todo momento, informarse de su contenido y obtener copias en el ayuntamiento correspondiente o en el Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña.

2. El Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña garantiza la publicidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico en vigor mediante la consulta pública presencial y telemática de los instrumentos depositados en el mismo.

3. La publicación en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya de los acuerdos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos adoptados por la Administración de la Generalidad debe incluir el enlace con el Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña que permita la consulta telemática del contenido de los documentos que conforman el plan, para facilitar el acceso inmediato al contenido de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

4. Todas las personas tienen derecho a ser informadas por escrito por el ayuntamiento que corresponda, en el plazo de un mes a contar desde la solicitud, del régimen urbanístico aplicable a una finca o un sector de suelo, mediante la emisión de certificados de régimen urbanístico. Los titulares del derecho de iniciativa en las actuaciones de urbanización ejercen el derecho de consulta mediante la solicitud de los correspondientes certificados de régimen urbanístico o, en el caso del suelo urbanizable no delimitado, mediante el procedimiento de consulta establecido por el artículo 75.

5. La publicidad relativa a una urbanización de iniciativa privada debe explicitar la fecha de aprobación definitiva del correspondiente plan y el órgano administrativo que la ha acordado, no pudiendo contener ninguna indicación contradictoria con el contenido de dicho plan".

Las implicaciones de este precepto son abordadas en TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho urbanístico de Catalunya*, Ed. Atelier, 4ª Edición, 2013, Págs. 93 a 104.

Sobre la falta de transparencia en el ámbito urbanístico con carácter general, puede verse: Díez SÁNCHEZ, J.J., "El principio de transparencia y la selección del agente urbanizador en la legislación urbanística valenciana", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...* Op.cit. Págs. 283 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, I., "Información administrativa y transparencia en la ordenación del territorio y el medio ambiente", *RVAP*, núm. 83, 2009, págs. 183-218.

⁴¹² La falta de transparencia en materia de contratación pública es una cuestión que ha acaparado el interés de la doctrina, especialmente en los últimos años, pudiendo citar, entre otros trabajos: OLLER RUBERT, M., "El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...* Op.cit. Págs. 257 y ss.; ORTEGA CARBALLO, C.,

Como ya hemos tenido ocasión de ver, la legislación de transparencia ha tenido en cuenta esta carencia y ha regulado la publicidad activa, primero con carácter sectorial, a través de la ya citada Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medioambiente⁴¹³; y después, con un alcance general, a través de la LTBG (arts. 5 a 11) y de las distintas leyes autonómicas de transparencia.

De acuerdo con la regulación contenida en estas últimas normas, la publicidad activa reviste una serie de características que la diferencian claramente de la publicación.

"Los registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública", *Documentación administrativa*, núm. 274-275, 2006 (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley de Contratos del Sector Público), págs. 93-114; NOGUERA DE LA MUELA, B., "La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento... Op. Cit.; PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa: comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia... Op. Cit.; SERRANO MARTÍNEZ, J., "Corrupción y contratación pública", *Temas para el debate*, núm. 223, 2013 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), págs. 27-29; GIMENO FELIU, J.M., "Transparencia activa e integridad... Op. Cit.

⁴¹³ La Ley 27/2006, de 18 de julio, por el que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medioambiente, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, recoge en su artículo 6 las obligaciones específicas en materia de difusión de información ambiental en los siguientes términos:

"1. Las autoridades públicas adoptarán las medidas oportunas para asegurar la paulatina difusión de la información ambiental y su puesta a disposición del público de la manera más amplia y sistemática posible.

2. Las autoridades públicas organizarán y actualizarán la información ambiental relevante para sus funciones que obre en su poder o en el de otra entidad en su nombre con vistas a su difusión activa y sistemática al público, particularmente por medio de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones siempre que pueda disponerse de las mismas.

3. Las autoridades públicas adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la información ambiental se haga disponible paulatinamente en bases de datos electrónicas de fácil acceso al público a través de redes públicas de telecomunicaciones.

4. Las obligaciones relativas a la difusión de la información ambiental por medio de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones se entenderán cumplidas creando enlaces con direcciones electrónicas a través de las cuales pueda accederse a dicha información.

5. La Administración General del Estado deberá mantener actualizado un catálogo de normas y de resoluciones judiciales sobre aspectos claves de la Ley y lo hará públicamente accesible de la manera más amplia y sistemática posible".

Sobre la transparencia administrativa en materia de medioambiente: *Estudios de derecho judicial*, núm., 37... Op. Cit.

- a) En primer lugar, la información divulgada a través de la publicidad activa es más amplia que aquella que es objeto de publicación. Mientras que la publicación versa sobre ciertos actos o disposiciones a los que se refieren expresamente las respectivas normas de funcionamiento de la Administración; a través de la publicidad activa se divulgan, en cambio, todas aquellas informaciones que sirven de fuente de información al público, esto es, informaciones que ayudan a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas, así como a evaluar la gestión de la actividad pública⁴¹⁴.

En este sentido, a través de la publicidad activa no sólo se pone a disposición de los ciudadanos información relativa a aspectos institucionales y organizativos de la Administración; sino también información que versa sobre aspectos muy variados de la actuación pública, gracias a la cual es posible conocer datos relativos a la planificación, la contratación, la actividad subvencional, la gestión económica o la producción normativa, entre otros (arts. 6 a 8 LTBG).

Lo anterior no significa que todas las informaciones que no sean objeto de publicidad activa permanezcan en secreto o tengan carácter reservado pues, siempre que no concurra alguno de los límites aplicables al conocimiento, éstas podrán ser conocidas mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información administrativa.

- b) En segundo lugar, mientras la publicación reviste un carácter puntual o aislado, haciéndose efectiva en el momento en que se dicta o aprueba el acto o disposición de que se trate; la publicidad activa, en cambio, tiene carácter continuado.

La publicidad activa conlleva así la obligación de difundir información de forma periódica, exigiéndose además que la misma no sólo sea veraz y objetiva; sino que también esté actualizada (art. 5.1 LTBG)⁴¹⁵.

⁴¹⁴ En este sentido, el Preámbulo de la Ley catalana 19/2014 afirma que la información que es objeto de publicidad activa son datos y contenidos relativos a la organización, funcionamiento toma de decisiones y gestión de los recursos públicos por parte de las Administraciones Públicas, previsiones que dan cumplimiento así al mandato del art. 71.4 EAC, que obliga a la Administración de la Generalitat a hacer pública la información necesaria para que la ciudadanía pueda evaluar su gestión.

⁴¹⁵ La Ley del Gobierno Abierto de Extremadura 4/2013 hace así referencia a la necesidad de potenciar que la información sea facilitada “en tiempo real” (art. 4.c); la Ley catalana 19/2014 se refiere a la “difusión constante” y “actualización permanente”, estableciendo la necesidad de indicar la fecha en la que se ha producido la última actualización (art 6.1.b); y la Ley Foral 11/2012 consagra la difusión

c) Las características anteriores inciden, obviamente, en los medios a través de los cuales se materializan cada una de estas instituciones. Así, mientras que la publicación se hace efectiva a través de diarios y boletines oficiales; la publicidad activa puede llevarse a cabo por cualquier medio que garantice la divulgación de información que se persigue, siempre y cuando éste permita que la información difundida sea clara, estructurada, entendible para los interesados y, como regla general, gratuita y disponible en un formato reutilizable (art. 5.4 LTBG).

En este contexto, los principales medios para llevar a cabo la publicidad activa son portales específicos creados con esta finalidad, como son el Portal de la Transparencia (art. 10 LTBG) y los diversos portales existentes a nivel autonómico y que tienen la misma finalidad⁴¹⁶, en los cuales se encuentran disponibles todas las informaciones previstas en las propias leyes de transparencia⁴¹⁷.

Estos instrumentos conviven, a su vez, con los portales de datos abiertos ya existentes y con portales creados *ad hoc* en determinados ámbitos de la actuación

constante y de forma paulatina de información (art. 12). Hay otras normas menos estrictas en este punto, que se refieren a una actualización trimestral (art. 9.7 Ley de Andalucía 1/2014).

⁴¹⁶ El carácter no básico del art. 10 LTBG (Disposición final octava LTBG), determina que este instrumento conviva con los distintos portales creados con la misma finalidad a nivel autonómico, que en algunos casos actúan también como plataformas de participación ciudadana. Es el caso del Portal de la Transparencia y la Participación Ciudadana que recoge la Disposición Adicional segunda de la Ley de Extremadura 4/2013; o del Portal de "Gobierno abierto" regulado por el art. 7 de la Ley foral 1172012, que se configura como un espacio destinado, no sólo a facilitar a la ciudadanía información en tiempo real y datos en formatos abiertos, sino también a promover la escucha activa de la ciudadanía y el diálogo entre los ciudadanos y ciudadanas y la Administración Pública, así como a canalizar la participación y la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

En el caso de Cataluña, el Portal de Transparencia, además de para difundir la información que debe ser objeto de publicidad activa, también incluye el Registro de Grupos de interés, los canales de participación y los procedimientos participativos en trámite (art. 5 Ley catalana 19/2014).

⁴¹⁷ El Portal de la Transparencia, puesto en marcha el 10 de diciembre de 2013 supuso un coste de desarrollo 300.000 euros, aunque el total previsto para la herramienta era de 1,4 millones de euros, previéndose que 78.650 euros debían destinarse a realizar una campaña para la difusión de esta herramienta que, aunque al ponerse en funcionamiento recibió un gran número de visitas (más de un millón en 48 horas), éstas decayeron rápidamente, recibiendo sólo 187.000 visitas durante el mes de febrero de 2015. "El Gobierno deja caer en el olvido el Portal de la Transparencia", Eldiario.es, 01/03/2015.

[http://www.eldiario.es/politica/interes-Portal-Transparencia-campana-publicitaria_0_361164371.html].

administrativa, como la prestación de servicios o la contratación pública⁴¹⁸, además de complementarse también con otras herramientas, como son las páginas web o

⁴¹⁸ Así, en el ámbito servicios, existen las ventanillas únicas implantadas con motivo de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva Servicios) y su normativa de transposición a nuestro ordenamiento jurídico. Así, la ventanilla única se encuentra regulada, con carácter general, en los arts. 18 y 19 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas).

En relación a las garantías de información de la ventanilla única, el art. 19 de la Ley Paraguas dispone:

"1. Los prestadores y los destinatarios tienen el derecho a obtener, a través de la ventanilla única y por medios electrónicos, la siguiente información, que deberá ser clara e inequívoca:

a) Los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en territorio español, en especial los relativos a los trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio, así como los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse en contacto directamente con ellas.

b) Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios.

c) Las vías de reclamación y los recursos que podrán interponerse en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores.

d) Los datos de las asociaciones sectoriales de prestadores de servicios y las organizaciones de consumidores que presten asistencia a los prestadores y destinatarios de los servicios.

2. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas para que en la ventanilla única pueda accederse a la información contemplada en este artículo en castellano, en las lenguas cooficiales del Estado y en alguna otra lengua de trabajo comunitaria.

3. Asimismo, se facilitará que los prestadores y los destinatarios puedan obtener por medios electrónicos y a distancia, en particular a través de las ventanillas únicas de otros Estados miembros, el acceso a:

a) Información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en especial, la información relacionada con la protección de los consumidores.

b) Información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario en otros Estados miembros.

c) Datos de las asociaciones u organizaciones de otros Estados miembros, incluidos los centros de la Red de centros europeos de los consumidores, que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica.

4. El derecho a la información contenido en este artículo no exige a las autoridades competentes que

sedes electrónicas de las distintas Administraciones Públicas o las redes sociales utilizadas por parte de la Administración⁴¹⁹.

Centrándonos en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración, el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria sólo se refiere a la publicación y, en ningún momento, introduce mecanismos para garantizar la publicidad activa. Así, el art. 24.4 LG prevé expresamente la publicación íntegra del reglamento aprobado por la Administración; en aplicación de las normas de procedimiento administrativo, se publica también el anuncio de apertura del trámite de información pública (art. 86.2 LRJPAC); y, en virtud de las leyes reguladoras de los órganos consultivos del Gobierno, son también publicados los dictámenes o informes relativos a los proyectos de disposiciones generales que se someten a su consideración (así, art. 132 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio)⁴²⁰.

La legislación de transparencia, por el contrario, tiene en cuenta la necesidad de que la publicidad activa también alcance al ejercicio de la potestad reglamentaria, previéndose la divulgación de diversas informaciones generadas a lo largo del procedimiento de elaboración y aprobación de una norma reglamentaria (o incluso antes) y que permiten satisfacer, al menos en parte, el derecho a conocer de los ciudadanos⁴²¹.

faciliten asesoramiento jurídico en casos particulares".

En el ámbito de la contratación pública, podemos referirnos a la Plataforma de Contratación del Sector Público regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; el Portal de Contratación de Navarra; o la Plataforma de Contratación Pública de Cataluña (ORDEN ECF/313/2008, de 23 de junio, por la que se aprueba la aplicación de la Plataforma de servicios de contratación pública, DOGC núm. 5162, de 30 de junio de 2006, modificada por la ORDEN ECO/58/2012 y por la ORDEN ECF/457/2010.

⁴¹⁹ A modo de ejemplo, podemos destacar la utilización por parte de la Policía Nacional de la red social Twitter, en la cual dispone de casi un millón y medio de seguidores (<https://twitter.com/policia>).

⁴²⁰ Asimismo, el art. 10.1.i) de la Ley catalana 19/2014 también prevé expresamente la publicidad de los dictámenes de la *Comissió Jurídica Assessora* y de los demás órganos consultivos.

⁴²¹ BUISÁN GARCÍA, N., " Transparencia y acceso a la información como garantía de la unidad de mercado", págs. 151-160 en AAVV, ALONSO MAS, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...* Op. Cit. págs. 151-160;

En particular, especialmente como consecuencia de las previsiones contenidas en la legislación estatal y autonómica de transparencia, se prevé la divulgación de diversas informaciones que guardan relación con: 1) la planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria; 2) el inicio del procedimiento de elaboración de la norma; 3) el proyecto normativo; 4) las memorias e informes que justifican la regulación propuesta; y 5) la norma reglamentaria finalmente aprobada.

1.1. La planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria

De acuerdo con el marco normativo tradicional aplicable al ejercicio de la potestad reglamentaria, no está previsto expresamente que la Administración deba planificar aquellos ámbitos en los que quiere aprobar una determinada regulación, ni tampoco los concretos reglamentos que tiene intención de aprobar en un futuro próximo.

La falta de previsión de esta cuestión no significa, obviamente, que dicha planificación no exista, pues la propia organización del trabajo en el seno de cada Administración requiere que ésta prevea, con cierta antelación, aquellos ámbitos en los que va aprobarse un reglamento, ya sea por las necesidades de distinta índole que concurran o bien porque una Ley prevea expresamente su desarrollo reglamentario.

Existiendo así, de facto, esta planificación o previsión del ejercicio de la potestad reglamentaria, su conocimiento por parte de los ciudadanos resulta esencial para lograr la transparencia de la Administración. En un ámbito de la actuación administrativa en que el resultado es una norma de aplicación general, no es admisible que la Administración actúe, en el ejercicio de sus potestades, de espaldas a los ciudadanos, tal como sucede en muchas ocasiones, en que, de manera sorpresiva (y muchas veces con carácter “reactivo”), la Administración aprueba un reglamento sobre una determinada materia; cuestión que se refleja en el gran número de reglamentos estatales y autonómicos que se aprueban por el procedimiento de urgencia⁴²² o respecto a los cuales se prevé su entrada en vigor inmediata⁴²³.

⁴²² A modo de ejemplo, en Cataluña, la *Comissió Jurídica Assessora* recibió 79 solicitudes de dictámenes sobre disposiciones generales, de las cuales 19 se solicitó que se tramitaran por la vía de urgencia, lo que representa el 24.05%; un 9,72% más respecto al año anterior, en que las solicitudes de dictamen por la vía

La necesaria transparencia en este ámbito no sólo es una exigencia de un Estado democrático; sino que, además, resulta esencial para generar confianza y aceptación respecto a la norma finalmente aprobada; evitar regulaciones de urgencia sobre materias que, finalmente, no resultan tan urgentes; prevenir situaciones de duplicidad normativa o contradicciones respecto a normas ya existentes; y encender las alarmas en relación a determinadas regulaciones que resultan innecesarias o, en el peor de los casos, inaplicables.

En definitiva, se trata de contribuir con esta publicidad a un mayor cumplimiento del principio de seguridad jurídica, el cual conlleva, tal como señala SAINZ MORENO, que se genere confianza sobre lo que el derecho positivo “dice” y también sobre lo que “va a decir”, de forma que pueda predecirse razonablemente el sentido de la evolución del ordenamiento jurídico⁴²⁴.

En este contexto, el art. 7 LES impone a la Administración General del Estado y a las Administraciones Autonómicas la obligación de publicar el programa de trabajo en materia de mejora regulatoria para el período siguiente. Por su parte, el art. 6.2 LTBG prevé que las Administraciones Públicas dotarán de publicidad activa a los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución; planes y programas en los que, entendemos, deberían incluirse las previsiones relativas al ejercicio de la potestad reglamentaria⁴²⁵.

de urgencia representaron el 9,72%. *Comissió Jurídica Assessora. Memòria i Anàlisi de Doctrina 2014* pág. 92.

⁴²³ Sobre esta cuestión, hay que destacar la acertada postura adoptada por la *Comissió Jurídica Assessora*, cuya doctrina legal determina que, a pesar que la legislación catalana no prevé en un período específico de *vacatio legis*, la entrada en vigor de las normas inmediata o cuasi inmediata debe considerarse tiene un carácter excepcional. En este sentido: Dictamen de la *Comissió Jurídica Assessora* 128/2015, ya citado; y Dictamen 225/2015, de 16 de julio, relativo al Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario aplicable a los cuerpos de policía local.

⁴²⁴ SAINZ MORENO, F., “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural... Op. cit. Págs. 20 y 21.

⁴²⁵ Hay otro tipo de actuaciones administrativas que sí se concretan en planes y programas como, por ejemplo, aquellas que guardan relación con las inversiones que se van a realizar o los quipos de trabajo o comisiones que se van a crear. En este sentido, puede hacerse referencia a los Planes Avanza (actualmente se están implantando las medidas previstas en el segundo de ellos), cuyo objetivo es, esencialmente, lograr el desarrollo de la sociedad de la información y la implantación de las nuevas

En este orden de ideas, hay diversas leyes de transparencia autonómicas que establecen la necesidad de que la iniciativa normativa se ejerza de tal manera que el marco normativo resultante sea previsible (art. 62 Ley catalana 19/2014); mientras que otras prevén, incluso, la elaboración y publicación de un calendario legislativo, referido tanto a las normas legales como reglamentarias, que tenga previsto tramitar el Consejo de Gobierno (art. 16.2 Ley de Murcia 12/2014)⁴²⁶.

1.2. El inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos

La LG ni la mayor parte de leyes que, a nivel autonómico, regulan la elaboración de normas reglamentarias, prevén que haya un acto de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos. Esta carencia, ya de por sí, representa una anomalía en el diseño legal del procedimiento de elaboración de reglamentos; el cual, sorprendentemente, se inicia directamente con la elaboración de un proyecto, como si éste surgiera de la nada⁴²⁷.

Tecnologías de la Información y la Comunicación; al Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos; o, más recientemente, al Programa de Estabilidad 2014-2017 y al Programa Nacional de Reformas, que contienen diversas medidas dirigidas a lograr la estabilidad financiera y la recuperación económica de España.

⁴²⁶ El art. 22.1 de la Ley de Canarias 12/2014 consagra también un la publicidad respecto al programa legislativo del Gobierno, aunque el mismo sólo se prevé que incorpore los anteproyectos de ley cuya elaboración, tramitación y aprobación están previstos de acuerdo con el programa de gobierno, respecto a los cuales se deberá también publicar un informe semestral de seguimiento y de las modificaciones que se hayan acordado.

⁴²⁷ Las únicas normas que sí prevén este acto de iniciación son la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre de Gobierno y del Presidente de Navarra (art. 59.1); y la Ley Vasca 8/2003 (arts. 4 y 5); aunque en ninguno de los dos casos se prevé que este acto deba ser publicado.

El referido art. 59.1 de la Ley Foral 14/2004 dispone: “La elaboración de disposiciones reglamentarias será iniciada por el Consejero del Gobierno de Navarra competente por razón de la materia, el cual deberá designar el órgano responsable del procedimiento. Para su tramitación, debe adjuntarse al anteproyecto una o varias memorias y, en su caso, un estudio económico”.

Por su parte, los arts. 4 y 5 de la Ley del País Vasco establecen:

“Artículo 4. Órgano competente

La legislación de transparencia ha incidido en esta cuestión; y son diversas las leyes de transparencia autonómicas que establecen la necesidad de que la Administración publicite el inicio del procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria o, en su caso, los procedimientos normativos en curso de elaboración, indicando asimismo el estado en el que se encuentran [art; 22.1.B.a) Ley Canarias 12/2014); arts. 10.1c) y 69.2 Ley catalana 19/2014; art. 7 Ley Extremadura 4/2013; art. 13.i) Ley Foral 11/2012].

La LTBG, por su parte, no ha introducido ninguna previsión al respecto; aunque, en la práctica, el Portal de la Transparencia también difunde la normativa que está en curso de elaboración, siendo una información que se encuentra clasificada por Ministerios⁴²⁸.

En cualquier caso, se trata de una regulación que resulta insuficiente para solucionar una carencia tan importante en el ejercicio de las potestades reglamentarias de la Administración, cuestión que trataremos con más detalle en el siguiente capítulo de este trabajo.

1. El procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se iniciará por Orden del Consejero o Consejera titular del Departamento competente por razón de la materia sobre la que versen. Cuando así se establezca mediante ley, o cuando se trate de materias en las que disponen de atribución competencial directa dos o más Consejeros o Consejeras, la Orden será conjunta.

2. Si en el transcurso del procedimiento de elaboración se aprecia la necesidad de participación de otros Departamentos, en virtud de la incidencia que pudiera tener en materias de su competencia, éstos se incorporarán al procedimiento conservándose, en la medida de lo posible, las actuaciones realizadas hasta ese momento.

Artículo 5. Orden de iniciación

1. La orden de iniciación expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, y contendrá una estimación sobre su viabilidad jurídica y material; sus repercusiones en el ordenamiento jurídico, con indicación de las normas vigentes sobre el mismo objeto que resulten modificadas de forma explícita o implícita, y la incidencia en los presupuestos de las Administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y, en su caso, en el sector de actividad de que se trate. Asimismo, señalará los trámites e informes que se estiman procedentes en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta, y, en su caso, si la disposición ha de ser objeto de algún trámite ante la Unión Europea.

2. A fin de facilitar un mejor cumplimiento de los requisitos y trámites precisos, el Gobierno Vasco podrá aprobar cuestionarios de elaboración de las disposiciones de carácter general”.

⁴²⁸ http://transparencia.gob.es/es_ES/categoria/normativa/elaboracion

1.3. El proyecto de reglamento

Aunque, como acabamos de señalar, la LTBG no prevea expresamente la publicidad respecto al inicio del procedimiento de elaboración de un reglamento, esta Ley sí ha establecido (y con carácter básico) la obligación de todas las Administraciones Públicas de difundir los proyectos de Reglamentos cuya iniciativa les corresponde (art. 7.c) LTBG).

En cuanto a los términos en los que se debe realizar esta publicidad, el precepto citado establece que: “Cuando sea preceptiva la solicitud de dictámenes, la publicación se producirá una vez que estos hayan sido solicitados a los órganos consultivos correspondientes, sin que ello suponga, necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia”.

La regulación transcrita plantea diversos problemas por los motivos que exponemos a continuación. En primer lugar, la LTBG, partiendo de que deben publicarse todos los proyectos de reglamentos (no establece ningún límite en este punto), no aclara el momento en el que deben publicarse aquellos proyectos que no deban someterse, de acuerdo con la legislación vigente, a ningún dictamen de carácter preceptivo; cuestión que no entendemos pueda quedar al libre arbitrio de la Administración competente.

En segundo lugar, en relación a los proyectos de reglamentos que deban someterse preceptivamente a dictámenes, esperar a publicarlos hasta que éstos se soliciten supone postergar excesivamente el conocimiento respecto a la norma que está tramitando la Administración. No podemos olvidar que el dictamen preceptivo más importante que se prevé se realice durante la elaboración de un reglamento se corresponde con el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, el cual se configura, tal como hemos tenido ocasión de ver, como el último de los trámites a realizar antes de la aprobación de la norma reglamentaria. En este orden de ideas, tal como está configurada en la LTBG, la publicidad activa respecto al proyecto normativo sólo tendrá lugar unos días o semanas antes de la aprobación y publicación de la norma reglamentaria, con lo cual se trata de una publicidad que no resulta de utilidad para poder detectar a tiempo

posibles deficiencias en el proyecto normativo; ni tampoco para que los ciudadanos puedan ir adaptando su conducta al futuro reglamento⁴²⁹.

Finalmente, señalar que según el tenor del art. 7.c) LTBG, parece que sólo exista, respecto a cada reglamento, un anteproyecto, cuando en la inmensa mayoría de ocasiones la aprobación de una norma va precedida de sucesivas versiones, en las que la Administración va incorporando aquellas modificaciones que derivan de los informes realizados por sus propias asesorías jurídicas, de las consultas realizadas así como de los trámites participativos llevados a cabo⁴³⁰. Un auténtico conocimiento exigiría que se debieran publicar todas las versiones del proyecto normativo que se generen hasta su aprobación definitiva; pues sólo así es posible poder valorar el impacto que ha tenido cada uno de los trámites realizados, y se permite hacer un seguimiento de la denominada “huella normativa”.

1.4. Las memorias e informes

La LTBG prevé en su artículo 7.d) que sean objeto de publicidad activa las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos. Este precepto se refiere de forma expresa a la Memoria de Análisis de Impacto Normativo regulada en el ya referido RD 1083/2009, aunque teniendo en cuenta el carácter básico de este artículo, se entiende que deberán difundirse los instrumentos equivalentes que lleven a cabo las distintas Comunidades Autónomas durante el procedimiento de elaboración de los reglamentos autonómicos.

Esta previsión resulta extremadamente relevante pues, hasta la aprobación de la LTBG, no se preveía que se dieran a conocer aquellos documentos que, integrados en el

⁴²⁹ Lo mismo cabe decir de la publicidad respecto a los proyectos de reglamento que prevén el art. 13.1.c) de la Ley de Andalucía 1/2014 y el art. 16.1.b) de la Ley de la Región de Murcia 12/2014, que establecen que la publicación se producirá cuando el proyecto se someta al trámite de audiencia o información pública; o, en el caso que se solicite el dictamen del Consejo Económico y Social o del Consejo Consultivo correspondiente, una vez se soliciten los mismos.

⁴³⁰ Esta cuestión sí es tenida en cuenta por la Ley catalana 19/2014, que prevé la publicación de los diversos textos de las disposiciones y la relación y valoración de los documentos originados por los procedimientos de información pública y participación ciudadana y, en su caso, la intervención de los grupos de interés (art. 10.d).

expediente de elaboración de la norma, constituyen el equivalente a la motivación de los actos administrativos, tal como ha tenido oportunidad de declarar la jurisprudencia (STS de 27 de noviembre de 2006, Ar. 2007/492, Ponente: Ricardo Enríquez-Sancho; STS de 16 de diciembre de 2011, Ar. 2012/2836, Ponente: Celsa Pico Lorenzo; STS de 8 de enero de 2014, Ar. 544, Ponente: Ramón Trillo Torres; STS de 16 de abril de 2013, Ar. 3248, Ponente: Santiago Martínez-Vares García). La única excepción la constituían los dictámenes del Consejo de Estado y de los órganos autonómicos consultivos equivalentes, respecto a los cuales sus respectivas normas reguladoras ya prevén, como hemos señalado, su publicación.

Sin perjuicio de lo anterior, la regulación de esta cuestión realizada por la LTBG, de nuevo genera dudas acerca del momento en el que debe producirse la publicidad activa, pues no está previsto de forma expresa. Teniendo en cuenta la función de motivación que estos documentos desempeñan en relación a la norma que está elaborando la Administración, parece lógico pensar que los mismos deberían divulgarse, no sólo una vez se ha aprobado la norma reglamentaria; sino en el momento en el que se abren los trámites participativos, pues ello coadyuvaría en gran manera a que las alegaciones realizadas por los futuros destinatarios de las normas pudieran razonarse adecuadamente y, por ende, contribuyeran también en mayor medida a mejorar la norma reglamentaria⁴³¹.

Tras la entrada en vigor de la LTBG, se ha adoptado en algunos supuestos esta interpretación favorable a la participación, pero sólo respecto a la MAIN y no en relación a otros informes incluidos en el expediente de elaboración de la norma⁴³². En otros supuestos, en el momento de la apertura de los trámites participativos, sólo se ha

⁴³¹ Así lo establece el art. 69 de la Ley catalana 19/2014, que prevé expresamente que en el Portal de Transparencia se publique la iniciación de la tramitación, la versión inicial del proyecto normativo y la documentación complementaria que la acompaña, todo ello en el contexto de favorecer la participación ciudadana en la elaboración de normas.

⁴³² Así ha ocurrido en los trámites de información pública relativos al Proyecto de Real Decreto sobre la financiación anticipada de las obras europeas, tramitado por Ministerio de Industria Energía y Turismo; o al Proyecto de Real Decreto por el que se establecen requisitos técnicos para las instalaciones que desarrollen actividades que emitan gases fluorados y por el que se modifica el Real Decreto 795/2010, de 16 de junio, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan, tramitado por Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

puesto a disposición de los ciudadanos el proyecto de reglamento; pero no la MAIN ni tampoco las restantes memorias e informes que justifican la regulación propuesta⁴³³.

Al respecto, no podemos más que subrayar la importante función que las memorias e informes que acompañan la propuesta de reglamento, en los que se plasma la motivación de la propuesta normativa, cumplen en relación al desarrollo de los trámites participativos, lo que requiere que estos documentos hayan sido divulgados, de acuerdo con las reglas que rigen la publicidad activa, cuando se abran los trámites de audiencia e información pública.

1.5 La norma aprobada

El marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria consagra la publicación del reglamento en los respectivos diarios o boletines oficiales. Esta publicación tiene carácter constitutivo, configurándose como requisito *sine qua non* para que la norma aprobada por la Administración produzca efectos jurídicos (art. 9.3 CE).

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, en torno a la publicación de las normas reglamentarias se generan a día de hoy una serie de problemas, la suma de los cuales tiene una gravísima consecuencia, que no es otra que un deficiente conocimiento de la existencia de los reglamentos y su contenido por parte de sus destinatarios.

En este contexto, es necesario que la publicación de las normas se vea complementada con su publicidad, la cual presupone, tal como ya señaló SAINZ MORENO, su divulgación por cualquier medio adecuado para ello⁴³⁴.

⁴³³ A modo de ejemplo, así ha ocurrido en la tramitación del proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sociedades, en relación al trámite de información pública publicado en la web del Ministerio de Hacienda el 18 de marzo de 2015.

⁴³⁴ En esta línea, SAINZ MORENO destaca como el principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE) conlleva algo más que su mera publicación en un boletín oficial, lo que se plasma en la realización de ediciones de normas por parte de organismos públicos y, de otra parte, en la facilitación de ediciones privadas de textos normativos.

Respecto a estas ediciones privadas, hay que destacar que las mismas son posibles gracias a lo previsto en el art. 13 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual de 1987 disponía que: “no son

La mayor parte de leyes que configuran el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en particular, las leyes de transparencia autonómicas, han tenido en cuenta esta cuestión y, en el contexto de las obligaciones de publicidad activa, intentan fomentar y facilitar el conocimiento de las normas aprobadas por la Administración, esencialmente, a través de las siguientes medidas:

- a) En primer lugar, prevén que la Administración deba dar difusión de la normativa vigente por los cauces previstos para la publicidad activa⁴³⁵, habiendo diversas leyes de transparencia que se refieren de forma expresa a la publicidad de la normativa aprobada en el ámbito urbanístico⁴³⁶, tradicionalmente problemática, como ya hemos señalado.

Estas previsiones responden, así, al mandato contenido en el art. 4.9 LES que prevé que “los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente

objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes preceptos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”. Esta previsión vino a sustituir aquella contenida en el artículo 28 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, que disponía era necesario el permiso del gobierno para publicar (suelos o en colección) las Leyes, Decretos, Reales Órdenes, Reglamentos y demás disposiciones emanadas de los poderes públicos.

Sobre el tema, *vid.* SAINZ MORENO, F., “La publicidad de las normas”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Coord.), *La protección jurídica del ciudadano...* Op. Cit. Págs. 121 a 124. Asimismo, *vid* también: LAVILLA RUBIRA, J.J. “Seguridad Jurídica”, en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

⁴³⁵ En este sentido: art. 13.g) Ley foral 11/2012; y art. 13.2 Ley de Andalucía 1/2014.

El art. 22.C.a) de la Ley de Canarias 12/2014 prevé asimismo que se deba crear una base de datos de las normas dictadas por los órganos competentes de la Comunidad autónoma, que deberá estar permanentemente actualizada, incluyendo textos consolidados con las modificaciones.

⁴³⁶ Así, el art. 13.n) de la Ley Foral 11/2012 se refiere a la publicidad activa en relación al “planeamiento urbanístico, la ordenación del territorio y la ejecución de la obra pública”. Por su parte, el art. 32.1.a) de la Ley Canarias 12/2014 establece que la Comunidad Autónoma debe hacer pública y mantener actualizada “una base de datos actualizada y accesible al público, que contenga de forma unitaria todos los instrumentos de ordenación del sistema de planeamiento de Canarias que se encuentren vigentes, al objeto de permitir la consulta de su documento íntegro y sus correspondientes modificaciones y revisiones, incluyendo las resoluciones judiciales firmes que afecten a la vigencia de cualquiera de sus determinaciones”.

accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación”.

- b) En segundo lugar, se prevé también la adopción de medidas dirigidas a evitar la dispersión normativa, lograr la simplificación del ordenamiento jurídico; y facilitar el conocimiento de la versión vigente de las normas, destacando así las previsiones que encomiendan a la Administración revisar y simplificar el ordenamiento jurídico existente (Disposición Adicional segunda LTBG) y realizar textos refundidos o versiones consolidadas [art. 10.1.a) y 63 Ley catalana 19/2014]⁴³⁷.
- c) En tercer lugar, se prevé la publicidad activa respecto a directrices, instrucciones acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares, en la medida que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos (art. 7.a) LTBG)⁴³⁸, lo cual supone dotar de publicidad a los denominados “reglamentos organizativos” o internos, categoría que, como ya ha señalado la doctrina, debe interpretarse de forma restrictiva⁴³⁹.

Las medidas anteriores suponen un avance, pero no logran solucionar buena parte de los problemas que plantea la publicación de las normas a través de diarios o boletines oficiales. En primer lugar, sigue persistiendo una gran indeterminación respecto a los términos en los que debe producirse la publicidad activa de las normas que conforman nuestro ordenamiento; pues no son abordadas cuestiones tan importantes como el momento en que ha de producirse la publicidad o la forma de ordenar o estructurar las normas aprobadas por la Administración en los distintos portales de transparencia.

⁴³⁷ En este sentido, señala también el art. 13.1 *in fine* de la Ley de las Islas Baleares 4/2011 que “se adoptarán medidas que tiendan a reducir el número de normas reguladoras y su dispersión y se fomentarán los textos refundidos”.

El art. 22.C.b) de la Ley de Canarias 12/2014 prevé, además de la realización de textos consolidados, se deba dar publicidad activa respecto a los textos de las sentencias que afecten a la vigencia e interpretación de las normas dictadas en la Comunidad Autónoma

⁴³⁸ En sentido análogo: art. 13.1.a) Ley de Andalucía 1/2014; art. 10.1.b) Ley catalana 19/2014; art. 16.1e) Ley de la Región de Murcia 12/2014;

⁴³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo...* Op. Cit. Págs. 221-223.

En segundo lugar, la coexistencia del Portal de la Transparencia con los portales que, con el mismo objeto, existen a nivel autonómico, conlleva que los ciudadanos tengan que consultar diversos recursos para hallar las normas en vigor que existen en una determinada materia, teniendo en cuenta las competencias compartidas que existen en muchos ámbitos.

Finalmente, aunque se recomienda o incita a la Administración a realizar textos refundidos, éstos sólo tienen carácter informativo (art. 63.2 Ley catalana 19/2014); y tampoco se prevé que, al consultar el texto de una norma, se pueda saber si ésta ha sufrido modificaciones tras su aprobación. Todo ello determina la mayor utilidad de bases de datos jurídicas privadas por encima de aquellas que pone la Administración a disposición de los ciudadanos, lo que supone un paso atrás en el reconocimiento del carácter público de las normas jurídicas⁴⁴⁰.

2. El derecho de acceso en la elaboración de reglamentos

El conocimiento que se logra con la publicidad activa debe complementarse con una conducta pasiva por parte de la Administración, que se produce cuando ésta permite el acceso a ciertas informaciones o documentos solicitados por los ciudadanos, ya sea en el marco de un procedimiento administrativo o fuera de éste.

Pese a la incuestionable importancia que tiene que el ciudadano pueda conocer diversos aspectos relativos a un procedimiento en el que es parte y tiene la condición de interesado (art. 31 LRJPAC), estamos ante un derecho que, reconocido en el art. 35 LRJPAC, tiene ya un amplio recorrido; mientras que el derecho de acceso al margen de cualquier procedimiento administrativo, también denominado derecho de acceso extraprocedimental, es un fenómeno relativamente reciente, que se vincula al propio surgimiento de la transparencia administrativa y su regulación.

⁴⁴⁰ La consagración legal del carácter público de las normas se encuentra plasmado en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia. El art. 13 de esta norma dispone: “No son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos (...) así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”.

Así, en el caso de España, a pesar del reconocimiento constitucional del derecho de acceso a archivos y registros administrativos (art. 105 CE), la regulación del derecho de acceso extraprocedimental se ha hecho esperar. Con la marcada excepción de la ya citada Ley 27/2006, que regula el derecho de acceso a la información (y también la participación y el acceso a la justicia) en materia de medio ambiente, hasta la aprobación de la LTBG no había ninguna norma que regulara, con carácter general, el derecho de acceso al margen de un procedimiento administrativo, los cauces para hacerlo efectivo, ni tampoco los órganos encargados de velar por su debido respeto. Esta carencia de nuestro ordenamiento, puesta de relieve en múltiples ocasiones por la doctrina⁴⁴¹, se intentó suplir a través de las previsiones relativas al derecho de acceso contenidas en el art. 37 LRJPAC, así como en las normas reguladoras de los archivos y registros administrativos⁴⁴², que incluso han llegado a regular, en algunos casos, un

⁴⁴¹ En este sentido puede verse: PIÑAR MAÑAS, J.L., "La necesidad de una ley de transparencia... Op. cit. Págs. 241-246; FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, 2002, págs. 881-916; FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia... Op. Cit.

⁴⁴² A nivel estatal, esta regulación se encuentra plasmada en el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

A nivel autonómico, podemos hacer referencia al Decreto de la Comunidad Autónoma de Extremadura núm. 92/1993, de 20 de julio, de expedición de copias auténticas, certificaciones de documentos públicos o privados y acceso a los registros y archivos; así como al el Decreto catalán 13/2008, de 22 de enero, sobre acceso, evaluación y selección documental.

Respecto al acceso a los archivos y registros administrativos existe una amplia bibliografía. Entre otros trabajos, y sin ánimo de exhaustividad, podemos citar: ÁLVAREZ RICO, I., ÁLVAREZ RICO, M., "Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *RAP* núm. 135, 1994; CONDE VILLAVERDE, M. L., *Manual de tratamiento de archivos administrativos*, Dirección de Archivos Estatales, Madrid 1992; EMBID IRUJO, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos... Op. Cit.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos...Op. Cit; MARTÍNEZ GARCÍA, L., "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLXIX, 1999; MESTRE DELGADO, J. F: "El acceso a los registros administrativos: un derecho de nueva generación", *Cuadernos de derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 1997; MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos... Op. Cit.*; PEÑALVER I CABRÉ, A., "El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos... Op. Cit.; POMED SÁNCHEZ, L. A., "El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa", *RAP* núm. 42, 1997;

procedimiento de reclamación ante la denegación del acceso a una determinada información administrativa⁴⁴³.

Las previsiones anteriores resultaban, no obstante, a todas luces insuficientes, situación a la que ha querido poner remedio la legislación de transparencia. En particular, tal como hemos visto, la LTBG dedica sus artículos 12 a 24 a regular el derecho de acceso de carácter extraprocedimental con carácter general; siendo, por tanto, una regulación que sólo tiene carácter supletorio en aquellos supuestos en que exista una relación especial de este derecho (Disposición Adicional primera LTBG).

En este contexto, y aunque las características propias de la potestad reglamentaria justificarían que existiera, tal como sucede en materia medioambiental o en relación a la información destinada a reutilización, un régimen especial para acceder a los documentos que integran el expediente de elaboración de la norma, lo cierto es que no hay en la actualidad ninguna norma que lo regule con carácter específico, siendo por ello de aplicación el régimen general previsto en la LTBG y en las distintas leyes de transparencia autonómicas.

En aplicación de estas normas, el derecho de acceso versa sobre los documentos o contenidos relacionados con la elaboración de reglamentos que tengan la consideración de información pública, esto es, que obren en poder de la Administración competente para aprobar la norma y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (art. 13 LTBG). El carácter complementario que existe entre la publicidad activa y el derecho de acceso como medios para satisfacer el derecho a conocer de los ciudadanos comporta, sin embargo, que este derecho verse únicamente sobre los documentos relacionados con la elaboración de reglamentos que no han sido objeto de publicidad activa pues, si la información ya ha sido publicada, la resolución de una

POMED SÁNCHEZ, L. A., *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989; RAMS RAMOS, L., *Derecho de acceso a archivos y registros...* Op. cit; RODRÍGUEZ COSTA, M., "Derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública... Op. Cit.; VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos... Op. Cit.

⁴⁴³ En este sentido, el ya citado Decreto catalán 13/2008 prevé en su artículo 5 que aquéllas personas que consideren que se ha vulnerado su derecho de acceso, podrán presentar una reclamación y solicitar a la Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental, dependiente del Departamento de Cultura, un informe sobre la reclamación, el cual no tendrá carácter vinculante; pudiendo también solicitar informes a esta Comisión el propio órgano competente para resolver la reclamación.

hipotética solicitud de acceso se limitaría a indicar al solicitante cómo puede acceder a la información en cuestión (art. 22.3 LTBG).

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, entre otros, podrían conocerse por la vía del derecho de acceso a la información: documentos, estudios o trabajos que sirvan de base para elaborar las memorias e informes que acompañan a la norma reglamentaria; informes de carácter interno, observaciones realizadas durante las consultas interministeriales o interdepartamentales e informes jurídicos o de otra índole que no hayan sido objeto de publicidad activa; escritos de alegaciones respecto al proyecto de reglamento presentados por los ciudadanos de forma directa o a través de las entidades que los representen durante los trámites de audiencia e información pública; documentos referidos a la negociación de la norma con los respectivos representantes sindicales, cuando ésta se haya producido; documentos que, en su caso, plasmen las aportaciones realizadas por grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de la norma; la valoración realizada por la Administración de las aportaciones recibidas durante la tramitación de la norma⁴⁴⁴; o los antecedentes de los informes realizados por el Consejo de Estado o los órganos autonómicos equivalentes, siempre que éstos no se publiquen juntamente con el Dictamen correspondiente⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Hay que tener en cuenta que, en algunos casos, la legislación autonómica ya obliga a dar publicidad sobre dicha valoración. En este sentido, el art. 64.5 de la Ley catalana 26/2010 prevé que, en el expediente de elaboración de la norma, se incluirá una memoria de las observaciones y las alegaciones presentadas en los trámites de consulta interdepartamental, audiencia, información pública e informes y, en su caso, de las razones que han llevado a desestimarlas; memoria que deberá ser objeto de publicidad activa de acuerdo con el art. 10.1.c) de la Ley catalana 19/2014.

Con carácter más general, el art. 17.3.d) Ley La Rioja 3/2014; el art. 3.2.g) Ley de la Región de Murcia 12/2014; y el art. 22.B.e) Ley Canarias 12/2014 prevén que deba hacerse público el resultado definitivo de los procedimientos en los que se haya producido participación.

⁴⁴⁵ Hay que destacar en este punto que, mientras que el Consejo de Estado publica el texto de los Dictámenes que emite de forma íntegra, realizando únicamente las anonimizaciones que correspondan, algunos órganos consultivos autonómicos como, por ejemplo, la *Comissió Jurídica Assessora*, sólo publican los fundamentos de derecho, por entender que los antecedentes "se deducen del Dictamen", a pesar que esta es una cuestión no prevista expresamente en el art. 42.2 del Decreto 69/2006, de 11 de abril, de aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la *Comissió Jurídica Assessora*, que prevé únicamente que "la Comisión edita anualmente un volumen que recoge todos los dictámenes emitidos (...), y da difusión de éstos por los medios adecuados".

El derecho de acceso a todos los documentos citados como a cualesquiera otros que se integren en el expediente de elaboración de una norma reglamentaria y que no hayan sido objeto de publicidad activa se hará efectivo siguiendo los cauces previstos en la LTBG. Estas previsiones, teniendo en cuenta la actuación administrativa ante la que nos encontramos, adquieren unas particularidades concretas, en los términos que exponemos a continuación.

1. En cualquier caso, es necesario presentar una **solicitud**, que deberá cumplir con los requisitos previstos en el art. 17 LTBG, y que será, en el ámbito de la Administración General del Estado, recibida y tramitada por una unidad de información (art. 21 LTBG).

Teniendo en cuenta las causas de inadmisión previstas en el art. 18 LTBG, en relación a los documentos o contenidos elaborados o adquiridos por la Administración en el ejercicio de sus potestades normativas, dos de estas causas merecen especial atención:

- a) La primera de ellas es la referida a la *información en curso de elaboración o de publicación general* [art. 18.a) LTBG], en virtud de la cual se inadmitirán, como regla, las solicitudes relativas a aquellas informaciones que deben ser objeto de publicidad activa pero que aún no se han divulgado.

Esta causa de inadmisión, en última instancia, tiene como finalidad racionalizar los recursos de la Administración, y evitar así que tengan que tramitarse solicitudes y, en su caso, permitirse el acceso a informaciones que se pondrán a disposición de los ciudadanos por la vía de la publicidad activa en un lapso de tiempo breve⁴⁴⁶.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, es necesario que, al aplicar esta causa de inadmisión, se tenga en cuenta la función que el conocimiento de la información administrativa solicitada puede cumplir en relación a la participación ciudadana. En este sentido, entendemos que deberían admitirse a trámite las solicitudes de acceso en relación a aquellos documentos que, aunque serán objeto de publicidad activa en un momento posterior, puedan ser de

⁴⁴⁶ Algunas normas autonómicas resultan más detalladas que la LTBG en este punto, y establecen la necesidad de que la información vaya a ser publicada en un plazo determinado de tiempo (antes de tres meses según el art. 29.1.c) Ley catalana 19/2014); o bien que la Administración indique expresamente el órgano que se encuentra elaborando dicha información y el tiempo estimado para su conclusión y puesta a disposición (art. 26 Ley de la Región de Murcia 12/2014; art. 30.a) Ley de Andalucía 1/2014).

utilidad para justificar las aportaciones o comentarios a realizar en el marco del trámite de audiencia o información pública; aunque los breves plazos en los que se sustancian estos trámites participativos parecen difíciles de casar con el plazo de un mes en el que, como regla, deben resolverse las solicitudes de acceso (art. 20.1 LTBG).

Asimismo, parece razonable que también puedan conocerse por la vía del derecho de acceso a la información aquellos documentos que, aunque en teoría han de ser objeto de publicidad activa, no hayan sido divulgados, como sucede, por ejemplo, en relación a las memorias o informes realizados con motivo de un reglamento que la Administración no llega a aprobar.

- b) En segundo lugar, queremos también referirnos a la causa de inadmisión referida a las solicitudes de acceso que versen sobre *información que tenga carácter auxiliar o de apoyo*, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas (art. 18.1.b LTBG).

En el ámbito de la elaboración de normas, esta excepción tiene gran trascendencia a la vista de que muchos de los documentos que integran el expediente de elaboración de una disposición general podrían encuadrarse en alguna de estas categorías formales de documentos, especialmente si tenemos en cuenta las diferencias terminológicas que existen entre distintos Ministerios o Departamentos para referirse a documentos generados con motivo de un mismo trámite⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Así ocurre, por ejemplo, en relación a la valoración de las aportaciones realizadas durante la tramitación de la norma. En el caso de la Administración de la Generalitat de Catalunya, aunque el art.64.5 de la Ley catalana 26/2010 se refiere de forma expresa a la "memoria" de las observaciones y alegaciones presentadas en los trámites de consulta interdepartamental, audiencia, información pública e informes y, en su caso las razones que llevan a desestimarlas, estas cuestiones son valoradas, con frecuencia, en documentos que son calificados como "notas" o "informes", tal como se hace patente en los dictámenes de la *Comissió Jurídica Assessora*. En esta línea, *vid.* Dictamen 130/14, de 10 de abril, relativo al Proyecto de decreto por el que se aprueba el Reglamento de la lotería Binjocs; Dictamen 371/13, de 7 de noviembre, relativo al Proyecto de decreto por el que se crea el Registro de profesionales sanitarios de Cataluña y se establecen los criterios generales y los requisitos mínimos de los registros públicos de profesionales sanitarios en el ámbito de Cataluña; Dictamen 15/14, de 16 de enero, relativo al Proyecto de decreto por el que se establecen los criterios para establecer las tarifas de uso a aplicar a los

No podemos perder de vista que los documentos que se integran en el expediente de elaboración de una norma reglamentaria constituyen su motivación, por lo que la causa de inadmisión que recoge el art. 18.1.b) LTBG no puede aplicarse *ad litteram* en este ámbito concreto de la actuación administrativa. Es necesario ir más allá de un criterio formalista, y tomar en consideración el contenido del documento de que se trate y la función que éste cumple.

En este orden de ideas, para inadmitir la solicitud, debe desprenderse claramente del contenido del documento su carácter auxiliar o de apoyo. Esta cuestión, no especificada en la LTBG, entendemos es tratada con más acierto en algunas leyes de transparencia autonómicas que circunscriben la aplicación de esta causa de inadmisión a aquellos documentos que “no tengan relevancia o interés público” [art. 29.1.a) Ley catalana 19/2014]; o bien a documentación que no forme parte del expediente administrativo [art. 28.e) Ley foral 11/2012].

2. En el caso de que la solicitud se admita a trámite, el acceso a la información relacionada con el ejercicio de las potestades normativas de la Administración puede verse restringido si concurre alguno de los **límites** materiales que incorporan las distintas leyes de transparencia o bien prevalece la protección de los datos personales.

a) Respecto a los *límites materiales*, como ya hemos señalado, el art. 14 LTBG, de carácter básico, avala la limitación del derecho de acceso cuando el mismo suponga un perjuicio para: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y de tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la

vehículos pesantes de transporte de mercancías por carretera a su paso por infraestructuras viarias de titularidad de la Generalitat de Cataluña.

confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; o la protección del medioambiente.

La aplicación de estos límites en relación a los documentos integrados en el expediente de elaboración de la norma depende, en gran parte, de la materia sobre la que verse el reglamento elaborado y, en su caso, aprobado por la Administración. Así, a modo de ejemplo, en el contexto de la elaboración de un reglamento relativo a especies protegidas, el derecho de acceso a ciertos documentos integrados en el expediente, como son los catálogos de especies amenazadas o los estudios relativos a su localización, podría verse limitado si ello supusiera un perjuicio para el medioambiente y, en particular, para la protección de dichas especies; mientras que este límite no parece que pueda tener cabida en los reglamentos elaborados por la Administración en materia, por ejemplo, de función pública.

Con un alcance más general, debe tenerse en cuenta la posible aplicación del límite relativo a “la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión” (art. 14.1.k) LTBG). La amplitud de los términos en los que se configura este límite pone de manifiesto una de las carencias más importantes de la LTBG y de las distintas leyes de transparencia autonómicas; las cuales no han establecido, como sí han hecho otros ordenamientos, el régimen de transparencia aplicable a los órganos colegiados⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Así, en Estados Unidos, nos hemos ya referido a la *Government in the Sunshine Act* (GSA), de 1976, que consagra la publicidad de las reuniones de los órganos colegiados directivos de las agencias administrativas. Esta Ley resulta de aplicación a todas aquellas agencias administrativas dirigidas por órganos colegiados en los que la mayor parte de sus miembros se nombran por el Presidente y refrendados por el Senado; así como a cualquier subdivisión de los mismos autorizada para actuar en nombre de la agencia. Respecto a estos, se establece que, "cada porción de cada reunión" de estas agencias debe estar abierta a la observación pública, consagrando así la publicidad de las deliberaciones que determinen la actuación común o que tengan que ver con las competencias de la agencia.

Por otra parte, la *Federal Advisory Committee Act* (FACA), aprobada en 1972, establece también la publicidad en relación a las sesiones de las comisiones consultivas creadas en el seno de una agencia.

La cuestión no es baladí, a la vista del gran número de órganos colegiados que pueden intervenir en la elaboración de una norma reglamentaria, como son los órganos representativos que deben informar, en ciertos casos, los proyectos normativos; las mesas sindicales en las que se negocia el reglamento; u otros órganos colegiados como son el propio Consejo de Estado o los órganos consultivos autonómicos equivalentes.

A nuestro juicio, el criterio correcto en la aplicación del límite previsto en el art. 14.1.k) LTBG es que, no toda la actividad y acuerdos de los órganos colegiados quedan amparados bajo la confidencialidad o secreto que requieren los procesos de toma de decisión; sino que, por el contrario, este límite queda circunscrito a aquellos documentos o informaciones que, de forma efectiva, en caso de ser divulgados, podrían poner en peligro los procesos deliberativos que tienen lugar en el seno de dichos órganos.

Asimismo, un criterio que nos parece extremadamente útil en este ámbito es aquél que, en Estados Unidos, incorpora la FOIA; norma que, previendo la restricción del acceso a memorándums inter o intra agenciales, determina que la misma sólo se aplica en relación a aquellos documentos a los que un particular no tendría acceso en caso de que se enfrentara judicialmente a una agencia. Aplicándose en nuestro ordenamiento jurídico un criterio similar, en virtud del art. 14.1.k) LTBG, únicamente podría limitarse el acceso a aquellos documentos que, aunque relacionados con la elaboración de la norma, no se encuentran integrados formalmente en el expediente y, por ello, tampoco son accesibles si el reglamento es impugnado en vía contencioso-administrativa.

En cualquier caso, tanto en este supuesto como en relación a los restantes límites materiales que incorpora el art. 14.1 LTB, hay que tener presente que su aplicación debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente la concurrencia de un interés público o superior que justifique el acceso (art. 14.2 LTBG). Asimismo, si el límite en cuestión no afecta a la totalidad del documento, deberá concederse el acceso parcial previa omisión

de la información afectada, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido (art. 16 LTBG)⁴⁴⁹.

- b) En cuanto a la *protección de datos personales* (art. 15 LTBG), la elaboración de disposiciones generales es, probablemente, uno de los ámbitos de la actuación administrativa en la que menos incidencia tendrá esta cuestión.

Ello se debe a los escasos documentos integrados en el expediente de elaboración de una norma que contienen datos personales, especialmente si tenemos en cuenta que, como ya hemos señalado, entendemos que se excluyen de esta aura de protección los datos meramente identificativos relacionados con la organización administrativa o el funcionamiento de la actividad pública de la Administración, como sucede con los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan intervenido en alguno de los trámites de elaboración de la norma.

A la vista de lo anterior, la casuística se reduce, cuasi exclusivamente, a los escritos de alegaciones presentados por personas físicas⁴⁵⁰ durante los trámites de audiencia o información pública, en los que consten el nombre, la dirección u otros datos relativos a la persona que realiza las aportaciones a la norma o, en su caso, relativos a su representante. Se trata así de datos personales meramente identificativos, respecto a los cuales la LTBG prevé que se realice una ponderación entre el interés público en el acceso a la información y el menor perjuicio de los derechos de los afectados (art. 15.3.c) LTBG). En el caso de que, fruto de la ponderación, se determine que prevalece la protección de datos personales, deberá llevarse a cabo una disociación de los mismos (art. 3.f LOPD)⁴⁵¹ o permitirse, en su caso, el acceso parcial.

⁴⁴⁹ Este precepto concreta, además, que deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

⁴⁵⁰ Hay que tener en cuenta que el concepto de datos de carácter personal versa únicamente sobre informaciones concernientes a personas físicas, y no jurídicas (art. 1 y 3.a LOPD).

⁴⁵¹ De acuerdo con el art. 3.f LOPD, el procedimiento de disociación se define como “todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”. Esta definición se vuelve a reiterar en el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley Orgánica, que en su apartado p) define el Procedimiento de disociación como “todo tratamiento de datos personales que permita la obtención de datos disociados”.

3. La resolución por la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse al solicitante y, en su caso, a los terceros afectados que así lo hayan solicitado. De acuerdo con el art. 20 LTBG, la resolución debe producirse en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver, ampliable por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información solicitada así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante; plazo máximo de resolución que resulta más breve en algunas leyes de transparencia autonómicas⁴⁵².

En cualquier caso, en relación a los documentos relacionados con el ejercicio de la potestad reglamentaria, estamos ante plazos que resultan excesivamente largos, teniendo en cuenta los términos tan restrictivos en los que se configura la intervención de los particulares en el procedimiento de elaboración de normas, que apenas disponen de quince días para realizar sus alegaciones.

Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, como ya hemos señalado, el silencio tiene, según el art. 20.4 LTBG, efectos desestimatorios; mientras que algunas leyes autonómicas incorporan un régimen de silencio positivo (art. 30.2 Ley foral 11/2012 y art. 35 Ley catalana 19/2014), que determinará que, una vez producido el silencio, deba presentarse una solicitud para hacer efectivo el acceso (art. 36 Ley catalana 19/2014).

El apartado e) del art. 3 LOPD señala asimismo que es un Dato disociado: “aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado.”

⁴⁵² Así, la Ley Foral 11/2012 prevé un plazo de resolución máximo de quince días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para resolverla, con carácter general. Si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible emitirla en este plazo, la solicitud podrá resolverse en treinta días desde la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente. En este último supuesto, deberá informarse al solicitante, dentro del plazo máximo de diez días, de las razones que justifican la emisión de la resolución en dicho plazo (art. 30.1 Ley foral 11/2012).

La Ley catalana 19/2014, por su parte, prevé también un período de un mes, pero la prórroga sólo puede ser de un plazo igual a la mitad del periodo inicial (art. 33.2).

El art. 32 de la Ley de Andalucía 1/2014 prevé un plazo de resolución de 20 días hábiles, prorrogables por igual período cuando el volumen o la complejidad de la información solicitada lo requiera y establece, además, la necesidad de que las resoluciones que resuelvan las peticiones de acceso a la información se adopten y notifiquen “con la mayor celeridad posible”, inciso también contenido en el art. 23 de la Ley de Extremadura 4/2013.

4. Las resoluciones relativas al acceso a la información, tanto expresas como presuntas, y estimatorias o desestimatorias, pueden ser impugnadas mediante la interposición de una **reclamación** especial de la que conoce el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o los órganos a los que se atribuya esta función a nivel autonómico⁴⁵³.

Esta reclamación tiene carácter sustitutivo respecto a los recursos administrativos ordinarios y carácter potestativo y previo a la impugnación de la resolución en vía contenciosa administrativa. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de tres meses, de acuerdo con el art. 24.5 LTBG; plazo que se reduce en algunas normas autonómicas⁴⁵⁴, debiendo destacar que, en cualquier caso, estamos ante una reclamación que no produce efectos suspensivos.

Como consecuencia de lo anterior, si el conocimiento que se pretende con el derecho de acceso tiene como última finalidad valorar si conviene, o no, impugnar una norma reglamentaria, esperar a la resolución de la reclamación podría determinar que transcurra el plazo máximo de un mes para interponer recurso de reposición contra la norma aprobada y, muy probablemente, también el plazo de dos meses para impugnar la disposición administrativa en vía contenciosa administrativa a través del recurso directo contra reglamentos.

⁴⁵³ La Disposición adicional cuarta LTBG establece que el Consejo de Transparencia y Buen gobierno sólo tiene, en principio, competencias en relación a resoluciones dictadas en materia de acceso por la Administración General del Estado y su sector público. Para resoluciones que provengan de las Comunidades Autónomas y su sector público o de las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, la Comunidad Autónoma debe determinar el órgano independiente que debe conocer de la reclamación o, en su defecto, atribuir esta competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a través de la firma del correspondiente convenio.

Por el momento, mientras que algunas Comunidades como la Rioja atribuyen esta potestad al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal (art. 16 Ley de la Rioja 3/2014) muchas otras han creado y regulado órganos independientes autonómicos dedicados específicamente a esta cuestión. Así, en Cataluña, la *Comissió de Garantia del Dret d'Accés* (art. 40.1 Ley catalana 19/2014); en Canarias, el comisionado de Transparencia y Acceso a la información Pública (arts. 58 a 65 Ley de Canarias 12/2014); en la Región de Murcia, el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (art. 38 Ley de la Región de Murcia 12/2014); y en Andalucía, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (arts. 43 a 48 Ley de Andalucía 1/2014).

⁴⁵⁴ Así, la Ley catalana 19/2014 prevé un plazo de resolución máximo de dos meses, que puede ser ampliado por la *Comissió de Garantia del Dret d'Accés a la Informació Pública* hasta un máximo de quince días.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones realizadas, podemos concluir que la regulación del derecho de acceso realizada por la LTBG, así como las distintas leyes de transparencia autonómicas, suscita importantes problemas de encaje con las especiales características del procedimiento de elaboración de reglamentos y de las informaciones públicas que se generan o adquieren con motivo del mismo, y que alcanzan a las causas de inadmisión de las solicitudes, a los límites aplicables al acceso y también a los plazos para resolver la solicitud.

Estamos así ante una cuestión que, bajo nuestro punto de vista, debería ser objeto de una regulación específica en las normas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria y los procedimientos relativos a la elaboración de reglamentos; la cual desplazaría el régimen general del derecho de acceso que contempla la legislación de transparencia, en virtud de lo dispuesto en la Disposición adicional primera LTBG.

3. La motivación en la elaboración de reglamentos

La motivación como medio para lograr niveles adecuados de conocimiento y, por ende, la transparencia de la Administración, tiene una importancia capital⁴⁵⁵. En la medida que la publicidad y el derecho de acceso suponen sólo un conocimiento formal, permitiendo "ver" el contenido de ciertos actos, documentos o informaciones administrativas; la motivación, en cambio, ayuda a "comprender", pues a través de la misma se ponen de manifiesto las razones que explican la conducta de la Administración.

⁴⁵⁵ En este sentido se pronuncian también: ARENA, G. "Transparencia administrativa y democracia... Op. cit. págs. 9 y 10; DYRBERG, P., "El acceso público a los documentos y autoridades comunitarias", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 2, vol I, 1997, págs. 377 y 381, y DEBBASCH, *Introduction a "La transparence administrative..."* Op. cit., págs. 12 y 13.

A sensu contrario, COTINO HUESO, aunque reconoce la conexión general de la transparencia con la motivación, considera más oportuno no vincular directamente este elemento con el concepto de transparencia. Sobre este debate doctrinal puede verse: COTINO HUESO, L. en *Teoría y realidad de la transparencia pública...* Op. cit., Págs. 18 a 24.

Asimismo, de la motivación también depende la efectividad de los restantes elementos que conforman la transparencia administrativa, pues gracias a ésta es posible fundamentar adecuadamente el sentido y contenido de las aportaciones realizadas con motivo de la participación ciudadana; y también se facilita, en relación a la rendición de cuentas, el ejercicio de las tareas de supervisión encomendadas a la Administración y el control de legalidad atribuido a los tribunales⁴⁵⁶.

La necesaria motivación de la actuación administrativa, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico desde la LPA de 1958 (art. 43 LPA)⁴⁵⁷, y actualmente prevista

⁴⁵⁶ Así lo ha puesto de relieve el Magistrado del Tribunal Supremo Don Luís María Díez-Picazo Gimenez en el voto particular formulado a la STS de 20 de diciembre de 2013 (Ar. 8339, Ponente: Rafael Fernández Valverde). En el caso de autos, el Tribunal estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1168/2012, de 7 de diciembre, aprobado por el Consejo de Ministros, en su sesión de fecha 7 de noviembre de 2012, por el que se indultó a un conductor “kamikaze”, condenado por la Audiencia Provincial de Valencia, sección cuarta, en sentencia de 17 de enero de 2011, como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños, a la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por hechos cometidos en el año 2003. El Tribunal consideró que, habiendo informes contrarios al indulto, la resolución carecía de una fundamentación específica, esto es, de una motivación, que permitiera sustentar el indulto en razones de justicia, equidad o conveniencia social.

El voto particular emitido por el Magistrado Díez-Picazo, señala que “La motivación está también al servicio de la transparencia; es decir, de la rendición de cuentas ante la opinión pública, incluso si la decisión a motivar no puede ser cuestionada ante los Tribunales”.

Sobre esta Sentencia y otros pronunciamientos judiciales relacionados con el indulto, *vid.* T.R. FERNÁNDEZ, “Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto”, *RAP* núm. 194, 2014, págs. 209-225; CÓRDOBA RODA, J.; TORNOS MAS, J., “Los indultos y su control jurisdiccional”, *Revista Jurídica de Catalunya* Vol. 113, núm. 1, 2014, págs. 39-78.

En el ámbito comunitario, resulta paradigmática en este ámbito la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, as. 222/86, Heylens.

⁴⁵⁷ En este sentido, y bajo unos criterios similares a los que rigen hoy en la LRJPAC, según el art. 43.1 LPA debían ser motivados:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos.
- b) Los que resuelvan recursos.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones procedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Aquellos que deban serlo en virtud de disposiciones legales.
- e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso”.

con carácter básico en el art. 54 LRJPAC, ha dado lugar a una amplia jurisprudencia, que ha determinado, como principales rasgos de una correcta motivación, que ésta no sea excesivamente breve o vaga y que se configure en unos términos que permitan conocer porqué se ha actuado de una manera determinada, lo que implica concretar las alternativas que la Administración ha descartado⁴⁵⁸; cuestiones todas ellas en las que han incidido también el Derecho y la Jurisprudencia Comunitarias⁴⁵⁹.

Adicionalmente, otra importante cuestión a tener en cuenta es que la motivación no sólo es exigible en relación a los actos administrativos, sino también respecto a las demás manifestaciones de la actividad administrativa, siendo especialmente relevante en el ejercicio de potestades discrecionales, entre las que se encuentra, como sabemos, la potestad reglamentaria, calificada por la doctrina, como "la más discrecional de todas" (FONT)⁴⁶⁰. Se ha superado así (afortunadamente) una jurisprudencia que remarcaba que las exigencias de motivación no eran aplicables a las disposiciones administrativas generales⁴⁶¹, para dejar paso a una ya sólida doctrina jurisprudencial que exige la

⁴⁵⁸ En este sentido, nuestra jurisprudencia exige que una decisión administrativa venga "respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera" (STS de 29 de noviembre de 1985, Ar. 5574). La relevancia de la motivación es tal que se considera que las carencias en la misma pueden incidir en otros derechos; y, en particular, en el derecho de defensa.

En este sentido, la STS de 22 de noviembre de 2011, Ar. 3487, relativa a la denegación de un visado de residencia, dispone: "La resolución administrativa denegatoria del visado presenta una escueta motivación que dificulta considerablemente la indagación de las verdaderas causas determinantes de la denegación ahora combatida", para acabar concluyendo que: "la genérica motivación administrativa de la denegación de la solicitud del visado junto a la ulterior concreción de las razones determinantes de la inviabilidad de la solicitud del visado, acabó por generar a los recurrentes una situación de indefensión material".

⁴⁵⁹ En este sentido, el art. 296 TFUE impone una obligación general de motivar, no sólo las decisiones de carácter individual, sino también los actos de carácter general, importancia de las formas que ha sido resaltada por el Tribunal de Justicia (STJUE 4 de julio de 1963, Alemania c. Comisión, ass. 24/62, Rec. 143). Sobre el tema: TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo. Parte general...* Op. Cit. Págs. 91 y 92.

⁴⁶⁰ FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos... Op. Cit. Pág. 135; BACIGALUPO SAGESSE, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁴⁶¹ Así lo declaró la STS de 13 de junio de 1997 (Ar. 5144, Ponente: Manuel Goded Miranda), afirmando lo siguiente: "Por lo que hace a la pretendida vulneración del artículo 43.1, a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de

motivación de la regulación adoptada “en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria”; erigiéndose también como “garantía interna encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria” (STS de 13 de noviembre 2000, Ar. 2001/65, Ponente: Rafael Fernández Montalvo)⁴⁶².

La motivación de las normas reglamentarias es así “garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límites externo a la decisión administrativa, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria” (STS de 22 de junio de 2004, Ar. 5064, Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat)⁴⁶³.

No podemos olvidar que, en el ejercicio de la potestad reglamentaria su titular tiene una libertad de opción o alternativas dentro de los márgenes permitidos por la norma que se desarrolla o ejecuta (STS de 13 de noviembre de 2000, ya citada), por lo que es necesario que la Administración explicita las razones de la concreta regulación que se aprueba: porqué la norma reglamentaria se ha aprobado con ese concreto contenido y no con otro, tanto desde el punto de vista jurídico o de su adecuación a la legalidad y también desde una perspectiva técnica, económica y social, cuestión también prevista de forma expresa en otros ordenamientos jurídicos⁴⁶⁴.

derecho, «los actos que limiten derechos subjetivos», la alegación debe desestimarse, ya que el precepto se refiere a los actos administrativos, pero no a las disposiciones generales, no comprendidas en el ámbito de dicho artículo”.

⁴⁶² La referida STS de 13 de noviembre de 2000 destaca así que: "Una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación, por la que se hace explícitas las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria".

⁴⁶³ La STS de 22 de junio de 2004 señala: “el deber de motivación, que constituye una garantía del actuar administrativo, no tiene la misma plasmación jurídica en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que en el procedimiento administrativo, al engarzarse en aquel caso en los presupuestos constitucionales sobre la justificación de la norma reglamentaria (...)”.

⁴⁶⁴ En el caso de Estados Unidos, la APA exige que las normas aprobadas por las agencias incorporen una declaración general concisa acerca de las bases en las que ésta se fundamentan y su propósito. La

Teniendo en cuenta lo anterior, la motivación de las disposiciones generales se articula a través de los informes, dictámenes, consultas o memorias que se recaban y llevan a cabo durante el procedimiento de elaboración de la norma y antes de su aprobación; instrumentos que plasman la transparencia en la elaboración de normas (STS de 27 de noviembre de 2006, Ar. 2007/492, Ponente: Ricardo Enríquez-Sancho)⁴⁶⁵. Su importancia en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración se intentó reforzar mediante la creación y regulación de la MAIN (RD 1083/2009); aunque este instrumento, tal como hemos tenido oportunidad de señalar, no ha logrado el efecto esperado, pues el mismo no siempre se elabora correctamente, tal como refleja la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 16 de diciembre de 2011; 8 de enero de 2014; y de 16 de abril de 2013, ya citadas); y ni siquiera la propia Administración le da la relevancia que merecería⁴⁶⁶.

En este contexto, las normas que configuran el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, además de prever, en los términos ya señalados, la publicidad activa de las memorias y otros documentos en los que se plasma la motivación de la

exigencia de motivación en el marco del procedimiento de *rulemaking* es, en la letra de la Ley, menos exigente que aquella que se prevé para la actividad de adjudicación, pero es necesario que, en cualquier caso, la declaración de la agencia haga referencia a las principales cuestiones que se hayan ventilado durante el procedimiento y las razones que justifican que la agencia haya optado por una regulación, y no por otra [Automotive Parts Assn. v. Boyd 407 F.2d 330, 388 (D.C. Cir. 1968)].

Se trata de una cuestión en la que los tribunales se han mostrado rigurosos, tal como se puso de relieve en la Sentencia *Kenecott Copper Corp. v. EPA*, 462 F.2d 846 (D.C. Cir. 1972), en la que el Tribunal anuló un reglamento aprobado por la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*) que establecía un estándar de calidad del aire limitando los niveles de óxidos de sulfuro, por considerar que no se había explicitado suficientemente la base en la que se fundamentaba la referida limitación.

⁴⁶⁵ En esta Sentencia, el Tribunal Supremo señaló que: “La memoria justificativa pone de relieve esos aspectos positivos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo así a éstos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga, en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando, en relación a los reglamentos, el principio general de transparencia establecido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992”.

⁴⁶⁶ Cabe destacar, en este sentido, como la ya referida Guía metodológica para la realización de las evaluaciones de impacto normativo, aprobada por el Consejo de Ministros, otorga a este instrumento un carácter meramente informativo, al establecer expresamente que: “el análisis de impacto normativo nunca sustituye la decisión política. Se limita a aportar información relevante para que los órganos competentes tomen las decisiones que estimen oportunas”; cuestión que ha merecido importantes críticas. REVUELTA PÉREZ, I., “Análisis de impacto normativo control judicial...Op. Cit. Pág. 95.

norma reglamentaria (art. 7.d) LTBG), contienen también diversas previsiones dirigidas a ampliar y reforzar esa motivación.

En particular, a través de las mismas se obliga a la Administración a valorar ciertas cuestiones no abarcadas por los instrumentos previstos en el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria. El objetivo es lograr menos reglamentos y que éstos resulten más fáciles y sencillos de cumplir por parte de sus destinatarios, para lo cual se han introducido, esencialmente, dos grandes medidas.

1. En primer lugar, se ha reforzado la motivación en relación al propio ejercicio de la potestad reglamentaria, esto es, respecto a la **necesidad o conveniencia de iniciar el procedimiento** para aprobar un nuevo reglamento o, en su caso, modificar la regulación reglamentaria ya existente en una determinada materia. La finalidad última que se persigue con ello es lograr un marco normativo más sencillo, estable y menos cambiante, que facilite su conocimiento por parte de los ciudadanos; cuestión que ya hace años se exigía por la doctrina (SANTAMARÍA PASTOR)⁴⁶⁷.

Se exige, por tanto, una motivación que, como decimos, tiene carácter previo a la elaboración de la norma; y que no queda cubierta con la realización de la MAIN, ni tampoco con las restantes memorias e informes que recoge el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria; pues se trata de instrumentos que, en la mayoría de casos, se elaboran a posteriori y justificando una regulación ya cerrada, como ya ha tenido ocasión de señalar el Consejo de Estado⁴⁶⁸.

Así, el art. 4 LES, relativo a los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Pública, establece en su apartado segundo que “la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés

⁴⁶⁷ El autor señala que: "Parece lógico que la iniciación del procedimiento de elaboración de una norma deba motivarse en un proceso reflexivo de detección de problemas o necesidades que exijan la emanación de aquella; una contestación de problemas que, racionalmente, deben constar por escrito, en estudios o informes previos (...). Sin embargo, esta intachable perspectiva racional se encuentra a años luz del modo usual de operar e nuestra Administración. En noventa y nueve de cada cien casos, tales estudios e informes no existen; la causa eficiente, dicho en términos escolásticos, de una norma reglamentaria radica en una idea emitida por un cargo político, que sin más encarga a un subordinado la redacción de un primer borrador" SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I...* Op. Cit. Págs. 806 y ss.

⁴⁶⁸ Dictamen del Consejo de Estado de 16 de abril de 2009.

general”. En virtud del principio de simplicidad, toda normativa debe atender “a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo” (art. 4.4. LES). En la misma línea, este precepto también prevé que, de conformidad con el principio de seguridad jurídica, “las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre” (art. 4.4 LES); certidumbre que resulta necesaria para facilitar, entre otras cuestiones, la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

Por otra parte, mientras que la LTBG prevé únicamente la revisión, simplificación y, en su caso, consolidación del ordenamiento jurídico ya existente (Disposición Adicional segunda LTBG), cuestión también prevista en el art. 6 LES; algunas leyes de transparencia autonómicas van más allá, y exigen de forma expresa la necesidad de motivar el ejercicio de la potestad reglamentaria del que derive la incorporación de nuevas normas al ordenamiento jurídico, afirmando que la Administración debe actuar de acuerdo con “los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad y eficacia” (artículos 4.j) de la Ley Foral 11/2012 y 4.j) de la Ley de Extremadura 4/2013).

La forma, no obstante, de trasladar estos principios a la realidad, no se encuentra concretada en las normas citadas⁴⁶⁹, dejando en manos de cada Administración decidir cuáles son los instrumentos a través de los cuales se hará efectiva esta motivación *ex ante* del ejercicio de la potestad reglamentaria⁴⁷⁰.

2. En segundo lugar, la legislación que incorpora transparencia a nuestro ordenamiento jurídico prevé también que la Administración tenga que motivar adecuadamente aquellas medidas incorporadas en normas reglamentarias que supongan **nuevas cargas**

⁴⁶⁹ Así, el art. 5 LES, referido a los instrumentos de las Administraciones Públicas para la mejora de la regulación, establece únicamente que se “impulsarán los instrumentos de análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan”.

⁴⁷⁰ Respecto a esta cuestión, hay que destacar que el PLPACAP recoge, en esencia, los mismos principios de buena regulación que la LES (art. 129 PLPACAP), previendo que su cumplimiento se evaluará de forma periódica, a través de un informe que se hará público con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente (art. 130 PLPACAP), por lo que sigue persistiendo un alto grado de indeterminación en este ámbito.

administrativas para los ciudadanos, especialmente de carácter económico; cuestión que en el ordenamiento jurídico estadounidense ya se reguló en los años 80 a través de la *Regulatory Flexibility Act*⁴⁷¹.

En un contexto de progresiva simplificación administrativa, es evidente que las nuevas normas aprobadas por la Administración no pueden quedar al margen de este proceso, por lo que es necesario justificar que las medidas que incorpora la nueva regulación son necesarias, proporcionadas y no pueden lograrse por medios menos restrictivos.

En nuestro ordenamiento jurídico, se intentó que los aspectos anteriores fueran objeto de análisis a través de la MAIN⁴⁷²; siendo una cuestión cuya importancia se ha ido reforzando en el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, primero en relación al sector servicios la Ley Paraguas ya previó la necesidad de que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma tenga en cuenta los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 5

⁴⁷¹ En virtud de esta Ley, aprobada en 1980, se imponen a las agencias administrativas una serie de requerimientos procedimentales y analíticos, que tienen por objeto que la agencia considere de forma adecuada el impacto que las normas que adopte pueden tener en las pequeñas empresas, así como asegurar que las mismas participan en el procedimiento de elaboración y aprobación de la norma.

Las previsiones de esta Ley se complementan con las Órdenes ejecutivas 12.291 (1981) y 12.498 (1985). La primera de estas normas, relativa a los "Reglamentos mayores" (*Major Rules*), definidos por la propia Orden como aquéllos que tengan un impacto económico de, como mínimo, 100 millones de dólares, impone a la agencia que justifique, entre otras cuestiones, que los beneficios del reglamento superan sus costes; que se elige la alternativa menos gravosa para alcanzar el objetivo propuesto; y que, entre las prioridades de la norma, se encuentra maximizar los beneficios sociales. Estas cuestiones quedan reflejadas, de forma detallada, en el Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis*); documento que se tiene que realizar antes de publicar el anuncio de inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos.

Sobre estas cuestiones, *vid*: FREEDMAN, DORIS S.; SINGER, BARNEY; SWAIN, FRANK S., "The Regulatory Flexibility Act: Orienting Federal Regulation to Small Business", *Dickinson Law Review*, Vol. 93, núm. 3, 1989 (págs. 439-464); HOLMAN, KEITH W., "The Regulatory Flexibility Act at 25: Is the Law Achieving Its Goal", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 33, Núm. 4, 2006 (págs. 1119-1138); PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law...*, Vol. 1, Op. Cit. Págs. 663 y 664.

⁴⁷² El concepto de "cargas administrativas" ha sido definido en la Guía metodológica para la realización de las evaluaciones de impacto normativo, que las identifica con "(...) todas aquellas tareas de naturaleza administrativa que deben llevar a cabo las empresas y ciudadanos para cumplir con las obligaciones de la norma".

Ley Paraguas)⁴⁷³; y que, en dicha norma, la imposición de mecanismos de evaluación previa tenga carácter excepcional (art. 11 Ley Paraguas)⁴⁷⁴. Con posterioridad, y con un

⁴⁷³ El tenor literal del art. 5 Ley Paraguas (Regímenes de autorización) es el siguiente:

“La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

a) No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b) Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado.»

c) proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control «a posteriori» se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad”.

⁴⁷⁴ El art. 11 de la Ley Paraguas (Requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa) dispone:

“1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a:

a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales.

b) Requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica; así como la obligación de constituirse como entidad sin ánimo de lucro.

c) Requisitos relativos a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.

d) Requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la

carácter más general, el art. 4.3 LES determina que la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado. Esta previsión debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 4.8 LES, que establece que “la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales”; y también con el art. 4.9 LES, que encomienda a los poderes públicos mantener un marco normativo en el que no haya “más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general”.

Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que reserven el acceso a una actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad.

- e) La prohibición de disponer de varios establecimientos en el territorio español.
- f) Requisitos relativos a la composición de la plantilla, tales como tener un número determinado de empleados; ya sea en el total de la plantilla o en categorías concretas, o a la obligación de contratar con una procedencia o modalidad determinada.
- g) Restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos.
- h) La obligación del prestador de realizar, junto con su servicio, otros servicios específicos o de ofrecer una determinada gama o surtido de productos.

2. No obstante excepcionalmente, se podrá supeditar el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio al cumplimiento de alguno de los requisitos del apartado anterior cuando, de conformidad con el artículo 5 de esta Ley, no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

En todo caso, la concurrencia de estas condiciones deberá ser notificada a la Comisión Europea según lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta y deberá estar suficientemente motivada en la normativa que establezca tales requisitos”.

La LGUM también ha prestado atención a esta cuestión⁴⁷⁵, y establece en su artículo 7 que, en base al principio de simplificación de cargas, “la intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no se genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad”. Para evitar estos excesos y duplicidades, la propia Ley consagra la cooperación entre autoridades competentes en el marco de la elaboración de proyectos normativos, la cual determina que la autoridad competente proponente de una norma que afecte de manera relevante a la unidad de mercado deba poner a disposición al resto de autoridades, a través de un sistema de intercambio electrónico de información y con la antelación suficiente, el texto del proyecto de norma, acompañado de los informes o documentos que permitan su adecuada valoración, incluyendo en su caso la memoria del análisis de impacto normativo (art. 14.2 LGUM).

En este contexto, y para motivar adecuadamente las medidas propuestas, se prevé que, si el proyecto de norma establece o modifica medios de intervención, se analizará la existencia de otras medidas que afecten a la misma actividad ya establecidas por otras autoridades competentes; se asegurará que los medios de intervención no recaen sobre los mismos aspectos en caso de concurrencia de varias Administraciones y se preverá un sistema por el cual el procedimiento no genere costes adicionales para el operador en comparación con la intervención de una única Administración (art. 14.4 LGUM). Asimismo, si el proyecto de norma establece o modifica requisitos de acceso o ejercicio a una actividad económica, se analizará la consistencia de éstos con el resto de la normativa de las demás autoridades competentes (art. 14.5 LGUM).

La LTBG y la mayoría de leyes de transparencia autonómicas no han incidido en esta cuestión, con la única excepción de la Ley catalana 19/2014, que en su artículo 64.1 establece que la Administración “tiene que emplear los instrumentos de análisis más adecuados para evaluar los efectos de la nueva regulación y evitar que se generen obligaciones o gastos innecesarios o desproporcionados respecto a los objetivos de interés general que se pretenden conseguir”. Esta previsión viene a reforzar el papel de

⁴⁷⁵ PERNAS GARCÍA, J.J., “«Principio de necesidad y de proporcionalidad» en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado”, en AAVV, ALONSO MAS, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...* Op. Cit. págs. 417-466

instrumentos surgidos durante los últimos años en Cataluña y que persiguen esa misma finalidad, como es el caso del denominado "Test de PIMES"⁴⁷⁶; también empleados en otros ordenamientos jurídicos⁴⁷⁷.

Finalmente, hay que tener en cuenta que todas estas cuestiones también son valoradas desde la perspectiva de la Administración por la ya citada LO 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que establece que, en la fase de elaboración y aprobación de normas reglamentarias, deberán valorarse las repercusiones y efectos que éstas puedan tener; obligación de ampliar la motivación circunscrita a aquellas disposiciones generales que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros⁴⁷⁸.

IV. LA PARTICIPACIÓN EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

La transparencia supone dar un nuevo contenido a la participación ciudadana, tal como ha queda reflejado en las diversas leyes de transparencia autonómicas. Todas estas normas coinciden en fomentar y mejorar los términos en los que se desarrolla la participación ciudadana, entendida como la participación de personas y entidades que no tienen la condición de interesados, las cuales disponen ahora de nuevas garantías y

⁴⁷⁶ El "Test de PIMES", regulado en el ya referido Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de fecha 11 de febrero de 2014, tiene como finalidad valorar el impacto de las normas respecto a las PIMES, en materia de competitividad o cargas administrativas, entre otras cuestiones. El mismo se emplea ya en relación a los Decretos aprobados por los distintos Departamentos de la Generalitat de Cataluña, siendo un instrumento sobre el que ya tenido oportunidad de pronunciarse la *Comissió Jurídica Assessora* (Dictamen 258/2015, relativo al proyecto de decreto del procedimiento de acreditación de las escuelas particulares de conductores como centros de formación de calidad).

⁴⁷⁷ En el ordenamiento jurídico estadounidense, dichos instrumentos se incorporan en la ya citada *Regulatory Flexibility Act*.

⁴⁷⁸ El tenor literal del art. 7.3 LO 2/2012 es el siguiente: "Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera".

herramientas para intervenir de forma efectiva en las actuaciones administrativas que tienen un alcance carácter general.

Y es que, como ya hemos tenido oportunidad de ver, en virtud de la transparencia se fomenta la participación ciudadana desde una perspectiva general y en relación a cada procedimiento decisorio; se eliminan las formalidades innecesarias y que dificultan la intervención de los ciudadanos en la actuación administrativa, renovando las formas y los medios; se otorga a la participación ciudadana un papel más relevante en la actuación administrativa, asegurando una participación informada y una correcta valoración de las aportaciones por parte de la Administración; y se regulan las actuaciones participativas llevadas a cabo por grupos de interés o *lobbies*.

Todo ello se refleja, también, en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de nuestras Administraciones Públicas y, más en concreto, en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales. En este ámbito concreto de la actuación administrativa, la participación viene consagrada, como ya hemos señalado, en el art. 105.a) CE, que dispone que la Ley regulará: "La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten"; previsiones que se han traducido, en el art. 24. c) y d) LG y en las distintas leyes autonómicas que regulan la elaboración de reglamentos, en unos "pobres" trámites de audiencia e información pública, que se desarrollan en los términos ya indicados en el primer Capítulo de este trabajo.

La configuración legal de estos trámites ha recibido, en términos generales, importantes críticas por parte de nuestra doctrina⁴⁷⁹, siendo algunos de los aspectos más cuestionados: el limitado ámbito subjetivo del trámite de audiencia⁴⁸⁰; la excesiva

⁴⁷⁹ LAZQUÍN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas: La elaboración de reglamentos... Op. Cit. Págs. 231 y 232; DE LA CRUZ FERRER, J., "Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho... Op. Cit.; DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales... Op. Cit.; EZQUERRA HUERVA, A., "En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos... Op. Cit; SALA ATIENZA, P., "El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.

⁴⁸⁰ En esta línea, GARRIDO FALLA señala que, cuando el art. 105.a) CE hace referencia a la audiencia a los ciudadanos "directamente o a través de las organizaciones y asociaciones representativas", estamos ante una expresión que tiene un sentido copulativo, y no disyuntivo. GARRIDO FALLA, F., "Comentario al

formalidad con la que, tanto la audiencia como la información pública, se llevan a cabo; la escasa utilización del trámite de información pública, de carácter facultativo⁴⁸¹; el breve período de tiempo para presentar alegaciones; la falta de adecuación de estos trámites participativos a la intervención que llevan a cabo los grupos de interés o *lobbies*⁴⁸²; y la poca incidencia que las alegaciones realizadas por los ciudadanos tienen en la norma finalmente aprobada.

Estas carencias son el origen y causa de los bajos niveles de participación ciudadana que se producen en la elaboración de reglamentos, la cual resulta esencial para garantizar el acierto y oportunidad de la norma y también su mayor aceptación por parte de sus destinatarios (MONTORO CHINER)⁴⁸³. En este ámbito de la actuación administrativa, la participación ciudadana no sólo se configura como un derecho de los ciudadanos de trasladar su parecer a la Administración; sino que se trata de una importante herramienta a disposición de los poderes públicos para ejercer mejor sus potestades normativas desde distintos puntos de vista. En la denominada sociedad de la información, la Administración no puede obviar que el conocimiento se encuentra disperso, por lo que es necesario que ésta se esfuerce en recabar aquellos datos e informaciones que se encuentran en distintas manos, para poder así elaborar, de la manera más informada posible, cada concreta disposición administrativa, lo que ha llevado a hablar de la función tecnocrática de la participación⁴⁸⁴. Asimismo, no podemos obviar que los

artículo 105", en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 3ª Ed. Civitas, 2001. Pág. 1626.

⁴⁸¹ CASTELLÀ ANDREU, J.M., *Los derechos constitucionales de participación Política en la administración Pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Cedecs, Barcelona, 2001. Págs. 463 a 468.

⁴⁸² RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; SÁNCHEZ MORÓN, M., "Participación, neocorporativismo... Op. Cit.

⁴⁸³ La autora se refiere a la importancia de la participación en el cumplimiento de la norma, señalando en este sentido que: "Si la norma pretende llegar al ciudadano y dirigir su conducta a las finalidades por ella deseadas, la norma debe irradiar poder de comunicación entre la autoridad normativa y el destinatario". MONTORO CHINER, M.J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia...* Op. Cit. Pág. 38.

⁴⁸⁴ FERNÁNDEZ LE GAL, A. y PÉREZ ALBERDI, M^a.R., "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: El artículo 105 a) de la Constitución", en MURILLO DE LA CUEVA, P.L. (Coord.), *Gobierno y Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Pág. 504.

ciudadanos son quienes conocen de primera mano los problemas o cuestiones que van a ser objeto de regulación, circunstancia que resulta especialmente relevante en relación a los reglamentos aprobados por las Administraciones estatales y autonómicas, que carecen del nivel de proximidad que, por ejemplo, ostenta la Administración Local, lo que dificulta la tarea de lograr el acierto de la norma y su adecuación a la realidad que regula.

Las normas que integran el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria (a excepción de la LTBG, que guarda silencio al respecto), se refieren así a la participación en la elaboración de normas en unos términos que nos acercan a los sistemas más avanzados en materia de transparencia. El objetivo que subyace en esta legislación es fomentar la participación de todos los ciudadanos (y no sólo de los interesados) en la elaboración y aprobación del reglamento y dotar a esta intervención de un mayor protagonismo⁴⁸⁵; aunque sin sustituir los tradicionales trámites de audiencia o de información pública en los supuestos en que sean preceptivos de acuerdo con la normativa vigente (art. 44.5 Ley Foral 11/2012; art. 69.4 Ley catalana 19/2014).

Así, el art. 5.2 LES realiza toda una declaración de intenciones al señalar que las Administraciones Públicas deben prestar la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de proyectos normativos, fomentando la participación en las iniciativas normativas con el objetivo de mejorar la calidad de la norma.

Teniendo en cuenta esta finalidad, las distintas leyes autonómicas de transparencia y también la LGUM contienen diversas previsiones dirigidas a suplir algunas de las deficiencias de los tradicionales trámites de audiencia y de información pública. Esencialmente, y como desarrollaremos a continuación, como consecuencia de esta nueva regulación se prevé expresamente la iniciativa normativa; se flexibilizan los medios participativos; se refuerza la efectividad de la participación; y se tiene en cuenta la intervención que tienen los grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de normas.

⁴⁸⁵ En este sentido, el art. 19 de la Ley de La Rioja 3/2014 establece que: “La Administración Pública riojana velará por alcanzar el mayor grado de participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de disposiciones general, a través de los trámites de audiencia e información pública, salvo en el supuesto de disposiciones relacionadas con la potestad de autoorganización de las administraciones públicas, normas presupuestarias y análogas”.

1. La iniciativa normativa

En el marco tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria, una de las cuestiones que, tradicionalmente ha sido problemática, es la falta de regulación de la iniciativa ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos; cuestión a la que nos hemos referido en el primer Capítulo de este trabajo.

Esta carencia, tal como hemos señalado, debe considerarse como una anomalía, en el bien entendido que la iniciativa normativa sí está prevista en relación a las disposiciones generales con rango de Ley (art. 87.3 CE)⁴⁸⁶; en relación a los reglamentos aprobados por corporaciones locales (arts. 70 bis, apartado 2 LBRL)⁴⁸⁷; e, incluso, en el contexto de las políticas de la Unión Europea, (Reglamento núm. 211/2011, de 16 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana)⁴⁸⁸. Asimismo, también

⁴⁸⁶ Este precepto constitucional encuentra su desarrollo legislativo en la LO 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular.

⁴⁸⁷ El art. 70 bis apartado segundo LBRL dispone:

"Los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal.

Dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

- a) Hasta 5.000 habitantes, el 20 por ciento.
- b) De 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 por ciento.
- c) A partir de 20.001 habitantes, el 10 por ciento.

Tales iniciativas deberán ser sometidas a debate y votación en el Pleno, sin perjuicio de que sean resueltas por el órgano competente por razón de la materia. En todo caso, se requerirá el previo informe de legalidad del secretario del ayuntamiento, así como el informe del interventor cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico del ayuntamiento. En los municipios a que se refiere el artículo 121 de esta ley, el informe de legalidad será emitido por el secretario general del Pleno y cuando la iniciativa afecte a derechos y obligaciones de contenido económico, el informe será emitido por el Interventor general municipal.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la legislación autonómica en esta materia.

Tales iniciativas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, que será tramitada en tal caso por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71".

⁴⁸⁸ La iniciativa ciudadana fue una de las grandes novedades incorporadas por el Tratado de Lisboa, que modificó el art. 11.4 TUE, estableciendo que "un grupo *de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre*

en otros ordenamientos jurídicos esta cuestión se encuentra regulada, pudiendo así destacar, en el ordenamiento estadounidense, la previsión contenida en la Sección 553(e) APA, que reconoce el derecho de cualquier persona de solicitar la adopción, enmienda o la derogación de una norma⁴⁸⁹.

En este contexto, son diversas las normas autonómicas de transparencia que, más allá de las previsiones genéricas referidas a la posibilidad de plantear propuestas y sugerencias a la Administración, se refieren expresamente a la posibilidad de que los ciudadanos puedan presentar propuestas de tramitación de iniciativas de carácter reglamentario; consagrando así la participación ciudadana en la génesis del procedimiento de elaboración de reglamentos. En estas normas se establecen, a grandes rasgos, los requisitos que deben cumplir dichas iniciativas normativas, así como el procedimiento para darles cauce.

En cuanto a los requisitos que deben revestir las iniciativas normativas, se concretan en los siguientes:

- a) Desde el punto de vista objetivo, las iniciativas reglamentarias deben versar sobre materias en las que la Administración tenga atribuidas competencias; y, como es lógico, no pueden recaer sobre materias que se encuentren excluidas de la iniciativa legislativa popular [art. 33.1.a) Ley de la Región de Murcia 12/2014; art. 41.1 y 2 Ley de Extremadura 4/2013; art. 45.1 y 2 Ley Foral 11/2012].
- b) Desde el punto de vista subjetivo, hay algunas normas que exigen que las iniciativas reglamentarias versen sobre materias que afecten a los derechos e intereses legítimos de quienes las presenten (art. 41.1 Ley de Extremadura

cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”.

El funcionamiento de este mecanismo de participación ciudadana está ampliamente explicado en el *Libro Verde sobre una Iniciativa Ciudadana Europea*, de 11 de noviembre de 2009, COM (2009) 622 final.

⁴⁸⁹ La APA no detalla, no obstante, los términos en que puede ejercerse este derecho, por lo que la solicitud de regulación seguirá distintos cauces según la agencia administrativa a la que vaya dirigida. Así, mientras que en algunos casos existe una Ley federal que regula el proceso de solicitud de adopción de una regulación [Laminators Safety Glass Ass'n v. Consumer Product Safety Commission, 578 F.2d 406 (D.C. Cir. 1978)], en otros supuestos, la agencia se rige únicamente por prácticas estándar en este ámbito.

4/2013; y art. 45.1 Ley Foral 11/2012); mientras que este requisito no es exigido ni por la Ley de la Región de Murcia 12/2014 ni tampoco por la Ley catalana 19/2014.

A pesar de estas diferencias, sí se exige en cualquier caso que la iniciativa ciudadana venga respaldada por un número mínimo de firmas bastante significativo⁴⁹⁰.

- c) Desde el punto de vista formal, diversas normas autonómicas imponen al ciudadano la necesidad de que éste presente una propuesta de texto que, además, vaya acompañada de “una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa” (art. 41.3 Ley Extremadura 4/2013; y art. 45.3 Ley Foral 11/2012); equiparando así la iniciativa normativa referida a un reglamento a aquélla que versa sobre una norma legal.

Estas previsiones, bajo nuestro punto de vista, resultan excesivas, especialmente si tenemos en cuenta que, en la mayoría de casos, a la iniciativa de un reglamento le precede una norma legal que prevé expresamente su futuro desarrollo reglamentario y es posible, incluso, que concrete los aspectos que deben ser desarrollados y el plazo para hacerlo.

Así, al menos en estos supuestos, entendemos que sería suficiente con exigir a los ciudadanos que especificaran la temática concreta respecto a la cual se solicita que la Administración elabore y apruebe una norma reglamentaria; motivando de forma sucinta los motivos legales o de oportunidad que justificarían su adopción y, en su caso, los principales aspectos a abordar por la futura regulación. En estos términos, la iniciativa ciudadana podría ser un mecanismo, no sólo participativo, sino también de control, que contribuiría a poner fin a los frecuentes incumplimientos de los plazos fijados para aprobar reglamentos, y evitar así las posibles situaciones de litigiosidad, de responsabilidad de la Administración u otras consecuencias perjudiciales que de ello se pudieran derivar, cuestión a la que nos hemos referido en el primer capítulo de este trabajo.

⁴⁹⁰ En particular, el art. 41.3 Ley de Extremadura 4/2013 y el art. 45.1 Ley Foral 11/2012 exigen 2.000 firmas; el art. 33.1.c) Ley de la Región de Murcia 12/2014, 6.000 firmas; y el art. 70.3 Ley catalana 19/2014, 15.000 firmas.

En el caso de que se cumplan los requisitos objetivos, subjetivos y de forma señalados, deberá dictarse resolución en la que se determine si prospera, o no, la iniciativa normativa; previéndose en algunos casos la realización de un informe en el que se valoran los intereses de los afectados y la oportunidad que, para el interés público, representa la regulación propuesta (art. 41.3 Ley Extremadura 4/2013; y art. 45.3 Ley Foral 11/2012)⁴⁹¹.

En cualquier caso, es común a todas las regulaciones autonómicas citadas prever que la resolución que, de forma expresa o presunta⁴⁹², resuelva que la iniciativa normativa no prospera, sólo puede ser objeto de impugnación en lo relativo al ejercicio de este derecho, pero no en relación a la oportunidad de la decisión de iniciar, o no, la tramitación de la iniciativa (art. 70.6 Ley catalana 19/0214; y art. 41.5 Ley Extremadura 4/2013; art. 45.5 Ley foral 11/2012).

Al respecto, entendemos que ésta última regla debe ser matizada, pues en el supuesto en que una norma con rango legal prevea de forma expresa el desarrollo reglamentario de todas o parte de sus previsiones; superado el plazo máximo que, en su caso, prevea la Ley para aprobar el reglamento correspondiente, ya no estamos ante una cuestión de oportunidad, sino de mera legalidad.

2. El refuerzo de la participación

La legislación de transparencia determina, como hemos tenido oportunidad de ver, la reformulación de los términos en los que se desarrolla la participación ciudadana, la cual adquiere una nueva dimensión; logrando, entre otras cuestiones, que ésta sea más efectiva y también que se incorporen nuevos cauces o vías para hacerla realidad.

⁴⁹¹ El art. 70.4 de la Ley catalana 19/2014 determina que son aspectos a valorar por el órgano competente para iniciar el procedimiento: la necesidad de la norma, los costes que comportaría, la oportunidad de la regulación para el interés públicos y los efectos que produciría sobre el sector y los intereses afectados.

⁴⁹² El art. 70.4 de la Ley catalana 19/2014 prevé que, transcurridos tres meses sin que se adopte por parte del órgano competente una resolución sobre la iniciativa normativa, ésta debe entenderse desestimada por silencio administrativo.

Todo ello tiene su reflejo en la elaboración de disposiciones generales; pues, sin perjuicio de que sigan subsistiendo, en los términos ya analizados, los trámites de audiencia e información pública, se prevé que, al margen de éstos y, normalmente, antes de su realización, los ciudadanos puedan también realizar sugerencias o aportaciones por otros cauces (art. 44.3 Ley Foral 11/2012; art. 7 Ley de Extremadura 4/2013; art. 47 Ley de la Comunitat Valenciana 2/2015). Adicionalmente, también se establecen en algunas leyes autonómicas períodos más largos para presentar alegaciones (un mes como mínimo, de acuerdo con el art. 35.1.c) Ley Foral 11/2012); y se incorpora en este ámbito la utilización de medios electrónicos y telemáticos, previéndose incluso, en algunos supuestos, que los portales a través de los cuales se da cumplimiento a las obligaciones de publicidad activa sirvan también para canalizar la participación ciudadana (Disposición adicional segunda Ley de Extremadura 4/2013).

Del mismo modo, estas normas establecen, en términos generales, la necesidad de que la participación tenga carácter real; lo cual se logra, como ya hemos señalado, a través de una participación informada y mediante la adecuada valoración de las aportaciones realizadas por parte de la Administración.

Así, por un lado, y en relación al carácter informado de la participación, son diversas leyes autonómicas de transparencia que determinan la necesidad de que los ciudadanos tengan la información suficiente para formular sus alegaciones; información que debe tener carácter inteligible y a la cual debe permitirse el acceso con una antelación suficiente [arts. 5.2.c) y 35.1.b) Ley Foral 11/2012; y art. 69.2 Ley catalana 19/2014]⁴⁹³.

En el ámbito concreto de la elaboración de reglamentos, dichas previsiones tienen carácter esencial pues, a pesar de la obligatoriedad de hacer públicos los proyectos de reglamentos así como las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos (art. 7.c) y d) LTBG), el momento previsto para

⁴⁹³ Hay que destacar que estas previsiones legales han ido precedidas de una firme doctrina legal, por parte de los órganos consultivos autonómicos, en la que éstos han remarcado la importancia de que la memoria y los documentos preceptivos han de constar en el expediente en el momento de cumplir los trámites de información pública, atendiendo a la función que cumple esta información como elemento indispensable para que las personas o entidades interesadas puedan presentar las alegaciones que consideren pertinentes con suficiente conocimiento de causa. Al respecto, *vid.* Dictámenes de la *Comissió Jurídica Assessora* núm. 147/08 y 204/08.

esta publicidad no siempre permite, como ya hemos avanzado, que la misma sea útil para el desarrollo de los trámites participativos. Asimismo, como hemos tenido oportunidad de señalar, tampoco es una opción viable la de solicitar esta documentación mediante el ejercicio del derecho de acceso, a la vista de la posible aplicación de la causa de inadmisión referida a informaciones en curso de publicación (art. 18.1.a) LTBG), y de que los plazos máximos para resolver la solicitud son, en principio, más amplios que aquellos previstos para presentar alegaciones.

Por otro lado, y respecto a la valoración de los comentarios realizados por los ciudadanos y, en su caso, la publicidad de dicha valoración, es una cuestión prevista también en la legislación autonómica de transparencia, y a la que se otorga un especial papel en relación a la elaboración de normas⁴⁹⁴. Ello representa un avance importante pues, hasta el momento, esta valoración sólo se podía conocer, de forma indirecta, a través de los dictámenes del Consejo de Estado o de los órganos consultivos equivalentes.

Las previsiones sobre esta cuestión nos acercan así al ordenamiento jurídico estadounidense, en el que la consideración (*consideration*), por parte de las agencias administrativas, de los comentarios remitidos por los ciudadanos, es una cuestión clave en el procedimiento de elaboración de la norma. Así, la APA prevé que la agencia valore las cuestiones importantes que se hayan suscitado durante los trámites participativos, aunque también queda en manos de la agencia determinar la manera en que debe llevarse a cabo una "adecuada consideración". En cualquier caso, la agencia deberá motivar cómo se han resuelto las diferentes cuestiones que se han planteado a raíz de los comentarios de los ciudadanos y hacer constar en el preámbulo que acompañe a la norma las cuestiones más relevantes. Si esto no se realiza adecuadamente, se trata de una deficiencia que puede dar lugar a que los Tribunales anulen judicialmente el reglamento aprobado, por tratarse de una norma "arbitraria y caprichosa"; cuestión de la que resulta paradigmática la Sentencia Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ En este sentido: art. 17.3.d) Ley de La Rioja 3/2014; art. 44.4 Ley Foral 11/2012; art. 30.2.g) Ley de la Región de Murcia 12/2014.

⁴⁹⁵ En el ámbito de la potestad de *rulemaking*, se considera que la actuación de una agencia administrativa es arbitraria y caprichosa cuando no se ha seguido la secuencia procedimental que impone la APA en la

3. La participación llevada a cabo por grupos de interés o *lobbies*

Una de las manifestaciones más importantes de la transparencia administrativa es, como ya hemos señalado, dar cobertura normativa a la participación desarrollada por grupos de interés o *lobbies*, esto es, sujetos de carácter privado⁴⁹⁶, que interactúan con la Administración de manera regular o profesional, con la finalidad de defender determinados intereses (propios o ajenos).

Las actuaciones de *lobbying* que versan sobre la actuación administrativa pueden desarrollarse a través de una pluralidad de medios, entre los que se encuentran: la creación de grupos de reflexión o *think tanks*; plataformas o foros; la puesta en marcha de campañas o iniciativas populares; la organización de eventos, encuentros, conferencias o actividades profesionales; el establecimiento de contactos o reuniones con personal de la Administración (*lobbying contacts*); o la realización de aportaciones

elaboración de una norma (anuncio, comentario y aprobación y publicación de la norma). Así, en el caso de que alguno de los comentarios realizados por los particulares critique en profundidad alguna de las cuestiones concretas que prevé la proposición de reglamento, y la agencia mantenga dicha previsión sin detallar en el preámbulo porque no se ha admitido dicho comentario, la norma puede ser anulada por considerarla arbitraria y caprichosa.

Al respecto, hay que destacar que los Tribunales estadounidenses no siempre aplican este criterio en los mismos términos, siendo frecuente que sólo hagan referencia al mismo cuando la sentencia anula la norma impugnada. Sobre el tema, *vid.* CABALLERO SÁNCHEZ, R., "La doctrina de la deferencia administrativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Más de un cuarto de siglo de la jurisprudencia Chevron sobre el control judicial de la Administración" en AAVV (Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GARCÍA MARTÍNEZ-CARANDE, R.A.), *Administración y justicia...* Op. Cit.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; LAVILLA RUBIRA, J.J., "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", en AAVV (Coord. BARNÉS VÁZQUEZ, J.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993; PÉREZ ALONSO, J., "¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo", *RAP* núm. 188, 2011, págs. 325 y ss.; PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law...*, Vol. 1, Op. Cit. Págs. 593 y siguientes.

⁴⁹⁶ Como ya hemos señalado, los sujetos de carácter público también pueden actuar como un *lobby*, intentando influenciar la actuación de otros poderes públicos. Sin embargo, estas actuaciones se encuentran, normalmente, institucionalizadas, lo que provoca que las leyes de *lobbying* se centren exclusivamente en las actuaciones llevadas a cabo por sujetos privados.

voluntarias; siendo, prácticamente, el único límite que los medios empleados tengan carácter lícito.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo anterior, aquello que define las actuaciones de *lobbying* no son tanto los medios empleados; sino la finalidad que se persigue, que no es otra que la de influir la actuación de la Administración en relación a la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas. La actividad de los grupos de interés tiene por tanto, como objetivo, promover o avivar aquellas políticas que resultan favorables a sus intereses, o bien frenar o aplacar aquéllas que consideran que les perjudicarían.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, resulta evidente que, entre las políticas públicas que se intentan influenciar a través de las actuaciones de *lobbying*, se encuentra el ejercicio de las potestades normativas, ámbito de la actuación administrativa en la que se centran gran parte de los esfuerzos realizados por los grupos de interés, que quieren que sus intereses tengan un adecuado reconocimiento en las normas aprobadas por la Administración, tal como se ha puesto de manifiesto en otros ordenamientos jurídicos⁴⁹⁷ y también en nuestro país, a pesar de que este fenómeno carezca aún de una regulación general⁴⁹⁸.

Tal como han señalado previamente otros autores, son pocos los reglamentos que se aprueban sin que, en un momento u otro, la Administración consulte a los grupos de interés o *lobbies* cuyo ámbito de actuación coincide con la materia a regular por la futura norma reglamentaria⁴⁹⁹. Esta consulta se puede llevar a cabo de muy distintas

⁴⁹⁷ En Estados Unidos, se considera que, además de las actuaciones desarrolladas por los grupos de interés en el marco de la actividad política, éstos centran gran parte de sus esfuerzos en la elaboración de normas. ALLAN J. CIGLER, BURDETT A. LOOMIS, *Interest Group Politics*, 4th Ed., CQ Press, Washington, 1995; WILLIAM V. LUNEBURG, THOMAS M. SUSMAN, REBECA H. GORDON (Eds.), *The Lobbying Manual. A Complete Guide to Federal Lobbying Law and Practice*, ABA, Chicago, 2009.

⁴⁹⁸ En particular, cabe destacar en este ámbito la empresa social Kuorum.org, cuya misión es canalizar la participación de los ciudadanos, especialmente en proyectos normativos, involucrando al ciudadano en la toma de decisiones. A través de su web, parlamentarios y ediles abren sus proyectos a debate, de forma que ciudadanos y organizaciones puedan votar dichos proyectos y hacer propuestas de mejora. <http://kuorum.org/kuorum>

⁴⁹⁹ Al respecto, SANTAMARÍA PASTOR afirma: "en la actualidad, ningún responsable político dotado de una mínima sensatez osa poner en marcha el procedimiento de elaboración de una norma relevante sin tomar un contacto directo con algunos de los actores económicos y sociales dotados de mayor influencia

formas, siendo destacables la creación de grupos de trabajo o el otorgamiento a estos sujetos de un trámite de audiencia para que, junto con el resto de interesados, puedan presentar sus alegaciones. En ocasiones, incluso, son estos operadores privados los que directamente crean Derecho a través de la fijación de estándares que adquieren rango normativo (ESTEVE)⁵⁰⁰; cuestión que, especialmente en otros ordenamientos jurídicos, ha generado una importante problemática, a la vista de que los estándares normativos no siempre son libremente accesibles por los ciudadanos, por encontrarse sujetos a las respectivas normas de propiedad industrial e intelectual⁵⁰¹.

Siendo, por tanto, una práctica más que habitual que los grupos de interés intervengan en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración, ello no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad

de los que van a ser afectados por la norma (...)". SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de normas... Op. Cit. Pág. 84.

Al respecto, *vid.* también: RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.L., *La influencia de los grupos de interés...* Op. Cit.

⁵⁰⁰ Sobre el tema: ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; DARNACULLETA GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2005; TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. También sobre la incidencia de los operadores privados en las decisiones públicas: ESTEVE PARDO, J., "Transparencia y legitimidad en las decisiones públicas adoptadas en entornos de complejidad científica", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...* Op. cit., Págs. 231 y ss.

⁵⁰¹ En Estados Unidos, esta problemática ha sido apuntada por STRAUSS. A modo de ejemplo, este autor señala como la Administración Federal de Seguridad de Oleoductos y Materiales Peligrosos (*Pipeline and Hazardous Materials Safety Administration*) ha incorporado a sus regulaciones la remisión a un estándar relativo a la seguridad de los oleoductos desarrollado por el Instituto Americano de Petróleo (*American Petroleum Institute*), estándar cuyo acceso requiere el pago previo de 1.195\$.

Asimismo, la FDA (*Food and Drug Administration*) incorpora también por remisión las previsiones del manual "*Herbs of Commerce*", elaborado por la Asociación Americana de Productos Herbarios (*American Herbal Products Association*), en relación a la nomenclatura de los ingredientes a utilizar en los suplementos dietéticos. El acceso a dicho manual tiene un coste de 250\$, estando sólo disponible en PDF y estando prohibida su impresión, transmisión o venta.

Vid. PETER L. STRAUSS, "Private Standards Organizations and Public Law", *22 William & Mary Bill of Rights Journal*, 497, 2013. Págs. 510 y 511.

Sobre el tema, *vid.* también: NINA A. MENDELSON, "Private Control over Access to the Law: The Perplexing Federal Regulatory Use of Private Standards", *Michigan Law Review*, Vol. 112, Issue 5 (March 2014), págs. 737-808.

reglamentaria. Este vacío impide hacer el seguimiento de la denominada "huella normativa", a la vez que pone en riesgo la función que cumple la participación ciudadana, pues se abre la posibilidad que, al carecer de regulación, la actuación desarrollada por *lobbies* comporte una "captura" de la voluntad de la Administración.

En virtud de las normas que constituyen el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, se ha empezado a tener en cuenta, formalmente, la intervención de estos sujetos en la elaboración de disposiciones generales y se establecen algunas pautas al respecto. Estamos no obstante, y sin lugar a dudas, ante el aspecto relacionado con la participación que se encuentra, por el momento, menos desarrollado, en consonancia con la escasa regulación (hasta hace poco inexistente) en nuestro ordenamiento de las actuaciones desarrolladas por grupos de interés en términos generales.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la LTBG, a pesar de los debates parlamentarios previos en su aprobación en los que puso de relieve la necesidad de dar cobertura legal a la actuación de los grupos de interés, no reguló, finalmente, este fenómeno; siendo la única Ley de transparencia autonómica que abordado mínimamente esta cuestión la Ley catalana 19/2014, que crea y regula en su Título IV el Registro de grupos de interés⁵⁰².

La regulación contenida en la Ley catalana no obvia que, entre las actuaciones desarrolladas por grupos de interés, se encuentra su participación en los procedimientos de elaboración de reglamentos. Es por ello que, de forma expresa, en su art. 47, incluye en el ámbito de aplicación subjetivo del Registro aquellas personas y organizaciones que, con independencia de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones, lleven a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales. Desde un punto de vista objetivo, el mismo precepto se refiere a las actividades llevadas a cabo con la finalidad de influir, directa o indirectamente, en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, incluyendo a estos efectos la participación voluntaria en consultas oficiales sobre propuestas normativas.

⁵⁰² Respecto a los intentos para regular la actuación de los lobbies en nuestro ordenamiento jurídico, nos remitimos a lo explicado en el segundo Capítulo de esta tesis. Asimismo, estos antecedentes se encuentran didácticament explicados en: ÁLVAREZ VÉLEZ, M^o.I., DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., "Los lobbies en el marco de la Unión Europea... Op. Cit.

Bajo el concepto de "consultas oficiales" entendemos que se incluyen las posibles alegaciones o aportaciones que los grupos de interés presenten durante los trámites de audiencia, información pública o cualesquiera otros trámites participativos; siendo, no obstante, una terminología que no casa con los trámites que, en la actualidad, integran el procedimiento especial de elaboración de reglamentos, y que entendemos deriva de la gran influencia que, en la redacción del Título IV de la Ley 19/2014, ha tenido el ya citado Acuerdo del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea de 27 de julio de 2011⁵⁰³.

Teniendo en cuentas estas previsiones, y a pesar de que el art. 49 de la Ley catalana 19/2014 establece que, entre la información a suministrar por los declarantes y que debe ser objeto de registro, se encuentran las actividades que éstos llevan a cabo, se echa en falta en esta regulación una mayor concreción respecto a los términos en los que se desarrolla la intervención de los *lobbies* en el procedimiento de elaboración de normas. En particular, consideramos que deberían haberse abordado cuestiones tan importantes como el momento procedimental en el que los grupos de interés pueden intervenir en la elaboración de una disposición general; los cauces oportunos para hacerlo (además de la ya referida participación voluntaria en consultas oficiales); y el instrumento a través del cual la Administración dará cuenta al resto de ciudadanos del impacto que la actuación de estos sujetos ha tenido en la norma finalmente aprobada.

Nos encontramos así ante una regulación que, ya siendo *per se* limitada, resultan aún más deficiente en un ámbito de la actuación administrativa tan específico como es el ejercicio de la potestad reglamentaria; la cual se hace efectiva a través de un procedimiento especial, en el seno del cual las actuaciones de *lobbying* son, como ya hemos señalado, una constante.

⁵⁰³ En particular, el art. 8 del Acuerdo del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea, de 27 de julio de 2011, relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas públicas de la Unión Europea incluye dentro de su ámbito de aplicación aquellas actuaciones cuyo objeto sea "la participación en consultas oficiales sobre propuestas de actos legislativos u otros actos jurídicos o en otras consultas abiertas".

Unas previsiones algo más específicas las encontramos en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado que, a pesar de no referirse expresamente a los *lobbies*, recoge un cauce específico para su intervención en la elaboración de normas.

En concreto, los arts. 10 a 15 LGUM, de acuerdo con el objetivo de esta norma de garantizar la garantía de la unidad de mercado, removiendo para ello los obstáculos que dificulten la libre circulación y el establecimiento de operadores económicos y la libre circulación de bienes y servicios en el territorio español, incorporan una batería de medidas que afectan a la elaboración de normas, reconociendo un importante papel en este punto a las conferencias sectoriales, reguladas en el artículo 12 LGUM. Dichas conferencias se configuran como un punto de encuentro de diferentes autoridades que analizan y proponen las modificaciones necesarias para cumplir con los principios que prevé la Ley, así como para establecer marcos regulatorios adaptados a sus principios y disposiciones. En el trabajo de las conferencias sectoriales, de acuerdo con lo previsto en el art. 12.1 LGUM, pueden contribuir operadores económicos que, a través de una consulta a sus entidades representativas, participarán, en su caso, en la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado y de los ámbitos que requieren un análisis de la normativa vigente.

Las anteriores previsiones suponen un reconocimiento y aval de la intervención en la producción de normas de ciertos sujetos privados que, teniendo un interés concreto en la materia sobre la que se regula, van a poder intervenir activamente en la actuación administrativa. Se trata de una intervención distinta de la participación directa, pues no se lleva a cabo a través de la presentación de alegaciones; pero que tampoco constituye un supuesto de participación orgánica, ya que estos operadores económicos no se integran en ningún órgano administrativo, sino que simplemente “participan en los trabajos”. Se está, de esta manera, creando un cauce de participación específica para ciertos sujetos, lo cual supone positivizar las actuaciones de *lobbying* en el ejercicio de las potestades reglamentarias de la Administración, en aquellos supuestos en los que la norma a aprobar pueda afectar las condiciones para el acceso y el ejercicio de la actividad económica o a la distribución y comercialización de productos.

En cualquier caso, y a pesar de que las previsiones de la LGUM sí tienen en cuenta las concretas características del procedimiento de elaboración de normas, es obvio que esta

regulación no da adecuada cobertura al fenómeno del *lobbying* en el ejercicio de las potestades normativas de la Administración.

Todo ello nos hace llegar a la conclusión de que es necesario regular, en nuestro ordenamiento jurídico, la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas, tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, en el sistema estadounidense, cuestión a la que nos referiremos en el último capítulo de este trabajo, como una propuesta de mejora de la regulación actual.

IV. LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN LA ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

La rendición de cuentas como elemento configurador de la transparencia comporta incorporar al funcionamiento de la Administración Pública mecanismos que permitan comprobar la adecuación al ordenamiento jurídico de las decisiones administrativas y su ejecución, así como determinar, en su caso, quiénes son sus autores o responsables, implantando también mecanismos que obliguen al cumplimiento de la Ley⁵⁰⁴.

Hasta hace poco, prácticamente las únicas previsiones que contribuían a facilitar esta rendición de cuentas eran aquellas contenidas en el art. 35.b) LRJPAC, que reconoce el derecho de los ciudadanos a "identificar a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos"; y en el art. 41 LRJPAC, que permite a los particulares reclamar la responsabilidad de dichas autoridades en el caso de anomalías en la tramitación de procedimientos.

La incidencia de estas previsiones ha sido escasa; situación que ha intentado enmendar la legislación de transparencia. Así, al margen de las previsiones relativas al buen gobierno, que no van a ser objeto de estudio en este trabajo, tanto la LTBG como las distintas normas autonómicas de transparencia incorporan mecanismos que tienen como

⁵⁰⁴ Entre otros, se pronuncian sobre esta cuestión: BASSOLS COMA, M., "El control de la elaboración de los reglamentos... Op. Cit.; BEITIA RUIZ DE ARBULO, I., "El procedimiento de elaboración de disposiciones generales... Op. Cit.; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación...* Op. Cit.; BLANQUER CRIADO, D., *El control de los reglamentos...* Op. Cit.; PONCE SOLÉ, J., "¿Mejores normas?...Op. Cit.; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas...Op. Cit.

última finalidad poder comprobar que la actuación administrativa se adecúa a la legalidad y a los restantes principios que inspiran la misma (entre otros: eficacia, eficiencia, coordinación, cooperación); así como el grado de satisfacción de los ciudadanos en relación a la prestación de los servicios públicos⁵⁰⁵.

El correcto funcionamiento de estos mecanismos de control o rendición de cuentas se deja en manos de autoridades específicas, que actúan como *watch dogs* de la actuación administrativa, y que se suman a órganos ya existentes como el Defensor del Pueblo, los órganos autonómicos equivalentes u otros órganos con funciones más específicas, como es el caso de la Oficina Antifrau en Cataluña⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Así, hay diversas leyes autonómicas de transparencia que prevén el derecho de los ciudadanos a ser consultados de forma periódica y regular sobre su grado de satisfacción respecto de los servicios públicos. En este sentido: art. 37.2 Ley Extremadura 4/2013; art. 43.1 Ley Foral 11/2012; y art. 6.2 Ley de las Islas Baleares 4/2011.

Adicionalmente, también la Ley de las Islas Baleares 4/2011 se refiere en su art. 3.m) a la responsabilidad y rendición de cuentas, determinando que: "el Gobierno y la Administración Pública tienen que asumir en todo momento las responsabilidades de las decisiones y actuaciones propias de los organismos que dirigen. Igualmente, tienen que promocionar e impulsar la cultura de la evaluación y el ejercicio de rendición de cuentas en todas sus actuaciones y en el cumplimiento de los objetivos establecidos".

En la misma línea, el art. 33 de la Ley de Canarias 12/2014 determina la obligación de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias de hacer pública y mantener actualizada "la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia así como la información estadística de interés de la Comunidad Autónoma de Canarias". Esta información estadística, de acuerdo con el mismo precepto, sirve para la elaboración de un estudio en el que se verifica la calidad mínima de los servicios públicos y el desarrollo económico.

⁵⁰⁶ La Ley catalana 19/2014 reconoce de forma expresa funciones de control o rendición de cuentas en materia de transparencia al *Síndic de Greuges* y a la *Oficina Antifrau* en su art. 75, el tenor literal del cual es el siguiente:

"1. El Síndic de Greuges, la Sindicatura de Cuentas y la Oficina Antifraude de Cataluña deben velar por el cumplimiento de las obligaciones y los derechos establecidos por la presente ley, de acuerdo con las funciones que tienen atribuidas.

2. Sin perjuicio de los recursos y reclamaciones que puedan interponerse contra los actos expresos o presuntos que impidan o limiten, total o parcialmente, los derechos reconocidos por la presente ley o las omisiones producidas derivadas de obligaciones establecidas por la Administración pública, las personas afectadas pueden dirigir una queja al Síndic de Greuges o dirigirse a la Oficina Antifraude de Cataluña, de acuerdo con lo que determinan las leyes reguladoras de dichas instituciones.

Entre las autoridades creadas y reguladas por las distintas leyes de transparencia, destacan por su importancia el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y las diversas autoridades creadas a nivel autonómico⁵⁰⁷ para controlar que los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación de transparencia cumplen con las obligaciones que les impone esta Ley en materia de publicidad activa, derecho de acceso a la información y participación. En concreto, el art. 38 LTBG reconoce, entre las funciones atribuidas al Presidente del Consejo de Transparencia, la de velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad; mientras que la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno debe también, entre otras funciones, adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley; evaluar el grado de aplicación de la LTBG, elaborando anualmente una memoria en la que se incluirá información sobre el cumplimiento de las obligaciones previstas en la misma y que será presentada ante las Cortes Generales; o promover la elaboración de borradores de recomendaciones, directrices y normas de desarrollo de buenas prácticas en materia de transparencia.

Aplicada al ámbito concreto de la elaboración de normas reglamentarias, las consecuencias de un correcto funcionamiento de los mecanismos de rendición de cuentas son especialmente graves, pues a través de los mismos, no sólo garantiza que la

3. La intervención del Síndic de Greuges o de la Oficina Antifraude no suspende los plazos para la interposición de los recursos o reclamaciones administrativos o contencioso-administrativos procedentes"".

⁵⁰⁷ Entre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y los órganos existentes a nivel autonómico se prevé que existan relaciones de cooperación, pues el art. 36.4 LTBG dispone que: “Al menos una vez al año, la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno convocará a los representantes de los organismos que, con funciones similares a las desarrolladas por ella, hayan sido creados por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. A esta reunión podrá ser convocado un representante de la Administración Local propuesto por la Federación Española de Municipios y Provincias”.

Por su parte, la Disposición Adicional quinta LTBG prevé también expresamente la colaboración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con la Agencia Española de Protección de Datos, al establecer que: “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptarán conjuntamente los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de esta Ley, 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 esta Ley y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

actuación administrativa es correcta y que el reglamento aprobado se adecúa a las exigencias propias de la técnica normativa⁵⁰⁸; sino que también se incide en la corrección del ordenamiento jurídico.

En virtud del marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria el control o rendición de cuentas en este ámbito de la actuación administrativa se ha residenciado, esencialmente, en los tribunales del orden contencioso administrativo (art. 2.c) LJCA); y en el Consejo de Estado o los órganos consultivos equivalentes a nivel autonómico, los cuales llevan a cabo, como hemos visto, un control de legalidad y, en ocasiones, también de oportunidad, del proyecto normativo elaborado por la Administración.

En cuanto al control judicial de las normas reglamentarias, como sabemos, cualquier interesado⁵⁰⁹ puede, en el plazo de dos meses desde la publicación de la disposición general en el diario o boletín oficial, interponer ante la jurisdicción contencioso-administrativa un recurso directo contra la totalidad del reglamento o contra alguno de

⁵⁰⁸ PONCE SOLÉ, J., "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria... Op. Cit.; BASSOLS COMA, M., "El control de la elaboración de los reglamentos...Op. Cit.

⁵⁰⁹ Se exige únicamente un mero interés legítimo, esto es, un interés no contrario al ordenamiento jurídico, de manera que todos los ciudadanos afectados por la norma reglamentaria pueden recurrirla (STC 195/1992, de 16 de noviembre, Ponente: Julio Diego González Campos y STS de 4 de febrero de 2004, Ar. 1937, Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, que se refiere a las restricciones a la legitimación para impugnar reglamentos como "reliquia del pasado"). TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo. Parte General...* Op. Cit. Pág. 451.

Sobre la legitimación para impugnar los reglamentos ante la jurisdicción contenciosa existe una abundante literatura jurídica. Sobre esta cuestión, sin ánimo de exhaustividad, tienen carácter fundamental en nuestra disciplina los siguientes trabajos: T.R. FERNÁNDEZ, "¿Desaparece el recurso contra Reglamentos", *RAP* núm. 65, 1971; LEGUINA VILLA, J., "Legitimación, actos generales y reglamentos: el valor normativo de las disposiciones organizatorias", *RAP* núm. 49, 1966; ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa", *RAP* núm. 82, 1977; PEMÁN GAVÍN, J.M., "Algunas manifestaciones del principio «pro actione» en la reciente jurisprudencia del TS", *RAP* núm. 104, págs. 245 y ss.; SAINZ MORENO, F., "El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los Decretos Legislativos", *RAP* núm. 93, 1980; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "La legitimación para impugnar reglamentos mediante el recurso contencioso-administrativo directo", *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1, 1996.

sus preceptos, ya sea por razones de forma o de fondo⁵¹⁰. La eventual anulación del reglamento a través de la sentencia estimatoria tiene carácter *erga omnes* y produce efectos *ex tunc* (art. 71.1 LJCA; art. 62.2 LRJPAC; STS de 19 de julio de 1994, Ar. 5617, Ponente: Mariano de Oro-Pulido y López); siendo también nulos los actos dictados en aplicación de ese reglamento, a excepción de aquellos que sean firmes (art. 73 LJCA). Por otro lado, transcurrido el plazo para interponer el recurso directo, el contenido de un reglamento también puede ser objeto de control a través de la cuestión de ilegalidad (art. 123 a 127 LJCA), en el que la disposición normativa es atacada de forma indirecta, con ocasión de la impugnación de un acto de aplicación del mismo, invocando su ilegalidad por ser también ilegal el reglamento en que se funda⁵¹¹.

Estamos así ante un mecanismo de control externo y *ex post*, que se pone en marcha una vez el reglamento ya ha sido aprobado o, incluso, aplicado, tal como sucede en el caso de la cuestión de ilegalidad. Es por ello que este control judicial tiene que ser complementado con controles anteriores a la aprobación de la norma, que permitan detectar las posibles irregularidades procedimentales que tengan lugar durante la elaboración de la norma; así como las ilegalidades en el texto del futuro reglamento.

⁵¹⁰ CARLÓN RUIZ, M., "El control de la potestad reglamentaria" en AAVV (Dir. EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1981; GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El control por los tribunales de la potestad reglamentaria", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 1, 1988, págs. 763-795.

⁵¹¹ Respecto a la impugnación de los reglamentos en términos generales, podemos citar, entre otros: BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991; CARLÓN RUIZ, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 2005; CARLÓN RUIZ, M., "La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales", *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo* núm. 40, 2008; DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación", en *REDA* núm. 66, 1990; REBOLLO PUIG, M., "Juricidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP* núm. 125, 1991; REBOLLO PUIG, M., "La cuestión de ilegalidad" en *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*, 1999.

En este contexto, sin perjuicio de la función que cumplen el conjunto de consultas e informes que deben recabarse durante la elaboración de la normas, tiene una gran importancia la intervención del Consejo de Estado y de los órganos consultivos equivalentes a nivel autonómico, que llevan a cabo ese control *ex ante* del ejercicio de la potestad reglamentaria⁵¹², cuya importancia ha sido destacada por nuestros tribunales (STS de 12 de febrero de 2002, Ar. 2562, Ponente: José Manuel Sieira Míguez; STS de 15 de diciembre de 1999, Ar. 9463, Ponente: Rodolfo Soto Vázquez; STS de 1 de marzo de 1999, Ar. 2282, Ponente: Fernando Cid Fontán)⁵¹³.

Estos órganos consultivos emiten dictámenes sobre un gran número de proyectos normativos⁵¹⁴, habiendo creado durante los últimos años una auténtica doctrina legal en este ámbito, la cual está contribuyendo de forma significativa, no sólo a detectar ilegalidades de la futura norma e irregularidades procedimentales con carácter preventivo; sino también a mejorar la calidad de los reglamentos estatales y autonómicos.

⁵¹² A nivel estatal, el control ejercido Consejo de Estado en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración General del Estado, se complementó, durante una época, con aquél llevado a cabo por la Agencia Española de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios (AEVAL), creada en 2005, y que asumió funciones relacionadas con el análisis del impacto regulatorio, las cuales, a partir de 2009, volvieron a pasar a la Secretaría de Estado de la Función Pública.

Sobre las funciones que desarrollaba esta agencia en el ámbito normativo *vid.* SAINZ MORENO, F., "Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa", en AAVV, *La evaluación de las leyes*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006; PONCE, J., SÁNCHEZ, A., "La evaluación de la calidad normativa", en J.A. GARDE ROCA (Coord.), *La Agencia Estatal de evaluación de la Calidad de los Servicios y de las políticas públicas: reflexiones y propuesta de creación: informe comisión de expertos*, INAP, Madrid, 2005.

⁵¹³ En la Sentencia citada, el Tribunal destaca como tres aspectos más importantes de la función del Consejo de Estado se concretan en: "auxiliar a la autoridad consultante a los efectos del ejercicio de su competencia; ser garante de que la autoridad consultante actuará en los términos del mandato contenido en el art. 103 CE (servir con objetividad los intereses generales) y constituir, en cierto modo, un control que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad para procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración".

⁵¹⁴ De acuerdo con las Memorias del Consejo de Estado, en el año 2011, este órgano consultivo examinó 297 proyectos de disposiciones normativas de diferente rango; en 2012, se informaron 89 Reales Decretos, 2 Decretos, 37 Órdenes Ministeriales y 3 normas reglamentarias distintas de las categorías anteriores; y a lo largo de 2013, 122 reales Decretos, 8 Decretos, 65 Órdenes ministeriales y 6 normas reglamentarias distintas de las categorías anteriores.

A pesar de lo anterior, la intervención de estos órganos se produce en un momento procedimental en el que la aprobación del reglamento es inminente; lo que les deja un escaso margen de maniobra para pronunciarse sobre cuestiones como la oportunidad o necesidad de la iniciativa normativa o las opciones de regulación. Asimismo, el carácter preceptivo pero no vinculante de los Dictámenes que, sobre los proyectos normativos, emiten el Consejo de Estado y los distintos órganos consultivos que existen a nivel autonómico, ha provocado que sus observaciones no siempre tengan el recibimiento que merecerían en el seno de nuestras Administraciones Públicas⁵¹⁵, lo cual disminuye la efectividad del control que llevan a cabo y que provoca que estos órganos tengan una intervención en el ejercicio de la potestad reglamentaria menos intensa que sus homólogos en otros países, como son el *Conseil d'État* en Francia, o la *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) en Estados Unidos.

Lamentablemente, esta problemática no ha sido solucionada, por el momento, por las normas que han incorporado la transparencia a nuestro ordenamiento jurídico; ya que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, así como los órganos autonómicos equivalentes, tienen un escaso papel en la rendición de cuentas relativa a la elaboración de normas, más allá de velar por las obligaciones de publicidad activa y relacionadas con el derecho de acceso; o de informar preceptivamente proyectos normativos que desarrollen la LTBG o estén relacionados con su objeto (art. 38 LTBG), informe que esperamos tenga la misma importancia que aquél que emiten, en su caso, las agencias de protección de datos personales⁵¹⁶.

⁵¹⁵ En este sentido, el Profesor RUBIO LORENTE, ex Presidente del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre el impacto que tienen los informes que recuerdan a la Administración la necesidad de respetar los principios que rigen la potestad reglamentaria así como los preceptivos trámites en la elaboración de una disposición general, afirmaba que: "lamentablemente la experiencia muestra que esas insistentes advertencias han tenido un éxito más bien limitado". RUBIO LLORENTE, F., "El papel del Consejo de Estado en el control... Op. Cit. Págs. 27 y ss.

⁵¹⁶ En este sentido, podemos hacer referencia a la STS de 15 de diciembre de 2011 (Ar. 2012/2766, Ponente: Isabel Perelló Domenech), que declaró la nulidad de la Orden de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, de 06-04-2006, por la que se crea el Registro de Titulares y Solicitantes de Transmisiones de Licencia de Autotaxi y se desarrollan determinados preceptos del Reglamento de Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo, por haberse omitido el preceptivo informe por parte de la Agencia de Protección de Datos de carácter personal de la

Por su parte, las restantes normas que conforman el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria sí prevén algunas novedades en los mecanismos de rendición de cuentas o control aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria; aunque sin reforzar el papel de los órganos consultivos. Y es que los mecanismos de control previstos se orientan, no tanto a detectar normas contrarias al ordenamiento jurídico; sino en posibilitar una revisión o evaluación constante del ordenamiento jurídico, identificando aquellas regulaciones que convenga modificar o, incluso, derogar, cuando éstas resulten obsoletas o inefectivas, por no adaptarse a la realidad política, económica y social en la que las normas han de ser aprobadas. Estos sistemas de evaluación están así recogidos en diversas leyes autonómicas de transparencia [art. 13.g) Ley Foral 11/2012; art. 13.1 Ley Islas Baleares 4/2011]; previéndose incluso que puedan realizarse "pruebas piloto" que permitan comprobar los aspectos referidos antes de la aprobación de la norma (art. 64.4 Ley catalana 19/2014)⁵¹⁷, tal como ocurre también en Francia⁵¹⁸; siendo la finalidad última lograr una mayor calidad y simplificación normativa.

Comunidad de Madrid, previsto en el art. 5.6 de la Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid.

⁵¹⁷ De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, estas pruebas piloto deben aplicarse por medio de convenios suscritos con entidades representativas de los sectores afectados, con los efectos y bajo las condiciones determinadas por el convenio (art. 69.4 *in fine* Ley catalana 19/2014). La utilidad de este tipo de instrumentos fue puesta de relieve por MONTORO CHINER. MONTORO CHINER M.J., "Técnica legislativa y evaluación de las normas...Op. Cit.; ÍDEM: "La calidad de las normas... Op. Cit.

⁵¹⁸ Así, en el ordenamiento jurídico francés se regulan las disposiciones normativas (tanto legales como reglamentarias) de carácter experimental, las cuales se prevé que produzcan en aquellas materias que se asumen, por primera vez, a nivel territorial.

Así, este tipo de disposiciones normativas están previstas en el art. 37-1 de la Ley relativa a la organización descentralizada de la República (*Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée*), que dispone que: "*la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental*".

Las previsiones de esta Ley tienen fundamento constitucional en el art. 72 de la Constitución, que en su línea cuarta dispone que: « *dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu,*

A nivel estatal, la LES también se refiere a estas cuestiones, estableciendo en su art. 5.3 que las Administraciones Públicas "promoverán el desarrollo de procedimientos de evaluación a posteriori de su actuación normativa, disponiendo el establecimiento de los correspondientes sistemas de información, seguimiento y evaluación"; cuestión también prevista en el art. 15 LGUM que impone, a los efectos de valorar el impacto de la normativa vigente en la unidad de mercado, la obligación de las autoridades competentes de realizar una evaluación periódica.

Asimismo, hay que destacar también que, para garantizar el debido respeto a los principios y criterios de regulación incorporados en los arts. 5 y 11 de la Ley Paraguas, esta misma norma prevé la creación de un órgano específico: el Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios, cuyo objeto es, de acuerdo con la Disposición Adicional tercera de la Ley Paraguas, facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones para la correcta transposición de la directiva; aunque la actividad que ha llevado a cabo desde su creación ha sido realmente escasa⁵¹⁹.

Finalmente, debemos referirnos a las nuevas vías de impugnación de las normas reglamentarias incorporadas por la LGUM⁵²⁰. Por un lado, el art. 26 de esta Ley prevé una reclamación de carácter administrativo, para impugnar cualquier actuación administrativa (incluidas disposiciones generales) que se considere afectan a la unidad de mercado a través de una reclamación que se presenta ante la Secretaría del Consejo

peuvent déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. »

⁵¹⁹ De acuerdo con la página web de este Comité, desde su creación a finales de 2010 el Pleno y la Comisión Local únicamente han celebrado doce reuniones, la última de las cuales tuvo lugar el 24 de julio de 2014. Respecto a los grupos de trabajo creados en el seno de este Comité, únicamente constan tres reuniones presenciales, todas ellas celebradas en 2011. Finalmente, en cuanto a los trabajos del Comité, únicamente constan en la página web las Recomendaciones del Comité para la Mejora de la Regulación en materia de visado colegial e Informe del Grupo de Trabajo y el Informe de la Secretaría del Comité sobre el análisis de actividades económicas, ambos de fecha 29 de septiembre de 2011.

⁵²⁰ En este sentido: SÁNCHEZ MORÓN, M., "Nuevas garantías de derecho administrativo", *RAP* núm. 194, 2014. Págs. 295 y 296; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "El contencioso de la unidad de mercado", en AAVV, ALONSO MAS, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado...* Op. Cit. págs. 935-981.

para la Unidad de Mercado⁵²¹. Se trata así de una vía de control de los reglamentos de carácter excepcional, y que genera dudas acerca de cuál va a ser su funcionamiento en la práctica; pues las competencias de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado se limitan a emitir un informe sobre la conformidad, o no, del reglamento respecto a la LGUM, y es el órgano que aprobó el reglamento el competente para decidir sobre su anulación⁵²².

Por otro lado, también en virtud de la LGUM, se han modificado los artículos 127 bis a 127 quáter LJCA, que ahora prevén un recurso contencioso-administrativo especial contra cualquier disposición general, acto administrativo, inactividad o vía de hecho que se considere contrario a la libertad de establecimiento o circulación, el cual sólo puede ser interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Todas estas previsiones, determinantes para mejorar la calidad y racionalidad de nuestro ordenamiento, no solucionan, no obstante, las flaquezas de los mecanismos de control de carácter previo aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria; y, en particular, aquellas que resultan achacables a la actividad desarrollada por los órganos consultivos, los cuales tienen la llave para solucionar los defectos en la elaboración de normas antes de su aprobación, lo que justifica que su papel se vea reforzado, en los términos que veremos en el siguiente Capítulo.

⁵²¹ El tenor del art. 26.1 LGUM es el siguiente:

“El operador económico que entienda que se han vulnerado sus derechos o intereses legítimos por alguna disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que pueda ser incompatible con la libertad de establecimiento o de circulación, en los términos previstos en esta Ley, podrá dirigir su reclamación a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en el plazo de un mes, a través de la ventanilla que al efecto se establezca. En el caso de actuaciones constitutivas de vía de hecho, el plazo será de veinte días contados desde aquel en que se iniciaron.

En concreto, podrá dirigirse la reclamación regulada por este artículo frente a toda actuación que, agotando o no la vía administrativa, sea susceptible de recurso administrativo ordinario. También podrá dirigirse frente a las disposiciones de carácter general y demás actuaciones que, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo I del Título III de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo”.

⁵²² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Nuevas garantías de derecho administrativo... Op. Cit. Pág. 296; REVUELTA PÉREZ, I., "Análisis de impacto normativo... Op. Cit.

CAPÍTULO 4. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: PROPUESTAS DE REFORMA BASADAS EN LA IMPLANTACIÓN DE MAYORES NIVELES DE TRANSPARENCIA

I. NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. EL PROCEDIMIENTO DE *RULEMAKING* EMPLEADO POR LAS AGENCIAS ESTADOUNIDENSES COMO REFERENTE

En el Capítulo primero de este trabajo hemos analizado brevemente el que hemos denominado marco normativo "tradicional" del ejercicio de la potestad reglamentaria; esencialmente conformado por los arts. 23 y 24 LG y el RD 1083/2009; así como por los preceptos que las diversas leyes autonómicas de gobierno y de procedimiento dedican a esta cuestión. De estas normas derivan las líneas maestras de los procedimientos de elaboración de reglamentos; y son, a su vez, el origen de muchos de los problemas que, en la actualidad, se suscitan entorno al ejercicio de las potestades normativas de la Administración.

Partiendo de la necesidad de reformar los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos y, por ende, el marco normativo que les da cobertura, hemos apuntado, ya desde un primer momento, que la incorporación de la transparencia en el ejercicio de las potestades de la Administración es, bajo nuestro punto de vista, una posible solución a muchos de los problemas que se suscitan en este ámbito; cuestión que ha sido tenido en cuenta por las normas que, aprobadas durante los últimos años, regulan esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, de esta legislación en su conjunto y, en particular, de la LTBG y de las distintas leyes de transparencia autonómicas, se derivan, como hemos visto en el Capítulo tercero de este trabajo, importantes consecuencias para el ejercicio de la potestad reglamentaria. En el seno del mismo, el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas, como elementos configuradores de la transparencia, adquieren unas concretas implicaciones; y todas ellas llevan aparejadas efectos positivos en relación a este ámbito de la actuación administrativa.

Estas normas nos han puesto, así, en la senda correcta; aunque aún se aprecian en esta regulación importantes carencias. Por un lado, y desde un punto de vista formal, la legislación de transparencia, a pesar de sus importantes implicaciones en relación a la elaboración de normas, no ha supuesto, formalmente, una modificación del marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria. Se ha producido en este ámbito una importante fragmentación, que nos ha llevado a hablar de un "nuevo" marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria; pues hay principios, trámites y sujetos que intervienen en la elaboración de normas que no se encuentran recogidos en las leyes que regulan esta cuestión con carácter principal. La situación descrita debería, en aras a una mayor seguridad jurídica, resolverse cuanto antes, a través de una regulación que contemplase, de forma unitaria, todos los trámites a seguir para elaborar una norma reglamentaria.

El punto de partida en este ámbito es la necesidad de dotar de un procedimiento estructurado a una de las potestades más importantes que ejerce la Administración, en el que estén claramente delimitados los trámites a realizar, así como la concreción del momento y el modo en el que deben llevarse a cabo. La experiencia ha demostrado que la libertad de formas que recogen la LG y las distintas leyes autonómicas aplicables en este ámbito no ha contribuido al mejor ejercicio de la potestad reglamentaria. Por el contrario, la "simplicidad procedimental" en la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos y la laxitud de los trámites que deben llevarse a cabo con carácter previo a su aprobación han sido el caldo de cultivo para que se petrificaran los problemas tradicionales de la potestad reglamentaria, como la sobreproducción normativa; y surgieran otros problemas nuevos, como la falta de unas reglas mínimas que rijan la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de disposiciones generales.

Todo ello hace patente, no sólo la conveniencia, sino también la urgencia de diseñar, a nivel estatal y autonómico, un procedimiento de elaboración de reglamentos más estructurado, que se cohoneste con el marco normativo que rige en la actualidad el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas. En particular, entendemos que en este procedimiento deben incorporarse, de forma expresa, todas las implicaciones que derivan de la legislación reguladora de la transparencia, la sostenibilidad financiera, la libre prestación de servicios y la unidad de mercado; siendo también necesario que se implemente, en el seno del mismo, el uso de las tecnologías de la información y la

comunicación, de acuerdo con los principios y reglas consagrados en la legislación estatal y autonómica relativa a la Administración electrónica.

Por otro lado, y desde un punto de vista material, a pesar de los avances y mejoras que el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria ha introducido en este ámbito, éstas aún resultan insuficientes. Especialmente, las previsiones de la LTBG y de las leyes de transparencia autonómicas, tienen un alcance general y no se adecúan a las particulares características de la potestad reglamentaria y del procedimiento previsto para su ejercicio; tal como sucede, por ejemplo, con la regulación relativa al derecho de acceso, a la publicidad activa y a la participación, lo que justificaría que las implicaciones de la transparencia fueran tratadas de forma específica en las leyes que regulan el ejercicio de las potestades normativas de la Administración.

Adicionalmente, se trata de reformas poco ambiciosas, que no llegan a solucionar todos los problemas que en la actualidad suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria. En este sentido, es necesario ir más allá, e introducir medidas que nos acerquen a los ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de transparencia, entre los que destaca, como ya hemos señalado el ordenamiento jurídico estadounidense.

En el seno de las agencias estadounidenses, tanto federales como estatales, el ejercicio de las potestades normativas se considera una de las funciones más importantes que éstas realizan, en el contexto de la dicotomía existente entre la denominada actividad o procedimiento de adjudicación (*adjudication*), en la que la agencia desarrolla potestades “cuasi judiciales”; y la actividad o procedimiento de regulación (*rulemaking*), en que se entiende que la agencia lleva a cabo funciones cuasi-legislativas⁵²³.

⁵²³ En el ejercicio de sus funciones cuasi-legislativas o de *rulemaking*, la agencia regula, por delegación del Congreso, un sector concreto de actividad; siendo el resultado de este procedimiento una *rule*, esto es, una norma de carácter general y que tiene efectos prospectivos –hacia el futuro– de manera que sus efectos son relativamente similares a los que tiene una ley o, en nuestro ordenamiento jurídico, una norma reglamentaria. Por el contrario, la agencia realizará funciones cuasi-judiciales cuando estemos en un procedimiento de *adjudication*, en el que, de forma similar a como lo hace un tribunal, toma una decisión que tiene efectos en un caso concreto, la cual adopta la forma de *order*; siendo así el equivalente a un acto administrativo en nuestro ordenamiento jurídico.

La distinción entre ambas categorías no siempre resulta fácil, por lo que la doctrina y la jurisprudencia norteamericana han entendido que son criterios diferenciadores entre *rules* y *orders* el tiempo y la aplicabilidad. Así, de conformidad con el denominado “test del tiempo de Holmes”, una norma o *rule* se

Partiendo de que este ordenamiento jurídico se caracteriza, como ya hemos señalado, por garantizar un alto nivel de transparencia en todas las actividades desarrolladas por las agencias, podemos afirmar que el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas, como elementos configuradores de esta institución, tienen un claro reflejo en el procedimiento de elaboración de normas o *rulemaking*⁵²⁴ que para las agencias federales recoge la *Administrative Procedure Act (APA)*⁵²⁵; y cuyas previsiones se complementan

caracteriza por determinar patrones de conducta futuros, mientras que una decisión determina obligaciones sobre la base de hechos presentes o pasados. Mientras que la *adjudication* tiene que ver con el derecho existente, el *rulemaking* tiene que ver con el derecho futuro (Prentis v. Atlantic Coast Line Co., 211 U.S. 210, 1908; New Orleans Public Serv. V. Council of New Orleans, U.S., 1989; Bowen v. Georgetown Univ. Hosp. 488 U.S. at 221).

En cuanto a la aplicabilidad, se considera que las *rules* tienen una aplicación general a todos los miembros de un grupo amplio y no identificado de personas, mientras que la adjudicación se aplica a situaciones o sujetos individuales. Así, para determinar cuándo se está ante una potestad u otra, los tribunales deberán prestar atención a 1) si se trata de una actividad administrativa dirigida a un grupo concreto de personas identificadas o identificables o, por el contrario, dicha actividad se dirige a personas no especificadas ni especificables; 2) Si la agencia tiene en cuenta hechos generales o hace referencia a los hechos en disputa en relación a un particular; y 3) Si la actividad tiene por objeto llevar a cabo políticas de la agencia o bien resolver una disputa entre dos partes .

En la mayoría de supuestos, ambos criterios, considerados separadamente, resultan válidos para poder distinguir cuando estamos ante actividad regulatoria y cuando estamos ante una actividad de adjudicación. Sin embargo, lo mejor es aplicarlos de manera conjunta, pues hay supuestos en los que, teniendo en consideración sólo uno de ellos, podrían obtenerse conclusiones equivocadas (New Orleans Public Serv. v. Council of New Orleans, U.S., 1989).

⁵²⁴ Sobre la elaboración de normas por parte de las agencias americanas, y diversos aspectos relevantes respecto a este procedimiento, pueden verse, entre otros: COLIN S. DIVER, "Policymaking Paradigms in Administrative Law", 95 *Harvard Law Review* 393, 1981; JAMES DELONG, "Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy", 65. *Virginia Law Review* 257, 1979; WILLIAM PEDERSEN, "Formal Records and Informal Rulemaking", 85 *Yale Law Journal* 38, 1975; E. DONALD ELLIOTT, "Reinventing Rulemaking", 41 *Duke Law Journal* 1490 (1992).

En nuestra doctrina, resulta indispensable la obra: LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América*, ya citada.

⁵²⁵ Los procedimientos de elaboración de normas desarrollados por las agencias estatales se sustentan también en estos mismos pilares pues, a pesar de que los diferentes Estados tienen libertad para aprobar sus propias Leyes procedimentales, la mayoría de ellas están basadas en el Modelo de Ley Estatal de Procedimiento Administrativo (ya sea en su versión original, de 1981 o revisada, de 2010), elaborado por la *National Conference of Comissioners on Uniform Laws*, cuyo contenido en relación al procedimiento de elaboración de normas sólo difiere ligeramente de aquel que regula la APA. Algunas diferencias

con las leyes especiales aplicables a cada agencia y con lo dispuesto en importantes órdenes ejecutivas aprobadas durante los últimos años⁵²⁶.

En particular, la forma en la que se articula la participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de normas por parte de las agencias norteamericanas actúa como criterio distintivo entre los principales procedimientos de elaboración de normas previstos en la APA, esto es, el procedimiento formal y el procedimiento informal⁵²⁷, a los que recientemente se ha sumado también el denominado “procedimiento negociado”, aunque éste último no tiene, como explicaremos a continuación, la consideración de procedimiento autónomo.

importantes entre la APA y el modelo estatal son que, por ejemplo, este último prevé, de manera expresa, un plazo mínimo de treinta días para realizar comentarios, mientras que en la APA dicho plazo se determina caso por caso. Por otra parte, el modelo estatal prevé también que se deberá celebrar una audiencia oral cuando así lo soliciten 25 personas, una subdivisión gubernamental de la agencia o una asociación que no tenga menos de 25 miembros; cuestión no prevista en la APA.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que algunos Estados imponen en sus respectivas leyes de procedimiento requisitos procedimentales más estrictos que aquellos previstos en la APA y en el propio modelo estatal. Son ejemplo de ello las provisiones contenidas en las leyes de procedimiento de los Estados de Iowa (Iowa Code Ann. Section 17.A.6), Minnesota (Minn. Stat. Ann. Section 15.042) y Wisconsin (Wis. Stat. Ann. Section 227.01 a 227.041). Por su parte, la Ley de Procedimiento del Estado de Massachusetts prevé, incluso, sanciones penales para el caso de que se adopte o modifique una norma sustantiva (no procedimental) sin audiencia pública previa (Mass. Gen. Laws Ann. Ch 30A, Section 2).

Sobre la cuestión, vid. SCHWARTZ, B., *Administrative Law...* Op. Cit. Pág. 205; FOX, *Understanding Administrative Law...* Op. cit. Págs. 189 y 190.

⁵²⁶ En particular, merecen destacarse por su importancia la *Executive Order 12866, Regulatory Planning and Review, and Amendments*, de 4 de octubre de 1993, modificada en diversas ocasiones; y la *Executive Order 13563, Improving Regulation and Regulatory Review*, de 18 de enero de 2011.

⁵²⁷ Parte de la doctrina norteamericana así como diversos pronunciamientos jurisprudenciales se habían referido, junto con el procedimiento formal y el procedimiento informal, al denominado "procedimiento híbrido", categoría intermedia entre los dos procedimientos previstos en la APA y que vendría referida a aquellos supuestos en que el procedimiento informal se ve ampliado en sus trámites (por decisión discrecional de la propia agencia o porque lo impone una ley), o en que el procedimiento de regulación adquiere características propias del procedimiento de adjudicación. Esta figura, no obstante, es rechazada por otros autores⁵²⁷, y parece que tampoco es acorde con el tenor literal de la APA, que distingue entre la actividad de regulación, por un lado, y la actividad de adjudicación, por otro. Así, aunque cuando la regulación se lleva a cabo a través del procedimiento formal adquiere ciertas similitudes con la adjudicación, en ningún momento la APA se refiere a un procedimiento que sea una combinación de ambos. SCHWARTZ, B., *Administrative Law...* Op. Cit. Págs. 204 y 205.

Los principales rasgos de estos procedimientos pueden resumirse del siguiente modo:

- 1) En el **procedimiento formal**, por exigencia de una norma con rango de ley, la participación debe llevarse a cabo a través de audiencias “*trial-type*”, esto es, audiencias de tipo probatorio, muy similares a las que se llevan a cabo en procedimientos judiciales. El reglamento o norma que resulte de este procedimiento, se basa únicamente en aquellos hechos o circunstancias probados durante la audiencia, y el mismo debe incluir unos fundamentos de hecho basados en los archivos que documentan la audiencia, tal como sucede cuando la agencia realiza actuaciones de adjudicación o cuasi-judiciales. La inherente lentitud del procedimiento formal⁵²⁸, ha provocado que el mismo sólo se utilice cuando así lo exija expresamente una Ley, deviniendo así una excepción recurrir al mismo.
- 2) Por su parte, en el **procedimiento informal**, también denominado de “*notice-and-comment*”, la participación se articula a través de aquellas vías o medios que la agencia considere oportunos. La agencia está sometida en este caso a muy pocas exigencias procedimentales, aunque todas ellas van dirigidas a una misma finalidad: garantizar la transparencia y, en particular, la publicidad y la participación en la elaboración de las normas administrativas⁵²⁹. Así, siguiendo

⁵²⁸ Un ejemplo paradigmático de procedimiento de elaboración de normas de carácter formal, son los que se han llevado a cabo bajo el mandato de la Ley de alimentos, medicamentos y cosméticos (*Food, Drug, and Cosmetic Act*), de 1938. Así, cualquier procedimiento de elaboración de una norma administrativa bajo esta ley no ha durado menos de dos años, y dos de ellos han durado más de diez años. En concreto, la transcripción de las audiencias relativas a si la manteca de cacahuete debía contener 87,5 o 90 por ciento de cacahuetes, ocupó 7.736 páginas. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...* Op. Cit.

⁵²⁹ Las pocas exigencias que impone el procedimiento informal llevaron a que algunos Tribunales establecieran que, cuando la norma a elaborar resultara especialmente compleja, debían exigirse a la agencia trámites adicionales a aquellos previstos la APA para el procedimiento informal, como por ejemplo, dar la oportunidad de que puedan realizarse presentaciones (orales, cuando proceda) o hacer un examen cruzado de las pruebas, así como permitir probar distintos puntos de vista en relación a los comentarios realizados. Así, en el caso *Association of Natl. Advertisers v. FT*, 627, F.2d 1151, 1176 (D.C. Cir. 1979), el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia anuló un reglamento de la Comisión Regulatoria Nuclear por considerar que se tendrían que haberse realizado más trámites.

El Tribunal Supremo terminó, no obstante, con esta línea jurisprudencial, en el conocido caso *Vermont Yankee* [*Vermont Yankee Nuclear Power Corp.v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S., 519 (1978)], que conllevó también la anulación de la citada sentencia del Tribunal de Apelaciones del Distrito

los cauces de procedimiento informal, la agencia administrativa tiene que hacer público que va a aprobar una norma dirigida a regular una determinada materia (*notice*), dando oportunidad a aquéllos que lo deseen de realizar comentarios o hacer efectiva su participación a través de los cauces que determine la propia agencia (*comment*). En este punto, debemos señalar que, aunque la APA habla de interesados, este concepto no se identifica con el concepto de interesado del ordenamiento jurídico español que, de acuerdo con el art. 31 LRJPAC, exige ostentar derechos o intereses legítimos. En el Derecho estadounidense, y a los efectos de la participación en la elaboración de reglamentos, cuando la APA emplea el término interesado, se refiere a todos aquéllos que tengan la voluntad de participar en la elaboración del reglamento, con independencia de la posición jurídica que mantengan estos sujetos con la materia que es objeto de regulación.

Estos requisitos procedimentales previstos para el procedimiento de *notice and comment* pueden ser objeto de modulaciones; de forma que, sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales⁵³⁰, la APA permite que las agencias no los apliquen en aquellos casos en que, por una "buena causa" (*good cause*)⁵³¹, se considere que el anuncio y la publicidad del procedimiento son impracticables, innecesarias o contrarias al interés público [5 U.S.C. 553 (b)(3)B]; o bien si las

de Columbia [447 U.S. 921 (1980)]. El Tribunal Supremo consideró que llevar a cabo, o no, un procedimiento de regulación más amplio entra dentro del ámbito de discrecionalidad de la agencia y que los requisitos adicionales sólo pueden exigirse, en su caso, por el Congreso, y no por los Tribunales.

⁵³⁰ En este sentido, la Ley de Política Ambiental Nacional (*National Environmental Policy Act*) permite excepciones "programáticas", esto es, basadas en actuaciones regulatorias habituales o rutinarias que no tienen incidencia en el medioambiente.

Por su parte, la Orden Ejecutiva 12866 establece que hay regulaciones que quedan exentas de los requerimientos procedimentales de la APA en aquellos supuestos en los que se dan situaciones de emergencia o cuando la intervención de la Oficina de Administración y Presupuesto puede conllevar la imposibilidad de cumplir con los plazos para la aprobación previstos legalmente o en un pronunciamiento judicial. Esta orden también establece, asimismo, que se pueden prever excepciones por categorías generales de normas, posibilidad que es empleada por diversos programas administrados por la EPA, el Departamento de Agricultura y la Administración Federal de Aviación, entre otras.

Sobre esta cuestión puede verse: CORNELIUS M. KERWIN, SCOTT R. FURLONG, *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Fourth Edition, CQ Press, Washington D.C., 2011. Págs. 72-75.

⁵³¹ Vid. *in totum* sobre esta excepción: LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública en el procedimiento...*Op. Cit.

normas a aprobar tienen carácter organizativo o guardan relación con asuntos militares o de seguridad interior [5 U.S.C. 553 (b)(3)(A)].

- 3) El denominado **procedimiento negociado** de elaboración de normas (*negotiated rulemaking* o “*reg-neg*”)⁵³² empezó, en un primer momento, como una práctica desarrollada en los años 80 por algunas agencias federales como la EPA (*Environmental Protection Agency*)⁵³³, para después regularse con carácter general en la *Negotiated Rulemaking Act* (NRA) y en la *Administrative Dispute Resolution Act*, ambas de 1990⁵³⁴.

La principal novedad incorporada por estas normas es que, en la elaboración de la norma, participa una comisión creada *ad hoc* para esta finalidad, formada por representantes de la Administración y del sector privado que negocian los términos de la futura norma. Al respecto, hay que destacar que no estamos propiamente ante un procedimiento de elaboración de normas autónomo, pues las negociaciones de la comisión no culminan con la aprobación de una norma; sino con una propuesta o proyecto, que después seguirá los cauces del procedimiento de elaboración de normas que correspondan (normalmente, el de *notice and comment*).

⁵³² Sobre las características esenciales del procedimiento negociado de elaboración de normas: PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law...*, Vol. 1, Op. Cit. Págs. 694 a 698; FOX, *Understanding Administrative Law...* Op. Cit. Págs. 170 a 172; PHILIP J. HARTER, “Negotiating Regulations: A Cure for Malaise”, *Georgia Law Journal* núm. 71, 1982; CARY COGLIANESE, “Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking”, *Duke Law Journal* núm. 46, 1997; NEIL EISNER, “Regulatory Negotiation: A Real World Experience”, *Federal Bar News & Journal* núm. 31, 1984.

Sobre la posible aplicación de este procedimiento en el sistema español, *vid*: PONCE SOLÉ, J., *Negociación de normas y lobbies*, Ed. Aranzadi, Navarra 2015; DEL OLMO ALONSO, J., “El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos”. *RVAP* núm. 52, 1998.

⁵³³ DANIEL J. FIORINO, CHRIS KIRTZ, “Breaking Down Walls: Negotiated Rulemaking at EPA”, *The Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law* núm. 4, 1985; CORNELIUS KERWIN, LAURA LANGBEIN, *An Evaluation of Negotiated Rulemaking at the Environmental Protection Agency*, Phase I, 1995.

⁵³⁴ *Negotiated Rulemaking Act*, 104 Stat. 4969 (1990), codificada en la APA en el §561 y *Administrative Dispute Resolution Act*, 104 Stat. 2736 (1990), codificada en la APA en el §583.

En nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, se han introducido medidas que permiten apreciar, como ya hemos avanzado, algunos aspectos comunes entre los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos y los procedimientos de *rulemaking* que emplean las agencias norteamericanas; destacando así la introducción de medidas dirigidas a lograr un mayor conocimiento sobre los procedimientos de elaboración de normas en curso, la regulación de sistemas de participación más flexibles o la previsión de que se creen grupos de trabajo o comisiones para negociar el texto normativo propuesto por la Administración. Estas similitudes, por el momento escasas, nos permiten, a su vez, detectar aquellos aspectos en los que es posible seguir progresando, para lograr así un mayor nivel de transparencia en el ejercicio de esta potestad y encontrar herramientas que permitan mejorar los términos en los que, actualmente, se elaboran las normas reglamentarias a nivel estatal y autonómico.

En cualquier caso, el punto de partida es que las comparaciones entre nuestro ordenamiento y el estadounidense deben realizarse con cautela. Ello se debe a las diferencias que, con carácter general, existen entre nuestras Administraciones Públicas y las agencias administrativas estadounidenses, ampliamente estudiadas por nuestra doctrina (CARBONELL PORRAS)⁵³⁵; y que inciden también en el concreto ámbito de la elaboración de normas. Así, atendiendo al principio básico del derecho administrativo estadounidense de que la agencia es una criatura de la Ley y que, como tal, sólo está investida de aquellos poderes conferidos por el poder legislativo (PIERCE)⁵³⁶, su potestad reglamentaria es, asimismo, el resultado de una delegación legal, a diferencia de lo que sucede en relación a nuestras Administraciones Públicas, respecto a las cuales la potestad reglamentaria tiene, como sabemos, fundamento constitucional (GARCÍA DE ENTERRÍA – T.R. FERNÁNDEZ)⁵³⁷; consideraciones que influyen de forma

⁵³⁵ CARBONELL PORRAS, E., *Agencias administrativas y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

⁵³⁶ RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise...* Op. Cit. Pág. 169.

⁵³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo...* Op. Cit. Págs. 187 a 189. En el mismo sentido, y entre otros: BASSOLS COMA, M., “Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria... Op. Cit.”; CARRO, J.L, GÓMEZ-FERRER, R., “La potestad reglamentaria del Gobierno... Op. Cit.”; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “Ley autonómica, reglamento y control.. Op. Cit.”; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo...*Op. Cit.

determinante en la configuración, ejercicio, límites y control de la potestad reglamentaria.

Pese a lo anterior, no podemos obviar que existen elementos comunes entre ambos sistemas. En particular, los órganos administrativos competentes tienen la responsabilidad de elaborar el proyecto normativo que servirá de base a los restantes trámites que integran el procedimiento de elaboración de normas; se exige también, en ambos casos, una adecuada motivación o justificación de las previsiones incorporadas a la norma reglamentaria; y es necesario que se permita (en mayor o menor medida) la participación de los ciudadanos en la configuración del texto normativo. Finalmente, si el procedimiento culmina con la aprobación de una norma, ésta debe ser publicada para integrarse en el ordenamiento jurídico correspondiente; aunque en Estados Unidos existen, en este punto, diferencias sustanciales respecto a nuestro ordenamiento jurídico; pues una norma no publicada puede producir efectos jurídicos teniendo en cuenta el conocimiento real que, de la norma no publicada, puedan tener sus destinatarios⁵³⁸, a la

⁵³⁸ En Estados Unidos, sentada la regla de que la norma debidamente publicada resulta plenamente aplicable aunque su destinatario la desconozca totalmente [Federal Crop Ins. Corp v. Merrill, 332 U.S. 380 (1947)], existe una copiosa jurisprudencia acerca de si la norma no publicada produce efectos respecto a aquellos que tuvieron conocimiento efectivo de la misma.

Al respecto, existen algunas sentencias minoritarias que excluyen los efectos de la norma no publicada, aunque sus destinatarios tuvieron conocimiento real y efectivo de la misma [Hotch v. United States, 212, F.2d 280 (9th Cir. 1954)]. Sin embargo, la postura mayoritaria es que la norma no publicada puede producir efectos respecto a aquellos que tuvieron un conocimiento efectivo y real de su existencia y contenido [Federal Register. Hatcher v. United States 733 F. Supp. 128 (M.D. Pa. 1990); Nason v. Kennebeck CETA, 646 F.2d 10 (1st Cir. 1981)], a través por ejemplo, de la correspondiente notificación; correspondiendo a la agencia la carga de la prueba respecto al conocimiento real de la norma por parte del ciudadano [Anderson v. Butz, 550, F.2d 459 (9th Cir. 1977)].

Esta última interpretación es la que se considera, además, más acorde al tenor literal de la APA que, tras la reforma de 1967 [81 Stat. 54 (1967, 5 U.S.C. §552 (a)(1)], establece expresamente que: excepto en la medida en que una persona tenga conocimiento real y a tiempo en los términos adecuados del contenido de la norma, ésta no puede ser requerida a recurrir o a verse afectada negativamente por una cuestión que, habiendo de ser publicada en el Registro Federal, no haya sido publicada. ("*Except to the extent that a person has actual and timely notice of the terms thereof, a person may not in any manner be required to resort to, or adversely affected by, a matter required to be published in the Federal Register and not so published*").

vez que las normas publicadas se considera que tienen plena fuerza de ley (*full force of law*), esto es, la misma fuerza y efectos que a las Leyes aprobadas por el Congreso⁵³⁹.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, las soluciones empleadas por las agencias administrativas estadounidenses a la hora de ejercer sus potestades normativas no pueden trasladarse, sin más, a nuestro ordenamiento, pero sí pueden servirnos de referente, especialmente cuando lo que queremos es determinar las implicaciones que debe tener la transparencia en la elaboración de normas reglamentarias.

Es por ello que, en las siguientes páginas, vamos a desgranar algunas de las reformas que, desde un punto de vista material, consideramos que deben introducirse en el ejercicio de la potestad reglamentaria y que se basan todas ellas en las soluciones empleadas por las agencias administrativas federales. No se pretende con ello importar en bloque todo el procedimiento de *rulemaking*; sino, únicamente, hacer uso de aquellas herramientas que tienen un mejor encaje en nuestra tradición jurídica. Se trata, en definitiva, de consideraciones que pretenden ser una hoja de ruta para la reforma de este procedimiento, y no una propuesta específica de nueva regulación o articulado de las normas vigentes en la actualidad.

Lo anterior nos obliga a centrarnos en los que consideramos los aspectos clave de la posible reforma, esto es, las cuestiones que resultan, a nuestro modo de ver, más relevantes o novedosas para solventar los problemas que en la actualidad suscita el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que existan otras medidas que convendría adoptar pero que no pueden ser abordadas en este trabajo por exceder el objeto del mismo.

Con carácter concreto, se propone, en primer lugar, introducir reformas en la génesis del procedimiento de elaboración de normas, de forma que se prevea la planificación del

⁵³⁹ Flores v. Bowen, 790 F.2d 740, 742 (5th cir. 1986); Transco Leasing Corp v. United States, 896 f.2d 1435, 1446 (5th Cir. 1990); Water quality Assn. v. United States, 795 F.2d 1303, 1305 (7th Cir. 1986). Sobre la cuestión, *vid.* SCHWARTZ, *Administrative Law...* Op. cit. Págs. 182 a 188.

Esta consideración difiere así de aquella que ha acuñado nuestra doctrina para el concepto de “fuerza de ley”, reservado para las normas aprobados por órganos que tienen atribuida la representación política, siendo así decisiones de creación del Derecho irresistibles y supremas en cuanto aceptadas como tal por sus propios destinatarios (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimoquinta Edición, Civitas – Thomson Reuters, Pág. 121 y 122).

ejercicio de la potestad reglamentaria y su publicidad a través de agendas regulatorias; se regulen las actuaciones previas a la elaboración de proyectos normativos, las cuales también deben ser públicas; y se determine la necesidad de un acto formal público de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos. En segundo lugar, se plantean también reformas en el desarrollo de los trámites participativos, con el fin de adaptarlos a las exigencias de la transparencia administrativa. En tercer lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, se hace hincapié en la necesidad de regular de forma adecuada la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en el procedimiento de elaboración de reglamentos, para así fijar las condiciones y límites que resultan de aplicación a la actuación de estos sujetos. En cuarto término, se propone una reforma del sistema de publicidad de los reglamentos aprobados por la Administración y la documentación generada durante su elaboración y aplicación; siendo el objetivo lograr un conocimiento amplio por parte de los ciudadanos del derecho vigente y de los términos en los que la Administración ejerce sus potestades normativas. Finalmente, la última de las propuestas tiene por objeto reforzar los mecanismos de control o rendición de cuentas respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria, siendo la principal medida que se recoge la de otorgar al Consejo de Estado y a los órganos consultivos autonómicos equivalentes un mayor protagonismo.

II. LA TRANSPARENCIA EN LA GÉNESIS DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

La regulación de las actuaciones que preceden a la elaboración y aprobación de una norma reglamentaria son uno de los aspectos más criticables de la legislación aplicable al ejercicio de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, existen en relación a la génesis del procedimiento de elaboración de disposiciones generales una serie de carencias que lastran todo su desarrollo y tienen consecuencias indeseadas en la norma finalmente aprobada; siendo el mayor problema que se suscita en este ámbito la indiferencia con la que el legislador estatal y autonómico abordan esta cuestión y que conlleva, irremediabilmente, que la opacidad o

falta de transparencia se configure como la principal característica de las primeras actuaciones que conducen a la elaboración de una disposición general.

Partiendo que el primer trámite previsto en la regulación actual es "la elaboración del correspondiente proyecto" (art. 24.1.a LG), el legislador pasa por alto muchas actuaciones y cuestiones que preceden a la redacción de ese primer borrador. Ello dificulta el correcto desarrollo de trámites esenciales del procedimiento dirigidos a lograr el acierto y oportunidad de la norma, tales como la preparación de las memorias, la participación ciudadana o la elaboración de los informes preceptivos; además de ser una auténtica traba al eventual control judicial de la norma por parte de los tribunales del orden contencioso.

Como ya hemos avanzado, es esencial para solucionar esta problemática que la Administración planifique las normas que quiere aprobar; cuestión que debe preverse expresamente en las normas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria. Asimismo, también deben regularse los trabajos que preceden a la elaboración del proyecto normativo y que justifican su contenido; siendo ésta una cuestión primordial, teniendo en cuenta que ese primer borrador actúa como centro de gravedad de todo el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, pues todos los trámites que lo integran giran en torno al mismo. Finalmente, es necesario que exista, como ya prevén algunas normas autonómicas, un acto formal de iniciación del procedimiento y que el mismo se dote de publicidad, lo que permitiría conocer a los ciudadanos y a los propios poderes públicos las normas que, en un futuro próximo, van a integrarse en el ordenamiento jurídico.

1. La planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria y su publicidad a través de agendas regulatorias

Es un hecho contrastado que la aprobación de normas reglamentarias no siempre va precedida de la reflexión y deliberación necesarias para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una nueva fuente de derechos y obligaciones. Esta forma de proceder alimenta la sobreproducción normativa y dificulta la adopción de normas reglamentarias técnicamente correctas y que tengan un adecuado encaje en el

ordenamiento jurídico vigente; lo cual produce unos devastadores efectos en el principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Carta Magna.

Efectivamente, en muchas ocasiones, la Administración ejerce su potestad reglamentaria de manera impulsiva, aprobando normas de manera reactiva o *ad hoc*, que en demasiados supuestos se tramitan por el procedimiento de urgencia⁵⁴⁰; siendo el resultado de lo anterior normas reglamentarias con una base fáctica y jurídica realmente inconsistente, tal como ha advertido el Consejo de Estado en numerosas ocasiones⁵⁴¹.

De acuerdo con el máximo órgano consultivo del Gobierno, se trata de procedimientos en los que el componente dominante es la improvisación, lo que tiende a reforzar la dificultad y oscuridad de las nuevas normas. Normas redactadas apresuradamente, en las que padecen la gramática y la sintaxis, se multiplican las remisiones de un precepto a otro y las innovaciones se producen a retazos; siendo realmente difícil su comprensión. En la mayoría de casos, no existe, como señala el Consejo de Estado, una urgencia real, que obedezca a circunstancias imprevistas o desconocidas por la Administración y que requieran una rápida regulación, sino más bien al hecho de que la Administración no ha planificado adecuadamente aquellas materias sobre las que quería aprobar una norma reglamentaria.

Esta forma de proceder resulta contraria al principio de seguridad jurídica que, tal como señala SAINZ MORENO, implica que se genere confianza sobre lo que el derecho

⁵⁴⁰ En este sentido, la Memoria del Consejo de Estado de 2011 señalaba que las solicitudes de urgencia supusieron el 22,2% relativas a reales decretos y el 25,4% relativas a órdenes ministeriales. Por su parte, la Memoria de la *Comissió Jurídica Assessora* del año 2012 recoge como, de los 94 dictámenes sobre disposiciones generales solicitados a la Comisión en ese año, 24 fueron tramitados por urgencia, lo que representa un 34,29% del total.

⁵⁴¹ A modo de ejemplo, en su Memoria del 2002, este órgano afirmaba que: "En muchos supuestos el desencadenante de una nueva regulación surge de hechos singulares y esporádicos que se proyectan intensamente sobre la opinión pública durante un período no necesariamente largo y que se resuelven con la preparación apresurada de una norma *ad hoc*. Se resiente así uno de los elementos tradicionales de la norma cual es su condición de regulación de carácter general *pro futuro* y la deseable «generalidad» de la norma cede en tales casos a una pretensión de ser «medida» de carácter coyuntural y efímero. Este método de producción normativa propicia el surgimiento de consecuencias contraproducentes en la aplicación de la norma o de efectos no previstos o paradójicos desde la finalidad misma o propósito inicial del legislador o del titular de la potestad reglamentaria". *Memoria del Consejo de Estado 2002*, págs. 70 y 71.

positivo “dice” y también sobre lo que “va a decir”, de tal manera que pueda predecirse razonablemente el sentido de la evolución del ordenamiento jurídico⁵⁴². Ello se ha positivizado en la LES como un principio de buena regulación, que implica que las iniciativas normativas de la Administración contribuyan a generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas (art. 4.4 LES). Esta misma norma prevé también la necesidad de que la Administración General del Estado y las Administraciones Autonómicas publiquen el programa de trabajo en materia de mejora regulatoria para el período siguiente; sin que sea esta información conste, a día de hoy, ni en el Portal de la Transparencia ni tampoco en las sedes electrónicas de los distintos Ministerios.

Ordenadas así las cosas, consideramos que una eficaz solución a la problemática descrita sería imponer a la Administración el deber de planificar con cierta antelación las normas reglamentarias que quiere aprobar, lo que contribuiría a “dar pausa” al ímpetu regulador de nuestras Administraciones Públicas, introduciendo mecanismos que hagan posible la ponderación, freno y reflexión exigible al procedimiento de elaboración de normas (Sentencia de 10 octubre 2005, Ar. 8476, Ponente: Octavio Juan Herrero Pina); lo que sin duda incrementaría la calidad de la norma final.

La planificación relativa al ejercicio de la potestad reglamentaria podría incluirse en los planes y programas del Gobierno, los cuales deben ser objeto de publicidad de acuerdo con el art. 6.2 LTBG⁵⁴³; aunque consideramos que sería más conveniente prever la existencia de “agendas regulatorias” de carácter público, por ser éste un instrumento específico, adaptado plenamente a las particularidades propias de los procedimientos de elaboración de normas, y que tiene una gran importancia en otros ordenamientos jurídicos.

⁵⁴²SAINZ MORENO, F., “Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural... Op. cit. Págs. 20 y 21.

⁵⁴³ Así, el art. 6.2 LTBG dispone: “Las Administraciones Públicas publicarán los planes y programas anuales y plurianuales en los que se fijen objetivos concretos, así como las actividades, medios y tiempo previsto para su consecución. Su grado de cumplimiento y resultados deberán ser objeto de evaluación y publicación periódica junto con los indicadores de medida y valoración, en la forma en que se determine por cada Administración competente (...)”.

En particular, las agendas regulatorias son una herramienta sumamente relevante en el sistema estadounidense, pues todas las agencias federales con potestades normativas tienen que elaborar una agenda regulatoria pública de carácter individual. La importancia de dicha agenda individual se ve, además, maximizada gracias a la Agenda Unificada de Actuaciones Regulatorias y Desregulatorias (*Unified Agenda of Regulatory and Deregulatory Actions*): un único instrumento a través del cual es posible conocer las actuaciones normativas desarrolladas por gran parte de las agencias administrativas federales.

Ambos instrumentos (agenda individual y Agenda Unificada) se implantaron a finales de los años 70 y se rigen por las previsiones contenidas en diversas órdenes ejecutivas⁵⁴⁴ así como por algunas normas con rango de Ley, entre las que destaca la *Regulatory Flexibility Act*⁵⁴⁵. Respecto a las principales características de estos instrumentos, podemos señalar lo siguiente:

1. En relación a las **agendas regulatorias individuales**, su realización por parte de las agencias administrativas estadounidenses federales tiene carácter obligatorio, y en las mismas se incluye la planificación respecto a las actuaciones relacionadas con la elaboración y aprobación de normas. Sus previsiones se hacen públicas y son accesibles para todos los ciudadanos, excepto en aquellos casos en los que la regulación planeada versa sobre cuestiones militares, seguridad interior o bien se trata de regulaciones que únicamente se refieren a la organización, administración y al personal de la agencia.

Atendiendo a lo anterior, a través de las agendas regulatorias se anuncia la planificación de las actuaciones administrativas relacionadas con la elaboración de normas que la agencia prevé llevar a cabo en los siguientes doce meses. En particular, se incluyen en dicha planificación: los anuncios de propuesta de elaboración de normas (*Notice of Proposed Rulemaking*) y los anuncios de propuesta previos (*Advance Notice of Proposed Rulemaking*) que se prevé van a publicarse; así como las normas finales (*Final Rule*) que la agencia tiene intención de aprobar.

⁵⁴⁴ Orden Ejecutiva 12.866 (1993), Orden Ejecutiva 13.563 (2011), Orden Ejecutiva 13.132 (1999); Orden Ejecutiva 13.211 (2001).

⁵⁴⁵ Sobre las previsiones de esta Ley y los resultados obtenidos en su aplicación, *vid*: FREEDMAN, DORIS S.; SINGER, BARNEY; SWAIN, FRANK S., “The Regulatory Flexibility Act... Op. Cit.”; HOLMAN, KEITH W., “The Regulatory Flexibility Act at 25... Op. Cit.”

En cualquier caso, existe un amplio margen de flexibilidad respecto a la información que se publicita; el cual, normalmente, es utilizado por las agencias para ir más allá de las informaciones señaladas. En este sentido, para que los ciudadanos estén informados acerca de las oportunidades que tienen para participar en los procedimientos de *rulemaking*, las agencias también suelen hacer públicas, a través de este instrumento, las actuaciones a largo plazo (*Long-Term Actions*); categoría en la que insertan las iniciativas que la agencia tiene intención de realizar más allá del período de doce meses abarcado por la agenda regulatoria. Cuando esas iniciativas dejan de ser a largo plazo (es decir, se prevé que vayan a realizarse en los siguientes doce meses) se lleva a cabo una nueva publicación en la sección correspondiente de la agenda regulatoria de ese año.

Asimismo, la agencia también puede incluir en la agenda las actuaciones completadas (*Completed Actions*), esto es, actuaciones relativas a procedimientos de elaboración de normas que se están retirando porque no han logrado concluirse con éxito; o que están a punto de finalizar con motivo de la aprobación definitiva de la norma.

2. La función que cumplen las agendas regulatorias individuales para hacer posible el conocimiento sobre las actuaciones que, en este ámbito, llevan a cabo por las distintas agencias, se ve complementada gracias a la denominada **Agenda Unificada**, cuya publicación está encomendada al Centro de Servicios de Información Regulatoria (*Regulatory Information Service Center*)⁵⁴⁶.

La utilidad de la Agenda Unificada para lograr la mayor transparencia en el desarrollo de los procedimientos de elaboración de reglamentos resulta innegable. A través de la misma es posible obtener, de manera uniforme y en un mismo formato, datos

⁵⁴⁶ El Centro de Servicios de Información Regulatoria, conocido bajo las siglas del término anglosajón RISC, fue creado en 1981 y tiene encomendado facilitar el desarrollo y el acceso a la información relacionada con las actuaciones regulatorias y desregulatorias llevadas a cabo por las agencias administrativas. Sus principales publicaciones son la Agenda Unificada y el Plan Regulatorio (*The Regulatory Plan*), aunque también recaban y publican informaciones relacionadas con las regulaciones federales y sus efectos en la sociedad. Todas estas informaciones se ponen a disposición del Presidente, el Congreso, los oficiales de las agencias y el público en general para ayudarles a comprender el desarrollo del proceso regulatorio.

Los principales aspectos relacionados con la actividad desarrollada por el RISC pueden ser objeto de consulta en la página: www.gsa.gov/risc (última consulta: 19/09/2014).

relacionados con las actuaciones de regulación y desregulación desarrolladas por más de 60 departamentos, agencias y comisiones dependientes del Gobierno Federal; siendo así un instrumento que debería servir como modelo para aquellos sistemas, como el nuestro, en los que la producción normativa se encuentra atribuida a diversos entes.

La Agenda Unificada, no sólo permite que los ciudadanos puedan conocer la planificación del ejercicio de la potestad normativa por parte de las agencias administrativas; sino que también constituye una auténtica base de datos respecto a los procedimientos de elaboración de reglamentos ya tramitados. Y es que, por medio de este instrumento, se difunden todo tipo de informaciones vinculadas a la elaboración y aprobación de normas, en lo que se ha denominado una foto sucesiva de la actividad regulatoria de la agencia⁵⁴⁷; de tal modo que, a través suyo, puede obtenerse información de todos los trámites que se han seguido en todos y cada uno de los procedimientos de elaboración de normas, a los cuales se asigna un único número de identificación (*Regulation Identification Number*, RIN), lo que permite eliminar datos o entradas duplicados.

En cuanto a la elaboración y contenido de este instrumento, a diferencia de las agendas regulatorias individuales, la Agenda Unificada se publica con carácter semianual, y en la misma se contiene una lista de las regulaciones significativas que están desarrollando las diferentes agencias así como de aquellas que se tiene intención de desarrollar⁵⁴⁸.

Respecto a cada una de los procedimientos regulatorios, tienen que hacerse públicos ciertos aspectos relevantes como por ejemplo: las fechas previstas para el período de comentarios; la fecha en la que se espera que se publique la norma, para el caso que el procedimiento finalice con éxito; la fecha en la que se espera que el proyecto sea retirado, para el caso de que éste no llegue a finalizar; y las fechas de aprobación de las "*interim final rules*" y "*direct rules*", en relación a las cuales la participación ciudadana se ve modulada.

⁵⁴⁷ ANNE JOSEPH O'CONNELL, "Political Cycles of Rulemaking: An Empirical Portrait of the Modern Administrative State", *Virginia Law Review* núm. 94, 2008, pág. 925.

⁵⁴⁸ La mayoría de actividades regulatorias desarrolladas por las agencias federales deben ser reportadas en la Agencia Unificada, aunque existen no obstante, algunas excepciones. Así, a modo de ejemplo, hay algunas actuaciones regulatorias realizadas por la EPA que no se encuentran cubiertas, incluyendo las actuaciones, aprobaciones o promulgaciones por las que se implementen planes estatales, de acuerdo con la sección 110 de la Ley de Aire Limpio (*Clean Air Act*), de 1994.

Además de los datos citados, que tienen carácter general, hay tres cuestiones más específicas incluidas en la Agenda Unificada que merecen especial atención:

- 1) En primer lugar, en la Agenda Unificada las agencias deben especificar si las actuaciones regulatorias que están llevando a cabo pueden *impacto a nivel territorial*; ya sea desde el punto de vista del federalismo, de conformidad con la *Unfunded Mandates Reform Act*⁵⁴⁹; o bien en relación a los distintos niveles de administración inferiores a la federal que existen en Estados Unidos, esto es, las administraciones estatales, locales y tribales. La exigencia de incluir esta información en la Agenda Unificada tiene su origen en la Orden Ejecutiva 13132, titulada "Federalismo" (*Federalism*), que determina que, en el desarrollo de políticas normativas que tengan implicaciones federales, las agencias administrativas deben llevar a cabo un proceso transparente que permita asegurar que las autoridades estatales y locales pueden participar en su desarrollo de forma adecuada y en un plazo razonable.
- 2) En segundo lugar, en la Agenda Unificada las agencias también concretan aquellas actuaciones regulatorias que puedan tener *incidencia económica* en un número sustancial de pequeñas entidades. Esta exigencia viene impuesta por *Regulatory Flexibility Act* y se encuentra concretada en la Orden Ejecutiva 13272, de 2002.
- 3) En tercer lugar, siendo la Agenda Unificada una publicación de carácter semianual, en su edición de otoño se incluye el *Plan Regulatorio (The Regulatory Plan)* de las distintas agencias administrativas, en el que éstas determinan cuáles son las prioridades en su actividad regulatoria y facilitan información adicional acerca de las actividades más importantes que, en este ámbito, está previsto realizar durante el próximo año; siendo un instrumento que, desde el año 2007, tiene un contenido omnicompreensivo.

⁵⁴⁹ De conformidad con la *Unfunded Mandates Reform Act*, norma aprobada en 1995, antes de votar y aprobar un proyecto de ley, debe analizarse su impacto en las administraciones distintas de las federales y en otras entidades, para que así los legisladores puedan conocer, con antelación los efectos que tendrá la norma desde el punto de vista territorial.

Habiendo visto las principales características y contenido de las agendas individuales y de la agenda unificada, debemos señalar que, el problema más importante que éstas plantean es su falta de fuerza vinculante. En este sentido, el ordenamiento jurídico estadounidense no prevé un sistema de sanciones para aquellos supuestos en que la agencia ponga en marcha procedimientos de *rulemaking* no recogidos en la agenda; ni tampoco mecanismos de *enforcement*, que permitan exigir a la agencia que cumpla con las previsiones contenidas en la misma.

Pese a lo anterior, se trata de instrumentos que, en la práctica, funcionan con éxito y cuyo contenido es respetado por las distintas agencias administrativas. Es más, algunas de ellas, incluso, van más allá, publicando listas de las acciones regulatorias iniciadas (*Action Initiation Lists*) prácticamente en tiempo real, incluso antes de publicar los datos en la agenda unificada o en su respectiva agenda individual.

En base a todo lo anterior, entendemos que las agendas regulatorias son instrumentos que podrían integrarse fácilmente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel estatal como autonómico. Así, siguiendo el modelo estadounidense, podrían implantarse agendas regulatorias para cada Ministerio o Departamento, y crearse una agenda unificada para el conjunto de la Administración estatal, y otra para cada Administración autonómica, debiendo todas ellas ser objeto de publicidad activa.

A través de estos instrumentos, debería planificarse el ejercicio de las potestades normativas y publicitar las previsiones que se hicieran al respecto, divulgando la información relativa a las materias o cuestiones sobre las cuales se quiere elaborar un determinado reglamento; el órgano o autoridad encargado de la elaboración de las normas que se prevén aprobar; así como un calendario aproximado o *planning* relativo al desarrollo del procedimiento.

La Administración y, más en concreto, el órgano administrativo responsable, deberían impulsar la elaboración y aprobación de los reglamentos recogidos en la agenda (y no otros) e intentar adecuarse a los plazos previstos en la misma; dando pie, en caso contrario, a la posible puesta en marcha de los mecanismos de control y de rendición de cuentas oportunos, por parte de la misma Administración o con carácter externo.

En cualquier caso, la regulación que se hiciera de esta agenda regulatoria debería admitir un margen razonable de flexibilidad, que permitiera a la Administración

apartarse del contenido de la agenda cuando, por ejemplo, se dieran verdaderas situaciones de urgencia que requirieran la aprobación de una norma reglamentaria no incluida en este instrumento, o bien concurrieran otros motivos o circunstancias que justificaran que la Administración actuara de manera distinta a la inicialmente planificada.

Todo ello permitiría, como ya hemos destacado, incrementar la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria y mejorar de forma sustancial los términos en los que nuestras Administraciones Públicas ejercen sus potestades normativas. Entre otras cuestiones, este instrumento contribuiría a frenar la sobreproducción normativa; a aumentar la coordinación entre Administraciones Públicas para lograr un ordenamiento más coherente; y a hacer posible el derecho a conocer respecto al ejercicio de las potestades reglamentarias, cuestión que a su vez tendría también una incidencia positiva en la participación ciudadana.

2. La regulación y publicidad de las actuaciones previas a la elaboración de los proyectos normativos

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos que contienen la LG y las distintas leyes autonómicas existentes en este ámbito incurren en un mismo error, y es que no regulan las actuaciones administrativas que tienen lugar con anterioridad a la elaboración del proyecto de reglamento con el que se da inicio al procedimiento; carencia que no ha sido solucionada en virtud del nuevo marco normativo aplicable al ejercicio de esta potestad.

Existe, por tanto, un vacío en relación a las actuaciones que ha llevado a cabo la Administración, no sólo para determinar que es necesario aprobar una disposición general; sino también para dar un contenido concreto al primer proyecto de reglamento, que actuará como centro de gravedad de todo el procedimiento, y en el cual van a basarse todos los trámites que lo conforman.

La falta de regulación de estas actuaciones previas determina que la Administración actúe sobre mínimos, y que la conveniencia de regular una materia y las opciones regulatorias existentes no sean objeto de un estudio profundo o que, en el mejor de los casos, estas cuestiones sean abordadas una vez ya se ha elaborado el primitivo proyecto de reglamento, lo que da lugar a sucesivas versiones y dificulta introducir mejoras en el mismo.

En esta línea, SANTAMARÍA PASTOR afirma que: "Parece lógico que la iniciación del procedimiento de elaboración de una norma deba motivarse en un proceso reflexivo de detección de problemas o necesidades que exijan la emanación de aquella; una contestación de problemas que, racionalmente, deben constar por escrito, en estudios o informes previos (...). Sin embargo, esta intachable perspectiva racional se encuentra a años luz del modo usual de operar e nuestra Administración. En noventa y nueve de cada cien casos, tales estudios e informes no existen; la causa eficiente, dicho en términos escolásticos, de una norma reglamentaria radica en una idea emitida por un cargo político, que sin más encarga a un subordinado la redacción de un primer borrador"⁵⁵⁰.

La necesaria reflexión a la que alude el autor, lamentablemente, tampoco se logra con las Memorias e informes que acompañan a la norma reglamentaria pues, tal como ha señalado el Consejo de Estado, estos instrumentos, en la mayoría de casos, se elaboran a posteriori, justificando una regulación ya cerrada⁵⁵¹; siendo esta una carencia que conviene resolver.

Esta cuestión ha sido tenida en cuenta en el ordenamiento estadounidense, en el que las agencias administrativas, con anterioridad a la elaboración de un reglamento, llevan a cabo diversas actuaciones preparatorias que, además, deben ponerse en conocimiento de los ciudadanos.

En efecto, aunque la letra de la APA no lo diga expresamente, los tribunales señalaron tempranamente la necesidad de publicar los datos y estudios en los que se basa la norma propuesta; cuestión que se puso de relieve en el caso *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (D.C. Cir. 1973), en el que el Tribunal declaró inconsistente

⁵⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988. Págs. 806 y ss.

⁵⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado de 16 de abril de 2009.

con la finalidad del procedimiento de *rulemaking* la aprobación de normas en base a datos que sólo son conocidos por la agencia⁵⁵².

A partir de la Sentencia citada, la publicidad de los documentos, estudios o trabajos en los que se fundamenta la regulación propuesta se erige como requisito de validez del anuncio de la elaboración de la norma (*notice*) y, por ende, de ello también depende la eficacia del futuro reglamento. El rigor con el que los tribunales estadounidenses valoran esta exigencia es tal que se ha llegado a declarar inválida una norma reglamentaria por el mero retraso en la publicidad de dichos documentos⁵⁵³, siendo una excepción a esta regla el supuesto en el que la agencia no dispusiera de esta documentación en el momento del anuncio [Personal Watercraft Industry Ass'n vs. Department of Commerce 48 F.3.d 540 (D.C. Cir. 1995)].

La mayor problemática que, desde el punto de vista práctico, suscita esta jurisprudencia tiene que ver con su aplicación en los procedimientos de elaboración de normas reglamentarias de carácter técnico o científico; respecto a las cuales existen numerosos estudios previos cuya publicidad puede entrar en colisión con otros derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el secreto industrial o la propiedad intelectual. Al respecto, la posición adoptada por los Tribunales estadounidenses es que deben publicarse, en todo caso, los estudios e informes relevantes para comprender la propuesta realizada por la Administración y las principales cuestiones que esta suscita⁵⁵⁴.

⁵⁵² En el caso de autos, la EPA proponía la fijación de unos estándares respecto a las fuentes estacionarias de las plantas de cemento. En el material que se puso a disposición del público, la EPA afirmaba únicamente que su propuesta se basaba en un estudio sobre las fuentes estacionarias realizados por la propia agencia y/o por contratistas, sin revelar los detalles de dichos estudios ni la metodología empleada, información que no se hizo pública hasta una vez finalizado el plazo para realizar comentarios. El Tribunal consideró que estos estudios deberían haberse hecho públicos con anterioridad, pues los mismos tuvieron un papel clave en la regulación propuesta por la agencia.

⁵⁵³ Así fue en el caso *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977), en el que el Tribunal invalidó la previsión del reglamento relativa al tiempo mínimo y temperatura de cocción del pescado blanco porque la *Food and Drugs Agency* basaba su norma en unos estudios que no habían sido mencionados en el anuncio de regulación, aunque fueron publicados antes de la sumisión de comentarios.

⁵⁵⁴ Sobre el tema, vid. RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise...* Op. cit. págs. 584-587. En particular, el autor señala como criterios a tener en cuenta, derivados del caso *Portland Cement*, que: a) El

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, en el sistema estadounidense, el conocimiento acerca del conjunto de actuaciones que preceden la elaboración de un proyecto de reglamento no sólo viene impuesto por la jurisprudencia; sino que también es posible gracias a la aplicación de ciertas normas, tanto generales como sectoriales, que rigen el funcionamiento de las agencias federales. Así, con carácter general, destacan las previsiones contenidas en la GSA y en la FACA; que al consagrar, respectivamente, el carácter público de las sesiones de los órganos colegiados de las agencias y de las comisiones consultivas creadas en el seno de las mismas, permiten también conocer el contenido de las actuaciones que preceden a la elaboración de un proyecto normativo⁵⁵⁵.

Con carácter sectorial, resultan relevantes las previsiones contenidas en la *Clean Air Act* que, en relación a las actuaciones que preceden la elaboración de un reglamento por parte de la EPA, imponen unos estándares de transparencia mayores que aquellos que ha venido exigiendo la jurisprudencia. En este sentido, esta Ley prevé que los expedientes electrónicos incluyan los borradores previos al proyecto de norma que hayan sido remitidos a la OMB; los borradores de *inales rules*; y los comentarios intercambiados entre la EPA, la OMB y otras agencias⁵⁵⁶.

Finalmente, hay que destacar que la publicidad de las actuaciones preparatorias o previas en el procedimiento de *rulemaking* es una cuestión a la que también ha otorgado un especial protagonismo el Modelo de Ley Estatal de Procedimiento Administrativo

estudio haya tenido un papel central en la norma aprobada por la agencia; 2) Que aquellos que hayan presentado comentarios no hayan tenido acceso al estudio; 3) Que, en el caso de que se hubiera tenido acceso a dicho estudio, aquellos que hubiesen presentado comentarios hubieran podido plantear cuestiones relevantes (Pág. 584).

⁵⁵⁵ RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise*... Op. cit. págs. 390-399.

⁵⁵⁶ En virtud de la *Clean Air Act* también se exige que, en los expedientes de elaboración de normas tramitados por la EPA, se incluyan todos los comentarios escritos e información documental, transcripciones de las audiencias públicas y, con carácter general, todos los documentos que estén disponibles una vez la norma propuesta se haya publicado y que el director de la agencia determine cuáles han tenido una relevancia central en el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria. Sobre el tema: CARY COGLIANESE, HEATHER KILMARTIN, EVAN MENDELSON, "Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration", *The George Washington Law Review*, núm. 77, 2008, pág. 938.

(*Model State Administrative Procedure Act*, MSAPA) de 2010⁵⁵⁷. En dicho Modelo se prevé expresamente, por un lado, que la agencia incluya en el expediente del procedimiento de elaboración de la norma una copia de todos los datos materiales, estudios e informes en los que la agencia o su personal se hayan basado para formular un proyecto normativo; obligando así, en el anuncio del inicio del procedimiento, a citar y resumir todos los estudios científicos y estadísticos, informes o análisis que hayan servido de base a la norma propuesta [MSPA §304 (a)(6)]. Asimismo, y por otro lado, el MSPA prevé también que las agencias realicen, de manera continuada, una labor de búsqueda y recopilación de información relevante para cuestiones que puedan ser objeto de una potencial regulación y que, incluso, puedan a abrir un período de participación pública antes de iniciar el respectivo procedimiento de *rulemaking* [MSPA §302 (b)(3), §303 (a)]; práctica que ha sido utilizada por diversas agencias en el Estado de Texas, que publican en sus respectivas sedes borradores de normas (*strawman rule*)⁵⁵⁸.

Teniendo en cuenta las premisas que resultan de aplicación a las actuaciones previas a la elaboración de un reglamento en el sistema estadounidense, entendemos que algunas de las ideas en que éste se inspira podrían implantarse con éxito en nuestro ordenamiento jurídico.

En concreto, hay dos medidas que consideramos podrían mejorar la regulación actual. En primer lugar, debería establecerse la necesidad de que, antes de elaborar un proyecto normativo, la Administración analizara sus posibles implicaciones, para así conocer si la voluntad política va a encajar bien en relación a la realidad jurídica y fáctica en la que la futura norma debe ser aplicada; estudio que puede llevarse a cabo a través de muy distintos medios, entre los que destacan las listas de comprobación o *checklisten*

⁵⁵⁷ Sobre el tema, *vid.* RON BEAL, "Rulemaking: Procedure as it relates to substance under the 2010 Model State Administrative Procedure Act", *Widener Law Journal*, núm. 20, 2010-2011. Pág. 744.

⁵⁵⁸ Se trata de un texto que la agencia entiende que podría llegar a ser un proyecto de reglamento, y respecto al cual se permite que los ciudadanos realicen sus comentarios, para que así la agencia pueda saber si va bien encaminada.

A modo de ejemplo, podemos referirnos al anuncio de borrador de norma realizado por la Comisión de Instalaciones Públicas de Texas, para evaluar la reforma de la norma reguladora de las personas que acuden en representación de las partes en ciertos procedimientos, en el cual se prevé que dichos representantes deben ser abogados o tener una relación de parentesco con la parte. <http://www.puc.texas.gov/industry/projects/rules/41618/41618strawman.pdf> (última consulta 13/08/2014).

empleadas en otros ordenamientos jurídicos y que promueven organizaciones internacionales como la OCDE⁵⁵⁹.

Pese a lo anterior, debemos tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico contamos con un valioso instrumento de análisis, concretado en la MAIN regulada por el RD 1083/2009 y los instrumentos similares previstos en las distintas leyes autonómicas, en virtud de los cuales se valora el impacto de la futura norma desde un punto de vista jurídico, económico, presupuestario, social, competencial y de género. Lo anterior justificaría que la reforma a introducir en este ámbito se limitara a exigir que estos instrumentos se llevaran a cabo antes de la elaboración de un proyecto; sin que existiera aún una propuesta de texto articulado que coartara su libre elaboración. Esta solución permitiría que estas memorias cumplieran con la finalidad con la que fueron concebidas, que no es otra que hallar la mejor manera de regular una determinada materia; sin perjuicio que dichos documentos, tal como sucede en la actualidad, se fueran actualizando a medida que avanzase el procedimiento de elaboración del reglamento, de forma que todas las cuestiones abordadas pudieran ser analizadas de nuevo, tomando ya como referencia la concreta propuesta de reglamento elaborada por la Administración. Adicionalmente, entendemos que la utilidad de estos estudios y memorias podría complementarse con otros instrumentos, como por ejemplo las pruebas piloto previas la aprobación de nuevas medidas reguladoras a las que se refiere el art. 64.4 de la Ley catalana 19/2014.

En segundo lugar, el resultado de estas actuaciones previas o preparatorias debería incluirse en el expediente y tener, tal como ocurre en el ordenamiento jurídico estadounidense, carácter público; debiendo ser objeto de publicidad activa. Esta última exigencia no sólo deriva de la voluntad de dotar de una mayor transparencia al

⁵⁵⁹ Las listas de comprobación o cheklisten alemanas son cuestionarios que debe completar el órgano competente al elaborar una norma reglamentario, y que actúan desde el inicio del procedimiento como unas directrices acerca de su contenido. A modo de ejemplo, la *ckeeklisten* aprobada por la OCDE en el año 1995 prevé que, entre otras, deban resolverse las siguientes cuestiones: ¿Está correctamente definido el problema?; ¿Está justificada la acción gubernamental?; ¿Es la regulación la mejor forma de acción gubernamental?; ¿Tiene sustento legal la regulación?; ¿Los beneficios de la regulación justifican los costes?; ¿Es la regulación clara, consistente, comprensible y accesible a los ciudadanos?. Sobre el tema, *vid.* BEITIA RUIZ DE ARBULO, I., "El procedimiento de elaboración de disposiciones generales: Balance de una década de la Comisión Jurídica Asesora y nuevas aproximaciones", *RVAP* núm. 85, Septiembre/Diciembre 2009. Págs. 27 y ss.

procedimiento de elaboración de reglamentos, sino que tiene su razón de ser en el papel determinante que las actuaciones previas tienen en el contenido de la futura norma reglamentaria.

Con la implementación de estas medidas entendemos que se contribuiría a lograr una mayor reflexión respecto a las previsiones de las normas reglamentarias; siendo el resultado normas mejores desde el punto de vista técnico, y con un mayor grado de acierto y oportunidad. La publicidad respecto a estas cuestiones garantizaría, asimismo, el carácter informado de la participación; aumentaría la comprensión de la norma finalmente aprobada –y, por ende, su cumplimiento voluntario–; y favorecería asimismo el control ejercido por los órganos consultivos superiores de la Administración y por los tribunales del orden contencioso administrativo.

3. La necesidad de un acto formal de carácter público de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos

La Ley del Gobierno y la mayoría de normas autonómicas no prevén la existencia de un acto o acuerdo de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos; pues, como ya hemos señalado, en las mismas se dispone que la iniciación tiene lugar directamente mediante la elaboración del proyecto normativo⁵⁶⁰.

El nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria ha advertido esta carencia y son diversas las leyes autonómicas de transparencia que prevén que la Administración deba publicitar el inicio del procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria o, en su caso, los procedimientos normativos en curso de elaboración,

⁵⁶⁰ Únicamente prevén un acto o acuerdo de iniciación formal del procedimiento de elaboración de reglamentos las ya citadas Ley foral 14/2004 (art. 59.1) y la Ley del País Vasco 8/2003, norma cuyo art. 5.1 dispone: "La orden de iniciación expresará sucintamente el objeto y finalidad de la norma, y contendrá una estimación sobre su viabilidad jurídica y material; sus repercusiones en el ordenamiento jurídico, con indicación de las normas vigentes sobre el mismo objeto que resulten modificadas de forma explícita o implícita, y la incidencia en los presupuestos de las Administraciones públicas afectadas, en la materia concernida y, en su caso, en el sector de actividad de que se trate. Asimismo, señalará los trámites e informes que se estiman procedentes en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta, y, en su caso, si la disposición ha de ser objeto de algún trámite ante la Unión Europea".

indicando asimismo el estado en el que se encuentran [art; 22.1.B.a) Ley Canarias 12/2014); arts. 10.1c) y 69.2 Ley catalana 19/2014; art. 7 Ley Extremadura 4/2013; art. 13.i) Ley Foral 11/2012]. A nivel estatal, aunque la LTBG no contiene ninguna previsión al respecto, la normativa en curso de elaboración también se publica actualmente en el Portal de la Transparencia⁵⁶¹.

Las previsiones legales anteriores y también la práctica desarrollada por la Administración General del Estado representan un pequeño paso adelante; pero no solucionan la problemática que genera la falta de previsión, con carácter general, de un acto de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos. Estamos ante una laguna importante, especialmente si tenemos en cuenta que, en virtud de la legislación de transparencia autonómica, este procedimiento especial se inicia por parte de la Administración, no ya sólo de oficio; sino también como consecuencia del ejercicio de la iniciativa reglamentaria por parte de los ciudadanos. Ello comporta la necesidad de exigir un acuerdo de iniciación por parte del órgano competente (art. 69.1 LRJPAC), pues de lo contrario no es posible saber con seguridad cuál es la fecha en la que, oficialmente, se inicia la elaboración de la norma reglamentaria, la autoridad o funcionario responsable de la elaboración del reglamento u otros extremos relacionados con el contenido y objeto de la futura disposición general.

Ordenadas así las cosas, consideramos que las normas reguladoras de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos deberían prever la existencia de un acto formal de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos; y que, además, dicho acto debería ser objeto de publicidad, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que se trata de un procedimiento que finaliza con la aprobación de una disposición administrativa de carácter general.

Todo ello supondría implantar en nuestro ordenamiento jurídico unas previsiones similares a las que existen en el ordenamiento jurídico estadounidense; en el que la publicación del anuncio del inicio del procedimiento de *rulemaking* es un requisito esencial para la validez del mismo y una de las pocas formalidades que se imponen en el procedimiento informal de elaboración de normas.

⁵⁶¹ http://transparencia.gob.es/es_ES/categoria/normativa/elaboracion

Así, salvo en aquellos casos en los que resulta de aplicación alguna de las excepciones que prevé la APA, el primer trámite obligatorio para elaborar una norma reglamentaria válida es que sea publicado en el Registro Federal el preceptivo anuncio (*notice*). dicho anuncio debe tener carácter general [NLRB v. Wyman-Gordon Co., 394 U.S. 759 (1969)], por lo que la agencia no puede sustituir este trámite dando audiencia a personas u organizaciones concretas; regla que sólo se exceptúa si el reglamento sólo afecta a las personas notificadas, o si los demás afectados por la norma tienen conocimiento efectivo de su elaboración por algún otro medio [5 U.S.C. §553(b)].

La APA requiere que el anuncio de la regulación propuesta incluya: 1) El momento, lugar y naturaleza del procedimiento de elaboración de la norma; 2) La referencia a la autoridad responsable de la regulación propuesta; y 3) Los términos o aspectos sustanciales de la regulación propuesta o una descripción de los sujetos y cuestiones materiales abarcadas [Sección 553 (b) APA]⁵⁶².

No es necesario, por tanto, atendiendo al tenor de esta regulación, que el anuncio contenga una proposición de texto ni que concrete cada una de las medidas que la agencia podría adoptar con motivo de la aprobación del reglamento; aunque el anuncio sí debe ser específico [National Tour Brokers Association v. United States, 591 F.2d 896 (D.C. Cir. 1978)], y no dejar fuera elementos esenciales que van ser tratados por la futura norma⁵⁶³.

Asimismo, si la disposición finalmente aprobada difiere en algunos aspectos concretos de aquello que fue objeto de anuncio, ello no conlleva la nulidad del reglamento, siempre y cuando el anuncio sea suficientemente descriptivo para permitir que las personas que pudieran tener un interés participen en el procedimiento de elaboración de la norma [Chocolate Manufacturers Ass'n v. Block 755 F.2d 1098 (4th Cir. 1985)]; y exista coherencia entre el anuncio publicado y la norma finalmente aprobada; de modo

⁵⁶² Algunas normas sectoriales imponen unos requisitos más exhaustivos que los de la APA. Así, la ya citada Ley de Aire Limpio exige que la EPA incluya en el anuncio de la norma un resumen de: a) Los datos fácticos en los que se basa la norma aprobada; b) La metodología empleada para conseguir y analizar estos datos; c) Las interpretaciones legales más relevantes y las consideraciones políticas que derivan de la norma.

⁵⁶³ Respecto a supuestos en los que los Tribunales consideraron que el anuncio realizado resultaba inadecuado, *vid:* Kollett v. Harris, 619, F.2.d 134 (1st Cir. 1980); McLouth Stell Prods v. Thomas, 838 F.2.d 1317 (D.C. Cir. 1988).

que, a través del anuncio, sea posible conocer las cuestiones que la agencia está valorando regular. El criterio que sostienen los tribunales estadounidenses en este ámbito es que el anuncio del inicio del procedimiento es adecuado siempre y cuando la norma finalmente aprobada sea consecuencia de la evolución lógica (*logical outgrowth*) de la propuesta publicada⁵⁶⁴; o cuando el anuncio permita prever, de manera suficiente, el contenido de la regulación final⁵⁶⁵. A sensu contrario, si como consecuencia de los comentarios realizados por los ciudadanos, o bien por otras causas, se producen diferencias sustanciales entre la propuesta publicada y el reglamento que finalmente quiere aprobar la agencia, será necesario realizar un segundo anuncio, siendo ésta una cuestión que se valora caso por caso⁵⁶⁶.

Los aspectos más relevantes de la regulación estadounidense relativa al anuncio del inicio del procedimiento de *rulemaking*, entendemos que podrían implementarse en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los reglamentos estatales y autonómicos. En este sentido, este acto formal, al que se daría publicidad activa, se configuraría como el primero de los trámites del procedimiento de elaboración de reglamentos (sin perjuicio

⁵⁶⁴ NRDC v. Thomas, 838, F.2d (D.C. Cir. 1998); NRDC v. EPA, 824 F.2d (1st Cir. 1987); y, más recientemente, Federal Land Banc. v. Farm Credit Administration, 336 F.3d 1075 (D.C. Cir. 2003).

⁵⁶⁵ National Mining Ass'n v. Mine Safety & Health Administration 116 F.3d (D.C. Cir. 1997); Horsehead Resource Development Co. v. Browner, 16 F.3d (D.C. Cir. 1994); y, más recientemente, Defense Center v. EPA, 344 F.3d 832 (9th Cir. 2003).

⁵⁶⁶ A modo de ejemplo, en el caso Wagner Electric Corp. v. Volpe, 466 F.2d 1013 (3d Cir. 1972), el tribunal consideró que la agencia debería haber publicado un segundo anuncio, pues los cambios respecto al anuncio inicial eran sustanciales, lo que había impedido una adecuada participación. En este supuesto en concreto, el anuncio hacía referencia a la posibilidad de eliminar de una norma los test relativos al nivel máximo de error que podían producir los semáforos y señales de tráfico luminosas. La norma finalmente aprobada, regulaba no sólo esto; sino también los estándares acerca del rendimiento y durabilidad de los mismos, lo que determinó su anulación.

Por el contrario, en el caso South Terminal Corp. v. EPA, 504 F.2d 646 (1st Cir. 1974), la agencia puso en marcha un procedimiento dirigido a aprobar una norma cuyo objetivo era reducir el nivel de polución emitido por los vehículos a motor en el área de Boston. El reglamento finalmente aprobado, no sólo regulaba esta cuestión; sino que también contenía distintas previsiones dirigidas a reducir el aparcamiento en la vía pública, la construcción de nuevas instalaciones para aparcar o el establecimiento de carriles especiales para autobús en muchas calles. El Tribunal, aún reconociendo que la agencia había modificado la regulación propuesta en muchos aspectos, consideró que los ciudadanos habían sido suficientemente advertidos de la voluntad de la agencia de tener en cuenta opciones alternativas propuestas durante el período de comentarios, por lo que no procedía publicar un nuevo anuncio.

de posibles actuaciones preparatorias llevadas a cabo con anterioridad). La publicidad activa respecto a este acto, sólo exceptuable en relación a reglamentos internos u organizativos, no comportaría, necesariamente, la apertura de un trámite participativo posterior. Respecto a su contenido, tomando como referente el sistema estadounidense, entendemos que este acto debería ser suficientemente descriptivo para permitir conocer, en líneas generales, la materia que quiere regular la Administración, de forma que bastaría con incluir en el mismo la autoridad responsable para elaborar y tramitar el reglamento, los aspectos más relevantes de la futura regulación y una descripción de los sujetos y materias abarcadas por la misma. La existencia de este acto inicial y su publicidad por los medios oportunos para ello debería ser considerado, bajo nuestro punto de vista, un trámite esencial en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, por lo que su omisión debería acarrear la nulidad de pleno derecho de la norma finalmente aprobada [art. 62.1.e) LRJPAC].

Gracias a unas previsiones de este tipo sería posible monitorizar, desde un primer momento, el desarrollo del procedimiento de elaboración de reglamentos y se potenciarían todos los elementos que integran la transparencia en el seno de este procedimiento especial, de lo cual entendemos que se derivarían importantes beneficios.

En este sentido, el anuncio del inicio del procedimiento de elaboración de una norma aumentaría el conocimiento respecto a los términos en los que la Administración ejerce sus potestades normativas y que, actualmente, quedan fuera del alcance del derecho a conocer de los ciudadanos. Así, a través de dicho anuncio, podrían conocerse, entre otras cuestiones, la duración del procedimiento, esto es, el tiempo que la Administración ha invertido en realizar la norma; o los proyectos reglamentarios “fallidos”, identificados con aquellos procedimientos de elaboración de normas iniciados por la Administración y que, por unas circunstancias u otras, no acaban con la aprobación de una norma reglamentaria.

Desde la vertiente de la participación pública, anunciar el inicio del procedimiento permitiría que los ciudadanos pudieran tener conocimiento de que se está elaborando un reglamento con anterioridad a la apertura de los trámites participativos procedentes, lo que les daría un mayor margen de tiempo para preparar sus alegaciones o comentarios; siendo así sus aportaciones más meditadas y, por ende, de mayor calidad.

Finalmente, a los efectos de la rendición de cuentas, el anuncio del inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos permitiría comprobar su correcto desarrollo así como detectar a tiempo los posibles defectos procedimentales, sin necesidad de esperar a la aprobación y publicación del reglamento.

III. LA ADAPTACIÓN DE LOS TRÁMITES PARTICIPATIVOS A LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA

La participación en la elaboración de reglamentos que consagra el art. 105.a) de la Constitución tiene su traducción en el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria en unos pobres trámites de audiencia e información pública; regulación que, dando continuidad a las previsiones que contenía la LPA de 1958⁵⁶⁷, obvió las posibilidades generadas a raíz de la aprobación de la Constitución en materia de participación (GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ)⁵⁶⁸.

La consecuencia más grave que deriva de la configuración actual de estos trámites es el bajo nivel de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de

⁵⁶⁷ Tal como señala SALA ATIENZA, esta norma, aunque avanzada a su época, carecía del sustrato ideal para garantizar la participación plena y efectiva de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones generales por parte de la Administración. El autor cita, como ilustrativa de esta cuestión, la STS de 12 de enero de 1990 (Ar. 335, Ponente: Pedro Esteban Álamo), en la que el Tribunal afirmaba: "la timidez y aún la prevención con que el legislador dio entrada a la participación ciudadana en dicho proceso estableciendo unos requisitos que más bien parecían obstáculos a su ejercicio (siempre que sea posible y la índole de la disposición lo aconseje, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público); y de ahí también la cautela de las primeras sentencias en la interpretación de este precepto, que al tratar de sintonizar con la *mens legis* y la *voluntas legislatoris* imperantes a la sazón, calificó esa participación corporativa como facultativa, de observancia discrecional o de consejo del legislador más que de requisito indispensable". SALA ATIENZA, P. "El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP* núm. 177, Septiembre-Diciembre 2008. Págs. 247 y 248.

⁵⁶⁸ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ afirman que, tras la LPA de 1958, el mayor esfuerzo de la nueva regulación debía centrarse en la audiencia de los ciudadanos impuesta por el art. 105.a) CE; señalando, no obstante que: "Recoge aquí la LGO una jurisprudencia que no ha querido sustantivar la exigencia solemne del artículo 105 de la Constitución, por diferencia con lo dispuesto por otros Derechos, como el norteamericano (...)". GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición... Op. Cit. Pág. 199.

reglamentos, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo⁵⁶⁹. Esta situación, que dificulta la adecuación de las normas aprobadas por la Administración a la realidad social y económica en las que éstas se insertan, contrasta con la existente en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, en el sistema estadounidense, en el que la participación (*comment*) de los ciudadanos es uno de los pilares esenciales de los procedimientos de *rulemaking*.

Las aportaciones que, en este ámbito, derivan del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria son más relevantes de lo que cabría esperar, especialmente si tenemos en cuenta que la LTBG (norma que, no olvidemos, regula la transparencia con carácter básico) no contiene ninguna referencia a la participación con carácter general, ni tampoco en el ámbito de la elaboración de reglamentos en particular. Así, señalándose en el art. 5.2 LES que las Administraciones Públicas deben prestar la máxima atención al proceso de consulta pública en la elaboración de proyectos normativos, las mayoría de leyes de transparencia autonómicas han recogido el guante e incorporan diversos mecanismos para mejorar y reforzar los términos en los que se desarrolla la intervención de los ciudadanos en la elaboración de normas. En particular, y como ya hemos tenido oportunidad de ver, en estas leyes se prevé que los ciudadanos puedan presentar iniciativas normativas (art. 33 Ley de la Región de Murcia 12/2014; art. 41 Ley de Extremadura 4/2013; art. 45 Ley Foral 11/2012; y art. 70 Ley catalana 19/2014); que una vez iniciado el procedimiento de elaboración de normas, y antes de los trámites de audiencia e información pública, los ciudadanos puedan presentar sugerencias (art. 44.3 Ley Foral 11/2012; art. 7 Ley de Extremadura 4/2013); que la participación tenga carácter informado [arts. 5.2.c) y 35.1.b) Ley Foral 11/2012; y art. 69.2 Ley catalana 19/2014]; y que las alegaciones puedan presentarse en un plazo superior a los 15 días tradicionales [art. 35.1.c) Ley Foral 11/2012], además de poderse remitir a la Administración de forma telemática (Disposición adicional segunda Ley de Extremadura 4/2013).

Estas previsiones tienen, no obstante, carácter saltuario; y en ningún caso han comportado una modificación de las leyes que, a nivel autonómico, regulan la elaboración de reglamentos con carácter principal. Por el contrario, todas ellas

⁵⁶⁹ Respecto a esta cuestión, nos remitimos a lo expuesto en el primer Capítulo de este trabajo, en el epígrafe dedicado a los problemas relativos al ejercicio de la potestad reglamentaria en la actualidad.

coinciden en dejar a salvo, como un elemento casi fosilizado, la configuración actual de los trámites de audiencia e información pública en la elaboración de reglamentos.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, entendemos que el segundo eje que debería sustentar la reforma de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos guarda relación con los términos en los que se desarrolla la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales. En consonancia con las características que adquiere la participación ciudadana en el seno de una Administración transparente, los objetivos a lograr con la reforma son, esencialmente dos: lograr, por un lado, que más ciudadanos participen en la elaboración de las normas que aprueba la Administración; y, por otro lado, que sus aportaciones sean realmente útiles para mejorar la norma finalmente aprobada.

La consecución de los objetivos señalados sería posible, a nuestro juicio, a través de la adopción de una serie de medidas inspiradas en los términos en los que se desarrolla participación en los procedimientos de *rulemaking*, especialmente en el procedimiento informal, y que exponemos a continuación.

1. En primer término, se propone eliminar las restricciones a la participación desde el punto de vista subjetivo.

La configuración actual de la participación en el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria, que establece únicamente el carácter preceptivo del trámite de audiencia, limitado a los interesados, y determina que el trámite de información pública, abierto a todos los ciudadanos, se realice sólo cuando el órgano competente lo estime conveniente, supone una traba a una participación plena que no tiene ningún fundamento constitucional. Por el contrario, esta configuración responde a una decisión del legislador ordinario, tal como demuestra la jurisprudencia correspondiente al período transcurrido entre la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de la Ley del Gobierno⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Esta jurisprudencia hacía esperar que la participación ciudadana en la elaboración de normas tendría un mayor protagonismo, siendo altamente ilustrativa de esta cuestión la STS de 7 de julio de 1989 (Ar. 1992/3850, Ponente: Pedro Esteban Álamo).

En la sentencia citada, el Tribunal Supremo rechazó el argumento del abogado del Estado, que afirmaba que, mientras una Ley no desarrollara el art. 105.a) de la Constitución, la audiencia prevista en el art. 130.4 LPA tendría carácter discrecional o facultativo para la Administración, pronunciándose al respecto

En este sentido, al amparo de la Constitución, el legislador ordinario podría regular una participación ciudadana en la elaboración de normas mucho más amplia que la existente en la actualidad pues, tal como hemos señalado, el art. 105.a) CE no hace referencia a los interesados (como sí hace la letra c) del mismo artículo); sino a los “ciudadanos”, trato diferencial que ha sido señalado por PAREJO ALFONSO⁵⁷¹, entre otros autores.

Adicionalmente, el término “audiencia” que emplea el art. 105.a) CE debería interpretarse, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como referido a un supuesto de participación funcional de los ciudadanos (ya sea directamente o a través de organizaciones y asociaciones representativas), y no como un trámite dirigido a aquellos que tengan la condición de interesado en el sentido de parte procedimental (SSTC 61/1985, de 8 de mayo y 119/1995, de 27 de enero)⁵⁷²; interpretación que, asimismo, viene respaldada por el hecho que la redacción original de la ponencia hablara de participación en lugar de audiencia⁵⁷³.

en los siguientes términos: "Este argumento está en realidad en contraposición con cuanto llevamos razonado, apoyado en la Constitución y en la Ley Orgánica, muy especialmente con la obligación de los Tribunales de facilitar la participación de todos los ciudadanos y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, que ordena el art. 9.2 del texto constitucional. El hecho de no haberse dictado esa Ley que desarrolle el art. 105 de la Constitución no supone la inaplicación de este precepto. El derecho a participar nace con la Constitución. De ahí que el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial haya establecido en su párr. 1 que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan en su integridad a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. El párr. 2 añade que en especial los derechos enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido. Por último, el párr. 3 no puede ser más contundente cuando dice que para la defensa de los intereses colectivos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa o promoción".

En la misma línea, podemos citar la STS de 20 de julio de 1996 (Ar. 6363, Ponente: Rafael Fernández Montalvo), que afirmaba que, tras la entrada en vigor de la Constitución, debía efectuarse una interpretación “ex constitutione” del art. 130.4 LPA.

⁵⁷¹ PAREJO ALFONSO, L., "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación... Op. Cit.

⁵⁷² Vid. FERNÁNDEZ LE GAL, A. y PÉREZ ALBERDI, M^a.R., "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales... Op. Cit. Pág. 507.

⁵⁷³ GARRIDO FALLA, F., "Comentario al artículo 105 de la Constitución", en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución.. Op. Cit..*

A la vista de las consideraciones anteriores, podemos afirmar que existe base constitucional para ampliar los sujetos que pueden intervenir en el trámite de audiencia; así como para establecer el carácter preceptivo de la información pública, como ya ocurre en el ámbito local en virtud del art. 49.b) LBRL; o imponer, cuanto menos, la necesidad de motivar la no apertura de este trámite⁵⁷⁴.

Este tipo de medidas nos acercaría a las previsiones existentes en la APA en relación a las agencias estadounidenses. En virtud de esta Ley, la participación ciudadana (*comment*) tiene carácter preceptivo; siendo un trámite que se predica en relación al conjunto de ciudadanos, y cuya importancia sólo viene modulada en supuestos excepcionales y, en particular, en relación a las denominadas "*interim final rules*" y "*direct final rules*"⁵⁷⁵. Siguiendo este ejemplo, una participación de carácter amplio, que

⁵⁷⁴ En este sentido, puede verse el voto particular del Magistrado Ernesto Peces Morate a la STS de 12 de febrero de 2002 (Ar. 2562, Ponente: José Manuel Sieira Mígeuz), en el que afirma lo siguiente:

"Declara la Sala que no es necesario motivar la no apertura de información pública por ser la falta de ésta el supuesto ordinario previsto en la norma.

Discrepamos, sin embargo, de ese parecer porque, a nuestro entender, es preciso explicar los motivos por los que un Reglamento no se somete a información pública sino sólo a la audiencia corporativa, lo que, en definitiva, vendrá determinado por la naturaleza de la disposición.

Comparto la tesis del Colegio recurrente cuando sostiene que «como la audiencia directa de los interesados en el procedimiento, como audiencia diferenciada de la audiencia corporativa, se instrumenta a través de la información pública, la expresión asimismo, utilizada por frase "in fine" del primer párrafo, evidencia que la decisión de no someter a información pública debe ser motivada, motivación que debe versar acerca de lo que la naturaleza de la disposición aconseje, y que no podrá omitirse si concurre una respuesta afirmativa al concepto jurídico indeterminado, salvo que existan graves razones de interés público que en tal caso habrán de explicitarse».

⁵⁷⁵ Las denominadas "*interim final rules*" son normas en las que la agencia considera que existe una buena causa que justifica que éstos sean aprobados sin antes publicar la propuesta de norma. Este tipo de reglamentos son efectivos desde el momento en que se aprueban. En la mayoría de casos la agencia establece que modificará la norma reglamentaria en el caso de que reciba diversos comentarios en este sentido. En el caso de que la agencia decida no realizar cambios en la "*interim rule*" se publica un breve anuncio en el Registro Federal confirmando la norma publicada.

Por su parte, en las "*direct final rules*", la agencia considera que no es necesario publicar una proposición de norma porque se trata de materias que resultan rutinarias o incontrovertidas, por lo que publica, de manera directa, la norma aprobada en el registro federal. En este caso, la agencia establece que la norma entrará en vigor en una determinada fecha, excepto en el caso de que reciba comentarios adversos relevantes durante el período de comentarios. En el caso de que no reciba comentarios adversos, publicará esta circunstancia en el Registro Federal. En el caso de que los reciba, la agencia tiene que empezar de

permitiera participar a todos los sujetos que fueran, en sentido amplio, destinatarios potenciales de la norma futura reglamentaria, debería convertirse en la regla general en nuestro ordenamiento.

Así, sin perjuicio que pudiera establecerse algún tipo de filtro para garantizar cierta vinculación entre los participantes en el procedimiento y la cuestión que va a ser objeto de regulación, como la exigencia de la residencia en el territorio español para los reglamentos estatales o en la Comunidad Autónoma, cuando se tratara reglamentos autonómicos; la participación de carácter general sólo debería excepcionarse en situaciones tasadas como, por ejemplo, en relación a los reglamentos internos o de organización o que tuvieran una escasa incidencia desde el punto de vista social o económico; debiendo ser estos conceptos objeto de una interpretación restrictiva, a la luz de las exigencias que derivan de la transparencia administrativa⁵⁷⁶.

2. En segundo término, desde un punto de vista formal, los requisitos formales deberían reducirse al máximo; y la Administración debería aprovechar las ventajas que ofrece la utilización de las TIC.

En la actualidad, sólo algunas leyes autonómicas relativas a la elaboración de reglamentos prevén la posibilidad de que los trámites de audiencia e información pública se puedan llevar a cabo por medios electrónicos⁵⁷⁷; lo cual convierte al procedimiento de elaboración de normas en uno de los escasos ámbitos en los que la actuación administrativa no se ha adaptado a la normativa existente en materia de Administración electrónica, siendo una cuestión que entendemos puede tener un papel

nuevo el procedimiento por los trámites convencionales o bien finalizar definitivamente el procedimiento de aprobación de la norma.

⁵⁷⁶ Una opción un tanto menos ambiciosa es la adoptada en el PLPACAP, que en su artículo 33 (Participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos) prevé que, con carácter previo a su elaboración, se sustanciará una consulta pública a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones representativas potencialmente afectados por la futura norma. De acuerdo con este mismo precepto, podrá prescindirse de la consulta cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios; o regule aspectos parciales de una materia; así como, en su caso, cuando la norma se tramite por el procedimiento de urgencia (art. 133.4).

⁵⁷⁷ En este sentido: arts. 67.5 y 68.3 Ley 26/2010.

fundamental para mejorar el ejercicio de esta potestad, con carácter general, y la participación ciudadana, en particular.

Efectivamente, algunas de las ventajas vinculadas a la utilización de las TIC por parte de la Administración como, por ejemplo, la posibilidad de transmitir y acceder a grandes cantidades de información o facilitar una comunicación entre la Administración y los ciudadanos de carácter cuasi inmediato, podrían ayudar a solventar gran parte de los problemas que suscita la participación ciudadana en la elaboración de reglamentos, facilitando que participaran más ciudadanos y que sus aportaciones fueran más útiles para la Administración.

Esta cuestión se ha puesto de relieve en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el que las TIC ya hace años que se incorporaron al procedimiento de *rulemaking* y, no sólo en relación a los trámites participativos; sino en el conjunto de este procedimiento especial. Así, en virtud de la *E-Government Act* de 17 de diciembre de 2002, se implantó en todas las agencias administrativas el uso de expedientes electrónicos, delegando en la OMB la implementación del procedimiento electrónico de elaboración de reglamentos o *e-rulemaking*. En el seno del mismo, se mantienen las reglas básicas que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria⁵⁷⁸, aunque con algunas particularidades propias del uso de las TIC.

En particular, uno de los aspectos clave del procedimiento de *e-rulemaking* es la creación de una base de datos electrónica común y de una web pública para todas las agencias, que sustituye todos los sistemas anteriores, introduciendo un alto grado de

⁵⁷⁸ Sobre el procedimiento electrónico de elaboración de normas por parte de las agencias norteamericanas vid. PETER L. STRAUSS, "Implications of the Internet for quasi-legislative instruments of regulation", 28 *Windsor Y.B. Access Just.* 377, 2010; CARY COGLIANESE, "E-Rulemaking: Information Technology and the regulatory Process", *Administrative Law Review* 56, 353 (2004); CARY COGLIANESE, "Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration", 77 *Geo. Wash. L. Rev.* 924, 2009; BETH SIMONE NOVECK, "The Electronic Revolution in Rulemaking", *Emory Law Journal* núm. 53, 2004; STUART MINOR BENJAMIN, "Evaluating E-Rulemaking: Public Participation and Political Institutions", 55 *Duke Law Journal*, núm. 55, 2006.

En nuestra doctrina, algunos de los aspectos más destacados del *Electronic Rulemaking* en el ordenamiento jurídico estadounidense han sido abordados en: SANZ SALLA, C.O., "El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al Derecho Norteamericano", en GARCÍA MACHO, R., *Derecho administrativo de la información...* Op. cit. Págs. 228 y 229.

uniformidad en este ámbito⁵⁷⁹. Las agencias no pueden establecer otros sistemas distintos más sofisticados porque se considera que ello es innecesario y que generaría duplicidades, aunque sí se les reconoce cierto margen de libertad a la hora de determinar las informaciones que se publican en la web, así como el sistema para realizar los comentarios⁵⁸⁰.

Así, desde el punto de vista de la agencia, toda la información relacionada con la elaboración de reglamentos se gestiona a través de una página web creada con este propósito, denominada *Federal Docket Management System* (FDMS), página de acceso restringido a su personal, y a través de la cual las agencias pueden gestionar los expedientes electrónicos en los que se contiene toda la información relacionada con los procedimientos de elaboración de normas. Desde el punto de vista de los ciudadanos, a través del portal *Regulations.gov* se da difusión a las normas aprobadas por la Administración y a toda la documentación generada durante su elaboración; y, además, el mismo también actúa como plataforma de participación ciudadana, a modo de foro virtual en el que los ciudadanos pueden hacer llegar sus comentarios y leer las aportaciones realizadas por otras personas⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ En este sentido, más de 170 entidades reguladoras, pertenecientes a más de 15 Departamentos de Gabinete distintos, así como diversas comisiones reguladoras independientes hacen uso de una misma base de datos, sistema de gestión de expedientes y de una misma Web para la publicación de los anuncios relativos a la norma y la sumisión de comentarios. LISA BLOMBERG BRINGHAM, "The next generation of Administrative Law: Building the Legal infrastructure for collaborative governance", *Wisconsin Law Review*, 2010. Pág. 314.

⁵⁸⁰ Committe on the Status and Future of Federal e-Rulemaking (U.S.), "Achieving the Potential: The Future of Federal e-Rulemaking: A Report to Congress and the President", Cornell e-Rulemaking Initiative Publications, 2008. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=ceri>

⁵⁸¹ Cuando los comentarios se realizan a través de la web, éstos son accesibles por el resto de los ciudadanos casi de inmediato; pues los mismos son "posteados" en un plazo aproximado de ocho horas laborables desde su sumisión en la página *Regulations.gov*. Si los comentarios se remiten en papel, son escaneados por la agencia para que así también estén disponibles en formato electrónico. Al respecto, *vid.* STEVEN J. BALLA, *Public Commenting on Federal Agency Regulations: Research on Current Practices and Recommendations to the Administrative Conference of the United States*, 15 de Marzo de 2011, Pág. 15. El trabajo está disponible en: <http://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Consolidated-Reports-%2B-Memoranda.pdf>.

La implantación del procedimiento de *e-rulemaking* ha tenido importantes efectos positivos, especialmente en materia de participación⁵⁸²; siendo además una medida que ha recibido una gran acogida por parte de los ciudadanos, tal como quedó patente con el gran éxito de la iniciativa *Regulations.gov Exchange*, puesta en marcha en 2003, y con motivo de la cual los ciudadanos presentaron propuestas y comentarios dirigidos a mejorar el procedimiento de *rulemaking*⁵⁸³. Todo ello ha provocado que, en los últimos años, se haya dado una vuelta de tuerca más; poniendo en marcha una serie de iniciativas y recomendaciones dirigidas a conseguir que el procedimiento de *e-rulemaking* sea aún más social y colaborativo, erigiéndose como un auténtico procedimiento 2.0⁵⁸⁴.

⁵⁸² Las principales ventajas que, según la doctrina estadounidense, se predicán del procedimiento de *electronic rulemaking* son esencialmente tres. En primer lugar, la información en formato electrónico resulta mucho más accesible y fácil de encontrar que la información en papel, lo cual permite que las agencias amplíen el contenido del anuncio que se publica y, por ende, superar permitido superar los déficits respecto a la información de la que disponían los ciudadanos para realizar sus comentarios.

En segundo lugar, la canalización del procedimiento de elaboración de reglamentos a través de medios electrónicos ha contribuido reducir los costes de la participación, en la medida en que la gestión de los comentarios y aportaciones en formato electrónico requiere de menos recursos materiales y personales.

En tercer lugar, la creación de un foro virtual para la realización de comentarios ha incrementado notablemente la calidad y utilidad de los mismos, pues resulta mucho más fácil que los ciudadanos encuentren, lean y respondan los comentarios realizados previamente por otras personas, lo que ayuda a centrar el objeto del debate y que la Administración identifique aquellas cuestiones que pueden resultar potencialmente conflictivas.

Sobre el tema, *vid.*: JEFFREY S. LUBBERS, "A Survey of Federal Agency Rulemaker's Attitudes About E-Rulemaking", *Administrative Law Review* núm. 62, 2010, págs. 454 y ss.; STUART MINOR BENJAMIN, "Evaluating E-Rulemaking... Op. Cit. Págs. 896 y 897; BARBARA H. BRANDON, ROBERT D. CARLITZ, "Online rulemaking and other tools for strengthening our civil infrastructure", *Administrative Law Review*, núm. 54, 2002, Pág. 1442

⁵⁸³ Según los datos ofrecidos por este mismo portal, durante un período de cinco años, la plataforma recibió más de 110 millones de visitas y 580.000 comentarios. <http://www.whitehouse.gov/open/innovations/Regulations-gov-Exchange>

⁵⁸⁴ STEPHEN M. JOHNSON, "Beyond the usual suspects: ACUS, Rulemaking 2.0, and a vision for broader, more informed and more transparent rulemaking", *Administrative Law Review* núm. 65, Vol. 1, 2013, Págs. 104 y siguientes; CYNTHIA R. FARINA, "Rulemaking 2.0", *University of Miami Law Review* núm. 65, 2011, pág. 406; BETH SIMONE NOVECK, "The Electronic Revolution in Rulemaking... Op. Cit.; JEFFREY S. LUBBERS, "A Survey of Federal Agency Rulemaker's Attitudes... Op. Cit. pág. 454; STUART MINOR BENJAMIN, "Evaluating E-Rulemaking... Op. Cit. Págs. 896-97; CARY COGLIANESE, "Citizen

Teniendo en cuenta el ejemplo sentado por las agencias norteamericanas durante la última década; consideramos que, en nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación de las TIC se configura como una cuestión clave para mejorar la participación ciudadana.

Existe ya en nuestro ordenamiento jurídico un marco normativo de la Administración electrónica suficientemente asentado, en el que están previstas las garantías necesarias desde un punto de vista jurídico y técnico, para que la participación en la elaboración de normas a través de estos medios pueda desarrollarse de forma adecuada; siendo únicamente necesario que dichas previsiones sean trasladadas, con las adaptaciones necesarias, a las especiales características que reviste la potestad reglamentaria, debiendo respetarse, entre otros, el principio de voluntariedad en el uso de los medios electrónicos⁵⁸⁵.

La efectividad de esta medida radicaría, a nuestro modo de ver, no sólo en prever que los ciudadanos pudieran remitir a la Administración las mismas aportaciones que realizarían “en papel” a través de medios telemáticos; sino en la creación de auténticas plataformas electrónicas de participación, como la existente en Estados Unidos, en las que los ciudadanos pudieran ver las alegaciones remitidas con anterioridad por otras personas e interactuar con la Administración; siendo este un sistema que, en nuestro ordenamiento, cuenta ya con algunas experiencias pioneras a nivel legislativo que han funcionado con éxito durante los últimos tiempos⁵⁸⁶.

Participation in Rulemaking: Past, Present, and future", Duke Law Journal núm. 55, 2006, págs. 952-954, 956-958.

⁵⁸⁵ En este sentido, hay que recordar que el principio de igualdad tiene en relación a la Administración electrónica una particular consecuencia, y es que: “en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos” (art. 4.b) Ley 11/2007).

⁵⁸⁶ Podemos así referirnos al portal Escó136 creado por el Parlament de Catalunya, el cual se configura como un espacio de participación ciudadana, en el que los ciudadanos pueden realizar aportaciones, comentarios o sugerencias sobre los proyectos y proposiciones de ley que se están tramitando. Dichas aportaciones se ponen a disposición de los órganos tramitadores, que pueden contestarlas en ese mismo foro. Tanto las aportaciones como las respuestas son visibles en el espacio participativo y el resultado del debate es utilizado durante el trabajo de los órganos tramitadores, además de quedar reflejado en una

3. En tercer lugar, y desde el punto de vista procedimental, entendemos que **deben ampliarse los plazos para que los ciudadanos presenten alegaciones**; cuestión clave para fomentar la participación⁵⁸⁷.

En este punto, resulta evidente que los plazos que, para el desarrollo de la audiencia y la información pública, prevén la LG y la mayor parte de normas autonómicas en la actualidad (quince días que pueden ser abreviados a siete), no son los adecuados para lograr una mayor participación, que además sea de calidad.

En el sistema estadounidense, la APA no prevé un plazo de tiempo mínimo durante el cual se tenga que permitir la sumisión de comentarios, limitándose a establecer que el plazo tiene que ser adecuado⁵⁸⁸; lo cual ha provocado que sean los tribunales los que hayan tenido que valorar, caso por caso, si el plazo dado en relación a cada norma ha sido suficiente⁵⁸⁹, siendo esta una situación que el poder ejecutivo considera debe enmendarse⁵⁹⁰.

memoria anexa a las iniciativas tramitadas, en la que se destacan las aportaciones finalmente incorporadas al texto <http://www.esco136.cat/>

⁵⁸⁷ A nivel Comunitario, esta cuestión ha sido tenido en cuenta como una de las medidas para fomentar la participación. Así, en cumplimiento de los compromisos asumidos Libro Blanco de la Gobernanza Europea [COM (2001) 428 final, de 12 de octubre de 2001], se adoptó la Comunicación de la Comisión "Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas" [COM (2002) 704 final, de 11 de diciembre de 2002]. Entre estas normas mínimas, se establece que la Comisión debe dar suficiente tiempo para planificar y responder a las invitaciones y contribuciones que se realicen por escrito, debiendo conceder un plazo de, al menos ocho semanas, para recibir respuestas.

⁵⁸⁸ En este sentido, en la Orden Ejecutiva de 18 de enero de 2011, el Presidente de Estados Unidos, sin fijar un período para remitir comentarios de carácter general, exhortaba a las agencias a abrir períodos de comentarios de, al menos, sesenta días.

⁵⁸⁹ *Connecticut Light Co. v. NRC*, 673 F.2d 525 (D.C. Cir. 1982); *Estate of Smith v. Bowen*, 656 F. Supp. 1093 (D.Colo. 1987), ya citadas.

⁵⁹⁰ En este sentido, la ACUS, en su Recomendación de 2011 relativa a los comentarios en el procedimiento de elaboración de normas, propusiera establecer a nivel federal este plazo mínimo; el cual entiende que debería ser, como regla general, de un mínimo de 30 días, y en aquellos casos en los que la agencia fijara un período inferior, esta decisión debería motivarse teniendo en cuenta los distintos intereses en juego. Asimismo, la Recomendación también instaba a las agencias a que hicieran públicas sus políticas de actuación respecto a los comentarios extemporáneos; pues hay determinadas agencias que

Pese a lo anterior, hay algunas leyes federales y órdenes ejecutivas que sí fijan con carácter sectorial los plazos mínimos para remitir comentarios. En este sentido, la Orden Ejecutiva 12889, aprobada en 1993, establece que en relación a los reglamentos que tengan por objetivo el desarrollo de ciertas previsiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*), el período de comentarios será de setenta y cinco días. Con un carácter más general, la Orden Ejecutiva 12.866, también de 1993, prevé que, para aquellas "actuaciones regulatorias significativas"⁵⁹¹, las agencias deben abrir un periodo de comentarios de al menos sesenta días.

Asimismo, las normas estatales de procedimiento también suelen prevén con carácter expreso el período mínimo de comentarios. Así, el Modelo Estatal de Ley de Procedimiento Administrativo fija un mínimo de veinte días para realizar los comentarios, habiendo diversos Estados que van más allá de la previsión del Modelo⁵⁹².

Sin perjuicio de que existan plazos distintos para remitir comentarios, según la agencia, debemos destacar como una práctica común a muchas de ellas la apertura de dos períodos para realizar comentarios o, lo que es lo mismo, un período de comentarios "ordinario" seguido de un período de "réplica". Esta práctica, que a veces viene exigida

no consideran que los plazos para la sumisión de comentarios tengan carácter preclusivo y aceptan comentarios realizados fuera del período previsto para ello.

⁵⁹¹ De conformidad con la Orden Ejecutiva 12.866, son actuaciones regulatorias significativas [Sec. 3 (f)]: Aquellas actuaciones regulatorias que probablemente tendrán como resultado una norma que:

a) Tendrá un efecto anual en la economía de 100 millones de dólares o más; o producirá efectos adversos, desde un punto de vista material, en la economía o un sector de ésta, en la productividad, en la competitividad, en la ocupación, el medio ambiente, la salud pública, la seguridad o la administración o las comunidades estatales, locales o tribales.

b) Podrá crear una inconsistencia grave o una interferencia de otro tipo con una actuación adoptada o planeada previamente por una agencia.

d) Tendrá un impacto presupuestario en derechos, becas, cobros a usuarios o programas de préstamo, o bien en los derechos u obligaciones de los sujetos que los reciben:

e) Supondrá la asunción de nuevas atribuciones normativas o políticas que se encuentren fuera del mandato legal, difieran de las prioridades del Presidente o de los principios de regulación previstos en la propia Orden Ejecutiva 12.866.

⁵⁹² Es el caso, por ejemplo, de la Ley reguladora del procedimiento administrativo del Estado de Ohio, que prevé un período mínimo de treinta días para realizar comentarios. SCHWARTZ, B., *Administrative Law... Op. Cit.* (págs. 205 a 207).

por Ley⁵⁹³, y cuya utilidad ha sido señalada por la doctrina⁵⁹⁴ y también en diversas recomendaciones e informes⁵⁹⁵, tiene como finalidad poner remedio a uno de los problemas que se produce, con frecuencia, en el desarrollo del procedimiento de *e-rulemaking*, y es que, al permitir que los ciudadanos vean y contesten los comentarios realizados previamente por otras personas, ha surgido la perversa práctica consistente en no remitir los comentarios hasta el último momento del plazo abierto para ello, lo cual hace posible contestar la totalidad de aportaciones realizadas por otros ciudadanos y evitar que las propias sean rebatidas. El doble período de participación permite, como decimos, paliar este problema, pues en el segundo “turno” sólo se permite participar aquellas personas que ya hubiesen realizado comentarios durante el primer período de participación; exigiéndose, además, cierto grado de interrelación o continuidad entre los comentarios realizados en ambas fases.

A la vista de lo anterior, entendemos que, en nuestro ordenamiento, la participación ciudadana debería sustanciarse en un plazo de tiempo adecuado para que los ciudadanos estudien adecuadamente el proyecto de reglamento así como los documentos que lo acompañan y que no ponga en entredicho, no obstante, el principio de eficiencia procedimental. El objetivo sería lograr un equilibrio entre el fomento de la participación ciudadana perseguido con la transparencia y la agilidad en la toma de decisiones, que requiere el buen funcionamiento de la Administración.

⁵⁹³ Entre otras, imponen este período de réplica la *Clean Air Act*, 42 U.S.C. 7607 (d)(5), y la *Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. 2605 (c)(3)(A).

⁵⁹⁴ CARY COGLIANESE, HEATHER KILMARTIN, EVAN MENDELSON, "Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process... Op. Cit. pág. 938.

⁵⁹⁵ Recommendation 76-3, *Procedures in Addition to Notice & the Opportunity for Comment in Informal Rulemaking* (1976) (recomendando un segundo período para realizar comentarios cuando los comentarios realizados o las respuestas de la agencia a los mismos planten cuestiones nuevas o relevantes o conflictos importantes respecto a los datos suministrados); Administrative Conference of the United States, Recommendation 72-5, *Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability* (1972) (recomendando a las agencias considerar establecer una oportunidad para que las partes puedan comentar las aportaciones orales o escritas realizadas por otras personas); Office of Information & Regulatory Affairs, Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies, and of Independent Regulatory Agencies, on Executive Order 13,563, M-11-10, at 2 (Feb. 2, 2011) (recordando que la Orden Ejecutiva 13,563 tiene por objeto incrementar la participación en los procedimientos de regulación permitiendo a las partes interesadas reaccionar a los comentarios, argumentos e informaciones realizados por otras personas durante el proceso de elaboración de la norma).

4. En cuarto lugar, deberían introducirse ciertas medidas dirigidas a **mejorar la cultura participativa**, tanto desde el punto de vista de las Administraciones Públicas como de los ciudadanos.

Tradicionalmente, se ha señalado que uno de los grandes obstáculos a la participación en la elaboración de reglamentos es la propia actitud o forma de proceder de la Administración ante los comentarios realizados; la cual se muestra, como regla, reticente a modificar el texto propuesto⁵⁹⁶. Ello provoca que, como han señalado previamente otros autores, los ciudadanos acudan a los trámites participativos "con mínimas expectativas", existiendo "un marco habitual de desconfianza recíproca y normalmente preparando las armas para un posterior recurso contencioso que se prevé como inevitable -y que luego suele plantearse-" (SANTAMARÍA PASTOR)⁵⁹⁷.

En este contexto, es necesario adoptar las medidas necesarias para estimular la participación y para lograr que los comentarios realizados por los ciudadanos sean de mejor calidad y, por ende, de mayor utilidad para la Administración; y que, en cualquier caso, la Administración valore con rigor las alegaciones recibidas.

En relación a estas cuestiones, el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria consagra el carácter informado de la participación; medida que, aunque importante, no permite lograr el objetivo descrito; pues no aumenta el conocimiento que los ciudadanos tienen en relación al desarrollo de estos procedimientos en términos generales ni tampoco incide en la actitud de la Administración frente a las aportaciones de los ciudadanos.

Por el contrario, en Estados Unidos esta es una cuestión en la que las agencias administrativas han centrado su atención, especialmente durante los últimos años. En particular, la *Administrative Conference of the United States* (ACUS) ha adoptado diversas iniciativas cuya finalidad es mejorar los términos en los que se desarrolla la

⁵⁹⁶ El Informe de la OCDE de 2011, *Mejora de la regulación en Europa*. España señala en este punto que: "Las partes interesadas también comunicaron una cierta reticencia de la Administración Pública para acometer un genuino diálogo, y declararon que el texto de las propuestas se modifica muy pocas veces tras la consulta", matizando respecto a lo anterior que "*dicha valoración varía según el caso y los Ministerios*". (pág. 106).

⁵⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración... Op. Cit. Pág. 84.

participación ciudadana, destacando en este punto la Recomendación acerca de los comentarios realizados en el procedimiento de elaboración de reglamentos de 16 de junio de 2011⁵⁹⁸. En dicha recomendación, la ACUS exhortaba a la Oficina de Gestión de Proyectos a elaborar un documento en el que se especificaran los comentarios que se consideraban más valiosos; y también una lista de buenas prácticas para los ciudadanos participantes en el procedimiento de elaboración de normas⁵⁹⁹.

En la actualidad, ambos documentos, que tienen carácter público y se difunden a través de la página web de cada agencia por medio del portal *Regulations.gov* o por cualquier otra vía adecuada para darlos a conocer; sirven como base para todas las agencias administrativas que, sobre los mismos, pueden realizar sus propias recomendaciones complementarias⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ *Recommendation on Rulemaking Comments, ACUS Recommendation, ACUS Recommendation 2011-1*, disponible en: <http://www.acus.gov/sites/default/files/documents/Recommendation-2011-2-Rulemaking-Comments.pdf>

⁵⁹⁹ Como punto de partida, la ACUS preveía como buenas prácticas para la realización de comentarios por parte de los ciudadanos: 1) Identificar claramente si la persona que realiza el comentario está asesorada por un experto así como especificar si el comentario se realiza en nombre o interés de otra persona; 2) Identificar claramente la posición que se adopta de acuerdo con los comentarios realizados; 3) Proveer datos y justificaciones científicas sobre los comentarios realizados, cuando sea posible; 4) Evitar realizar juicios de valor o expresar posicionamientos de carácter político; 5) Tener en cuenta los límites legales a los que se encuentra sujeta la agencia a la hora de aprobar la norma.

⁶⁰⁰ Entre las numerosas agencias que han llevado a cabo estos documentos, se encuentra, a modo de ejemplo, el Departamento de Transporte (*U.S. Department of Transportation*). Para esta agencia, el punto de partida es que, a la hora de elaborar una determinada norma, ellos no disponen de todas las respuestas a un problema por lo que exhortan a los ciudadanos a mejorar su conocimiento de las materias, cuestionando las interpretaciones de la agencia; la aplicabilidad de los datos e investigaciones de los que ésta dispone; los hechos determinantes; los métodos analíticos; las conclusiones políticas, fácticas y técnicas; la aplicabilidad de las previsiones propuestas; así como las previsiones relativas a los beneficios y/o impactos de la norma propuesta; animando a los ciudadanos a que presenten sugerencias razonables a la propuesta de regulación.

Entre las sugerencias para mejorar los comentarios, esta agencia recomienda: remitir los comentarios por medios electrónicos; identificar el número de expediente; responder a través de los comentarios las cuestiones o preguntas que, en su caso, planteó la agencia; organizar los comentarios atendiendo a las secciones de la norma propuesta; exponer las propuestas realizadas y su razonamiento de la forma más clara posible y fundamentarlas, presentando, cuando sea posible, datos empíricos o pruebas que los sustenten; plantear alternativas a la regulación propuesta, incluyendo un texto y, en su caso, un análisis de

Su utilidad se ve, asimismo, complementada, gracias a la valoración (*consideration*) que realizan las agencias de los comentarios recibidos en relación a cada proyecto reglamentario. Así, partiendo de que los comentarios sobre una determinada norma tienen carácter público, cuando finaliza el procedimiento, la agencia debe motivar cómo se han resuelto las diferentes cuestiones que se han planteado a raíz de los comentarios de los ciudadanos y hacer constar en el preámbulo que acompaña la norma las cuestiones más relevantes. En el sistema estadounidense, este es un elemento esencial del procedimiento, lo que comporta que se declare la nulidad de la norma cuando la agencia no haya considerado suficientemente los comentarios; pues ésta se considera “arbitraria y caprichosa”⁶⁰¹, especialmente cuando a través de las alegaciones realizadas se proponen alternativas a la regulación proyectada por la agencia⁶⁰².

Siguiendo el ejemplo estadounidense, entendemos que, en nuestro ordenamiento, tanto a nivel estatal como autonómico, podrían realizarse guías o libros blancos de participación, en los que cada Administración hiciera recomendaciones sobre la mejor manera de remitir alegaciones en el seno de los procedimientos de elaboración de reglamentos; instrumentos que podrían complementarse con la puesta a disposición, por parte de la Administración, de formularios tipo para que los ciudadanos pudieran presentar sus alegaciones. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, la falta de directrices sobre la mejor manera de presentar alegaciones supone para los ciudadanos, más que una ventaja, un auténtico quebradero de cabeza, teniendo en cuenta la inexperiencia con la que, normalmente, éstos afrontan la posibilidad de presentar alegaciones a una norma que está elaborando la Administración.

Además de estas medidas, las distintas Administraciones Públicas deberían dar publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación a cada proyecto de reglamento y

cómo la alternativa propuesta puede ser más efectiva que el proyecto de reglamento realizado por la agencia; explicar los parámetros tenidos en cuenta para calcular, en su caso, los costes derivados de las regulaciones propuestas; poner ejemplos; tener en cuenta, a la hora de hacer propuestas, los límites legales a los que está sujeta la agencia; contactar con la agencia en caso de que existan dudas o cuestiones a realizar; y cumplir con el plazo para presentar comentarios [<https://www.transportation.gov/regulations/rulemaking-process#sthash.BwhNrnoR.dpuf>. Última consulta: 01.06.2015].

⁶⁰¹ RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise*... Op. cit. págs. 594 y 595.

⁶⁰² *Advocates for Highway and Autosafety v. Federal Motor Carrer Safety Admin.*, 429 F.3d 136 (D.C. Cir. 2005).

cuál ha sido su impacto en la norma finalmente aprobada; procediendo, cuando fuera procedente, a la anonimización de dichas alegaciones. Esta medida, ya prevista en algunas normas autonómicas, tanto de procedimiento como de transparencia⁶⁰³, debería entenderse integrada en el carácter informado de la participación que consagran diversas leyes de transparencia autonómicas; pues conocer los comentarios o aportaciones realizadas previamente por otras personas en relación al mismo proyecto de reglamento lograría evitar duplicidades y permitiría que los comentarios fueran mucho más enfocados a las cuestiones que, realmente, se plantean como conflictivas.

5. Finalmente, y como última medida a introducir en materia de participación, entendemos que debería potenciarse en el ámbito de la elaboración de reglamentos, **potenciar vías o cauces de participación alternativos.**

A pesar que la audiencia y la información pública se configuran como los trámites participativos por excelencia en nuestro ordenamiento, en ellos no se agotan los cauces a través de los cuales los ciudadanos pueden intervenir en la actuación administrativa. En este sentido, medios de participación alternativos como encuestas, audiencias públicas, consultas populares o foros de participación, entre otros, han sido previstos en términos generales en diversos Estatutos de Autonomía⁶⁰⁴ y regulados con carácter específico en relación a ciertos ámbitos de la actuación administrativa en los que la

⁶⁰³ En particular, el art. 64.5 Ley 26/2010 dispone: "El expediente debe incluir una memoria de las observaciones y alegaciones presentadas en los trámites de consulta interdepartamental, audiencia, información pública e informes, si procede, así como de las razones que han conducido a la desestimación de las mismas, si se da el caso".

Por su parte, el art. 5.2.e) de la Ley foral 11/2012 reconoce el derecho "A que se haga público el resultado definitivo del procedimiento en el que ha participado y se le informe de los motivos y consideraciones en los que se basa la decisión adoptada, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública"; previsión idéntica a la que contiene la Ley Canaria 5/2010 en su art. 18.3.

⁶⁰⁴ En este sentido, el art. 122 EAC dispone: "Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.23 de la Constitución".

Contienen análogas el art. 78 del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el art. 71-27ª del Estatuto de Autonomía de Aragón.

interacción con los ciudadanos se considera especialmente relevante, tal como sucede, por ejemplo, en materia urbanística⁶⁰⁵.

La legislación autonómica de transparencia ha reforzado estos medios de participación “alternativos”, previendo su incorporación en la actividad cotidiana de la Administración. En particular, estas normas se refieren a las aportaciones ciudadanas, las consultas públicas, los procesos de deliberación participativa o las iniciativas ciudadanas (art. 33 Ley de La Región de Murcia 12/2014); a los foros de consultas, los paneles ciudadanos y los jurados ciudadanos (arts. 38 a 41 ley Foral 11/2012); así como a la posibilidad que, en cualquier momento, y al margen de cualquier procedimiento, los ciudadanos puedan formular propuestas de actuación o sugerencias (art. 61 Ley catalana 19/2014); e, incluso, recabar la colaboración de la Administración Pública en actividades que fomenten la participación ciudadana (arts. 46 y 47 Ley Foral 11/2012). Con carácter específico, en relación a la elaboración de reglamentos, hay que destacar las previsiones del artículo 69 de la Ley catalana 19/2014, que recoge el derecho de participar en la elaboración de normas reglamentarias mediante la presentación de propuestas, sugerencias e iniciativas normativas, como trámites participativos distintos de la audiencia y la información pública, que se desarrollan con anterioridad a los mismos y respecto a los cuales la Administración deberá publicar una valoración en el Portal de la Transparencia; siendo esta una cuestión que no tiene, sin embargo, ningún reflejo en la regulación del procedimiento de elaboración de reglamentos que desarrollan los arts. 59 y siguientes de la Ley catalana 26/2010.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que las normas que regulan los procedimientos de elaboración de reglamentos incorporen de forma expresa los medios de participación alternativos contemplados en la legislación de transparencia, adaptando su desarrollo a las particulares características que revisten estos procedimientos⁶⁰⁶. Se trata de integrar en el ejercicio de esta potestad administrativa medios de participación que, a diferencia de la audiencia e información pública, no se reducen a oír el parecer de

⁶⁰⁵ Sobre la incidencia de estos cauces alternativos de participación y, en particular, las consulta popular en el ámbito urbanístico *vid.* LLORENS FERRER, M., "La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático", RCDP núm. 46, 2013.

⁶⁰⁶ Al respecto, el PLPACAP prevé, como ya hemos señalado, la realización con carácter general de una consulta previa a los ciudadanos y a las entidades representativas a través del portal web de la Administración competente (art. 133 PLPACAP); pero sin tener en cuenta la posible implementación de otros medios de participación alternativos.

los ciudadanos en un único trámite circunscrito al momento procedimental legalmente previsto; sino que facilitan un diálogo permanente y continuado con los ciudadanos y establecen vías de comunicación directa con éstos, incentivando el debate y contraste de diferentes puntos de vista e intereses.

La utilidad de este tipo de mecanismos participativos, mucho menos formales que los tradicionales trámites de audiencia e información pública, ha sido puesta de relieve en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el que, ya desde hace décadas, es una preocupación constante, tanto para el legislador como para la doctrina, buscar cauces alternativos de participación en la elaboración de normas.

En este sentido, el actual sistema de *e-rulemaking*, basado en la remisión de comentarios a través de la página Regulations.gov, es el resultado de una larga evolución iniciada en los años 70, cuando se empezó a abandonar de forma progresiva el procedimiento formal, basado en la proposición de pruebas por parte de los particulares y en la celebración de audiencias orales⁶⁰⁷, para generalizar el procedimiento informal o de *notice and comment*.

En la actualidad, una parte importante de la doctrina considera que el sistema de *electronic rulemaking* supuso un cambio en los medios, pero no en la forma de elaborar reglamentos, y que es necesario que las agencias hagan un mayor uso de las redes sociales para publicitar normas, eventos y cuestiones relacionadas con el procedimiento de elaboración de reglamentos; siendo propuestas que ya están siendo llevadas a cabo por parte de algunas agencias administrativas, especialmente aquellas más activas a la hora de aprobar normas reglamentarias como, por ejemplo, la EPA⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Resulta remarcable la recomendación realizada por la ACUS en 1972 (*Administrative Conference of the United States*), en la que se recomendaba al Congreso que, en lo sucesivo y habitualmente, no impusiera procedimientos reglamentarios distintos del informal. LAVILLA RUBIRA, J.J., *La participación pública...* Op. Cit. Pág. 74.

⁶⁰⁸ La EPA publica, aproximadamente, unos 2.000 documentos en el Registro Federal, la mayoría de los cuales son anuncios relacionados con la elaboración y aprobación de normas reglamentarias. Para poder realizar un seguimiento de la actividad regulatoria de la EPA, además de a través de la página Regulations.gov, la EPA pública, de manera mensual, las actuaciones más importantes relacionadas con su actividad normativa en su página web y en un buscador específico creado con esta finalidad (*Regulatory Development and Retrospective Review Tracker*).

Asimismo, estos autores también defienden que es necesario, para mejorar la calidad de los comentarios, que el conjunto de trámites y actuaciones que se desarrollan en el procedimiento de rulemaking, así como la información suministrada en el marco del mismo, deben ser más fácilmente entendibles por el conjunto de ciudadanos. En este sentido, sugieren que las agencias provean una explicación del proyecto de norma reglamentaria y de las informaciones que lo acompañan en un lenguaje "plano" o no-técnico, para que el conjunto de ciudadanos no-expertos pueda llegar a comprenderlos⁶⁰⁹.

Finalmente, hay sectores de la doctrina que van más allá, y defienden que los trámites participativos sean distintos en función del reglamento que se vaya a elaborar y de las cuestiones que en el mismo se aborden; proponiendo que la participación llevada a cabo a través del procedimiento de *notice and comment* pueda alternarse y complementarse con otros sistemas participativos, como por ejemplo la evaluación de la norma por expertos (*peer review*) o la introducción de mecanismos de democracia participativa⁶¹⁰.

En nuestro ordenamiento, entendemos que el camino que han seguido las agencias norteamericanas para flexibilizar los medios a través de los cuales se articula la participación ciudadana en la elaboración de normas constituye un buen ejemplo. Siendo el primer paso garantizar el correcto desarrollo de la participación a través de medios telemáticos, esta medida debe complementarse con la incorporación expresa en las leyes reguladoras de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos medios participativos alternativos, distintos de la audiencia y la información pública que faciliten una comunicación más fluida entre la Administración y los ciudadanos. Respecto a los mismos, en cada caso, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, correspondería a la Administración decidir cuál es el medio (o los medios) oportunos para canalizar la participación y el momento para que ésta se haga efectiva; decisión que debería tener, en cualquier caso, carácter motivado.

⁶⁰⁹ BETH SIMONE NOVECK, "The Electronic Revolution in Rulemaking... Op. Cit. págs. 475 a 477.

⁶¹⁰ DORIT RUBINSTEIN REISS, "Tailored participation: Modernizing the APA rulemaking procedures", *N.Y.U Journal of Legislation and Public Policy* núm. 12, 2008-2009, Págs. 321 a 377.

IV. LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS GRUPOS DE INTERÉS O *LOBBIES* EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

La intervención de los grupos de interés en relación a la elaboración de reglamentos es una cuestión que, estrechamente relacionada con la participación, entendemos que merece una atención específica en el conjunto de reformas propuestas.

Mientras que la actuación de estos sujetos no se regula en absoluto por el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria; el nuevo marco normativo aplicable a esta potestad ha introducido sólo pequeños avances, contenidos esencialmente en el art. 12 LGUM, que prevé la intervención de operadores económicos en los trabajos de las conferencias sectoriales reguladas en la propia Ley; y, a nivel autonómico, a través de la regulación de los grupos de interés que, en términos generales, realiza el Título IV de la Ley 19/2014.

Estas previsiones resultan claramente insuficientes para dar cobertura a un fenómeno de gran complejidad, lo que provoca una falta de adecuación de nuestro ordenamiento, no sólo a la realidad social y económica existente en nuestro país; sino también al Derecho Europeo, cuestión ya advertida por el Consejo de Estado en el año 2008, con motivo de su informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español⁶¹¹. Nos

⁶¹¹ El máximo órgano consultivo del Gobierno, en su Informe de 14 de febrero de 2008, se pronunciaba en los siguientes términos: “(...) una cuestión que no plantea de modo frontal la consulta del Gobierno, pero que emerge sin remedio al abordar las suscitadas, radica en la intervención que, en el proceso normativo y decisorio comunitario, tienen los grupos representativos de intereses sociales y el diálogo social (...) En torno a las sedes de las instituciones europeas en Bruselas ha proliferado la presencia de grupos de intereses. En la actualidad hay varios miles de ellos registrados, de distintos tipos y diversas procedencias (desde representaciones de entidades territoriales de Estados miembros hasta fundaciones extranjeras no europeas). Cuando en España se habla de participación social en la creación normativa, el reflejo inmediato remite a la audiencia a las organizaciones representativas de los intereses afectados que, sobre la base del artículo 105 de la Constitución, regula –en el ámbito estatal– el artículo 24 de la Ley del Gobierno, sin olvidar la existencia de otros preceptos que resultan relevantes en este ámbito, como el artículo 7 de la Constitución. El enfoque aquí ha de tener en cuenta otras variables, no solo por tratarse del proceso decisorio europeo, sino por la mayor extensión de los sujetos, entidades y organizaciones de cuya participación se trata”.

encontramos, por tanto, ante una legislación que obvia casi por completo a uno de los sujetos que intervienen en la elaboración de normas y cuyas aportaciones son, en muchas ocasiones, decisivas en su redacción final.

Esencialmente, existen tres momentos diferenciados relacionados con el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación a los cuales se produce la intervención de los grupos de interés. En primer término, estos sujetos pueden centrar su intervención en la iniciativa normativa, presionando a la Administración para que adopte una determinada norma reglamentaria que consideran beneficiosa para sus intereses, o bien evitar que se apruebe un reglamento que entienden les perjudicaría. En segundo lugar, los grupos de interés pueden ejercer su influencia durante la elaboración de la norma reglamentaria, ya sea a través de los medios "tradicionales" de *lobbying*, esto es, contactos, reuniones o actos organizados con este propósito; o bien mediante la remisión de comentarios a la Administración, aprovechando los trámites participativos que ésta abre para el conjunto de ciudadanos, opción esta última que se ha mostrado mayoritaria en otros ordenamientos jurídicos⁶¹². Finalmente, también la intervención de estos sujetos puede ir dirigida a intentar influir en los términos de interpretación o aplicación del reglamento aprobado por la Administración.

En el seno de una Administración transparente, debe regularse adecuadamente la intervención de los grupos de interés en cada uno de los estadios del ejercicio de la potestad reglamentaria a los que acabamos de referirnos, permitiendo hacer el seguimiento de la denominada "huella normativa", a través de la cual los ciudadanos pueden conocer, entre otras cuestiones, los sujetos que han intervenido en la adopción, elaboración, aprobación y aplicación de una norma. Todo ello se logra garantizando un alto nivel de conocimiento respecto al desarrollo de las actuaciones de *lobbying*; pero también a través de otras medidas que tienen un espectro más amplio como, por

⁶¹² En SCOTT R. FURLONG, CORNELIUS M. KERWIN, "Interest Group Participation in Rule Making: A Decade of Change", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 15, núm. 3, 2005, los autores señalan como, tanto en el año 1992 como en el 2002, la intervención de los grupos de interés a través de los sistemas de participación previstos en la APA en el seno del proceso de *rulemaking* (comentarios en papel; comentarios en formato electrónico; y participación en audiencias públicas en los procedimientos formales) estaban por encima de otros cauces de participación como por ejemplo las coaliciones con otras organizaciones o firmas; los contactos informales, antes o después, de la elaboración de la propuesta de reglamento; o los diálogos políticos, entre otras (pág. 363).

ejemplo, la publicidad de las agendas de las personas encargadas de la elaboración de textos normativos y de las reuniones que éstas mantengan con los grupos de interés; cuestión respecto a la cual existe un mayor desarrollo en relación al poder legislativo⁶¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la elaboración de la norma reglamentaria es cuando existe un mayor riesgo que se produzca uno de los efectos no deseados de la actividad de *lobbying*, y es que la intervención de los sujetos que la llevan a cabo derive en una "captura" de la voluntad de la Administración, lo que ha llevado a que esta cuestión sea objeto de un amplio estudio en otros ordenamientos⁶¹⁴.

La "captura" de la voluntad de la Administración tiene lugar cuando la actuación administrativa, sin llegar a incurrir en desviación de poder, se ve altamente influenciada por las actuaciones llevadas a cabo por los grupos de interés⁶¹⁵, circunstancia que se produce, especialmente, en relación a aquellas actuaciones o procedimientos administrativos en los que los trámites participativos tienen especial relevancia. En el seno de los mismos, las aportaciones realizadas por grupos de interés, como consecuencia de los medios personales, materiales y técnicos de los que disponen pueden eclipsar la participación llevada a cabo por el resto de ciudadanos, monopolizando el sentido y dirección del trámite participativo de que se trate.

⁶¹³ En este sentido, el ya referido estudio sobre la actividad de *lobbying* en España elaborado en el año 2014 por Transparency International España, pone de relieve que, cada vez son más, los Diputados que, pese a no existir una obligación legal al respecto, hacen públicas sus agendas y reuniones a través de las herramientas de comunicaciones y redes sociales en internet. Señala este mismo estudio que el Presidente del Gobierno también ha adoptado esta práctica, y hace pública su agenda diaria a través de la página oficial de la Moncloa. *Una evaluación del lobby en España: Análisis y Propuestas*, Op. Cit. Pág. 77.

⁶¹⁴ Sobre el tema: CARY COGLIANESE, "Citizen Participation in Rulemaking Past, Present and Future..." Op. Cit.; MARISSA MARTINO GOLDEN, "Interest Groups in the Rule-Making Process: who Participates? Whose Voices Get Heard?", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Abril 1998; MARIANO FLORENTINO CUÉLLAR, "Rethinking Regulatory Democracy", *Administrative Law Review* num. 57; STEVEN J. BALLA, *Public Commenting on Federal Agency Regulations...* Op. Cit.; JASON WEBB YACKEE, SUSAN WEBB YACKEE, "A Bias Towards Business?: Assessing Interest Group Influence on the U.S. Bureaucracy", *Journal of Politics* núm. 68, 2006, págs. 128-139; STEPHEN M. JOHNSON, "Beyond the usual suspects..." Op. Cit.

⁶¹⁵ Sobre la "captura" de la voluntad de la Administración en el ámbito de la elaboración de normas: BERNSTEIN, MARVER, *Regulating business by independent commission*, Greenwood Press, Westport, CT, 1955.

A la vista de las consideraciones anteriores, el procedimiento de elaboración de reglamentos es el caldo de cultivo idóneo para que se produzca la captura de la voluntad de la Administración por parte de los grupos de interés⁶¹⁶; lo cual pone en riesgo la legitimidad del reglamento finalmente aprobado, que debe perseguir y satisfacer los intereses generales, y no los de unos pocos que disponen de más medios para hacer oír su voz. Esto no comporta, obviamente, que deba, sin más, impedirse o rechazarse la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en el procedimiento de elaboración de reglamentos. Esta opción, no sólo resultaría inviable en la práctica; sino que tampoco beneficiaría los intereses públicos, pues no podemos olvidar que, de la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas, se derivan importantes efectos positivos que no deben subestimarse, entre los que destacan el mayor pluralismo de la norma finalmente aprobada y su mayor calidad desde el punto de vista técnico⁶¹⁷.

Es necesario, sin embargo, para preservar el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria y también el derecho a participar de los ciudadanos, garantizar el conocimiento respecto a las actuaciones que los *lobbies* desarrollan en la elaboración de normas; y establecer los términos en los que debe llevarse a cabo su intervención, fijando cauces de participación específicos para estos sujetos.

⁶¹⁶ Así se ha puesto de relieve en el sistema estadounidense, en el que ha quedado patente que, con carácter general, la mayoría de comentarios recibidos durante los procedimientos de elaboración de normas provienen de grupos de interés, en lugar de ciudadanos individuales; y que, además, la Administración, se muestra más receptiva a aceptar o introducir las aportaciones realizadas por estos sujetos.

Sobre el tema: CARY COGLIANESE, "Citizen Participation in Rulemaking Past, Present and Future... Op. Cit. El autor pone como ejemplo de esta tendencia los procedimientos de elaboración de normas consideradas como significativas que la EPA llevó a cabo entre 1989 y 1991, en los cuales sólo el 6% de los comentarios, aproximadamente, fue llevado a cabo por parte de ciudadanos a título individual (pág. 951).

Vid también: MARISSA MARTINO GOLDEN, "Interest Groups in the Rule-Making Process... Op. Cit. En este trabajo fueron objeto de análisis los comentarios realizados en el marco de once procedimientos de elaboración de reglamentos llevados a cabo por tres agencias distintas aprobadas dentro de una misma legislatura presidencial.

⁶¹⁷ En este sentido, puede verse el Informe adoptado por el Consejo de Europa en Venecia el mes de marzo de 2014 (94ª Sesión Plenaria celebrada los días 8 y 9 de marzo de 2014): *Report on the role of extra-institutional Actors in the Democratic System (Lobbying)*. Disponible en: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282013%29011-e>

1. La garantía del conocimiento respecto a la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas: el seguimiento de la “huella normativa”

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, en términos generales, garantizar el conocimiento respecto a las actuaciones de *lobbying*, se erige como una exigencia propia de una Administración transparente y, entre otras ventajas, permite disminuir el sentimiento de escepticismo o rechazo que, en ocasiones, despiertan las actuaciones desarrolladas por *lobbies*; así como detectar aquellos casos en que las actuaciones de los grupos de interés exceden los límites permitidos por el ordenamiento, lo que da pie a que se pongan en marcha los mecanismos de rendición de cuentas que procedan⁶¹⁸.

En particular, en relación a los procedimientos de elaboración de reglamentos, el conocimiento respecto a las actuaciones de estos sujetos presenta, además, un valor añadido; pues contribuye a dotar de mayor legitimidad a la norma finalmente aprobada, permitiendo que los ciudadanos sepan cuáles han sido los intereses que la Administración ha tenido en cuenta a la hora de regular una determinada materia y cómo los mismos han sido ponderados. Todo ello incide en la correcta comprensión de la norma y, por ende, su cumplimiento voluntario.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, un elemento común a todas las normas que, en otros ordenamientos, regulan la actuación de los grupos de interés, es la introducción de mecanismos dirigidos a garantizar, en términos generales, que las actividades desarrolladas por estos sujetos se lleven a cabo a la vista de todos. Para cumplir con esta finalidad, la principal herramienta empleada es la creación de registros, en los que son objeto de inscripción (y también de publicidad), los aspectos más relevantes de las actividades de *lobbying*, tales como la identidad de quienes las desarrollan y, en su caso, de aquéllos en nombre o beneficio de quien actúan; los ámbitos en los que estos sujetos centran su actividad; o los medios y recursos invertidos

⁶¹⁸ DANIEL NAURIN, "Backstage Behaviour? Lobbyists in Public and private Settings in Sweden and the European Union", *Comparative Politics* Vol. 39, núm. 2, 2007, págs. 209-228; DANIEL NAURIN, "Transparency, Publicity, Accountability - the Missing Links", *Swiss Political Science Review* vol. 12, núm. 3, 2003, págs. 90-98.

y obtenidos como consecuencia de la misma. Adicionalmente, la condición de registrante supone la sujeción a un código de conducta, respecto al cual se establece un sistema de infracciones y sanciones, cuando la inscripción es obligatoria; o una serie de medidas vinculadas al incumplimiento, si la inscripción tiene carácter voluntario, previéndose, normalmente, en este último caso, una serie de incentivos o medidas positivas para fomentar la inscripción⁶¹⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos avanzado, carecemos por el momento de una regulación general de la actuación desarrollada por *lobbies*, cuestión sólo abordada por el Título IV de la Ley catalana 19/2014. Partiendo así de la necesidad de regular adecuadamente esta cuestión, la duda que se plantea es si la creación un de registro general sobre las actuaciones desarrolladas por grupos de interés sería suficiente para garantizar el adecuado conocimiento respecto a la intervención de estos sujetos en los procedimientos de elaboración de reglamentos.

Las opciones en este ámbito son diversas. Así, la Ley catalana 19/2014 considera actividades desarrolladas por grupos de interés y que, por tanto, se incluyen en el ámbito de aplicación del registro, aquéllas susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales, así como la participación voluntaria en “consultas oficiales sobre propuestas normativas” (art. 47.2); sin contener, no obstante, ninguna previsión específica respecto a los términos en los que se produce esta influencia o participación, tal como hace también el Acuerdo del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea de 27 de julio de 2011 (art. 8).

En contraposición, en el sistema estadounidense, tanto la *Lobbying Disclosure Act* de 1995, como las normas reguladoras de la actividad de *lobbying* de carácter estatal, excluyen de su ámbito de aplicación, como regla general, las aportaciones realizadas por *lobbies* en el seno de los procedimientos de elaboración de normas. Esta cuestión se rige así por lo dispuesto en las leyes que regulan el ejercicio de la potestad de *rulemaking* (a

⁶¹⁹ Así, a modo de ejemplo, el Acuerdo del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea, de 27 de julio de 2011, relativo al establecimiento de un Registro de transparencia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas públicas de la Unión Europea prevé que aquéllos que tengan la condición de declarantes en el Registro, o las personas que trabajen para ellos, pueden obtener tarjetas de acceso de larga duración a los locales del Parlamento; así como la posibilidad de que se les transmita información en caso de realización de consultas públicas u organización de un evento.

nivel federal, la Sección 553 APA); las cuales determinan que todos los comentarios remitidos, ya sea por ciudadanos o por grupos de interés, son accesibles públicamente. Estas previsiones se complementan con lo establecido en la FOIA, que permite que se ejerza el derecho de acceso en relación a todos los comentarios remitidos en un procedimiento de *rulemaking* y que no hayan sido publicados, en la medida en que tienen la consideración de *agency record*⁶²⁰. En este contexto, en Estados Unidos, la normativa relativa a las actividades de *lobbying* sólo entra en juego en aquellos casos en que los comentarios realizados en el procedimiento de elaboración de una norma no se publiquen por resultar de aplicación de alguna de las excepciones a esta publicidad que prevé la APA, tal como sucede con las *interim final rules*; ni tampoco pueda accederse a los mismos por concurrir alguno de los límites materiales de la FOIA. En estos supuestos, la LDA permite entonces acceder a los comentarios realizados por grupos de interés⁶²¹.

Bajo nuestro punto de vista, ninguna de las soluciones que acabamos de exponer es plenamente satisfactoria. Como ya hemos señalado, en la legislación catalana, en la que el acento se pone en la regulación de los grupos de interés, quedan indeterminados muchos de los aspectos relacionados con la intervención de estos sujetos en el concreto ámbito de la elaboración de normas, encontrándose entre ellos la garantía del conocimiento que debe existir sobre esta cuestión. A estos efectos, entendemos que las previsiones del Registro de grupos de interés resultan insuficientes pues, por mucho que se prevea que, a través del mismo, se dará publicidad de las actividades realizadas por estos sujetos (art. 49.2 Ley catalana 19/2014), no se concreta si serán objeto de publicidad el contenido de las aportaciones realizadas y su valoración por la Administración. Asimismo, en unos términos más generales, hay que destacar que, a pesar de que la Ley 19/2014 prevé la obligación de los declarantes de mantener la información objeto de registro actualizada (art. 51.d), esta Ley no incorpora, a

⁶²⁰ Hay que tener en cuenta que, a los efectos de la FOIA, los documentos de las agencias susceptibles de acceso son aquellos que obran en poder de las mismas, con independencia de quien sea su autor o por quien hayan sido elaborados, por lo que las alegaciones o aportaciones realizadas durante el procedimiento de elaboración de una determinada norma pueden ser objeto del derecho de acceso, siguiendo el procedimiento establecido para ello.

⁶²¹ WILLIAM V. LUNEBURG, THOMAS M. SUSMAN, *The Lobbying Manual. A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, Third Edition, American Bar Association, Chicago, 2005. Págs. 60 y 61.

diferencia de otras normas en el Derecho comparado, la necesidad de realizar informes periódicos sobre las actuaciones que se hayan llevado a cabo⁶²².

En relación al sistema estadounidense, aún garantizándose la difusión del contenido de los comentarios realizados por grupos de interés, éstos son, como regla, objeto de publicidad conjuntamente con los comentarios llevados a cabo por el resto de ciudadanos, en virtud de las previsiones contenidas en la APA. Esta circunstancia dificulta conocer y valorar la influencia que los grupos de interés han tenido en la norma finalmente aprobada por la Administración; pues para ello es necesario realizar una laboriosa tarea previa, consistente en identificar los comentarios de estos sujetos entre todos los demás; cuestión apuntada por la doctrina estadounidense, que ya hace años exige una regulación más concisa sobre esta cuestión, tal como sucede en relación a los procesos legislativos desarrollados por el Congreso⁶²³.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, entendemos que una solución óptima en nuestro ordenamiento jurídico sería que, sin perjuicio de que las actuaciones dirigidas a influir en los procedimientos de elaboración de normas realizadas por grupos de interés se incluyeran entre las informaciones a consignar en los registros que se creen en un futuro, esta cuestión debería ser tratada específicamente en las normas que rigen la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos. Consideramos que, por razón de su especialidad, son estas leyes las que deben regular expresamente el régimen de conocimiento respecto a la intervención de *lobbies* en la elaboración de disposiciones generales; consagrando respecto a la misma un principio de máxima divulgación, que obligue a la Administración a hacer públicas las aportaciones de estos sujetos respecto a un determinado proyecto normativo, así como la valoración o impacto de las mismas en la norma finalmente aprobada. Estas cuestiones podrían ser, teniendo en cuenta lo anterior, objeto de una memoria específica, la cual debería difundirse a través del Portal

⁶²² Así, en Estados Unidos, la Sección 5 LDA se refiere a los informes de carácter semianual que deben realizar los grupos de interés en relación a las actuaciones desarrolladas durante el período que es objeto de informe.

En Canadá, la obligación de realizar informes sobre la actuación desarrollada por *lobbies* se impone al Comisionado de *lobbying*, que informará una vez al año ante el Parlamento y realizará aquellos informes especiales que sean necesarios (art. 11 *Lobbying Act Canada*).

⁶²³ MARISSA MARTINO GOLDEN, "Interest Groups in the Rule-Making Process... Op. Cit. Pág. 246; SCOTT R. FURLONG, CORNELIUS M. KERWIN, "Interest Group Participation in Rule Making: A Decade of Change... Op. cit.

de la Transparencia correspondiente, tal como sucede con el resto de memorias e informes que integran el expediente de elaboración de los textos normativos [art. 7.1.d) LTBG].

2. La regulación de cauces específicos para la intervención de los grupos de interés. En particular: el procedimiento negociado de elaboración de reglamentos

Uno de los mayores peligros vinculados a la actuación de los grupos de interés en la elaboración de reglamentos es que sus comentarios eclipsen las aportaciones realizadas por el resto de ciudadanos, que no cuentan con la experiencia y con los medios que tienen aquellos sujetos que, con carácter regular o profesional, desarrollan actuaciones de participación activa en las políticas públicas; produciéndose así la captura de la voluntad de la Administración.

Así, con la finalidad de asegurar que en el procedimiento de elaboración de reglamentos se incorpora el saber que obra en poder de los grupos de interés, a la vez que se concilian adecuadamente todos los intereses en juego y se preserva el derecho de los ciudadanos a participar, consideramos que es conveniente atribuir a los sujetos que desarrollan actuaciones de participación activa en políticas públicas el lugar que les corresponde en el procedimiento de elaboración de reglamentos.

A estos efectos, sin perjuicio de la implementación de medidas dirigidas a mejorar la calidad de la participación ciudadana, en los términos ya analizados en este capítulo, entendemos que sería conveniente establecer, en el procedimiento de elaboración de reglamentos, unos cauces de participación diferenciados para los "ciudadanos de a pié", por un lado, y para los grupos de interés o *lobbies*, por otro. La finalidad de todo ello es evitar que las aportaciones llevadas a cabo por los grupos de interés diluyan el posible impacto que los comentarios realizados por el resto de ciudadanos pueden tener en el contenido de la norma finalmente aprobada. De este modo, se permitiría que ambos comentarios no fueran valorados por una misma vara de medir, y que la Administración pudiera extraer de los trámites participativos dos tipos diferenciados de aportaciones: por un lado, aquellas realizadas por grupos de interés o *lobbies*, probablemente más perfeccionadas desde un punto de vista técnico y jurídico, dando así cumplimiento a la

finalidad tecnocrática de la participación; y, por otro lado, aquéllas realizadas por ciudadanos, en virtud de las cuales se obtiene una visión de la materia a regular que sólo tienen aquéllos a los que la misma afecta en su día a día, satisfaciendo así la función garantista de la participación.

En nuestro ordenamiento, como ya hemos avanzado, la Ley catalana 19/2014, a pesar de incluir dentro del ámbito de aplicación del Registro de grupos de interés las actividades susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales, no contiene ninguna previsión respecto a los términos en los que debe desarrollarse dicha influencia. Por su parte, el art. 12 LGUM prevé, como hemos apuntado, la creación de conferencias sectoriales, en cuyos trabajos pueden contribuir operadores económicos que, a través de una consulta a sus entidades representativas, participarán, en su caso, en la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado y de los ámbitos que requieren un análisis de la normativa vigente.

A nuestro juicio, la participación de operadores económicos en la elaboración de normas a través de las conferencias previstas en la LGUM, que se configuran como un cauce de participación específico para ciertos grupos de interés, caracterizado por la negociación o transacción entre la Administración y estos sujetos, es una buena solución para evitar la captura de la voluntad de la Administración. De hecho, se trata de una fórmula muy utilizada en otros ordenamientos de nuestro entorno, especialmente para normas con rango de ley⁶²⁴; y que también se ha empleado en nuestro ordenamiento jurídico, en ámbitos específicos de la actuación administrativa, en los que se crean grupos de trabajo o comisiones *ad hoc* para la elaboración o reforma de una o más disposiciones normativa⁶²⁵.

⁶²⁴ Así se hace en Alemania en relación a la elaboración de normas con rango de Ley, pues el Reglamento Común de los Ministerios Federales (GGO) de la República Federal, prevé que en todos los proyectos de ley importantes debe haber una toma de contacto con los grupos de interés afectados. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.L., *La influencia de los grupos de interés...* Op. Cit. Pág. 88.

⁶²⁵ A modo de ejemplo, por Acuerdo del Gobierno español de 5 de julio de 2013, se nombró una Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario. Dicho Comisión, realizó un análisis del sistema existente con el fin de preparar un conjunto de propuestas de reforma que se incorporaron en un informe, que se presentó en febrero de 2014 (<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>). Última consulta 02/11/2014.

Pese a lo anterior, hay dos cuestiones importantísimas de esta regulación que deben mejorarse. Por un lado, siendo la finalidad de la LGUM lograr la unidad de mercado, esta Ley se refiere sólo a los operadores económicos, lo cual excluye los restantes grupos de interés que no tengan esta consideración. Por otro lado, son muchos los aspectos del funcionamiento de las conferencias sectoriales previstas en esta Ley que quedan en el aire y que deberían regularse con más detalle, tal como sucede con la forma de determinar su composición, las reglas aplicables a su funcionamiento o el régimen de publicidad aplicable a sus trabajos.

En el sistema estadounidense, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento, sí existe una amplia regulación de las comisiones o comités consultivos que, con carácter general, intervienen en la actividad de las agencias administrativas. Esta cuestión, a nivel federal, se encuentra prevista en la *Federal Advisory Committee Act* (FACA), de 1972; norma que, sustentada sobre los ejes del conocimiento, la participación y la rendición de cuentas, obliga a las agencias a hacer pública la creación de nuevas comisiones de asesoramiento y a definir los límites de sus atribuciones. Asimismo, en virtud de esta Ley se impone a los miembros de las comisiones asesoras la necesidad de que actúen de manera justa y equilibrada en relación a los puntos de vista que representan, lo cual puede ser objeto de control en la medida en que las reuniones de estas comisiones son públicas, así como también lo es la documentación que se genera en el seno de las mismas; existiendo únicamente algunas excepciones aplicables a las comisiones que tratan habitualmente cuestiones de carácter científico o técnico⁶²⁶.

Las previsiones de la FACA, aplicables a las actividades desarrolladas por las comisiones de asesoramiento de las agencias con carácter general, se complementan asimismo con una vía específica para articular la participación de los actores económicos y sociales en la elaboración de reglamentos: el denominado procedimiento negociado de elaboración de reglamentos (*Negotiated Rulemaking*), también conocido como "*Reg-Neg*"⁶²⁷, caracterizado por la creación de comisiones *ad hoc* en las que se

⁶²⁶ RICHARD J. PIERCE JR., *Administrative Law Treatise*... Op. cit. págs. 297-300.

⁶²⁷ CORNELIUS M. KERWIN, "Negotiated Rulemaking" en PHILLIP J. COOPER Y CHESTER A. NEWLAND (Eds.), *The Handbook of Public Law and Public Administration*, Jossey-Bass, San Francisco, 1997; WILLIAM FUNK, "Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest", *Duke Law Journal* núm. 46, 1997; ANDREW P. MORRIS, "Choosing How to Regulate", *Harvard Environmental Law Review* núm. 29, 2005.

integran los principales *lobbies* o grupos de interés que actúan en el ámbito material sobre el que versará el futuro reglamento.

La regulación del denominado procedimiento negociado de elaboración de reglamentos a nivel federal la encontramos en la ya citada *Negotiated Rulemaking Act* de 1990 (NRA)⁶²⁸; siendo la finalidad principal de esta ley permitir y regular, en el concreto ámbito de la elaboración de normas, la colaboración entre las agencias administrativas y los actores económicos y sociales, los cuales tienen, en la mayoría de ocasiones, la consideración de grupos de interés o *lobbies*, de acuerdo con las previsiones de la LDA.

La NRA contiene una regulación sumamente detallada, y en la misma se prevén, de manera estructurada, las condiciones en las que tiene que desarrollarse esta forma de administración colaborativa (*collaborative public management*) y se establecen, asimismo, los límites aplicables a la misma⁶²⁹. De acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, el procedimiento negociado no se configura, en sentido estricto, como un procedimiento de elaboración de normas autónomo, pues éste no culmina con la aprobación de un reglamento. Por el contrario, de este “procedimiento” surge sólo una propuesta o borrador, elaborado y consensuado en el seno de la comisión en la que se integran los representantes de la Administración y del sector privado; manteniendo siempre la agencia un poder de veto, que le permite apartarse de una propuesta de reglamento que considere inaceptable⁶³⁰. La propuesta que surja de estas negociaciones seguirá

⁶²⁸ A nivel estatal, no todos los Estados han previsto de forma expresa la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado de elaboración de reglamentos. Sí lo han hecho los Estados de Texas o Florida, que regulan su propio procedimiento negociado de elaboración de reglamentos; mientras que hay Estados como Indiana, que incluyen la posibilidad de recurrir a este procedimiento dentro de la potestad que tiene el fiscal general del Estado (*attorney general*) para utilizar procedimientos administrativos adicionales. Asimismo, hay normas estatales sectoriales que prevén la posibilidad de utilizar este procedimiento respecto a determinadas agencias o para materias concretas, siendo frecuente que el mismo se emplee por agencias con competencias en materia medioambiental. LISA BLOMGREN BINGHAM, TINA NABATCHI, ROSEMARY O'LEARY, "The New Governance: Practices and Processes for Stakeholder and Citizen Participation in the Work of Government", *Public Administration Review*, Vol. 65, Núm. 5, Septiembre/Octubre 2005, pág. 552.

⁶²⁹ LISA BLOMGREN BINGHAM, "Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Public and Stakeholder Voice", *Journal of Dispute Resolution* núm. 2, 2009. Pág. 315.

⁶³⁰ LAURA I. LANGBEIN, CORNELIUS M. KERWIN, "Regulatory Negotiation versus Conventional Rule Making: Claims, Counterclaims and Empirical Evidence", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Julio 2000. Pág. 611.

posteriormente, para su aprobación, los cauces del procedimiento de elaboración de reglamentos correspondiente, esto es, del procedimiento de *notice and comment* o, en su caso, del procedimiento formal.

Teniendo en cuenta los términos en los que se desarrolla el procedimiento negociado, es evidente que no todas las normas a aprobar por las agencias administrativas son susceptibles de elaborarse por esta vía; debiendo la agencia valorar, en cada caso concreto, si se dan las circunstancias propicias para que se ponga en marcha el procedimiento negociado, o no. En particular, la NRA sugiere que, antes de iniciar este procedimiento, la agencia tenga en cuenta, entre otros factores: si hay necesidad de una norma; si existe un número limitado o identificable de intereses que van a ser significativamente afectados por la norma; si existe una apariencia razonable de que se puede crear un comité con una composición equilibrada de personas que realmente tengan un carácter representativo y que sean capaces de negociar el contenido de la norma con buena fe; y si el proceso de negociación no va a dilatar la promulgación o implementación de la norma final⁶³¹.

Abrir, o no, el procedimiento negociado se configura, por tanto, como una decisión discrecional de la agencia; que determina que, en la práctica, éstas acudan al mismo cuando alberguen dudas sobre el concreto contenido de la norma a aprobar o cuando las

⁶³¹ Respecto a los criterios para poner en marcha el procedimiento negociado, ha sido frecuente que éstos encuentren un mayor desarrollo a nivel estatal. En este sentido, el Manual del procedimiento negociado de elaboración de normas de Texas (*Texas Negotiated Rulemaking Deskbook*) recoge siete criterios, concretados en: 1) Que, siendo evidente que hay que aprobar una norma reglamentaria, haya dudas sobre su contenido; 2) Que las cuestiones a tratar sean de conocimiento general y suficientemente diversas para que la normativa pueda ser negociada por todas las partes; 3) Que haya un número limitado o identificable de grupos de interés que podrían resultar afectados por la norma; 4) Que haya portavoces que puedan ser representativos de todos los intereses en juego y puedan negociar para perseguirlos de conformidad con el principio de buena fe; 5) Que todos los grupos de interés tengan algo a ganar participando en el procedimiento negociado; 6) Que la comisión que se cree sea capaz de alcanzar un consenso respecto a la norma propuesta en el período de tiempo que se determine; y 7) Que la agencia se muestre conforme con aceptar los términos del acuerdo al que llegue la Comisión y en utilizar el resultado de la negociación como proyecto de reglamento, siempre que ello sea posible y que no implique que la agencia deje de cumplir con sus obligaciones legales. *Texas Negotiated Rulemaking Deskbook*, Public Resource Series Number One, The University of Texas School of Law, octubre 1996 (págs. 17 y 18).

cuestiones a regular son especialmente complejas, pues se considera que los grupos de interés pueden aportar información relevante para mejorar el proyecto normativo⁶³².

En el caso que se decida poner en marcha el procedimiento negociado, se publica un anuncio en el Registro Federal en el que se da publicidad al proyecto, se describe el objeto del procedimiento negociado y se hace pública una lista de aquellas personas que se consideran idóneas para formar parte de la comisión de negociación, a la vez que se invita a integrarse en la misma a aquellas personas no incluidas en la lista y que consideren tienen un interés a representar⁶³³.

Después de la publicación del referido anuncio y de que se forme la comisión de negociación, se da inicio al procedimiento, en el que las deliberaciones se llevan a cabo bajo la guía del denominado “facilitador” (*facilitator*), el cual puede ser un empleado de la Administración o una persona del sector privado; pero cuyo nombramiento debe ser, en cualquier caso, aprobado por la comisión. El facilitador preside las sesiones de negociación y se encarga también de la gestión de los documentos que se generen con motivo de las mismas. Si la comisión alcanza el consenso respecto al texto del proyecto normativo, éste se remite a la agencia, que lo tramitará a través del procedimiento formal o informal; y si la negociación no llega a buen término, nada impide que la agencia pueda decidir iniciar, igualmente, el procedimiento de *rulemaking* que proceda. En cualquier caso, las normas precedidas de la negociación que prevé la NRA están sometidas a los mismos mecanismos de control que el resto de reglamentos⁶³⁴; aunque los Tribunales no pueden entrar a enjuiciar, de manera aislada, el desarrollo del procedimiento negociado o la actuación de la comisión, pues estas cuestiones sólo podrán ser revisadas si se impugna la norma finalmente aprobada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la NRA consagra un régimen jurídico específico para la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de reglamentos,

⁶³² RANDALL CALVERT, MATHEW MCCUBBINS, BARRY WEINGAST, "A Theory of Political Control and Agency Discretion", *American Journal of Political Science* núm. 30, 1989. Págs. 588-611.

⁶³³ En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la Ley establece que la Comisión podrá tener, como máximo, veinticinco miembros, excepto en el caso extraordinario que la agencia determine que debe formarse un grupo mayor para representar adecuadamente los intereses realmente afectados. Se prevé asimismo que, como mínimo, uno de los miembros debe ser un representante de la Administración (§565).

⁶³⁴ LISA BLOMGREN BINGHAM, "Collaborative Governance: Emerging Practices... Op. Cit. Pág. 316.

distinto de aquel que resulta aplicable a la participación que llevan a cabo el resto de ciudadanos, y que regula la APA; siendo dos las principales consecuencias que se derivan de lo anterior. En primer lugar, la participación de unos sujetos y otros se produce, de manera preferente, en *momentos distintos del procedimiento*. Así, mientras la intervención de los grupos de interés se centra en determinar el contenido del proyecto normativo en el seno de la comisión de negociación; los comentarios de los ciudadanos llevados a cabo durante el período de *comment* toman como base, precisamente, ese proyecto, en el cual ya están incorporados los intereses representados por los grupos de interés.

En segundo lugar, existen también *regímenes de publicidad diferenciados* para las aportaciones realizadas por unos sujetos y otros. En relación a la actuación de los grupos de interés integrados en una comisión de negociación, la NRA prevé que se dé publicidad respecto a la composición de la comisión y el lugar y fecha de sus reuniones. De acuerdo con esta Ley las deliberaciones tienen, como regla, carácter reservado⁶³⁵; aunque el conocimiento en este ámbito se garantiza gracias a la FACA, la cual prevé que, si la comisión consensua un proyecto normativo, es necesario publicar un informe en el que se revelan algunos de los aspectos más relevantes de las negociaciones; mientras que, si no hay consenso o éste sólo es parcial, el informe tiene carácter potestativo y su contenido es más limitado. En relación a los comentarios realizados por los ciudadanos durante la tramitación del procedimiento de *rulemaking* correspondiente, éstos tienen, como ya hemos señalado, carácter público en aplicación de la APA.

Este distinto régimen aplicable a las aportaciones realizadas por grupos de interés y por ciudadanos al que acabamos de referirnos, en ocasiones se diluye. En este sentido, y aunque es poco frecuente, nada impide que los ciudadanos puedan formar parte, a título individual, de las comisiones de negociación creadas en aplicación de la NRA; de la misma manera que los grupos de interés integrados en comisiones de negociación pueden también realizar alegaciones en la fase de comentarios que tenga lugar durante el procedimiento de *rulemaking*, aunque es evidente que su posible intervención va a ser mucho menos intensa si éstos previamente ya han visto satisfechas sus aspiraciones.

⁶³⁵ La NRA prevé expresamente este carácter reservado de las deliberaciones; por lo que no puede solicitarse tampoco el acceso a las actas de estas comisiones u otros documentos en los que se plasmen dichas deliberaciones, pues la aplicación de la FOIA queda desplazada por esta norma legal, más específica.

Bajo nuestro punto de vista, y atendiendo a todo lo expuesto hasta ahora, consideramos que en nuestro ordenamiento jurídico podría introducirse en la elaboración de reglamentos una fase de negociación previa con grupos de interés, configurada en unos términos similares al procedimiento de elaboración de normas negociado que regula la NRA para las agencias estadounidenses⁶³⁶. De esta manera, podría canalizarse adecuadamente la participación de los grupos de interés en la elaboración de reglamentos y se fomentaría que la misma se llevara a cabo, al menos en su mayor parte, por unos cauces distintos de los que emplean el resto de ciudadanos.

Entendemos así que, en las normas que regulan a nivel estatal y autonómico los procedimientos de elaboración de reglamentos, debería preverse la posibilidad que, al inicio del procedimiento de elaboración de una disposición general, el proyecto de reglamento fuera negociado y, en su caso, consensuado, con los principales grupos de interés afectados; pues a pesar que, en la actualidad, es frecuente que las Administraciones Públicas creen grupos de trabajo para elaborar disposiciones generales, en los cuales se integran *lobbies*, su funcionamiento carece de cualquier regulación.

Tal como sucede en el sistema norteamericano, esta negociación debería configurarse en nuestro ordenamiento como un trámite potestativo, correspondiendo a la Administración valorar, en cada caso concreto, la concurrencia de las circunstancias idóneas para que el proyecto de reglamento pudiera ser definido a través de la negociación con los grupos de interés. Respecto a los límites de esta potestad discrecional, las normas que rigen la elaboración de reglamentos estatales y autonómicas podrían introducir los criterios a tener en cuenta que, de forma similar a lo previsto en la NRA, permitieran valorar si la materia a regular puede ser objeto de negociación en una comisión de este tipo; si son fácilmente identificables los grupos de interés que pueden verse afectados por el futuro reglamento; y si es posible crear una comisión de negociación con una composición equilibrada.

⁶³⁶ En el mismo sentido: PONCE SOLÉ, J., *Negociación de normas y lobbies...* Op. Cit; DEL OLMO ALONSO, J., "El procedimiento de elaboración negociada... Op. Cit. Este último autor señala la necesidad que dicha implementación se lleve a cabo "con las cautelas propias de la inexperiencia en este tipo de técnicas" (pág. 428).

Respecto a la forma de determinar la composición de las comisiones de negociación, sin perjuicio que la propia Administración identificara los principales *lobbies* afectados y que se publicara, como sucede en sistema estadounidense, un anuncio en el diario o boletín oficial correspondiente y, en su caso, en el Portal de la Transparencia respectivo, un instrumento a tener en cuenta serían los registros de grupos de interés o de participación⁶³⁷, en los que los *lobbies* manifiestan aquellos ámbitos materiales en los que éstos centran su actuación.

Constituida la correspondiente comisión de negociación, la Administración actuaría, no sólo como redactora de una norma reglamentaria y receptora de los comentarios; sino que también ejercería de árbitro entre los distintos *lobbies* con intereses (en ocasiones contrapuestos) en la futura norma reglamentaria, disponiendo a estos efectos de la última palabra en la redacción final del proyecto normativo. Además, estas negociaciones no excluirían, en ningún caso, tal como ocurre en el sistema estadounidense, la participación del resto de ciudadanos a través de los tradicionales trámites de audiencia o información pública, o de cualesquiera otros trámites participativos alternativos.

La realización de una negociación como la descrita en el procedimiento de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos permitiría a las administraciones competentes obtener importantes conocimientos sobre la materia a regular que obra en poder de los grupos de interés, lo cual no sólo contribuiría a canalizar la participación de estos sujetos; sino que también permitiría conseguir un mayor grado de acierto y oportunidad en la norma final, a la vez que quedaría a salvo la función de la participación ciudadana.

Como última cuestión, hay que destacar que, si bien es cierto que la creación de este tipo de negociaciones implicaría importantes costes para la Administración y, especialmente, para los grupos de interés participantes en las mismas⁶³⁸, éstos podrían

⁶³⁷ Hay que tener en cuenta que, además del Registro de grupos de interés regulado por la Ley catalana 19/2014, el art. 37 de la Ley Foral 11/2012 prevé la creación del Registro de participación y colaboración ciudadana, y que el art. 32 de la Ley de la Región de Murcia prevé asimismo un Censo de participación y colaboración ciudadanas.

⁶³⁸ Así, en el ordenamiento jurídico estadounidense se ha puesto de relieve como los sujetos que intervienen en los procedimientos de elaboración de reglamentos negociados deben realizar un gasto significativamente superior a aquel que realizan los participantes en el procedimiento de *notice and comment*, pues es necesario en cualquier caso un asesoramiento profesional, que algunos autores han

quedar fácilmente compensados si, gracias a las mismas, se lograra una menor litigiosidad respecto a la norma finalmente aprobada. La misión principal de la Administración sería, por tanto, que, como consecuencia de las negociaciones, se lograra el mejor reglamento posible desde el punto de vista jurídico⁶³⁹, y que, en la medida de lo posible y con el debido respeto a los intereses generales, las pretensiones de estos sujetos quedaran satisfechas.

V. LA REFORMA DEL SISTEMA DE PUBLICIDAD DE LOS REGLAMENTOS Y DE LA DOCUMENTACIÓN GENERADA DURANTE SU ELABORACIÓN Y APLICACIÓN

Otro de los aspectos relacionados con la elaboración y aprobación de reglamentos estatales y autonómicos que consideramos debería ser objeto de reforma es el relativo a la publicidad de los reglamentos y de las diversas informaciones que se generan durante su elaboración.

De acuerdo con el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria, la publicación del reglamento es el último trámite del procedimiento después de su aprobación por el órgano competente, configurándose como requisito indispensable para que éste produzca efectos jurídicos. Las disposiciones generales aprobadas por la Administración se publican así en el diario o boletín oficial correspondiente, cuya versión electrónica está equiparada, en virtud del art. 11 LAE a la edición en papel de estas publicaciones, lo que supuso dar cumplimiento (al menos desde un punto de vista formal) a los acuerdos adoptados en la cumbre europea de Lisboa en el año 2000, en la que se declaró la necesidad de garantizar el acceso

fijado en el equivalente a contratar una persona durante un año. LAURA I. LANGBEIN, CORNELIUS M. KERWIN, "Regulatory Negotiation versus Conventional Rule Making... Op. cit. Pág. 619.

⁶³⁹ CARY COGLIANESE, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *Duke Law Journal* núm. 46, 1997. Págs. 1255-1349; CARY COGLIANESE, "¿La satisfacción de los participantes es sinónimo de éxito?. Una evaluación de la participación pública en el proceso de elaboración de reglamentos", *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 20, 2003.

electrónico generalizado a los principales servicios públicos básicos, incluyendo la información jurídica⁶⁴⁰.

A pesar de que la difusión de las normas reglamentarias a través de publicaciones oficiales es una exigencia que derivada del Estado de Derecho, cuya virtualidad nadie pone en duda, y que actúa como necesario contrapeso del principio *ignorantia legis neminem excusat*, lo cierto es que a través de estos instrumentos no se logra el nivel de conocimiento de las normas reglamentarias en vigor que sería deseable en una Administración transparente, y que viene exigido también por el principio de seguridad jurídica⁶⁴¹.

Los factores que inciden en este defectuoso conocimiento de las normas aprobadas por la Administración son diversos. Siendo incuestionable la incidencia que tiene en este ámbito el gran número de reglamentos aprobados cada año, desde un punto de vista formal, la convivencia del Boletín Oficial del Estado con los distintos diarios y boletines oficiales también constituye un importante obstáculo pues, como sabemos, mientras las leyes autonómicas se publican en el diario o boletín autonómico correspondiente y también en el BOE, ello no ocurre en relación a las normas reglamentarias, las cuales, adicionalmente, comparten denominación con otro tipo de actos que también se difunden a través de estos instrumentos⁶⁴². Finalmente, hay que recordar el hecho de que la consulta de las normas reglamentarias en los diarios y boletines oficiales, como una visión de una foto fija, no permite conocer, incluso en su versión electrónica, los cambios que ha sufrido el reglamento desde su entrada en vigor o, incluso, si éste ha sido derogado, y mucho menos aún los términos en los que se ha llevado a cabo su aplicación.

⁶⁴⁰ En este sentido, pueden verse las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000.

⁶⁴¹ Entre otros: BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica...* Op. Cit.; MARTÍNEZ CORRAL, J.A., "Los errores en la redacción y la publicación..." Op. Cit.; SAINZ MORENO, F., "La publicidad de las normas..." Op. Cit.

⁶⁴² Al respecto, como ya hemos señalado, si bien el art. 7 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de Ordenación del Boletín Oficial del Estado prevé que en su Sección I se incluyan: "Los reglamentos y demás disposiciones de carácter general", ello no soluciona totalmente el problema, en la medida que la clasificación no tiene efectos constitutivos.

En el marco de una Administración transparente, la publicación de las normas debe complementarse con su publicidad, esto es, su difusión a través de cualquier medio adecuado para dar a conocer a los ciudadanos la existencia de la norma, su contenido y también los documentos que constituyen su motivación. En este sentido, el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria introduce algunos avances; siendo el más destacado la publicidad activa respecto a las memorias e informes que conforman los expedientes de elaboración de los textos normativos que consagra la LTBG con carácter básico [art. 7.d) LTBG]; y las previsiones de algunas leyes de transparencia autonómicas, que también prevén que la publicidad activa alcance al conjunto de la normativa vigente⁶⁴³.

Pese a lo anterior, como ya hemos indicado, estas previsiones no resultan suficientes para que los ciudadanos puedan tener el “conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación” al que se refiere el art. 4.9 LES; y no llegan a solucionar la mayor parte de las carencias que se producen en este ámbito.

Bajo nuestro modo de ver, y tomando como ejemplos los sistemas de publicidad de las normas reglamentarias existentes en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, en el sistema estadounidense, las medidas a adoptar serían fundamentalmente tres.

1. En primer lugar, a nivel estatal y autonómico, debería elaborarse y publicarse una **recopilación de las normas reglamentarias** aprobadas por la Administración durante el año anterior. No sería necesario una codificación de estas normas, en el sentido continental europeo, sino simplemente su publicación conjunta, en orden cronológico y, en su caso, también por materias.

Así se hace en el ordenamiento jurídico estadounidense a través del Código de regulaciones Federales que se publica anualmente bajo la responsabilidad del *Administrative Committee of Federal Register*⁶⁴⁴. El mismo constituye una compilación, en orden lógico, de reglamentos y regulaciones dictadas por las agencias federales, que

⁶⁴³ En este sentido: art. 13.g) Ley foral 11/2012; y art. 13.2 Ley de Andalucía 1/2014.

⁶⁴⁴ Aunque tiene carácter anual, se prevé un ciclo de revisión por títulos. Así, a partir del 1 de enero se revisan las normas contenidas en los títulos 1 a 16; a partir del 1 de abril, los títulos 17 a 27; a partir del 1 de julio, los títulos 28 a 41; y a partir del 1 de octubre los títulos 42 a 50.

se divide en cincuenta títulos ordenados por materias⁶⁴⁵, que coinciden con la numeración por materias contenida en el Código en el que se publican las leyes federales (*U.S. Code*), lo que facilita conocer toda la normativa (tanto legal como reglamentaria) que existe en una determinada materia⁶⁴⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, la implantación de este instrumento sería sumamente útil y contribuiría de forma significativa a lograr la certeza sobre el Derecho vigente y la seguridad jurídica; cuestión ya destacada hace años por GARCÍA DE ENTERRÍA. El autor, en relación, precisamente al sistema de codificación estadounidense, señalaba que, aunque este tipo de códigos no sustituyen formalmente las normas que lo integran, ni pretenden tampoco suspender su cambio constante, las sitúa de manera permanente en un lugar objetivable estable, lo cual hace posible la racionalidad de ese cambio, valorable siempre desde la unidad del sistema, a la vez que permite también su conocimiento y utilización, resolviendo además los graves problemas de intersección de textos y de vigencias⁶⁴⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta esencial insistir en la instauración de este tipo de publicaciones; que podrían realizarse en formato electrónico, siendo así accesibles de forma fácil y gratuita para los ciudadanos. Se trata así de una medida que comportaría para la Administración unos costes realmente bajos; mientras que su aportación para la calidad de vida de los ciudadanos, en general, y para los juristas, en particular, sería incalculable.

2. En segundo lugar, todas las normas reglamentarias aprobadas por la Administración, junto con una serie de documentos generados durante el procedimiento de su

⁶⁴⁵ Cada uno de estos cincuenta títulos se divide, a su vez, en capítulo, que normalmente llevan el nombre de la agencia que ha aprobado la norma de que se trate. Los capítulos se subdividen en partes, que cubren cada una de las distintas áreas regulatorias, pudiendo las partes más largas subdividirse en subpartes, y, en cualquier caso, organizándose todas ellas en secciones.

⁶⁴⁶ La existencia de este código no sustituye así *Federal Register* como instrumento ordinario de publicación de las normas reglamentarias; cuyos volúmenes vinculados se publican, asimismo, también con carácter anual.

⁶⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica...* Op. Cit. Pág. 61 a 63. Mantiene el mismo criterio: Santamaría Pastor, J.A., "La Administración como poder regulador" en AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración...* Op. Cit., Págs. 398 y ss.; BERMEJO VERA, J., *El declive de la seguridad jurídica...* Op. Cit. Pág. 131.

elaboración, deberían ser objeto de **publicidad activa por medios telemáticos a través de un único instrumento**, creado específicamente para este fin.

A pesar que, en virtud del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, las informaciones citadas están puestas a disposición de los ciudadanos en los distintos portales de la transparencia, con los matices ya señalados, entendemos que sería más conveniente crear un portal específico dedicado, con carácter exclusivo, a la publicidad activa de la información generada por la Administración en el ejercicio de sus potestades normativas.

Esta propuesta se basa en el hecho de que uno de los problemas más relevantes que, en su corta vida, han acusado los portales de la transparencia creados a nivel estatal y autonómico, es la gran cantidad de información vertida en los mismos y las dificultades que existen para encontrar la información que se quiere conocer, muy a pesar de que el art. 5.4 LTBG prevea que su publicación se lleve a cabo de manera clara, estructurada y entendible para los interesados

Teniendo en cuenta lo anterior, y dada la especialidad que reviste el procedimiento de elaboración de normas y la importancia de conocer el derecho vigente, entendemos que está justificado que exista en este ámbito un instrumento de publicidad activa propio, distinto de aquel a través del cual se difunden las informaciones previstas en la legislación de transparencia.

Esta es la opción que se ha adoptado en Estados Unidos, donde la página web a través de la cual se difunde la información prevista en la FOIA (foia.gov) convive con el portal Regulations.gov. Este último instrumento, puesto en marcha en 2003, además de actuar como plataforma de participación ciudadana en los procedimientos de *e-rulemaking*, tiene como finalidad principal facilitar que los ciudadanos conozcan información relacionada con la actividad regulatoria de las agencias federales⁶⁴⁸. Así, a través del mismo todos los ciudadanos pueden tener acceso a informaciones relacionadas con la

⁶⁴⁸ Hay que tener en cuenta que el portal Regulations.gov es un instrumento que es fruto de un programa federal (*The eRulemaking Program*) puesto en marcha en el año 2002 como parte de una serie de actuaciones relacionadas con la implantación de la administración electrónica; habiéndose creado una oficina específica para su gestión, que actúa en colaboración con diversas agencias federales.

Teniendo en cuenta lo anterior, a través del portal Regulations.gov no se publican los reglamentos de carácter estatal, local o tribal; así como tampoco normas con rango de ley.

elaboración de normas tales como las agendas regulatorias, los anuncios relativos al inicio del procedimiento, los comentarios realizados por los ciudadanos, los estudios que acompañan los proyectos normativos y los reglamentos aprobados por las distintas agencias. Todas las informaciones citadas se integran en el expediente electrónico (*electronic docket*) de cada norma aprobada o en curso de elaboración y son descargables en formatos reutilizables⁶⁴⁹. Además, los ciudadanos pueden solicitar de forma expresa a través de este portal que se les notifiquen por e-mail informaciones relacionadas con materias o regulaciones específicas en las que tengan interés; cuestión que supone, sin duda, una importante baza para mejorar la participación.

En otros ordenamientos distintos del estadounidense, también se han creado portales normativos que complementan las sedes electrónicas de los diarios oficiales, y que constituyen verdaderos servicios públicos de difusión del Derecho a través de internet. En particular, en diversos países de la Unión Europea, se han implantado instrumentos cuya finalidad es dar cumplimiento a las recomendaciones del Informe Mandelkern sobre mejora de la regulación elaborado por la Comisión Europea el año 2001, en lo referente a la publicidad de las normas⁶⁵⁰. Así, en Francia, la versión electrónica del *Journal officiel* coexiste con la página *Légifrance*, a través de la cual se realiza una tarea de difusión del Derecho, publicándose en la misma disposiciones normativas y también jurisprudencia bajo la responsabilidad del Secretario general de Gobernación⁶⁵¹.

Por su parte, en Reino Unido también se ha creado el portal *Legislation.gov.uk*⁶⁵², el cual se configura como el lugar oficial de publicación de la legislación, en el que se publican las denominadas normas primarias y también las secundarias –equivalentes en nuestro sistema a las normas reglamentarias–, tanto de nivel estatal, como de los territorios de Escocia, Gales e Irlanda del Norte; las cuales se encuentran plenamente

⁶⁴⁹ En particular, los materiales relacionados con la actividad regulatoria de las agencias pueden descargarse en formato Excel (<http://www.regulations.gov/#!aboutProgram>).

⁶⁵⁰ Este informe, partiendo de que "la difusión y disponibilidad pública de la normativa debería ser considerada como un servicio público" (pág. 65), recomienda que los Estados miembros establezcan un servicio público (gratuito o de pago, mediante una tasa razonable), que dé acceso a los textos de las leyes y los reglamentos de sus ámbitos respectivos (pág. 9).

⁶⁵¹ <http://www.legifrance.gouv.fr/Informations/A-propos-du-site>

⁶⁵² <http://www.legislation.gov.uk/>

actualizadas⁶⁵³. Asimismo, en este portal, también puede accederse a borradores o proyectos normativos así como a otros documentos relevantes como, por ejemplo, las respectivas memorias de impacto.

Finalmente, debemos destacar también la importancia, a nivel comunitario, del portal Eur Lex⁶⁵⁴, el cual ofrece en las 24 lenguas oficiales de la Unión Europea acceso al Diario Oficial de la Unión Europea; a la legislación de la UE, incluyendo, entre otros, tratados, directivas, reglamentos, decisiones, legislación consolidada; textos preparatorios, propuestas legislativas, informes, libros verdes, libros blancos; jurisprudencia de la UE; acuerdos internacionales; documentos de la Asociación Europea del Libre Comercio; y otros documentos de carácter público. Además, a través de este portal se puede realizar también un seguimiento de los distintos procedimientos normativos pues, en relación a cada norma (aprobada o en curso de elaboración) existe una ficha, desde la cual puede accederse al texto propuesto o aprobado, así como a otros documentos relacionados con el mismo y con los trámites que se han seguido para su elaboración y aprobación.

Todos los portales a los que nos hemos referido pueden servir como referente para implantar en nuestro ordenamiento jurídico instrumentos similares; tal como ya se ha hecho, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, con la creación del *Portal Jurídic de Catalunya*, siendo también destacable en esta Comunidad Autónoma el registro a través del cual se da difusión, por medios electrónicos, del planeamiento urbanístico en vigor⁶⁵⁵. Respecto al *Portal Jurídic de Catalunya*, instrumento que se

⁶⁵³ Así, cuando se accede a una norma de cualquier rango, al inicio del índice aparece el mensaje "Cambios en la legislación" (*Changes to legislation*), lo que permite tener acceso a las modificaciones de la norma, indicándose también si hay cambios en la norma aprobados, pero que aun no han entrado en vigor.

⁶⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>

⁶⁵⁵ Así, en cumplimiento de lo previsto en los arts. 17 y 18 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, se creó el Registro de planeamiento urbanístico de Cataluña, instrumento que garantiza la publicidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico en vigor y permite su consulta por medios telemáticos. Además, también puede accederse, a través de este registro, a los diversos documentos que integran cada uno de los instrumentos de planeamiento respectivos, como son las memorias, los planos de información, las memorias de evaluación ambiental, etc.

nutre de los datos que figuran en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya, su finalidad es ofrecer el Derecho vigente en Catalunya así como una serie de servicios de información con la finalidad de facilitar el acceso y la consulta de la normativa actualizada (Disposición Adicional quinta de la Ley 2/2007, de 5 de junio, del Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña)⁶⁵⁶; aunque, a través de este portal, no es posible acceder a información que se integra en los expedientes relativos a procedimientos de elaboración de reglamentos en curso o ya finalizados, como sí hacen los instrumentos existentes en otros países.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, entendemos que las sedes electrónicas de los diarios y boletines oficiales existentes en nuestro país deberían complementarse con la creación de portales normativos a través de los cuales se pudiera acceder a la normativa en vigor y actualizada aprobada por la Administración; así como a las diversas informaciones relacionadas con la elaboración de reglamentos respecto a las cuales la legislación de transparencia consagra su publicidad activa. Asimismo, estos instrumentos podrían servir también para articular la participación ciudadana en la elaboración de reglamentos a través de medios electrónicos.

En este punto, debemos señalar que, desde el punto de vista de la transparencia y del conocimiento de las normas, representaría un gran avance que las normas reglamentarias estatales y autonómicas pudieran ser accesibles a través de un único portal. Estamos en un ámbito en el que los principios de cooperación y colaboración entre Administraciones Públicas deben brillar con toda su fuerza, pues ello redundaría en beneficio de todos los ciudadanos⁶⁵⁷. Así, sin perjuicio de las competencias que ostentan

En otras Comunidades Autónomas, la creación de instrumentos similares se ha previsto en las respectivas leyes de transparencia, tal como ha hecho la Ley de Canarias 12/2014, que en su art. 22.C.a) prevé que la Comunidad Autónoma debe hacer pública y mantener actualizada "una base de datos actualizada y accesible al público, que contenga de forma unitaria todos los instrumentos de ordenación del sistema de planeamiento de Canarias que se encuentren vigentes, al objeto de permitir la consulta de su documento íntegro y sus correspondientes modificaciones y revisiones, incluyendo las resoluciones judiciales firmes que afecten a la vigencia de cualquiera de sus determinaciones"

⁶⁵⁶ Esta disposición fue incorporada a raíz de la aprobación de la Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa.

⁶⁵⁷ Así se ha puesto de relieve en el ordenamiento jurídico estadounidense, en el que más de 170 entidades reguladoras, pertenecientes a más de 15 Departamentos de Gabinete distintos, así como diversas

las Comunidades Autónomas en relación a la publicación de las que éstas aprueban, y que avalarían la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma tuviera su propio portal normativo, sería sumamente recomendable la existencia de un solo portal en el que se pudiera reproducir el texto de todas las normas estatales y autonómicas o, cuanto menos, establecer un enlace al texto publicado en el respectivo boletín o diario oficial.

3. Finalmente, la última de las medidas a incorporar relacionada con el sistema de publicación actual de las normas reglamentarias tiene que ver con las informaciones que se generan tras su entrada en vigor.

Al respecto, entendemos que la publicidad activa en el ejercicio de la potestad reglamentaria no debe limitarse a las normas aprobadas por la Administración y los documentos que constituyen su motivación; sino que también debe darse **publicidad respecto a informaciones que se generan con motivo de la aplicación del reglamento**. Esta afirmación viene justificada en el hecho de que la elaboración y aprobación de las disposiciones generales es solo el inicio del ciclo vital de una norma jurídica, la cual nace con su aprobación, vive con su aplicación, y muere con su derogación por parte de una norma posterior o como consecuencia de un pronunciamiento judicial.

Pese a lo anterior, el conocimiento al que se refieren tanto el marco normativo tradicional como el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria se acaba con la aprobación y publicación de la norma reglamentaria; de forma que no es posible conocer datos relacionados con las restantes fases vitales del reglamento. Se

comisiones reguladoras independientes hacen uso de una misma base de datos, sistema de gestión de expedientes y de una misma Web para la publicación de los anuncios relativos a la norma y la sumisión de comentarios. Este sistema unitario sustituye a todos los anteriores, introduciendo un alto grado de uniformidad en este ámbito. Las agencias no pueden establecer otros sistemas distintos más sofisticados porque se considera que ello es innecesario y que generaría duplicidades, aunque sí se les reconoce cierto margen de libertad a la hora de determinar las informaciones que se publican en la web, así como el sistema para realizar los comentarios.

Sobre el tema, *vid*: LISA BLOMBERG BRINGHAM, "The next generation of Administrative Law: Building the Legal infrastructure for collaborative governance", *Wisconsin Law Review*, 2010. Pág. 314; Committee on the Status and Future of Federal e-Rulemaking (U.S.), "Achieving the Potential: The Future of Federal e-Rulemaking: A Report to Congress and the President", Cornell e-Rulemaking Initiative Publications, 2008. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=ceri>

trata así de un conocimiento sesgado; que sólo permite ver la "punta del iceberg" del ejercicio de la potestad reglamentaria. En particular, quedan fuera del espectro de conocimiento de los ciudadanos informaciones relativas a los términos en los que se ha aplicado la norma; si ésta ha cumplido con los objetivos y finalidades que perseguía; si el reglamento ha sido impugnado tras su aprobación; o si, en sede judicial, se ha hecho una determinada interpretación respecto al mismo o éste ha sido anulado, en todo o en parte⁶⁵⁸.

En este ámbito, resulta paradigmático el sistema de seguimiento de la vida de la normativa vigente existente en Francia, donde los informes bianuales (*bilans semestriels*), publicados el 30 de junio y el 31 de enero de cada año en el portal *Legifrance*, muestran el porcentaje de ejecución de todas las leyes a través de sus decretos de aplicación. Las principales ideas que justificaron la creación de estos informes bianuales se encuentran plasmadas en la Circular relativa a la aplicación de leyes de 29 de febrero de 2008⁶⁵⁹, en la cual se puso de relieve que la rápida y correcta aplicación de la normativa vigente responde a una triple exigencia de democracia, seguridad jurídica y responsabilidad política; por lo que se insta a cada Ministerio a realizar un esfuerzo de organización interna y de programación para aplicar correctamente las medidas previstas en la normativa aprobada, respecto a las cuales se dará posteriormente publicidad a través de los informes bianuales.

En nuestro ordenamiento jurídico, la implantación de un mecanismo de seguimiento similar permitiría satisfacer plenamente el derecho a conocer de los ciudadanos respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria; a la vez que se garantizaría el cumplimiento de la normativa en vigor. Todo ello se enmarcaría, asimismo, en los mecanismos de revisión y revaluación constante que recoge el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁶⁵⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G., "El seguimiento de las normas y actos jurídicos... Op. Cit.

⁶⁵⁹ *Circulaire du 29 février 2008 relative à l'application des lois* [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018217158>].

VI. EL REFUERZO DE LA INTERVENCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS COMO MECANISMO DE RENDICIÓN DE CUENTAS

La última de las propuestas que queremos realizar para mejorar los términos en los que actualmente se ejerce la potestad reglamentaria de la Administración tiene que ver con la necesidad de reforzar los mecanismos de rendición de cuentas que resultan aplicables en este ámbito de la actuación administrativa.

En virtud del marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria el control o rendición de cuentas en este ámbito de la actuación administrativa se ha residenciado, esencialmente, en los tribunales del orden contencioso administrativo (art. 2.c) LJCA); y en el Consejo de Estado y los órganos consultivos equivalentes a nivel autonómico, que llevan a cabo, como hemos visto, un control de legalidad y, en ocasiones, también de oportunidad, del proyecto normativo elaborado por la Administración. Por su parte, el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria ha introducido, como ya hemos señalado, algunas novedades en relación a los mecanismos de rendición de cuentas, los cuales van dirigidos a posibilitar una revisión o evaluación constante del ordenamiento jurídico (art. 5.3 LES; art. 15 LGUM; art. 13.g Ley Foral 11/2012; art. 13.1 Ley Islas Baleares 4/2011) y a prever asimismo nuevas vías de impugnación de las normas reglamentarias (art. 26 LGUM y 127 bis a 127 quáter LJCA).

Pese a lo anterior, estas normas no introducen novedades en los mecanismos de control ex ante aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria. Es más, se trata de leyes que introducen nuevas obligaciones o exigencias procedimentales a respetar por la Administración cuando ejerce sus potestades normativas; pero que no determinan cómo se van a hacer efectivas estas obligaciones y a quién corresponde controlar su cumplimiento. Así sucede en relación a las obligaciones de motivación que se han introducido en virtud de estas leyes y que, como ya hemos tenido oportunidad de ver, tienen por objeto que la Administración justifique que el ejercicio de la potestad reglamentaria se basa en una razón de interés general (art. 4 LES); que es respetuoso con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad y eficacia” (arts. 4.j) de la Ley Foral 11/2012 y 4.j) de la Ley de Extremadura 4/2013); así como que las medidas incorporadas en normas reglamentarias

no suponen nuevas cargas administrativas para los ciudadanos, especialmente de carácter económico, y que no existen, por ello, otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras de la realidad que permitan obtener el mismo resultado (art. 4.3, 8 y 9 LES; art. 7 y 14 LGUM; y art. 64.1 Ley catalana 19/2014).

Bajo nuestro punto de vista, el control respecto a todas estas cuestiones, esencial para poner freno a la sobreproducción de reglamentos y garantizar la simplificación normativa, entendemos que debería atribuirse a los órganos consultivos superiores existentes a nivel estatal y autonómico, cuya intervención en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales debería verse reforzada.

Y es que, pese a que el dictamen del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos equivalentes es considerado por la doctrina como el más importante de los trámites que conforman el procedimiento de elaboración de reglamentos⁶⁶⁰, lo cierto es que sus potestades de control en este ámbito de la actuación administrativa quedan aún lejos del papel que tienen atribuido órganos similares en otros ordenamientos jurídicos, cuya actuación no se circunscribe a un trámite concreto; sino que se extiende a lo largo del procedimiento de elaboración del reglamento y resulta, además, más intensa, por tener su criterio carácter cuasi preceptivo para la Administración.

Así sucede, por ejemplo, con el *Conséil d'État* francés, el cual participa activamente en la elaboración del proyecto de texto normativo, elevando su propia propuesta de redacción al Gobierno, que puede aceptarla, o no⁶⁶¹; o la OIRA⁶⁶², encargada de la

⁶⁶⁰ Entre otros: ALONSO GARCÍA, R., *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos...* Op. Cit.; FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos de las comunidades autónomas..." Op. Cit.; ÍDEM, "El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos..." Op. Cit.; FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos y la calidad normativa..." Op. Cit.; GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Función consultiva y procedimiento...* Op. Cit.; REBOLLO PUIG, M., "El ejercicio de potestades normativas..." Op. Cit.

⁶⁶¹ Tal como explica SANTAMARÍA PASTOR, la intervención del *Conseil d'État* se produce ya en la fase de elaboración del texto inicial, en el que el Ministro solicita que se designe a uno de sus miembros (normalmente, un *maitre de requêtes*) para cooperar con los servicios administrativos en la redacción del proyecto. Finalizada la redacción se designa a un *rapporteur*, que tras el examen del proyecto, invita a los representantes del Ministerio proponente (*commissaires de gouvernement*) a una reunión de trabajo, en la que se discute la pertinencia de las medidas previstas en el texto, y se someten a la consideración de los *commissaires* los defectos de redacción o eventuales ilegalidades que pueda contener el proyecto, pudiendo solicitar el *rapporteur* a los *commissaires* la documentación necesaria para formar un completo juicio sobre el texto. El trabajo del *rapporteur* finaliza con la elaboración de un texto alternativo al inicialmente

supervisión coordinada del ejercicio de las potestades normativas atribuidas a las agencias estadounidenses⁶⁶³.

Centrándonos en el caso estadounidense, la implantación de mecanismos de control respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria de las agencias administrativas ha sido una preocupación constante desde los años 60 del siglo pasado, cuando ya se puso de relieve la necesidad de coordinar la actividad de las agencias administrativas en la elaboración de políticas públicas y el desarrollo de disposiciones generales⁶⁶⁴; cuestión especialmente relevante respecto a agencias con competencias concurrentes [Arcadia v. Ohio Power, 498 U.S. 73 (1990)]. Así, tras preverse en la Orden Ejecutiva 12.291 (1981) la necesidad de que las agencias elaboraran respecto a "normas mayores" (*Major Rulemaking*) un Análisis de Impacto Regulatorio (*Regulatory Impact Analysis*)⁶⁶⁵ previo

propuesto por el Ministerio, que se someterá a un debate en el seno la Sección del *Conseil* competente, en la que participarán también los *commissaires*.

Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el procedimiento de elaboración de las normas... Págs. 90 a 93.

⁶⁶² En el sistema estadounidense, las funciones de la OIRA se complementan, además, con el control ejercido por el Congreso de Estados Unidos pues, de conformidad con la *Congressional Review Act* de 1996, antes de su entrada en vigor, las agencias deben remitir el texto final de los reglamentos al Congreso, que puede acordar su anulación por mayoría simple; o, en el caso de que el Presidente ejerza su poder de veto respecto al acuerdo por mayoría simple, por una mayoría de dos terceras partes. Dicha potestad radica en el carácter de legislación delegada que tienen las normas reglamentarias aprobadas por las agencias estadounidenses, por lo que no estamos ante un mecanismo de control que pueda ser adecuado para nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁶³ Así lo prevé la Orden Ejecutiva 12866, que, esencialmente, determina que las funciones atribuidas a la OIRA son revisar las regulaciones federales, reducir las cargas administrativas y supervisar las políticas públicas en materia de privacidad, calidad de la información y programas estadísticos. Las características más importantes de este órgano se encuentran explicadas en su propia página web (http://www.whitehouse.gov/omb/infoereg_default).

⁶⁶⁴ Resulta ilustrativo de esta problemática el Informe dirigido al Presidente Kennedy sobre actividad regulatoria de las agencias (*Report on Regulatory Agencies to the President - Elect*) realizado por James M. Landis el 21 de diciembre de 1960.

En dicho informe, el académico estadounidense y consejero especial del Presidente John F. Kennedy, proponía, entre otras medidas, la de crear una Oficina Ejecutiva del Presidente que tuviera poderes suficientes para supervisar la actividad de las Agencias Regulatorias, asistiendo así al Presidente en su responsabilidad para asegurar la ejecución eficiente de las leyes por parte de estas agencias.

⁶⁶⁵ Teniendo la consideración de *Major Rulemaking* aquellos reglamentos que tuvieran un impacto económico de, al menos, 100 millones de dólares, en el Análisis de Impacto Regulatorio la agencia debía justificar, respecto a la norma propuesta: a) Que se adoptaba en base a información adecuada; b) Que los

al anuncio del inicio del procedimiento de *rulemaking*, se estableció un importante mecanismo de control al disponer que, con carácter previo a la elaboración de este instrumento y su publicación, se debía realizar una consulta a la OMB. Posteriormente, los mecanismos de control se trasladaron a un momento procedimental previo; pues en virtud de la Orden Ejecutiva 12.498 (1985) se determinó que cada agencia debía remitir a la OMB un informe anual describiendo los proyectos, objetivos y políticas que preveía llevar a cabo, incluyendo las normas reglamentarias que pretendía aprobar para cumplir con los mismos. La Orden Ejecutiva 12.866 (1993) reforzó estos mecanismos de control configurando la OIRA –integrada legalmente en la OMB– como la autoridad central para revisar las regulaciones elaboradas por el poder ejecutivo.

En la actualidad la OIRA, oficina cuyo Administrador es nombrado por el Presidente y confirmado por el Senado y que cuenta con un personal de casi cincuenta personas a tiempo completo⁶⁶⁶, sigue teniendo atribuidas las principales funciones de control respecto al ejercicio de las potestades normativas reconocidas a las distintas agencias; todo ello en virtud de la Orden Ejecutiva 13.563 (2011), que confirmó lo previsto en la Orden Ejecutiva 12.866 y la complementó, con el objetivo de mejorar la efectividad de los mecanismos de rendición de cuentas aplicables a la actividad regulatoria de las agencias.

La OIRA vela así por una correcta planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria y por la coordinación entre las nuevas regulaciones y las ya existentes; supervisa la actividad regulatoria; e implementa medidas para que el proceso sea más accesible para el público. Respecto a sus potestades de revisión, la OIRA dispone de un plazo de 90 días (ampliables) para revisar la norma reglamentaria propuesta por la

beneficios excedían sus costes; c) Que se optaba por las opciones regulatorias que maximizaban los beneficios netos; d) Que se optaba por las opciones regulatorias menos costosas para lograr el objetivo propuesto; y e) Que se fijaba entre las prioridades de la regulación maximizar los beneficios sociales. PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law...*, Vol. 1, Op. Cit. Págs. 663 y 664.

⁶⁶⁶ En efecto, el personal de la OIRA son funcionarios de carrera que, a tiempo completo, trabajan con oficiales de la agencia en regulaciones específicas. Todo el personal que se integra en la OIRA son licenciados que tienen reconocida experiencia en materias diversas como: economía, derecho, ciencias políticas, estadística y tecnologías de la información y la comunicación. Adicionalmente, diversos miembros de la OIRA cuentan también con reconocida experiencia en áreas de conocimiento de carácter científico técnico, como salud pública, toxicología, epidemiología o ingeniería [<https://www.whitehouse.gov/omb/oira/about>].

agencia; siendo esta una tarea que deberá llevarse a cabo, en cualquier caso, antes de que la norma entre en vigor. En el caso de que la agencia no esté conforme con las observaciones realizadas por la OIRA, las discrepancias serán solucionadas, como regla, por acuerdo entre el Director de la agencia y el Administrador de la OIRA y, a falta de dicho acuerdo, por resolución del Presidente del Gobierno (o del Vicepresidente por orden del Presidente).

Tomando como ejemplo los principales rasgos de la intervención de la OIRA en los procedimientos de *rulemaking*, entendemos que en nuestro ordenamiento jurídico deberían reforzarse las potestades de control que, en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria, se atribuyen al Consejo de Estado y a los órganos autonómicos equivalentes. La intervención de estos órganos entendemos que debería producirse en la génesis del procedimiento, de forma que los mismos pudieran entrar a controlar la oportunidad de elaborar y aprobar un reglamento, en los términos previstos en el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, antes de que la Administración invirtiera recursos -tanto humanos como económicos- en la elaboración de un proyecto reglamentario, este órgano consultivo podría pronunciarse sobre la necesidad y oportunidad de dicha norma, para así garantizar, entre otros objetivos, la simplificación y consolidación del ordenamiento jurídico a la que se refiere la Disposición adicional segunda LTBG. Adicionalmente, una vez valorada la oportunidad de la propuesta normativa, miembros del Consejo de Estado o, en su caso, de los órganos consultivos equivalentes podrían ser parte activa en la elaboración del proyecto normativo, lo que permitiría así detectar en el momento oportuno posibles defectos tanto procedimentales como de fondo, sin perjuicio de que después tuvieran que abstenerse en la realización y aprobación del dictamen correspondiente.

Finalmente, consideramos también que la posibilidad de aprobar normas habiendo únicamente "oído" el dictamen correspondiente deberían limitarse al mínimo, y que, el menos las observaciones esenciales, deberían necesariamente incorporarse a la norma aprobada; solución que viene respaldada por la experiencia de estos órganos y la formación de sus miembros.

VII. REFLEXIÓN FINAL. A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las carencias que presenta la regulación contenida en la LG y en las distintas leyes autonómicas de gobierno y de procedimiento respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico son el origen y causa de los importantes problemas que, en la actualidad, se suscitan entorno al ejercicio de esta importante potestad administrativa; siendo patente la necesidad de introducir serias modificaciones en esta legislación.

En el momento de finalización de esta tesis se encuentra en plena tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aprobado en el Congreso de los Diputados en su sesión de 18 de mayo de 2015.

Recogiendo las recomendaciones contenidas en el Informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas en junio de 2013, el Programa nacional de reformas de España para 2014 preveía expresamente la necesidad de abordar una reforma integral y estructural de la normativa aplicable a las Administraciones Públicas en sus relaciones internas y externas, que permitiera racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad.

Con esta finalidad, se han impulsado en este último semestre dos nuevas leyes: la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, a través de las cuales se pretenden modificar parte de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Derecho administrativo español, eliminando la superposición de regímenes jurídicos existentes y superando la actual situación de dispersión normativa⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷Se ha optado así por desglosar el contenido de la LRJPAC en dos normas distintas, de forma que las iniciativas legislativas acometidas aspiran a regular de forma separada y completa la organización administrativa, por un lado; y el procedimiento administrativo común, por otro; lo cual responde a la recomendación realizada en el Informe CORA, que instaba a volver al “criterio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico”.

Centrándonos así en el Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (PLPACAP), este proyecto normativo pretende ser una regulación completa y sistemática de las relaciones *ad extra* entre las Administraciones y los administrados, tanto en lo referente al ejercicio de la potestad de autotutela y en cuya virtud se dictan actos administrativos que inciden directamente en la esfera jurídica de los interesados, como en lo relativo al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa⁶⁶⁸.

Respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria y la iniciativa legislativa, regulada en su Título VI, la premisa de la que parte la regulación propuesta es la misma que se sustenta en esta tesis, y es la necesidad de contar con una nueva regulación aplicable al procedimiento de elaboración de normas. En este sentido, admite el legislador que, habiéndose avanzado en los últimos años en la mejora de la producción normativa con carácter global, en España se han realizado importantes pasos adelante gracias a la aprobación, entre otras, de la Ley Paraguas, la LES y de la LTBG; siendo necesario seguir avanzando en ese camino.

Respecto a esta opción del legislador, el Consejo de Estado señala su disconformidad en sus dictámenes 274/2015 y 275/2015, referidos al Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y al Proyecto de Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, respectivamente. En ello expone que: “el enfoque que inspira la reforma proyectada, articulada en torno a los dos anteproyectos de ley de referencia, no entronca con la tradición jurídico-administrativa de nuestro ordenamiento; antes bien, supone una quiebra del esquema hasta ahora seguido en el derecho administrativo positivo español, generando una fractura del tratamiento sistemático que tradicionalmente han recibido el régimen de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas y la regulación del procedimiento administrativo. Tal ruptura, lejos de servir al fin de clarificación y simplificación que pretende alcanzarse, introduce una notable confusión en el ordenamiento, planteando una serie de inconvenientes que evidencian la rigidez del esquema seguido y su insuficiencia para lograr una adecuada regulación de tales materias”.

⁶⁶⁸En este sentido, el Preámbulo del PLPACAP señala lo siguiente: “Queda así reunido en un cuerpo legislativo único la regulación de las relaciones *ad extra* de las Administraciones con los ciudadanos como ley administrativa de referencia que se ha de complementar con todo lo previsto en la normativa presupuestaria respecto de las actuaciones de las Administraciones Públicas, destacando especialmente lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley 42/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y la Ley de presupuestos generales del Estado”.

Pese a lo anterior, la aprobación de esta Ley, en los términos en los que está configurado el Anteproyecto, no brindará a nuestro ordenamiento jurídico esa nueva regulación completa y sistemática a la que alude el Preámbulo; pues el PLCAP no prevé que se derogue el que hemos denominado marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en particular, los arts. 23 y 24 LG⁶⁶⁹, por no ser éste el instrumento adecuado para realizarlo⁶⁷⁰; lo que determina que, desde el punto de vista formal, la fragmentación normativa existente en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria no hace más que empeorar.

Desde el punto de vista material, se introducen algunos cambios relevantes en el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero que no suponen, en cualquier caso, llevar a la práctica la reforma de gran calado que se defiende en esta tesis, y que contribuiría a

⁶⁶⁹ En este sentido, la Disposición derogatoria única PLPACAP prevé que se deroguen los arts. 4 a 7 LES; pero mantiene la vigencia de los arts. 23 y 24 LG; a diferencia de lo previsto en el Anteproyecto de Ley de 16 de enero de 2015, sometido a información pública, que recogía expresamente la derogación de los arts. 22 a 25 LG.

A dicha derogación también se refería la MAIN del Anteproyecto, sometida también a la fase de consulta; la cual, al señalar las principales novedades del Proyecto de carácter general, destacaba: “Se integran en una Ley única aquellos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y Ley 20/1013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que tienen una incidencia directa en el procedimiento administrativo o en el procedimiento de elaboración normativa. Así, por ejemplo, se regulan en esta Ley los principios de buena regulación recogidos en la Ley de Economía Sostenible o la Ley de Unidad de Mercado, los órganos competentes para realizar la revisión de oficio en el ámbito de la AGE o los actos y resoluciones que ponen fin a la vía administrativa en el ámbito de la AGE, entre otros aspectos.

Se contribuye así a la eliminación de la dispersión normativa existente sobre la materia, incrementándose en consecuencia la seguridad jurídica de los interesados”.

⁶⁷⁰El Consejo de Estado señaló en su Dictamen 275/2015 cómo en la norma proyectada se incluyen preceptos relativos a materias que no encajan estrictamente en la regulación propia y específica de aquél. La situación, mucho más acusada en el Anteproyecto, que regulaba un procedimiento de elaboración de normas legales y reglamentarias con carácter básico, llevó a que el máximo órgano consultivo del Gobierno señalara que, el hecho de incluir este procedimiento en la norma que tiene por objeto regular el procedimiento administrativo común, respecto del cual poca o ninguna conexión guarda el procedimiento de elaboración de reglamentos, y que no aparecía ni mencionado en el título de la norma, suponía prescindir del componente institucional que caracteriza esta institución y diluir con ello, aún más, su entidad propia y específica.

solucionar los problemas que se suscitan en torno a la elaboración de normas en la actualidad.

Estos cambios resultan de aplicación, no sólo a la Administración estatal; sino también a la Administración autonómica y local, alcanzando incluso al poder legislativo; pues el Título VI establece, por primera vez en nuestro ordenamiento, las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas. La finalidad es asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y la participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento; cuestión que se considera crucial en el marco de un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes.

Dejando a un lado las consideraciones que las previsiones del PLPACAP merezcan desde un punto de vista competencial⁶⁷¹, las principales novedades que se generarían con la aprobación de esta regulación, en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico, son las siguientes:

1. Se incorporan con carácter básico (art. 129 PLPACAP) los principios de buena regulación aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria, los cuales coinciden, esencialmente, con aquellos previstos en el art. 4 LES; precepto que se prevé quedará

⁶⁷¹Sobre esta cuestión, ampliamente tratada por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 275/2015, merece sólo ser destacadas las dudas de inconstitucionalidad que se suscitan entorno a las previsiones dirigidas a garantizar la audiencia de los ciudadanos, cuyo carácter básico se sustenta en lo dispuesto en el art. 105.a) CE en conexión con el art. 149.1-1 CE.

Al respecto, como bien señala el Consejo de Estado, el art. 105.a) CE obliga a regular por ley “la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten”; reserva de ley que, en cualquier caso, no va referida necesariamente a una ley del Estado, lo cual permite que sea el legislador autonómico el que, en ejercicio de sus competencias, determine cómo debe ser garantizado este derecho; cuestión sobre la que ya se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (entre otras, SSTC 102/1995, de 26 de junio; 18/1981, de 8 de junio; 61/199, de 20 de marzo).

derogado con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En este sentido, merece sólo ser destacado el mayor desarrollo del principio de transparencia⁶⁷²; pues, según el art. 129.5 PLPACAP, en aplicación del mismo “las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas”.

2. Se prevé la revisión periódica por parte de las Administraciones Públicas de su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación, y comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de esta evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

Estas previsiones, contenidas en el art. 130 PLPACAP sustituyen las previsiones del art. 7 LES. Este último precepto, que previsiblemente quedará derogado con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, prevé, como ya hemos señalado, la realización de un informe sobre las actuaciones de mejora regulatoria, a elaborar con la periodicidad acordada por la Conferencia Sectorial de Administración Pública.

3. Se introduce un artículo referente a la publicidad de las normas (art. 131 PLPACAP), en el que se establece el carácter obligatorio de la publicación de las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas en el diario oficial correspondiente, como requisito para que entren en vigor, y se reconoce el carácter de oficial y auténtico, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, a la

⁶⁷²Recordemos que, de conformidad con el art. 4.5 LES este principio determina que: “los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente”.

publicación del Boletín Oficial del Estado en la sede electrónica del Organismo competente. Adicionalmente, se prevé también que, sin perjuicio de la publicación de las normas en las publicaciones oficiales: “de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios”.

Las previsiones de este artículo no aportan nada a la regulación existente; habiendo “caído” de este Proyecto de Ley una de las medidas más interesantes que incorporaba el Anteproyecto, y era el hecho de que, como regla, las normas con rango de Ley y los reglamentos estatales que impusieran nuevas obligaciones a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación dispondrían su entrada en vigor el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación; cuestión que contribuía a poner límites objetivos a las regulaciones de urgencia y a lograr un marco normativo predecible.

4. Se introduce la necesidad de que las Administraciones Públicas, con carácter anual, hagan público un Plan Normativo que contenga las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente, el cual debe ser publicado en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente (art. 132 PLPACAP).

Lo previsto en este artículo recoge así una de las medidas propuestas en esta tesis, en el contexto de las reformas en la génesis del procedimiento de elaboración de reglamentos a las que hemos aludido. Lo anterior constituye, sin lugar a dudas, un importante paso adelante para incrementar el conocimiento respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria, frenar la sobreproducción normativa y hacer realidad el principio de seguridad jurídica; aunque hay muchos aspectos de estos Planes Normativos que quedan indeterminados; entre los que destacan las informaciones relativas a las futuras iniciativas normativas que deben publicarse; el carácter vinculante de estos instrumentos; y, en su caso, la consideración de aquellas actuaciones normativas que se aparten de los mismos, en un sentido u otro.

5. El art. 133 PLPACAP se refiere a la participación de los ciudadanos. A través de este precepto, se pretende hacer una realidad lo previsto en el art. 105.a) CE, introduciendo, esencialmente, cuatro medidas:

- 1) Con carácter previo a la elaboración de los anteproyectos o proyectos de ley o de reglamentos, se prevé que se sustancie una consulta pública, a través del portal web de la Administración correspondiente, en el que se recabará la opinión de “los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma” acerca de: los problemas que se pretenden solucionar con la norma; la necesidad y oportunidad de su aprobación; los objetivos de la norma; las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Aunque esta consulta se configura como de alcance general, el apartado 4 del art. 133 PLPACAP introduce un importante matiz, al establecer que la misma puede omitirse cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia; previsiones que se configuran como un cajón de sastre para no realizar la referida consulta.

- 2) Cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, se prevé que el texto se publique en el portal web correspondiente, “con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades”; además de poder recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

La posibilidad de recabar esas “aportaciones adicionales” que puedan hacerse por parte de personas o entidades distintas de los ciudadanos afectados supone flexibilizar el trámite de audiencia desde el punto de vista subjetivo; o, lo que es lo mismo, generalizar la apertura del trámite de información pública que conocemos en la actualidad.

- 3) Se consagra el carácter informado de la participación, al establecer que, en la realización de la consulta, la audiencia y la información pública previstas en este mismo precepto, los ciudadanos deben disponer de los documentos necesarios para emitir su opinión, los cuales serán claros, concisos y reunirán toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

- 4) Los supuestos en los que se excepciona la realización de la consulta, la audiencia y la información pública previstas en el art. 133 PLPACAP tienen un carácter tasado, al preverse en el apartado 4 de este precepto que podrá prescindirse de los mismos sólo en tres supuestos: i) cuando se trate de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas; ii) cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen; y iii) cuando la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevea, en el contexto de la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia.

Atendiendo a lo anterior, la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en el Proyecto de 18 de mayo de 2015, afianza la necesaria transparencia en el ejercicio de esta potestad; pero no hace efectiva la reforma integral que se requiere en este ámbito.

En el último capítulo de esta tesis, se han lanzado propuestas mucho más ambiciosas; siendo el objetivo último mejorar los términos en los que se elaboran los reglamentos estatales y autonómicos en la actualidad; y solucionar algunos de los problemas detectados en este ámbito, entre los que hemos destacado la sobreproducción normativa, el defectuoso conocimiento del derecho vigente, las deficiencias en la calidad de los reglamentos, los bajos niveles de participación, la falta de regulación de la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas o la insuficiencia de los mecanismos de rendición de cuentas respecto al ejercicio de esta potestad.

El denominador común a todas las reformas propuestas es la transparencia administrativa; refiriéndonos así a diversas medidas basadas en la implementación de mayores niveles de conocimiento, participación y rendición de cuentas en todas y cada una de las fases del procedimiento especial de elaboración de reglamentos, y que toman como referente el procedimiento de *rulemaking* empleado por las agencias estadounidenses.

Teniendo en cuenta que la elaboración de reglamentos, necesariamente, debe llevarse a cabo de manera transparente, tal como preceptúan las leyes que, en nuestro ordenamiento jurídico, han dotado de contenido a esta institución y que atribuyen a la misma unas implicaciones concretas en la elaboración de normas; las propuestas realizadas pretenden ir más allá, de forma que la transparencia se configure como la clave de bóveda del ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico.

Se trata de reformas que no agotan, obviamente, todas las mejoras que sería posible introducir en la regulación aplicable al ejercicio de las potestades normativas de la Administración; y cuya virtualidad, tal como sucedería con cualquier otra propuesta, depende, en última instancia, de la voluntad de la Administración de hacer mejor las cosas, en lo que aquí respecta, a la hora de elaborar las normas reglamentarias.

Así, a pesar que la transparencia no es, ni tampoco pretende ser, una cura contra todos los males que en la actualidad preocupan al Derecho administrativo, ni es capaz de dar solución a importantes deficiencias que padece la actuación de nuestro sector público; tal como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, entendemos que estamos ante una institución que sí puede contribuir de forma significativa a enmendar gran parte de las deficiencias achacables al ejercicio de la potestad reglamentaria.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A pesar de la importancia de los reglamentos como fuente de Derecho y de la intensidad con la que la Administración ejerce sus potestades normativas, existe en nuestro ordenamiento jurídico una importante desatención en la regulación de esta fuente de Derecho y del procedimiento conducente a su elaboración, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo.

Cuantitativamente, la regulación de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento puede calificarse como escasa. Las referencias a esta cuestión contenidas en la Constitución así como en los diversos Estatutos de Autonomía son fugaces. En la legislación ordinaria, en lo referente a los reglamentos estatales, el ejercicio de las potestades normativas se aborda principalmente en los artículos 23 y 24 LG, complementados con lo dispuesto en el RD 1083/2009; mientras que, a nivel autonómico, regulan esta cuestión, también por lo general, de forma sintética, las respectivas leyes de gobierno o de procedimiento, con la única excepción del País Vasco, que dispone de una Ley específica relativa al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Cualitativamente, se trata de un marco normativo que sufre una evidente obsolescencia, pues el mismo no se ha adaptado a la realidad y necesidades actuales de nuestras Administraciones Públicas. Destaca así la falta de adaptación de la LG y de las diversas leyes autonómicas aplicables a la elaboración de reglamentos (a las que hemos denominado marco normativo "tradicional" del ejercicio de la potestad reglamentaria), a la normativa reguladora de la Administración electrónica así como a las previsiones contenidas en diversas leyes que, durante los últimos años, han incidido de forma decisiva en el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas y que contienen diversas previsiones que afectan al ejercicio de las potestades normativas de la Administración. Entre estas últimas normas, que integran el "nuevo" marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, se encuentran la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG) y las leyes de transparencia autonómicas; la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre

acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas); la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LO 2/2012); y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM).

En este conjunto de leyes se prevén, en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria, nuevos trámites procedimentales no existentes hasta la fecha, se incorporan nuevos principios a tener en cuenta por la Administración y se consagra la intervención de grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de disposiciones generales.

SEGUNDA.- Del marco normativo tradicional que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico se desprendían, hasta fechas recientes, la totalidad de trámites integrantes de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, calificados por la doctrina y la jurisprudencia como de carácter especial.

Se trata de procedimientos que no tienen carácter formalizado, en el sentido de que no se establece una ordenación temporal de los actos o requisitos para aprobar el reglamento; sino que imponen sólo unas exigencias mínimas con las que debe cumplir la Administración, garantía *ad intra* y *ad extra* del correcto ejercicio de la potestad reglamentaria.

Pese a lo anterior, a los efectos de su estudio, es posible distinguir en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales las siguientes fases:

- La iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos, que se produce de oficio, sin que se prevea ni se regule la posible iniciativa normativa de los ciudadanos. No se recoge tampoco ni en la LG ni en la mayoría de normas autonómicas un acto de iniciación del procedimiento; estableciéndose, por lo general, como primer trámite, la elaboración de un proyecto normativo, el cual se prevé que se acompañe de una serie de documentos en los que se debe justificar el contenido de la propuesta realizada, como son el informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto de reglamento así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

A nivel estatal, los documentos citados, junto con otros elaborados en la fase de instrucción, se integran en la denominada Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), regulada por el RD 1083/2009; instrumento que pretendía mejorar los términos en los que se ejercen las potestades normativas de la Administración, pero que no ha tenido el resultado esperado, tal como demuestra la jurisprudencia más reciente.

- La instrucción del procedimiento; fase durante la cual, con la finalidad de garantizar el acierto y oportunidad de la norma, se recaban, en primer lugar, una serie de informes, dictámenes, aprobaciones previas, estudios y consultas, los cuales pueden ser preceptivos o potestativos, y vinculantes o no vinculantes.

En segundo lugar, también en esta fase del procedimiento se hace efectiva la participación ciudadana en la elaboración de la futura norma, la cual se articula, prácticamente, en los mismos términos que preveía la LPA de 1958, a través del trámite de audiencia, de carácter preceptivo y dirigido a los interesados; y del trámite de información pública, abierto a todos los ciudadanos y de carácter potestativo.

Cuando estamos ante un reglamento ejecutivo, la fase de instrucción finaliza con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente; auténtico filtro jurídico previo a la aprobación de la norma.

- La aprobación del reglamento por parte del órgano competente y su publicación en los diarios o boletines oficiales correspondientes; publicación que debe ser íntegra y correcta para que el reglamento produzca plenos efectos jurídicos.

TERCERA.- Del marco normativo tradicional que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en particular, del diseño de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos, se derivan en la actualidad una serie de disfunciones que convierten el ejercicio de esta potestad en una cuestión problemática.

En particular, algunos de los problemas más relevantes que afectan al ejercicio de las potestades normativas de la Administración pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Las normas reglamentarias aprobadas por la Administración son excesivas. Existe un indiscutible problema de sobreproducción normativa, difícil de

cuantificar con exactitud, teniendo en cuenta la falta de datos oficiales sobre esta cuestión; pero de gran alcance, tal como se desprende de los datos extraídos del Portal de la Transparencia Estatal y de otros portales de carácter autonómico; de las Memorias de actividad del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos equivalentes; y de otros datos saltuarios proporcionados por el Gobierno.

Dicho problema tiene una indudable incidencia en el conocimiento del Derecho vigente; y exige racionalizar la producción de normas por parte de la Administración.

2. El sistema de publicidad de las normas reglamentarias, basado en su publicación en los diarios y boletines oficiales, resulta deficiente e insuficiente para que los ciudadanos conozcan la existencia de los reglamentos y tengan certeza acerca de su contenido.

Entre otras cuestiones, inciden en esta problemática: la existencia de múltiples diarios y boletines oficiales; la publicación conjunta a través de estos instrumentos de reglamentos, normas con rango de Ley y otros actos jurídicos que, en ocasiones, tienen la misma designación que las disposiciones generales administrativas; y el carácter estático de las publicaciones oficiales que, incluso en su versión electrónica, no reflejan los cambios o modificaciones que ha sufrido la norma, ni tampoco su grado de implementación, lo que determina la mayor utilidad de las bases de datos privadas.

3. Existe un importante déficit en la calidad de las normas reglamentarias que se aprueban, tanto a nivel estatal como autonómico; siendo el origen principal de esta problemática la falta de reflexión previa a la elaboración y aprobación de una disposición general.

Ello se debe a que los documentos que sirven para llevar a cabo esta reflexión —esto es, memorias, estudios e informes que acompañan el proyecto normativo—, en la mayoría de casos, se elaboran a posteriori, justificando una regulación ya cerrada; y no siempre se realizan con el rigor necesario, lo que ha conducido a la anulación de reglamentos por este motivo por parte del Tribunal Supremo (STS de 16 de diciembre de 2011; STS de 16 de abril de 2013; STS de 8 de enero de 2014).

4. Existe, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, un bajo nivel de participación ciudadana en la elaboración de normas reglamentarias. Esta

carencia viene provocada, esencialmente, por la excesiva formalidad de los trámites de audiencia e información pública; los breves plazos que existen para realizar aportaciones; la insuficiente documentación que se pone a disposición de los ciudadanos para fundamentar los comentarios al texto; y la escasa utilización del trámite de información pública, de carácter facultativo.

Participan pocos ciudadanos y, en contadas ocasiones, la Administración es receptiva a las aportaciones realizadas; por lo que estamos ante trámites que resultan insuficientes para hacer realidad el derecho constitucional a la participación en la elaboración de reglamentos reconocido en el art. 105.a) CE y a través de los cuales no es posible ponderar adecuadamente las consecuencias de la norma proyectada por la Administración y garantizar la adecuación de la misma a la realidad económica y social en la que incide.

5. Existe un vacío normativo en relación a la intervención que tienen los grupos de interés o *lobbies* en el ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cual provoca que su actuación se lleve a cabo de forma subrepticia y sin límite alguno.

Sin perjuicio de la conveniencia de regular esta cuestión en toda su extensión, la elaboración de reglamentos es uno de los ámbitos de la actuación administrativa en que más importancia tiene dar cobertura legal a las actividades de *lobbying*; pues, de lo contrario, no es posible conocer la denominada "huella normativa"; ni tampoco impedir la "captura" de la voluntad de la Administración, que determina que las aportaciones realizadas por el resto de ciudadanos, que no cuentan con los mismos medios y conocimientos que los grupos de interés, queden eclipsadas y que la norma finalmente aprobada no sea un reflejo de los intereses generales

6. Los mecanismos de control previos a la aprobación de normas reglamentarias, que permiten detectar y evitar durante su elaboración los problemas o deficiencias predicables de las mismas, resultan insuficientes.

Pese a la importancia de los dictámenes que corresponde emitir al Consejo de Estado o, en su caso, a los órganos consultivos autonómicos equivalentes, en relación a los reglamentos ejecutivos, su intervención se produce sólo al final del procedimiento y sus aportaciones no son de observancia obligatoria, lo que provoca que haya aspectos que se escapen de su control y que existan normas reglamentarias que se anulen judicialmente por motivos que ya fueron detectados por estos órganos antes de su aprobación.

CUARTA.- Los problemas que en la actualidad plantea el ejercicio de la potestad reglamentaria pueden ser solucionados, bajo nuestro punto de vista, gracias a la implementación en este ámbito de la transparencia administrativa; institución que, recientemente, ha adquirido en nuestro ordenamiento una gran importancia y que se encuentra regulada con carácter general en LTBG y en las diversas leyes autonómicas de transparencia.

En términos generales, la transparencia administrativa está conformada por los siguientes elementos configuradores:

- a) El conocimiento respecto a la actuación administrativa; derecho a conocer en sentido amplio que se satisface a través de la publicidad activa, el ejercicio del derecho de acceso a la información y la motivación de la actuación administrativa.
- b) La participación ciudadana; la cual debe fomentarse desde diversos puntos de vista, flexibilizarse en su desarrollo y tener un papel más relevante en la actuación administrativa.
- c) La rendición de cuentas como derecho de todos los ciudadanos y correlativa obligación de la Administración, que comporta reforzar los mecanismos de control externos, que deben extenderse a otros sujetos distintos de los tribunales contencioso-administrativos; e internos, teniendo un papel decisivo las autoridades de control.

La transparencia administrativa, con carácter general, y todos los elementos que la conforman, están sometidos a una serie de límites y restricciones que tienen como finalidad proteger una serie de derechos e intereses superiores reconocidos por el ordenamiento jurídico; siendo posible distinguir entre restricciones o límites materiales, que pueden ser absolutos o relativos, y restricciones o límites formales. Respecto a la aplicación de los mismos, la transparencia se configura como la regla general, por lo que los límites y restricciones deben estar previstos expresamente, ser claros e inequívocos e interpretarse en un sentido favorable a la transparencia; debiéndose prever, asimismo, mecanismos para flexibilizarlos.

QUINTA.- La aprobación de leyes dirigidas a regular la transparencia administrativa con carácter general o alguna de sus manifestaciones es un fenómeno de carácter global.

Siendo pioneros en la regulación de la transparencia los ordenamientos jurídicos regidos por el sistema de *common law*, durante los últimos años han aumentado exponencialmente las normas dictadas en países de distintas tradiciones jurídicas dirigidas a regular la transparencia, teniendo sustantividad propia las leyes relativas al derecho acceso a la información administrativa, por un lado; y las leyes que ordenan la actuación desarrollada por grupos de interés o *lobbies*, por otro.

En particular, constituye un referente en este ámbito la legislación estadounidense; existiendo a nivel federal un bloque de leyes de transparencia, denominadas por la doctrina “*Sunshine Acts*”, cuyo objetivo es garantizar la transparencia en la actuación de las agencias administrativas desde diversas perspectivas. La más importante de todas estas normas es la *Freedom of Information Act*, cuyas previsiones se complementan, esencialmente, con lo dispuesto en la *Government in the Sunshine Act*, la *Federal Advisory Committee Act*; la *Federal Funding Accountability and Transparency Act.*; y la *Lobbying Disclosure Act*.

SEXTA.- La regulación de la transparencia administrativa es fruto, en nuestro ordenamiento jurídico, de una larga evolución.

Primeramente, y por influencia del Derecho comunitario, fueron objeto de aprobación diversas normas dirigidas a regular la transparencia administrativa o alguna de sus manifestaciones con carácter sectorial, destacando así a nivel estatal la Ley 27/2006, de 28 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; y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. Asimismo, también se aprobaron otras normas que, sin regular de forma específica la transparencia, incorporan diversas herramientas y medios esenciales para su efectividad, pudiendo así referirnos a la LAE y a las distintas leyes autonómicas que regulan la Administración electrónica. Asimismo, también se han referido a esta institución leyes aprobadas con distintas finalidades, como son las ya citadas LO 2/2012, la LES y la LGUM.

Pese a lo anterior, el hito más importante en la regulación de la transparencia se ha alcanzado gracias a la aprobación de la LTBG; norma de carácter básico en la mayor parte de su articulado (Disposición adicional octava LTBG), llamada a establecer un marco general de la transparencia en la actuación de nuestras Administraciones Públicas, y cuyas previsiones se complementan con lo dispuesto en las diversas Leyes autonómicas existentes en materia de transparencia, en particular: la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Gallega; la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de Buena Administración y del Buen Gobierno de las Islas Baleares; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra; la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía; la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Canarias; la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; y la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

El Título I LTBG regula la transparencia de la actividad pública, estableciendo como principales herramientas para hacerla efectiva la publicidad activa y el derecho de acceso; previsiones que tienen un ámbito de aplicación subjetivo amplio y complejo, que incluye, no sólo a Administraciones Públicas; sino también otras instituciones, entidades vinculadas al sector público e, incluso, sujetos de derecho privado, aunque se exige a unos y otros distintos grados de apertura. El Título II LTBG establece unos principios de buen gobierno y un sistema de infracciones y sanciones en este ámbito. Finalmente, el Título III LTBG determina la composición, funcionamiento y funciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, órgano al que se encomiendan la implementación y control de las previsiones de la Ley.

SÉPTIMA.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 a 11 LTBG, la publicidad activa comporta la obligación de que los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley publiquen, de forma proactiva, sin necesidad de una solicitud previa, una serie de informaciones relacionadas con el funcionamiento y control de la actividad

pública; y que se clasifica en: información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; e información económica, presupuestaria y estadística.

El principal medio para hacer efectivas las obligaciones de publicidad activa es el Portal de la Transparencia, instrumento llamado a actuar como un punto de encuentro y difusión y que se configura como la herramienta por excelencia para que los ciudadanos puedan acceder a la información que debe ser objeto de publicidad activa. Respecto al mismo, el principal problema que se plantea es de índole práctica, pues en el mismo se pone a disposición de los ciudadanos una gran cantidad de información, respecto a la cual no se pueden realizar búsquedas avanzadas o cruzadas que permitan conocer, en una única búsqueda, informaciones de una misma categoría pertenecientes a distintas Administraciones Públicas o, incluso, a distintos Ministerios; y no existe tampoco una labor de gestión y análisis estadístico de la información suministrada que permita a los ciudadanos, no sólo conocer los datos, sino también, llegar a interpretarlos o, cuanto menos, a contextualizarlos.

SÉPTIMA.- El derecho de acceso a la información administrativa regulado en los arts. 12 a 24 LTBG tiene carácter extraprocedimental; siendo una regulación que adquiere carácter supletorio en aquellos supuestos en que exista una regulación especial.

El derecho de acceso, reconocido a personas físicas y jurídicas, nacionales y no nacionales, versa sobre la información pública, concepto que abarca contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación del título primero de la LTBG; exigiéndose únicamente que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Para hacer efectivo el derecho de acceso, la LTBG regula un procedimiento específico que se inicia con una solicitud por parte de la persona que quiere acceder a la información y que se puede realizar por cualquier medio y sin necesidad de que sea motivada, aunque los motivos esgrimidos para acceder a la misma pueden tener incidencia en la resolución final. Durante la tramitación del procedimiento, se prevé, entre otras actuaciones, la posibilidad de dar un trámite de alegaciones a los terceros que

puedan ver afectados sus derechos o intereses como consecuencia del acceso; considerando en este punto que se debería haber excluido expresamente la necesidad de realizar dicho trámite en relación al acceso a documentos que, aún pudiendo afectar al derecho a la protección de datos personales, únicamente contuvieran datos identificativos relacionados con la propia organización administrativa, tal como sucede con el nombre del funcionario o autoridad actuante.

El plazo para resolver la solicitud es de un mes, ampliable por otro mes cuando el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante; sin que se prevea la posible reducción del plazo por motivos de urgencia. Transcurrido el plazo máximo para resolver, la LTBG establece que el silencio tiene carácter negativo, a diferencia de ciertas normas autonómicas que prevén un régimen de silencio positivo. Esta última opción, que consideramos más ajustada al principio que determina que el acceso es la regla general, sitúa a los ciudadanos en una posición jurídica más favorable para lograr el acceso, a la vez que permite preservar los derechos e intereses protegidos por el sistema de límites y excepciones que consagra la legislación de transparencia, por ser de aplicación en este ámbito la doctrina y jurisprudencia relativa al silencio *contra legem*; así como la causa de nulidad de los actos presuntos prevista en el artículo 62.1f) LRJAPC.

Frente a toda resolución expresa o presunta en materia de acceso puede interponerse una reclamación, configurada por la legislación de transparencia como un recurso administrativo especial *rationae materiae*. El órgano competente para conocer de esta reclamación es el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en relación a las resoluciones dictadas por la Administración General del Estado y su sector público; y los órganos independientes que se determinen a nivel autonómico, en relación a las resoluciones que provengan de las Comunidades Autónomas y su sector público o de las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial.

OCTAVA.- Tanto la publicidad activa como el derecho de acceso están sometidos a una serie de límites y excepciones comunes, que se encuentran recogidos en la LTBG.

En particular, el art. 14 LTBG establece una serie de límites materiales, que tienen su razón de ser en el contenido de la información solicitada, excluyendo la divulgación de

información cuando la misma suponga un perjuicio para: la seguridad nacional; la defensa; las relaciones exteriores; la seguridad pública; la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; o la protección del medio ambiente. La aplicación de dichos límites debe ser justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente, la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso; aunque la LTBG no ha incorporado un criterio de temporalidad, que justifique la inaplicación del límite transcurrido cierto período de tiempo desde la producción de la información administrativa. En cualquier caso, y teniendo en cuenta la amplitud de los límites referidos, tienen un papel esencial en su interpretación las resoluciones emanadas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o de los órganos independientes que existan a nivel autonómico; siendo recomendable que se implanten mecanismos de evaluación previa de los documentos en poder de la Administración, como se hace en Catalunya a través de las Tablas de evaluación y acceso documental, similares a los Índices Vaughn empleados por las agencias estadounidenses.

El art. 15 LTBG regula de manera singular los límites a la divulgación de información que derivan de la protección de datos personales, distinguiendo según se trate de informaciones que contengan datos especialmente protegidos; datos meramente identificativos; o datos no especialmente protegidos y tampoco meramente identificativos. Se trata de una regulación que, perpetuando lo previsto anteriormente en el art. 37 LRJPAC, prima la protección de datos frente a la transparencia de la Administración. Así se desprende, desde un punto de vista formal, del hecho que esta cuestión se regule al margen de los restantes límites a la divulgación de información; y desde un punto de vista material, al condicionar el alcance del derecho de acceso a lo previsto en la LOPD. Finalmente, la coexistencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia Española de Protección de Datos dificulta el ejercicio de sus respectivas funciones; habiendo sido deseable, que existiera, tal como se prevé en otros

ordenamientos jurídicos, un único órgano que velara por la transparencia y por la protección de datos.

El sistema de límites y excepciones descrito se complementa con las previsiones del art. 18 LTBG que prevé las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información. Además de prever la inadmisión de las solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente, establece que se inadmitirán a trámite las solicitudes de acceso referidas a: información en curso de elaboración o de publicación general; información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas; o información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. Se trata de excepciones formales, siendo la única que está plenamente justificada la relativa a la información en curso de elaboración o de publicación general, la cual no excluye el acceso a la información solicitada; sino que simplemente posterga dicho acceso hasta el momento en que se finalice la elaboración de la información o ésta sea publicada. En relación a la información de carácter auxiliar, entendemos que no se puede excluir, sin más, el acceso a este tipo de información; sino que deberían aplicarse los mismos límites materiales que al resto de informaciones administrativas. Se tendría así que valorar, en cada caso concreto, si procede la divulgación, o no, de la información auxiliar en función de su contenido; pudiendo aplicarse estas limitaciones de forma más o menos restrictiva teniendo en cuenta la categoría de documento de que se trate. Finalmente, el concepto de “reelaboración” de información administrativa, no definido en la LTBG, resulta excesivamente ambiguo e indeterminado, siendo necesaria su mayor concreción para la correcta aplicación de la Ley.

NOVENA.- El Título III LTBG regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, organismo público cuyo estatuto de funcionamiento ha sido aprobado por el Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre; y que, como regla, ejerce sus competencias sólo en relación a la Administración General del Estado y su sector público; debiendo designar las Comunidades Autónomas las autoridades independientes competentes en relación a la actuación de las mismas y su sector público, así como de las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial.

Con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno actúa con autonomía y plena independencia para el cumplimiento de sus fines, concretados en promover la transparencia de la actividad pública y velar por el cumplimiento de las previsiones de la LTBG, tanto en materia de publicidad activa y derecho de acceso, como de buen gobierno. La mayor parte de las funciones atribuidas a este organismo tienen por objeto poner en marcha medidas de fomento o promoción de la transparencia; echando así en falta la atribución al mismo de competencias que permitan imponer, de forma efectiva, el cumplimiento de la Ley y, en particular, el reconocimiento de potestades de carácter sancionador.

En cuanto a su composición, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está compuesto dos órganos: el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno. El Presidente 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 comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados. La Comisión, además de por el Presidente, está conformada por: un Diputado, 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 y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (art. 36.2). Se trata así de una composición esencialmente política, habiendo sido preferible, tal como existe en otros ordenamientos y también en ciertas Comunidades Autónomas, un órgano con un perfil más técnico, lo que permitiría que actuara con mayor independencia.

DÉCIMA.- Una de las mayores carencias de la LTBG es la falta de regulación de la participación como elemento configurador de la transparencia administrativa; cuestión que sí ha sido abordada por la legislación autonómica de transparencia y por otras normas que regulan esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

En el seno de una Administración transparente, el objetivo es lograr, desde diversos puntos de vista, un mayor desarrollo de la participación en los asuntos públicos llevada a cabo por sujetos que no tienen la condición de interesados; de forma que, en aquellas

actuaciones que tienen carácter general, la participación se convierta en la regla. Para lograr este objetivo, se ponen en marcha las siguientes medidas:

- 1) En primer lugar, se prevé que la Administración fomente la participación ciudadana desde una perspectiva general, impulsando la generación de la cultura y los hábitos participativos, llevando a cabo programas de sensibilización y formación y creando órganos específicos; y también en relación a cada procedimiento decisorio, dando adecuada difusión de los trámites participativos que, en su caso, vayan a llevarse a cabo y los términos en los que los ciudadanos pueden presentar sus comentarios u observaciones.
- 2) En segundo lugar, se eliminan en relación a la participación las formalidades innecesarias y que dificultan la intervención de los ciudadanos en la actuación administrativa. Con esta finalidad, por un lado, se incorporan trámites distintos de la información pública como las aportaciones ciudadanas, consultas públicas, procesos de deliberación participativa o paneles ciudadanos que facilitan un diálogo permanente y continuado con los ciudadanos, y se establecen vías de comunicación directa con éstos, incentivando el debate y contraste de diferentes puntos de vista e intereses. Por otro lado, se prevén plazos más amplios para presentar alegaciones y se incorporan en el desarrollo de los trámites participativos los medios electrónicos y telemáticos.
- 3) En tercer lugar, se otorga a la participación ciudadana mayores efectos en la actuación administrativa. Para ello, se garantiza que la participación tiene carácter informado; y que la Administración valora adecuadamente las aportaciones realizadas por los ciudadanos, haciéndoles partícipes del impacto de las mismas en la actuación administrativa.
- 4) Finalmente, se regulan las actuaciones participativas que, de facto, se producen, y que carecen de regulación alguna, tal como sucede en relación a la participación llevada a cabo por grupos de interés o *lobbies*.

DECIMOPRIMERA.- La LTBG tampoco ha regulado la actividad desarrollada por los grupos de interés o *lobbies*, esto es, aquellos sujetos que, de forma profesional o regular, intervienen en la actuación administrativa, intentando influenciar la misma en un sentido favorable a los intereses privados que representan.

La regulación de la actividad de *lobbying* se erige como una característica propia de una Administración transparente, que promueve distintas modalidades de participación ciudadana y garantiza el conocimiento de las actuaciones participativas; hace realidad el principio de seguridad jurídica, dando cobertura a un fenómeno que se produce de facto en la actividad diaria de la Administración y otros poderes públicos; establece una distinción clara entre esta actividad, en principio lícita, y otras actuaciones que incurren en la comisión de ciertos tipos delictivos vinculados a la corrupción; establece límites en relación al fenómeno de las puertas giratorias o *revolving doors*; y evita la “captura” de la voluntad de la Administración.

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico, esta cuestión sólo se ha abordado con una vocación de generalidad por la Ley catalana 19/2014, que regula en su Título IV el Registro de grupos de interés.

En particular, el art. 47 de esta Ley exige que se inscriban en el registro personas y organizaciones que, independientemente de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones, lleven a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de leyes, normas con rango de Ley o disposiciones generales, así como en la elaboración y aplicación de las políticas públicas; y también plataformas, redes u otras formas de actividad colaborativa que, aun no teniendo personalidad jurídica, constituyen de facto una fuente de influencia organizada y llevan a cabo actividades incluidas dentro del ámbito de aplicación del registro. Respecto a estos sujetos, no se prevé, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, ningún criterio para asegurar la profesionalidad o regularidad de la actividad, aunque se excluyen de forma expresa ciertas actuaciones que tienen carácter individual o aislado.

La actividad de influencia se prevé que puede llevarse a cabo por cualquier medio o canal, incluyendo los contactos con ciertas autoridades y cargos públicos, y también las contribuciones y la participación voluntaria en consultas oficiales sobre propuestas legislativas, normativas, actos jurídicos u otras consultas, sin que se realice ninguna referencia a la consideración de las contribuciones económicas como actuaciones de *lobbying*.

Los destinatarios de las actuaciones citadas son, esencialmente, miembros del poder ejecutivo y ciertas personas integradas en la Administración territorial o en ciertas instituciones, organismos y entidades de carácter público; estableciéndose la obligación

de todos ellos de crear un registro de grupos de interés de carácter público que puede ser objeto de una gestión centralizada por parte de la Generalitat. Respecto al poder legislativo, se prevé que el Parlament de Catalunya adapte sus normas de funcionamiento a la Ley catalana de transparencia, lo que determina, entre otras cuestiones, la necesidad de crear un registro de grupos de interés.

La inscripción en el registro correspondiente es, según se desprende de la Ley catalana 19/2014, de carácter obligatorio, debiendo ser objeto de inscripción: las personas u organizaciones actuantes, que deben indicar su sede, las actividades que llevan a cabo, su ámbito de interés y sus fuentes de financiación; las actuaciones desarrolladas, especialmente reuniones y audiencias tenidas con autoridades, cargos públicos, miembros electos o diputados; las comunicaciones, los informes y otras contribuciones en relación a las materias tratadas; y el código de conducta común. La actualización de esta información corre a cargo del declarante, sin que la Ley prevea, como sí sucede en otros ordenamientos, un sistema de actualización periódico o la existencia de informes de seguimiento.

En cuanto a las obligaciones de los declarantes y el contenido mínimo del código de conducta, debe aceptarse la publicidad de la información proporcionada; garantizar que la misma es completa, correcta y fidedigna; y cumplir el código de conducta, aceptando la aplicación del régimen de control y fiscalización y las medidas correspondientes en caso de incumplimiento; las cuales se circunscriben, esencialmente, a la suspensión temporal de la inscripción en el Registro de grupos de interés o a la cancelación de la inscripción, si el incumplimiento es grave.

Se determina que cualquier persona pueda presentar una denuncia fundamentada en hechos materiales, si sospecha que las personas u organizaciones que tienen la consideración de grupos de interés incumplen las obligaciones establecidas por la Ley o por el código de conducta, no previéndose que el responsable del registro pueda actuar de oficio.

La regulación descrita se considera que tiene importantes carencias y que resulta insuficiente para ordenar una cuestión de gran complejidad, especialmente en ciertos ámbitos concretos de la actuación administrativa como es la elaboración de normas.

DECIMOSEGUNDA.- La transparencia administrativa es una institución de carácter global, predicable de todas las Administraciones Públicas y en relación a todas sus actuaciones; adquiriendo distintos matices e implicaciones en función del concreto ámbito material, potestad administrativa o procedimiento que sea objeto de regulación.

En relación a la potestad reglamentaria de la Administración, ésta se ha ejercido tradicionalmente, y en términos generales, con un alto grado de opacidad; no siendo posible conocer los términos generales en los que la Administración ejerce sus potestades normativas; seguir la denominada huella normativa o trazabilidad de la norma; hacer un seguimiento “en vivo” de los procedimientos de elaboración de reglamentos; o conocer los términos en los que se aplican los reglamentos tras su entrada en vigor.

Teniendo en cuenta que el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria es una disposición general; que ésta constituye una potestad discrecional que se hace efectiva a través de un procedimiento complejo; y que su ejercicio es altamente influenciado por grupos de interés o *lobbies*, es necesario implementar, en este ámbito de la actuación administrativa, niveles adecuados de transparencia; cuestión que han tenido en cuenta la LTBG y las distintas Leyes de transparencia autonómicas; Ley Paraguas; la LES y la LO 2/2012; y la LGUM.

Estas normas han determinado, en primer lugar, y desde un punto de vista formal, una importante fragmentación en el marco normativo que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria; pues introducen nuevos principios a tener en cuenta por la Administración a la hora de elaborar y aprobar disposiciones generales; prevén nuevos trámites no existentes hasta la fecha; y consagran la intervención de ciertos sujetos, distintos de la Administración y de los ciudadanos, en la elaboración de la norma reglamentaria. Todo ello hace que nos refiramos a un "nuevo" marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, que viene a complementar las previsiones sobre esta cuestión contenidas en la LG y en las respectivas leyes autonómicas de gobierno y procedimiento.

En segundo lugar, desde el punto de vista material, todas estas normas coinciden en consagrar la transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Se introducen así previsiones tendentes a reforzar el papel que tienen el conocimiento, la participación y la rendición de cuentas en el ejercicio de esta potestad y, en particular, en el seno del

procedimiento especial relativo a la elaboración y aprobación de disposiciones generales; siendo una dirección que parece va a tener continuidad a través de la futura Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

DECIMOTERCERA.- En virtud del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria se han introducido diversas medidas dirigidas a lograr, en este ámbito de la actuación administrativa, un mayor conocimiento por parte de los ciudadanos, el cual se satisface a través de la publicidad activa, el derecho de acceso y la motivación.

- 1) Respecto a la publicidad activa, el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria sólo se refiere a la publicación de ciertas actuaciones llevadas a cabo por la Administración, tales como la aprobación del reglamento y su contenido; la apertura del trámite de información pública; y los dictámenes o informes relativos a los proyectos de disposiciones generales emitidos por el Consejo de Estado o los órganos consultivos autonómicos equivalentes.

El nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria ha consagrado en el ejercicio de esta potestad la publicidad activa; distinta de la publicación en las informaciones difundidas (que resultan más amplias) y también en los medios empleados (que permiten divulgar información de forma periódica y actualizada a través de instrumentos distintos de los diarios y boletines oficiales). La publicidad activa en relación al ejercicio de las potestades normativas de la Administración alcanza así: la planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria; el inicio del procedimiento de elaboración de la norma; el proyecto normativo; las memorias e informes que justifican la regulación propuesta; y la norma reglamentaria finalmente aprobada; informaciones todas ellas que se divulgan a través de los respectivos Portales de la Transparencia.

- 2) El derecho de acceso a los documentos relacionados con la elaboración de reglamentos que tengan la consideración información pública –esto es, que obren en poder de la Administración competente para aprobar la norma y hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones; y que no sean objeto de publicidad activa– se rige por lo dispuesto en los artículos 12 a 24

LTBG; previsiones que adquieren unas concretas implicaciones en este ámbito de la actuación administrativa.

Debiendo reunir la solicitud los requisitos generales que prevé el art. 17 LTBG, revisten especial relevancia las causas de inadmisión previstas en el art. 18 LTBG referidas a:

- Información en curso de elaboración o de publicación general; causa de inadmisión que entendemos no debería aplicarse si la información solicitada tiene una función relevante para hacer efectiva la participación ciudadana o si la misma no ha sido publicada porque la norma no ha llegado a aprobarse.
- Información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos entre órganos o entidades administrativas; categoría debe interpretarse restrictivamente en relación a la elaboración de reglamentos, teniendo en cuenta que muchos de los documentos que integran el expediente de elaboración de la norma y que pueden encuadrarse en una de estas categorías constituyen, de hecho, la motivación de la norma reglamentaria. Es así necesario para inadmitir la solicitud que los documentos solicitados, además de tener un carácter auxiliar o de apoyo, no tengan relevancia o interés público o sean documentos no integrados en el expediente administrativo, tal como prevén expresamente algunas leyes de transparencia autonómicas.

Admitida a trámite la solicitud, el acceso puede verse restringido si concurre alguno de los límites materiales que prevé el art. 14 LTBG, cuya aplicación depende de la concreta materia sobre la que verse el reglamento. Con carácter general, resulta relevante el límite referido a la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; excepción configurada en términos amplios y que hubiese requerido una clarificación, por parte de la legislación de transparencia, del régimen aplicable a los órganos colegiados; siendo un posible criterio para su correcta aplicación exigir que los documentos solicitados estén integrados en el expediente administrativo y, por ende, sean accesibles para los particulares en vía contencioso-administrativa.

Respecto a los límites al acceso derivados de la protección de datos personales (art. 15 LTBG), la elaboración de disposiciones generales es uno de los ámbitos de la actuación administrativa en la que menos incidencia tiene esta cuestión; pues este límite, prácticamente, sólo resulta aplicable a los escritos de alegaciones presentados por personas físicas durante los trámites de audiencia o información pública.

Los plazos máximos para resolver las solicitudes de acceso y las reclamaciones que, en su caso, se interpongan, ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno resultan, en relación a los documentos relacionados con el ejercicio de la potestad reglamentaria, excesivamente largos, teniendo en cuenta la función instrumental que el acceso puede cumplir respecto a la participación, que se desarrolla en unos plazos mucho más breves.

A la vista de lo anterior, la regulación del derecho de acceso suscita importantes problemas de encaje con las características del procedimiento de elaboración de reglamentos y de las informaciones públicas que se generan o adquieren con motivo del mismo; siendo una cuestión que debería ser objeto de una regulación específica.

- 3) La motivación respecto al ejercicio de las potestades normativas de la Administración se ve reforzada en virtud del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria; siendo el objetivo lograr menos reglamentos y que éstos resulten más fáciles y sencillos de cumplir por parte de sus destinatarios.

En este sentido, se refuerza en primer lugar la motivación respecto al propio ejercicio de la potestad normativa; siendo el objetivo lograr un marco normativo más sencillo, estable y menos cambiante, que facilite su conocimiento por parte de los ciudadanos.

En segundo lugar, se exige que la Administración motive adecuadamente aquellas medidas incorporadas en normas reglamentarias que supongan nuevas cargas administrativas para los ciudadanos, especialmente de carácter económico; o que determinen un exceso de regulación.

DECIMOCUARTA.- La participación en la elaboración de reglamentos, consagrada en el art. 105.a) CE, se ha traducido en el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria en unos pobres trámites de audiencia e información pública, cuyo diseño se considera la principal causa de los bajos niveles de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de normas.

A pesar de que la LTBG no contiene ninguna previsión al respecto, las restantes normas que incorporan la transparencia a nuestro ordenamiento jurídico introducen medidas que tienen por objetivo fomentar la participación en la elaboración de disposiciones generales; y que nos acercan a la regulación de esta cuestión existente en otros ordenamientos jurídicos y, en particular, al sistema de participación que emplean las agencias estadounidenses en el procedimiento de elaboración de normas o *rulemaking*.

Sin sustituir los tradicionales trámites de audiencia e información pública, las principales novedades que incorpora el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria son las siguientes:

- 1) Se prevé expresamente la iniciativa normativa, regulando la posibilidad de que los ciudadanos presenten propuestas de reglamentos sobre materias en las que la Administración ostente competencias, en unos términos muy similares a aquellos en los que se pueden presentar iniciativas legislativas. Teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, las normas legales ya prevén su futuro desarrollo reglamentario, fijando los aspectos que deben ser desarrollados y el plazo en el que debe aprobarse el reglamento, consideramos que, al menos en estos casos, sería suficiente, para ejercer la iniciativa normativa reglamentaria, que se exigiera a los ciudadanos especificar la temática concreta respecto a la cual versa la iniciativa y motivar, de forma sucinta, los motivos legales o de oportunidad que justificarían su adopción, exigiendo las mínimas formalidades en aplicación del principio *pro actione*.
- 2) Se refuerza la participación ciudadana. Para ello, se flexibilizan los medios a través de los cuales se llevarán a cabo los trámites participativos; se prevén períodos más largos para presentar alegaciones; y se incorpora la utilización de medios electrónicos y telemáticos, estableciéndose, incluso, en algunos supuestos, que los portales a través de los cuales se da cumplimiento a las

obligaciones de publicidad activa sirvan también para canalizar la participación. Se promueve, asimismo, una participación ciudadana real, con un mayor impacto en la norma finalmente aprobada, garantizando, por un lado, que los ciudadanos dispongan de toda la información suficiente para formular sus alegaciones; y, por otro lado, que la Administración realiza una adecuada valoración de las aportaciones recibidas, que además debe hacerse pública.

- 3) Se prevé la participación de los grupos de interés o *lobbies* en la elaboración de reglamentos; siendo, no obstante, una cuestión, que requiere un mayor desarrollo para que la actuación de estos sujetos se adecúe a las concretas características del procedimiento especial de elaboración de reglamentos.

Por un lado, la Ley catalana 19/2014 incluye dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Registro de grupos de interés las personas y organizaciones que lleven a cabo actividades susceptibles de influir en la elaboración de disposiciones generales; refiriéndose también, desde el punto de vista objetivo, a las actividades llevadas a cabo con la finalidad de influir, directa o indirectamente, en los procesos de elaboración y aplicación de políticas públicas, incluyendo a estos efectos la participación voluntaria en consultas oficiales sobre propuestas normativas.

Por otro lado, el art. 12 LGUM, al regular las conferencias sectoriales como órganos que analizan y proponen las modificaciones necesarias para cumplir con los principios que prevé la Ley y establecer marcos regulatorios adaptados a sus principios y disposiciones, prevé que en el trabajo de dichas conferencias puedan contribuir operadores económicos que, a través de una consulta a sus entidades representativas, participarán, en su caso, en la detección de las distorsiones que se producen en la unidad de mercado y de los ámbitos que requieren un análisis de la normativa vigente.

DECIMOQUINTA.- En relación a la rendición de cuentas o control respecto a las potestades normativas de la Administración, el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria incorpora diversas medidas dirigidas a posibilitar una revisión o evaluación constante del ordenamiento jurídico; e identificar aquellas regulaciones

que convenga modificar o, incluso, derogar, cuando éstas resulten obsoletas o inefectivas, por no adaptarse a la realidad política, económica y social en la que las normas han de ser aprobadas.

En este sentido, se prevé que se puedan realizar "pruebas piloto" que permitan detectar los aspectos referidos antes de la aprobación de la norma; y sistemas de información, seguimiento y evaluación de las normas aprobadas.

Adicionalmente, y en relación a las normas que puedan afectar a la unidad de mercado, se introducen nuevas vías de impugnación de las normas reglamentarias, concretadas en una reclamación de carácter administrativo que se presenta ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado; y un recurso contencioso-administrativo especial que sólo puede interponer la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

DECIMOSEXTA.- A pesar de las importantes implicaciones que, de acuerdo con el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, tiene la transparencia en relación a las potestades normativas de la Administración, aún se aprecian importantes carencias en este ámbito.

Desde el punto de vista formal, es necesario solucionar la fragmentación normativa que se ha producido en este ámbito y regular, de forma unitaria y estructurada, los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos; coherenciando los mismos con el marco normativo que rige, en la actualidad, el funcionamiento de nuestras Administraciones Públicas. En particular, además de incorporar las TIC en los procedimientos especiales de elaboración de reglamentos, entendemos que es la legislación que rige la elaboración de reglamentos estatales y autonómicos la que, como ley especial, debe concretar y desarrollar las implicaciones de la transparencia en este ámbito de la actuación administrativa; pues la LTBG y las leyes autonómicas de transparencia contienen previsiones generales que, en muchas ocasiones, no se adecúan a las especiales características de la potestad reglamentaria y de los procedimientos especiales a través de los cuales ésta se hace efectiva.

Desde el punto de vista material, a pesar de las mejoras derivadas del nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, es necesario incorporar medidas adicionales, que doten de mayor transparencia el ejercicio de las potestades normativas

de la Administración, y que nos acerquen a otros ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de transparencia, lo que permitiría solucionar gran parte de los problemas que el ejercicio de esta potestad suscita en la actualidad.

En particular, el procedimiento de *rulemaking* empleado por las agencias administrativas federales, regulado en la *Administrative Procedure Act* y en diversas órdenes ejecutivas, se caracteriza por un alto grado de transparencia; de forma que conocimiento, participación y rendición de cuentas tienen en el seno del mismo un papel protagonista. La forma en la que se articula la participación actúa como criterio distintivo entre el procedimiento formal; el procedimiento informal o de *notice and comment*; y el denominado procedimiento negociado de elaboración de reglamentos, regulado de forma específica en la *Negotiated Rulemaking Act*.

Las diferencias existentes, con carácter general, entre nuestras Administraciones Públicas y las agencias administrativas estadounidenses, se reflejan también en el ejercicio de las potestades normativas por parte de unas y otras e impiden, trasladar, sin más, las soluciones empleadas en el procedimiento de *rulemaking*. Sin embargo, la existencia de importantes similitudes en los procedimientos de elaboración de normas en ambos ordenamientos nos permite que el sistema estadounidense actúe como referente; especialmente cuando el objetivo perseguido es, precisamente, implementar mayores niveles de transparencia, siendo este el denominador común de todas las reformas que se proponen en la tesis.

DECIMOSÉPTIMA.- La primera propuesta de reforma que se realiza versa sobre la génesis del procedimiento de elaboración de reglamentos, esto es las actuaciones que preceden a la elaboración y aprobación de un reglamento; cuestión que actualmente carece de regulación, a la vista que el art 24.1.a) LG prevé como primer trámite "la elaboración del correspondiente proyecto".

Atendiendo a lo anterior, se propone introducir las siguientes medidas:

- 1) La planificación del ejercicio de la potestad reglamentaria y su publicidad por medio de agendas regulatorias; a través de las cuales la Administración General del Estado y también las Administraciones Autonómicas deban hacer públicas, con cierta antelación, las materias sobre las cuales se quiere aprobar un

determinado reglamento; el órgano o autoridad encargado de la elaboración de las normas que se prevén aprobar; así como un calendario aproximado o *planning* relativo al desarrollo de cada procedimiento.

La implantación de esta medida, inspirada en las agendas regulatorias individuales y la Agenda Unificada empleadas por las agencias estadounidenses, contribuiría a incrementar el conocimiento respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria en términos generales y también en relación a proyectos normativos concretos; lo cual tendría también una incidencia positiva en la participación ciudadana. A su vez, este instrumento mejoraría de forma sustancial los términos en los que nuestras Administraciones Públicas ejercen sus potestades normativas pues, entre otras cuestiones, contribuiría a frenar la sobreproducción normativa; y a aumentar la coordinación entre Administraciones Públicas para así lograr un ordenamiento jurídico más coherente.

- 2) La regulación de las actuaciones previas a la elaboración de los proyectos de reglamentos, a las cuales se debería dar publicidad.

El objetivo perseguido es reforzar la reflexión que precede al inicio del procedimiento de elaboración de un reglamento, y que no se logra a través de la MAIN o los instrumentos equivalentes que existen a nivel autonómico; cuestión señalada por la doctrina y la jurisprudencia, así como por el Consejo de Estado y los órganos consultivos autonómicos.

Tanto a nivel estatal como a nivel autonómico, conviene así prever y ordenar aquellas actuaciones previas o preparatorias que se llevan a cabo antes de que se inicie, en sentido estricto, el procedimiento de elaboración de reglamentos, lo cual contribuiría a la mayor reflexión sobre las previsiones de las normas, siendo el resultado un mayor grado de acierto y oportunidad.

Se trata de introducir y regular instrumentos que permitan realizar un análisis sobre las implicaciones de la futura norma reglamentaria antes de que ésta empiece a elaborarse; y que el resultado de estas actuaciones se incluya en el expediente y tenga carácter público. Así ocurre en el sistema estadounidense, en el que la jurisprudencia ha declarado inconsistente con la finalidad del

procedimiento de *rulemaking* la aprobación de normas en base a datos sólo conocidos por la agencia [Portland Cement Association v. Ruckelshaus, 486 F.2d 375 (D.C. Cir. 1973)].

- 3) La consagración de la existencia de un acto formal y de carácter público de iniciación del procedimiento de elaboración de reglamentos.

La legislación estatal y autonómica debe prever la existencia de un acto expreso que determine el inicio del procedimiento de elaboración de una disposición general; cuestión no prevista en la LG ni tampoco en la mayoría de leyes autonómicas de gobierno o de procedimiento; y que, en nuestra opinión, debería erigirse como un trámite esencial de este procedimiento especial. Respecto a su contenido, dicho acto tendría que ser suficientemente descriptivo para permitir conocer, en líneas generales, la materia que quiere regular la Administración; siendo así suficiente con incluir en el mismo la autoridad responsable para elaborar y tramitar el reglamento, los aspectos más relevantes de la futura regulación y una descripción de los sujetos y materias abarcadas por la misma. Este acto debe ser, asimismo, objeto de publicidad activa para que los ciudadanos puedan conocer, tal como prevé la legislación de transparencia, los procedimientos normativos en curso.

Gracias a la existencia de este acto de iniciación y su adecuada difusión, que cumpliría una función similar al anuncio (*notice*) que publican las agencias estadounidenses cuando inician un procedimiento de *rulemaking*, sería posible monitorizar, desde un primer momento, el desarrollo del procedimiento de elaboración de reglamentos. Ello permitiría conocer ciertos aspectos relacionados con el ejercicio de las potestades normativas de la Administración que, a día de hoy, no son divulgados, tal como ocurre con la duración del procedimiento o los procedimientos de elaboración de normas que se inician y que, por unas circunstancias u otras, no acaban con la aprobación de una norma reglamentaria. Asimismo, desde el punto de vista de la participación, gracias a este anuncio, los ciudadanos tendrían mayor margen de tiempo para preparar sus alegaciones; siendo así sus aportaciones más meditadas y, por ende, de mayor calidad. Finalmente, a los efectos de la rendición de cuentas, el anuncio del inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos permitiría comprobar su

correcto desarrollo así como detectar a tiempo los posibles defectos procedimentales, sin necesidad de esperar a la aprobación y publicación del reglamento.

DECIMOCTAVA.- El segundo eje en el que se sustenta la reforma propuesta tiene que ver con los términos en los que se desarrolla la participación ciudadana en la elaboración de reglamentos; la cual es necesario fomentar teniendo en cuenta la función clave que cumple para un mayor acierto y oportunidad de las normas aprobadas por la Administración y también para su mayor aceptación y cumplimiento voluntario por parte de los ciudadanos.

En consonancia con las características que reviste la participación en el seno de una Administración transparente y tomando como referente la participación (*comment*) que se lleva a cabo en los procedimientos de *rulemaking* empleados por las agencias estadounidenses, se propone implantar las siguientes medidas:

- 1) En primer lugar, es necesario eliminar las restricciones a la participación desde el punto de vista subjetivo; de forma que se amplíen los sujetos que pueden intervenir en el trámite de audiencia y se establezca también, como regla, el carácter preceptivo del trámite de información pública o, cuanto menos, la necesidad de motivar la no apertura del mismo.
- 2) En segundo término, desde un punto de vista formal, debe potenciarse al máximo el uso de las TIC; cuya utilización por parte de la Administración ya cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un marco normativo consolidado, cuyas previsiones deberían adecuarse a las especiales características del procedimiento de elaboración de reglamentos.

No se trata únicamente de permitir que los ciudadanos puedan remitir a la Administración las mismas aportaciones que realizarían “en papel” a través de medios telemáticos; sino que las TIC deben utilizarse para garantizar un diálogo más directo entre la Administración y los ciudadanos; siendo de gran utilidad la creación de plataformas electrónicas de participación, como la existente en Estados Unidos, en la que los ciudadanos pueden ver las alegaciones remitidas

con anterioridad por otras personas e interactuar con el órgano competente para la elaboración de la norma.

- 3) En tercer lugar, deben ampliarse los plazos para que los ciudadanos puedan presentar alegaciones. El plazo de quince días (reducible a siete) que incorporan la LG y la mayor parte de normas autonómicas no resulta adecuado para lograr una mayor participación que, además, sea de calidad; especialmente si tenemos en cuenta que, de acuerdo con el marco normativo actual, los ciudadanos no tienen conocimiento de que se está elaborando una norma hasta el propio momento en que se abre el trámite participativo.

Es por ello que entendemos que, como regla, deben contemplarse plazos más amplios; pudiendo introducir cierto margen de discrecionalidad para determinar la duración de los trámites participativos en cada caso concreto. Asimismo, en aquellos supuestos en los que la participación es especialmente intensa, podría incorporarse, como en el sistema estadounidense, un doble período de participación, de forma que los ciudadanos pudieran complementar las alegaciones realizadas anteriormente, a la vista de los comentarios realizados por otros particulares o de la valoración llevada a cabo por la Administración.

- 4) En cuarto lugar, y para mejorar la cultura participativa, tanto de los ciudadanos como de la Administración, es necesario prever la necesidad de que, tanto a nivel estatal como autonómico, se elaboren guías o libros blancos de participación, en los que cada Administración haga recomendaciones sobre la mejor manera de remitir alegaciones en el seno de los procedimientos de elaboración de reglamentos; instrumentos en los que se pueden incorporar, incluso, formularios tipo o ejemplos de alegaciones.

Además, las distintas Administraciones Públicas deben dar publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación a cada proyecto de reglamento y cuál ha sido su impacto en la norma finalmente aprobada; siendo una cuestión que entendemos debería entenderse integrada en el carácter informado de la participación que consagran diversas leyes de transparencia autonómicas. Se trata de una información que, en relación a procedimientos concretos, permitiría evitar duplicidades y que los comentarios fueran enfocados a las cuestiones

realmente conflictivas; y que, con carácter general, mejoraría los términos en los que los ciudadanos realizan sus aportaciones.

- 5) Finalmente, se deben potenciar en el ámbito de la elaboración de reglamentos vías o cauces de participación alternativos a la audiencia y a la información pública.

Muchos de ellos, como las aportaciones ciudadanas, las consultas públicas, los procesos de deliberación participativa, los foros de consultas, los paneles ciudadanos o los jurados ciudadanos, entre otros, ya están previstos en la legislación de transparencia con carácter general. La reforma a introducir consiste, por tanto, en incorporar de forma expresa en las leyes reguladoras de los procedimientos de elaboración de reglamentos estatales y autonómicos estos medios participativos alternativos, adaptándolos a las características que revisten los procedimientos de elaboración de normas; permitiendo que la Administración decida, en cada caso, cuál es el medio de participación adecuado y el momento oportuno para ponerlo en marcha, decisión que debe tener carácter motivado.

DECIMONOVENA.- La tercera de las reformas propuestas guarda relación con la regulación de la intervención de los grupos de interés o *lobbies* en el procedimiento de elaboración de reglamentos.

Partiendo de la necesidad de colmar el vacío, casi absoluto, que existe en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la intervención en las políticas públicas de los grupos de interés con carácter general, la elaboración de reglamentos se configura como uno de los ámbitos de la actuación administrativa en el que esta actuación resulta más intensa. Estando en poder de los grupos de interés importantes conocimientos que pueden contribuir a mejorar los términos de la futura norma reglamentaria, es necesario regular los términos en los que debe producirse su intervención en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales. Las medidas a adoptar son las siguientes.

- 1) Por un lado, para lograr el máximo nivel de conocimiento posible respecto a la intervención de estos sujetos y que sea posible seguir la denominada "huella normativa", además de establecer que estas actuaciones se incluyan en los

registros generales que, en un futuro, puedan crearse, debe preverse en las normas que regulan la elaboración de reglamentos estatales y autonómicas la publicidad respecto a la intervención de los grupos de interés en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales. Debe consagrarse así un principio de máximo divulgación, de forma que se hagan públicas las aportaciones de estos sujetos y la valoración o impacto de las mismas en la norma finalmente aprobada; cuestión que podría ser objeto de una memoria específica, objeto de publicidad activa en aplicación del art. 7.1.d) LTBG.

- 2) Por otro lado, para evitar que la actuación de los grupos de interés capture la voluntad de la Administración y que sus comentarios eclipsen las aportaciones realizadas por el resto de ciudadanos, deben establecerse vías de participación diferenciadas para unos y otros sujetos.

En particular, consideramos que, tanto a nivel estatal como autonómico debería preverse, tal como regula la NRA para las agencias estadounidenses, una fase de negociación entre la Administración y los grupos de interés. Esta negociación, a llevar a cabo al inicio del procedimiento de elaboración de reglamentos, permitiría definir el contenido del proyecto de disposición general.

Para determinar los grupos a participar en la negociación, sin perjuicio que la Administración identificara los principales *lobbies* afectados y que se publicara un anuncio en el diario o boletín oficial correspondiente y, en su caso, en el Portal de la Transparencia respectivo, un instrumento a tener en cuenta serían los registros de grupos de interés o de participación.

En la fase de negociación, la Administración actuaría, no sólo como redactora de una norma reglamentaria y receptora de alegaciones; sino que también ejercería de árbitro entre los distintos *lobbies* con intereses en la materia a regular. Esta negociación no excluiría, en ningún caso, la participación del resto de ciudadanos a través de los tradicionales trámites de audiencia o información pública, o de cualesquiera otros trámites participativos alternativos.

VIGÉSIMA.- La cuarta reforma propuesta guarda relación con la publicidad relativa a los reglamentos y la documentación generada durante su elaboración, aprobación y aplicación.

Con el objetivo de lograr niveles adecuados de conocimiento respecto al ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter general y garantizar en este ámbito, no sólo la publicación; sino la publicidad activa, se propone la implementación de tres medidas:

- 1) En primer lugar, a nivel estatal y autonómico deben elaborarse y publicarse con carácter anual recopilaciones de las normas aprobadas por la Administración, ordenadas por orden cronológico y, en su caso, también por materias. No se trata de una codificación en el sentido continental europeo; sino de una recopilación que permita situar, en un lugar objetivable, todas las normas aprobadas cada año por las distintas Administraciones Públicas.
- 2) En segundo lugar, todas las normas reglamentarias aprobadas por la Administración, junto con una serie de documentos generados durante el procedimiento de su elaboración, deben ser objeto de publicidad activa por medios telemáticos a través de un único instrumento creado específicamente para este fin, y distinto de los Portales de la Transparencia a los que se refiere la legislación estatal.

Se trataría de crear portales normativos, similares a aquellos existentes en Estados Unidos, Francia, Reino Unido y también a nivel europeo, a través de los cuales se pudiera acceder a la normativa en vigor, debidamente actualizada; así como a las diversas informaciones relacionadas con la elaboración de reglamentos respecto a las cuales la legislación de transparencia consagra su publicidad activa. A su vez, estos portales podrían servir también para articular la participación ciudadana en la elaboración de reglamentos a través de medios electrónicos.

- 3) La publicidad activa debe también predicarse de una serie de informaciones relacionadas con la vida de la norma reglamentaria tras su aprobación y entrada en vigor. En este sentido, deberían implantarse mecanismos de seguimiento a través de los cuales se diera a conocer a los términos en los que se ha aplicado la norma; si ésta ha cumplido con los objetivos y finalidades que perseguía; si el

reglamento ha sido impugnado tras su aprobación; o si, en sede judicial, se ha hecho una determinada interpretación respecto al mismo o éste ha sido anulado, en todo o en parte.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La última de las medidas propuestas tiene como finalidad reforzar los mecanismos de rendición de cuentas aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria, especialmente respecto a la intervención del Consejo de Estado y los órganos autonómicos consultivos equivalentes.

En particular, deben atribuirse a estos órganos potestades de control respecto a las nuevas obligaciones o exigencias procedimentales que incorpora el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria, que exige que la misma se base en razones de interés general, sea respetuoso con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad, transparencia, accesibilidad y eficacia; y que las normas reglamentarias no supongan nuevas cargas administrativas para los ciudadanos, y que no existan medidas menos restrictivas y distorsionadoras de la realidad que permitan obtener el mismo resultado.

Para cumplir esta finalidad, la intervención de estos órganos debería darse ya en la génesis del procedimiento, para que éstos pudieran controlar la oportunidad de elaborar y aprobar un reglamento en los términos previstos en el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria y participar activamente en su elaboración. Asimismo, la posibilidad de aprobar normas sólo "oído" el dictamen de estos órganos consultivos debería reducirse al máximo, de forma que la no incorporación de sus observaciones esenciales sólo debería ser posible en supuestos excepcionales.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La necesidad de reformar la legislación que rige el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico resulta más que palmaria; siendo una cuestión que se ha puesto de relieve durante la tramitación parlamentaria de la futura Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Mientras que, en su versión de Anteproyecto, se preveía que esta Ley derogaría los preceptos de la LG referidos al ejercicio de la potestad reglamentaria y regularía el procedimiento de elaboración de reglamentos con carácter básico; finalmente, de acuerdo con el Proyecto de Ley, el marco normativo tradicional del ejercicio de la potestad reglamentaria queda intacto, y se introducen únicamente medidas que siguen la pauta marcada durante los últimos años en el nuevo marco normativo del ejercicio de la potestad reglamentaria. Las principales novedades incorporadas al Proyecto de Ley se pueden sintetizar del siguiente modo:

- 1) Se incorporan con carácter básico (art. 129 PLPACAP) los principios de buena regulación aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria; los cuales coinciden, esencialmente, con aquellos previstos en el art. 4 LES, precepto que se prevé quedará derogado.
- 2) Se prevé la revisión periódica por parte de las Administraciones Públicas de su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación, y comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.
- 3) Se introduce un artículo referente a la publicidad de las normas (art. 131 PLPACAP), en el que se prevé que, sin perjuicio de la publicación de las normas en las publicaciones oficiales: “de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios”.
- 4) Se introduce la necesidad de que las Administraciones Públicas, con carácter anual, hagan público un Plan Normativo que contenga las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente, el cual debe ser publicado en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente (art. 132 PLPACAP).
- 5) Se refuerza la participación ciudadana (art. 133 PLPACAP). Para ello, se establece, en primer lugar, con carácter general, una consulta pública previa a la elaboración de los anteproyectos o proyectos de ley o de reglamentos que se sustanciará a través del portal web de la Administración correspondiente, y en la que se recabará la opinión de “los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma”. Dicha consulta puede omitirse cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo

en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia; previsiones que se configuran como un cajón de sastre para no realizar la referida consulta.

En segundo lugar, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, se prevé que el texto se publique en el portal web correspondiente, “con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades”; previsión que supone generalizar la apertura del trámite de información pública que conocemos en la actualidad.

En tercer lugar, se consagra el carácter informado de la participación, al establecer que, en la realización de la consulta, la audiencia y la información pública, los ciudadanos deben disponer de los documentos necesarios para emitir su opinión, los cuales serán claros, concisos y reunirán toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

En cuarto lugar, quedan tasados los supuestos en los que se excepciona la participación, circunscritos a que se trate de normas presupuestarias u organizativas; a que concurran razones graves de interés público que lo justifiquen; o a que la norma sea tramitada por el procedimiento de urgencia.

Atendiendo a lo anterior, no estamos ante la reforma de gran calado que proponemos esta tesis; en la que se realizan diversas propuestas basadas en la implementación de mayores niveles de conocimiento, participación y rendición de cuentas en todas y cada una de las fases del procedimiento especial de elaboración de reglamentos.

Teniendo en cuenta que la elaboración de reglamentos, necesariamente, debe llevarse a cabo de manera transparente, tal como preceptúan las leyes que, en nuestro ordenamiento jurídico, han dotado de contenido a esta institución y que atribuyen a la misma unas implicaciones concretas en la elaboración de normas; las propuestas realizadas pretenden ir más allá, de forma que la transparencia se configure como la clave de bóveda del ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel estatal y autonómico.

Así, a pesar que la transparencia no es, ni tampoco pretende ser, una cura contra todos los males que en la actualidad preocupan al Derecho administrativo, ni es capaz de dar solución a importantes deficiencias que padece la actuación de nuestro sector público;

tal como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, entendemos que estamos ante una institución que sí puede contribuir de forma significativa a enmendar gran parte de los problemas detectados en relación al ejercicio de la potestad reglamentaria, entre los que destacan la sobreproducción normativa, el defectuoso conocimiento del derecho vigente, las deficiencias en la calidad de los reglamentos, los bajos niveles de participación ciudadana, la falta de regulación de la intervención de los grupos de interés en la elaboración de normas o la insuficiencia de los mecanismos de rendición de cuentas respecto al ejercicio de esta potestad.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004. En particular:
 - LAVILLA RUBIRA, J.J. "Seguridad Jurídica".
 - SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas".
 - ÍDEM: "La Administración como poder regulador".
 - SAINZ MORENO, F. "Secreto y transparencia".
- AAVV, ALONSO MAS, M.J., *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la Ley de garantía de la unidad de mercado*, La Ley - Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014. Están citados en el texto los trabajos:
 - ALONSO MAS, C.L., "El principio de no discriminación en la Ley de Garantía de la Unidad de mercado".
 - BUISÁN GARCÍA, N., " Transparencia y acceso a la información como garantía de la unidad de mercado", págs. 151-160.
 - PERNAS GARCÍA, J.J., "«Principio de necesidad y de proporcionalidad» en la Ley de Garantía de Unidad de Mercado".
 - SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "El contencioso de la unidad de mercado".
- AAVV. (Dir. AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, 2012.
 - TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "Presente y futuro de los Colegios Profesionales".
- AAVV (Coord. BARNÉS VÁZQUEZ, J.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* Derecho Global, Sevilla, 2006; PITSCHAS, R., "El Derecho

administrativo de la información. La regulación de la autodeterminación informativa y el gobierno electrónico".

- AAVV (Dir. BELLO PAREDES, S.A.), *Comentarios a la ley de economía sostenible*, La Ley, Madrid, 2011.
- AAVV, (Coord. BANEGAS NÚÑEZ, J.; GARCÍA DÍAZ, F.J), *Economía sostenible: comentarios al Proyecto de Ley de Economía Sostenible*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2010.
- AAVV (Coord. BLASCO ESTEVE, A.), *El Derecho público de la crisis económica, Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2011. En particular, ver los trabajos del bloque dedicado a "Transparencia y sector público":
 - PIÑAR MAÑAS, J.L., "La necesidad de una ley de transparencia".
 - GARCÍA MACHO, R., "La transparencia en el sector público".
 - GUICHOT REINA, E., "Transparencia versus protección de datos".
 - RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á., "La transparencia en los procedimientos administrativos relativos a instalaciones nucleares".
- AAVV, (Dir. CARLÓN RUIZ, M.), *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- AAVV, J.M. CORONA FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA (Coords.), *La técnica legislativa a debate*, Ed. Tecnos, Asociación Española de Letrados Parlamentarios, Madrid, 1994. En particular, se cita en el texto:
 - SAINZ MORENO, F., "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural".
- AAVV (Coord. L. COTINO HUESO y J. VALERO TORRIJOS), *Administración electrónica: la Ley 7/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Citado en el texto:

- CERRILLO MARTÍNEZ, A., "La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos" págs. 350-395.
- AAVV (Coord. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GARCÍA MARTÍNEZ-CARANDE, R.A.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial : liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. En el seno del mismo, se han consultado los trabajos siguientes:
 - CABALLERO SÁNCHEZ, R., "La doctrina de la deferencia administrativa del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Más de un cuarto de siglo de la jurisprudencia Chevron sobre el control judicial de la Administración".
 - FONT I LLOVET, T., MIR PUIGPELAT, O., "Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial".
- AAVV (Ed. GARCÍA MACHO), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010. En particular, se citan en el texto:
 - BARNÉS VÁZQUEZ, J. "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia".
 - BLASCO DÍAZ, J.L. "El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa".
 - DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., "El principio de transparencia y la selección del agente urbanizador en la legislación urbanística valenciana".
 - ESTEVE PARDO, J., "Transparencia y legitimidad en las decisiones públicas adoptadas en entornos de complejidad científica".
 - GARCÍA MACHO, R., "El derecho a la información, la publicidad y la transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público".
 - MARTÍNEZ SORIA, J., "El acceso a la información pública según la ley alemana sobre la libertad de información (Informationsfreiheitsgesetz)".

- OLLER RUBERT, M., "El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia".
 - PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario".
 - SANZ SALLA, C.O., "El derecho a la información administrativa en la era digital: una aproximación al Derecho Norteamericano".
 - SOMMERMANN, K.P., "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho".
- AAVV, (Coord. GARCÍA MEXÍA, P.L., RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., HERNANDO MASDEU, J.), *La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*, CEU Ediciones, Madrid, 2010.
 - AAVV (Coord. J. GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ y M. LÓPEZ ARANDA), *La Administración electrónica. El modelo español*, Madrid, Euroeditions Editorial, 2011
 - AAVV, (Dir. B. NOGUERA y S. SARTORIO), Retos de la Directiva de Servicios, *Revista Catalana de Dret Públic* nº42, *in totum*, 2010.
 - AAVV, (Dir. MOREU CARBONELL, E.), *El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2010.
 - AAVV (Coord. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Vol, I, Consideraciones Generales. El procedimiento Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 1993. Citados en el texto:
 - EMBID IRUJO, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos: Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa".
 - SAINZ MORENO, F., "La publicidad de las normas".
 - AAVV (Dir. NOGUEIRA, A.), *La termita Bolkestein*, Dykinson, 2012.

- AAVV (Coord. PIGRAU I SOLÉ, A.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del convenio de Aarhus*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.
- AAVV (Coord. PIÑAR MAÑAS, J.L., Rodotà, S., Osorio Rodríguez, M.A.), *Redes sociales y privacidad del menor: = Social networks and children's privacy*, Editorial Reus, 2011.
- AAVV (Dir. J.L. PIÑAR MAÑAS), *Administración electrónica y ciudadanos*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2011.
- AAVV, (Coord. TORNOS MAS, J.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.
 - PEÑALVER I CABRÉ, A., “El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”.
 - TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”.
- AAVV, (Coord. TORNOS MAS, J.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012.
 - MAURI MAJÓS, J., “El principio de transparencia en la legislación de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas catalanas”.
 - MIR PUIGPELAT, O., "Procedimiento de elaboración de reglamentos y better regulation".
- AAVV (DIR. TRONCOSO REIGADA, A.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.
- AAVV (Coord. VALERO TORRIJOS, J.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2014.
- ALLAN J. CIGLER, BURDETT A. LOOMIS, *Interest Group Politics*, 4th Ed., CQ Press, Washington, 1995.

- ALONSO GARCÍA, R., *Consejo de Estado y elaboración de reglamentos estatales y autonómicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ CONDE, E. (Coord.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998. En particular:
 - PAREJO ALFONSO, L., "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento".
- ÁLVAREZ MARTIN, J.A., "La futura ley de Transparencia ¿una solución adecuada y creíble?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2012, págs. 35-54.
- ÁLVAREZ RICO, I., ÁLVAREZ RICO, M., "Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *RAP* núm. 135, 1994.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., "La regulación en España de la transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Crítica*, núm. 989, 2014.
- ANDREW P. MORRIS, "Choosing How to Regulate", *Harvard Environmental Law Review* núm. 29, 2005.
- ANNE JOSEPH O'CONNELL, "Political Cycles of Rulemaking: An Empirical Portrait of the Modern Administrative State", *Virginia Law Review* núm. 94, 2008.
- ARENA, G., "La transparencia administrativa", *Documentación Administrativa*, Mayo-Diciembre 1997, págs. 248-249.
- ARIÑO ORTIZ, G., "Democracia y administración (Notas sobre la participación ciudadana en los procesos de decisión)", *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.
- AUBY, Jean Marie, "Hacia la "transparencia" de la Administración en Francia", *RAP* núm. 95, 1981. Págs. 315 y siguientes.
- BACIGALUPO SAGESSE, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- BALLESTEROS MOFFA, L.A., "La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿El caballo de Troya de la transparencia?", *REDA* núm. 161, 2014. Págs. 75 a 100.
- BAÑO LEÓN, J.M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.
- BARBARA H. BRANDON, ROBERT D. CARLITZ, "Online rulemaking and other tools for strengthening our civil infrastructure", *Administrative Law Review*, núm. 54, 2002, Pág. 1442.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.C. "La ley de Transparencia Pública de Andalucía: sus aportaciones al régimen establecido en el ordenamiento del Estado", *RAAP* núm. 89, 2014, págs. 41-74.
 - ÍDEM (Coord.), *Lecciones de derecho administrativo: Parte general*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.
 - ÍDEM: "La disposición adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información", *REDA*, núm. 158, 2013, págs. 221-246.
 - ÍDEM: "De nuevo sobre la "crisis de la participación administrativa", *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno* (Coord. Francisco López Menudo), Ed. Iustel, Madrid, 2011, págs. 419-454.
- BARRIUSO RUIZ, C., *Administración electrónica*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007.
- BASSOLS COMA, M., "El control de la elaboración de los reglamentos: nuevas perspectivas desde la técnica normativa y de la evaluación de la simplificación y calidad de las normas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 33, 2008.
 - ÍDEM: "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en AAVV, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Vol. I, pág. 315 y ss.

- BEITIA RUIZ DE ARBULO, I., "El procedimiento de elaboración de disposiciones generales: Balance de una década de la Comisión Jurídica Asesora y nuevas aproximaciones", *RVAP* núm. 85, Septiembre/Diciembre 2009.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico*, 11ª Edición, Civitas, Madrid, 2013.
 - Ídem: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Thomson - Civitas, Navarra, 2005.
- BERNSTEIN, MARVER, *Regulating business by independent commission*, Greenwood Presss, Westport, CT, 1955.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación. Una guía de las razones y de medios*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BETH SIMONE NOVECK, "The Electronic Revolution in Rulemaking", *Emory Law Journal* núm. 53, 2004.
- BIRKINSHAW, P., "Freedom of Information and openness: fundamental human right?", *Administrative Law Review*, núm. 177, 2006.
- BLANQUER CRIADO, D., *El control de los reglamentos arbitrarios*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.
- BOCANEGRA REQUENA, J.M., BOCANEGRA GIL, B., *La Administración electrónica en España. Implantación y régimen jurídico*, Barcelona, Ed. Atelier, 2011.
- BOQUERA OLIVER, J.M., "Normas, disposiciones y reglamentos", en MONTORO CHINER, M.J. (Coord.), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Ed. Atelier, 2003.
- BORGE, R., "La participación electrónica: estado de la cuestión y aproximación a su clasificación", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, UOC, 2005.
- BOSSACOMA BUSQUETS, P., "Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 15, 2012.
- BRINES ALMIÑANA, J., "Análisis de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Especial

atención a la información pública con datos de carácter personal", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 1, 2014, págs. 33-52.

- CANALS AMETLLER, D., "Mejora normativa y reducción de cargas administrativas", *El Estado de las Autonomías en 2009: Temas Monográficos*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., "Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el derecho administrativo y el derecho penal", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2013.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.T., "La intervención del Consejo de Estado en la elaboración de disposiciones generales autonómicas", *RAP* núm. 131 1993, págs. 239-250.
- CARBONELL PORRAS, E., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2009.
 - ÍDEM: *Agencias administrativas y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- CARLÓN RUIZ, M., "El control de la potestad reglamentaria" en AAVV (Dir. EZQUERRA HUERVA, A. y OLIVÁN DEL CACHO, J.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - ÍDEM: "La cuestión de ilegalidad como imprescindible mecanismo de cierre del sistema de control jurisdiccional de los reglamentos ilegales", *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo* núm. 40, 2008.
 - ÍDEM: *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.
- CARLONI, E., "La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa", *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2009.
 - ÍDEM: *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

- ÍDEM: "Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni", *Diritto Pubblico*, 2, 579, 2005.
- CARRO, J.L, GÓMEZ-FERRER, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", *RAP* núm. 87, 1978.
- CARY COGLIANESE, "Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration", *George Washington Law Review* núm. 77, 2009, Págs. 924 y ss.
- CARY COGLIANESE, "Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and future", *Duke Law Journal* núm. 55, 2006.
 - ÍDEM: "E-Rulemaking: Information Technology and the regulatory Process", *Administrative Law Review* 56, 2004. Págs. 353 y ss.
 - ÍDEM: "¿La satisfacción de los participantes es sinónimo de éxito?. Una evaluación de la participación pública en el proceso de elaboración de reglamentos", *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 20, 2003.
 - ÍDEM: "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *Duke Law Journal* núm. 46, 1997. Págs. 1255-1349.
 - ÍDEM: "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *Duke Law Journal* núm. 46, 1997.
- CARY COGLIANESE, HEATHER KILMARTIN, EVAN MENDELSON, "Transparency and Public Participation in the Federal Rulemaking Process: Recommendations for the New Administration", *The George Washington Law Review*, núm. 77, 2008.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M., "Las consultas populares en la sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en AAVV (Coord. E. ALVÁREZ CONDE, C. ROSADO VILLAVERDE, F.J. SANJUÁN ANDRÉS), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Thomson-Aranzadi, Navarra, Cizur Menor, 2010.

- ÍDEM: *Los derechos constitucionales de participación Política en la administración Pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Cedecs, Barcelona, 2001.
- CASTILLO VÁZQUEZ, I.C., "Transparencia y acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* núm. 6, 2007, págs. 231-254.
- CATHARINA LINDSTEDT y DANIEL NAURIN, "Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption", *International Political Science Review*, núm. 31, 2010, págs. 301-322.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 756, 2012 (Ejemplar dedicado a: Prácticas políticas y nuevas tecnologías: Participación política digital en España).
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2011, págs. 277-313.
 - ÍDEM: "La contribución de las TIC a la mejora de la transparencia administrativa", *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 756, 2012 (Ejemplar dedicado a: Prácticas políticas y nuevas tecnologías: Participación política digital en España), págs. 707-724.
 - ÍDEM: *E-Administración*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2008.
 - ÍDEM: "La difusión de información pública en Internet" en *La administración y la información* (Coord. I. VILLAVARDE MENÉNDEZ), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - ÍDEM: "La transparencia digital y los claroscuros de la administración electrónica", en *A los príncipes republicanos: gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico* (Coord. J. PRATS I CATALÀ), INAP, Madrid, 2006.

- ÍDEM: *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente: (el derecho de acceso a la documentación administrativa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, 2a Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- CIERCO SEIRA, C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2002.
- COLIN S. DIVER, "Policymaking Paradigms in Administrative Law", 95 *Harvard Law Review* 393, 1981.
- COMBE, S., *Les archives interdites: l'histoire confisquée*, La Découverte, Paris, 2001]; LODGE, J., "Transparency and EU Governance: Balancing Openness with security", *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 11, núm. 1, 2003.
- CONDE VILLAVERDE, M. L., *Manual de tratamiento de archivos administrativos*, Dirección de Archivos Estatales, Madrid 1992.
- CORCHERO PÉREZ, M., SÁNCHEZ PÉREZ, L., "La estabilidad presupuestaria: antecedentes y legislación vigente", *Actualidad administrativa*, núm. 21-22, 2012.
- CÓRDOBA RODA, J.; TORNOS MAS, J., "Los indultos y su control jurisdiccional", *Revista Jurídica de Catalunya* Vol. 113, núm. 1, 2014, págs. 39-78.
- CORNELIUS M. KERWIN, SCOTT R. FURLONG, *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Fourth Edition, CQ Press, Washington D.C., 2011.
- CORNELIUS M. KERWIN, "Negotiated Rulemaking" en PHILLIP J. COOPER Y CHESTER A. NEWLAND (Eds.), *The Handbook of Public Law and Public Administration*, Jossey-Bass, San Francisco, 1997.
- CORNELIUS KERWIN, LAURA LANGBEIN, *An Evaluation of Negotiated Rulemaking at the Environmental Protection Agency*, Phase I, 1995.
- COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, 24ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2013.

- COTINO HUESO, L., "Derecho y «Gobierno Abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013, págs. 51-92.
 - ÍDEM: *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, Tirant lo Blanch, 2003.
- COUSIDO GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su reglamento*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- CYNTHIA R. FARINA, "Rulemaking 2.0", *University of Miami Law Review* núm. 65, 2011, pág. 406.
- DANIEL J. FIORINO, CHRIS KIRTZ, "Breaking Down Walls: Negotiated Rulemaking at EPA", *The Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law* núm. 4, 1985.
- DANIEL NAURIN, "Backstage Behaviour? Lobbyists in Public and private Settings in Sweden and the European Union", *Comparative Politics* Vol. 39, núm. 2, 2007, págs. 209-228.
 - ÍDEM: "Transparency, Publicity, Accountability - the Missing Links", *Swiss Political Science Review* vol. 12, núm. 3, 2003, págs. 90-98.
- DARNACULLETA GARDELLA, M., *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2005.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., "La ley de transparencia,, acceso a información pública y buen gobierno", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2014, págs. 316-323.
- DE CELIS, B., *Los grupos de presión en las democracias contemporáneas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1963.
- DE LA CRUZ FERRER, J., "Hacia la garantía jurisprudencial de la Audiencia en la elaboración de reglamentos", *Poder Judicial*, núm. 9, 1988, págs. 129-140.

- ÍDEM: "Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del Derecho y omisión de la audiencia a los interesados", *REDA* núm. 52, 1986, págs. 607-616.
- DE LA CUADRA SALCEDO, T. *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
 - ÍDEM: "¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?", *Revista Española de Derecho Europeo* nº22, Madrid, 2007.
- DEBBASCH, *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990.
- DEL OLMO ALONSO, J., "El procedimiento de elaboración negociada de reglamentos en la legislación de los Estados Unidos". *RVAP* núm. 52, 1998.
- DELGADO BARRIO, J., "Participación ciudadana y disposiciones generales", Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito contencioso administrativo, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994.
 - ÍDEM: *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ PICAZO, L.M., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Tercera edición, Ariel, Barcelona, 1999.
 - ÍDEM: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990. Pág. 158.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., "El seguimiento de las normas y actos jurídicos", *RAP* núm. 167, 2005, págs. 97-145.
 - ÍDEM: "Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de un reglamento", *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 22, 2003, págs. 577-596.
 - ÍDEM: *La invalidez de los reglamentos*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2001.
- DOMÍNGUEZ LUÍS, J.A., "El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88, octubre-diciembre 1995, págs. 537-563.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M, LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., "La reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera", *Documentos de Trabajo* (IAES, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social), núm. 9, 2012
- DORIT RUBINSTEIN REISS, "Tailored participation: Modernizing the APA rulemaking procedures", *N.Y.U Journal of Legislation and Public Policy* núm. 12, 2008-2009, Págs. 321 a 377.
- DYRBERG, P., "El acceso público a los documentos y autoridades comunitarias", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 2, vol I, 1997.
- E. DONALD ELLIOTT, "Reinventing Rulemaking", 41 *Duke Law Journal* 1490 (1992).
- EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración. Los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, INAP, Madrid, 1996.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J., "El proyecto de Ley de transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2013, págs. 21-34.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J. (Coord.), BELTRÁN AGUIRRE, J.L., SARASÍBAR MARCO, C., *Comentarios a la Ley Foral de la Transparencia y del Gobierno Abierto (Ley Foral 11/2012, de 11 de junio)*, Institución del Defensor del Pueblo de Navarra, 2013.
- ERICA LYNN TOKAR, "Unlocking secure communities: The role of the Freedom of Information Act in the Department of Homeland Security's Secure Communities", *Legislation & Policy Brief*, núm. 103, 2013.
- ERSBOLL, "Conclusiones", en AAVV, *Seminario sobre apertura y transparencia en las instituciones Europeas (celebrado en Bruselas en 1995)*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1996.
- ESPUEY SERVERA, I.A.; Ollers Vives, P, "Incidencia de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de la Unidad de Mercado, en la potestad reglamentaria", *Revista española de la función consultiva*, núm. 21, 2014, págs. 205-234.

- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación: génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
 - ÍDEM: *Lecciones de Derecho administrativo*, Segunda Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013.
- EZQUERRA HUERVA, A., "En torno a la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de reglamentos por las comunidades autónomas", *Autonomías* núm. 18, 1994, págs. 335-380.
- FENSTER, M., "The Opacity of Transparency" *Iowa Law Review* núm. 91, 2005.
- T.R. FERNÁNDEZ, "Perspectivas actuales del derecho Administrativo (Roma 2014)", *REDA* núm. 163, Abril-Junio 2014.
 - ÍDEM: "Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto", *RAP* núm. 194, 2014, págs. 209-225.
 - ÍDEM: "Sobre los límites constitucionales del poder discrecional", *RAP* núm. 187, 2012.
 - ÍDEM: *De la arbitrariedad de la Administración*, 5ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2008.
 - ÍDEM: "¿Desaparece el recurso contra Reglamentos", *RAP* núm. 65, 1971.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a.Y., "La ley francesa sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas", *RAP* núm. 159, 2002.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J.L., *La influencia de los grupos de interés en el proceso legislativo socioeconómico*, PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 2012.
- FERNÁNDEZ LE GAL, A. y PÉREZ ALBERDI, M^a.R., "La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: El artículo 105 a) de la Constitución", en MURILLO DE LA CUEVA, P.L. (Coord.), *Gobierno y*

Constitución. Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S., "El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, págs. 233-298.
 - ÍDEM: "Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno", *Actualidad administrativa*, núm. 12, 2012.
 - ÍDEM: *El derecho de acceso a la información medioambiental*, Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, 2009.
 - ÍDEM: "La transparencia administrativa en Portugal: una referencia para el Derecho Administrativo español", *RAP*, núm. 163, 2004, págs. 431-464.
 - ÍDEM: "Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, 2002, págs. 881-916.
 - ÍDEM: *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcials Pons, Madrid, 1997.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 2003.
 - ÍDEM: "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Archivo General de la Región de Murcia, Cuadernos de Estudios técnicos, 2001.
 - ÍDEM: *El control jurisdiccional de los reglamentos*, Atelier, Barcelona, 2002.
- FONT I LLOVET, T., "Los órganos consultivos y la calidad normativa", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
 - ÍDEM: "La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa", *Derecho privado y*

- Constitución* (Ejemplar dedicado a: Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández), núm. 17, 2003, págs. 253-268.
- ÍDEM: "El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos: legalidad y oportunidad", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 62, Mayo/Agosto 2001, pág. 57-76.
 - ÍDEM: "Los órganos consultivos de las comunidades autónomas y la administración local", *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI : homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Coord. Sosa Wagner, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 397-410.
 - ÍDEM: "Función consultiva y Estado autonómico", *RAP* núm. 138, 1995, págs. 37-68.
 - ÍDEM: "Los órganos consultivos de las comunidades autónomas", Las Cortes Generales, Abogacía General del Estado, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 3, 1987. Págs. 1195-1232.
 - ÍDEM: "Algunas funciones de la idea de participación", *RAP* núm. 45, 1985, págs. 45-54.
 - ÍDEM: "Órganos consultivos", *RAP*, núm. 108, 1985, págs. 53-86.
- FONT I LLOVET, T., VILALTA REIXACH, M., "Los diferentes modelos de participación en los nuevos estatutos de autonomía", *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 8, 2009, Págs. 192-225.
 - FOUGEROUSE, J., "Le secret de la defense nationale", *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, Núm. 5, 2003, págs. 1449-1480.
 - FREEDMAN, DORIS S.; SINGER, BARNEY; SWAIN, FRANK S., "The Regulatory Flexibility Act: Orienting Federal Regulation to Small Business", *Dickinson Law Review*, Vol. 93, núm. 3, 1989 (págs. 439-464).
 - FUERTES LÓPEZ, M., "Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios", *RCDP* núm. 42, 2011, págs. 57-83.
 - GALÁN GALÁN, A., "La responsabilidad por la actividad informativa de la administración en el marco de los servicios de la sociedad de la información",

Revista de Estudios de Juventud, núm. 61 (Ejemplar dedicado a: La Información Juvenil: nuevas políticas, nuevos medios, nuevas redes), 2003, págs. 17-41.

- GALVÁN RUÍZ, J., GARCÍA LÓPEZ, P., *La Administración electrónica en España*, Barcelona, Ed. Ariel, 2007.
- GAMERO CASADO, E. - FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo* 10ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2013.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., *Función consultiva y procedimiento (Régimen de los dictámenes del Consejo de Estado)*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1997.
- GARCÍA CANALES, M., "Aportación al tema de la técnica normativa desde la perspectiva de los órganos consultivos", *Revista española de la función consultiva*, núm. 6, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. – T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Decimocuarta Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 2000.
 - ÍDEM: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
 - ÍDEM: "La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación", en *REDA* núm. 66, 1990.
 - ÍDEM: "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", *Libro Homenaje al Profesor José Luís Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
 - ÍDEM: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1981.
 - ÍDEM: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1970.
 - ÍDEM: "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", *RAP* núm. 30, 1959.

- GARCÍA LÓPEZ, P.A., “Transposición de la Directiva de Servicios en el caso de España”, *Partida Doble* núm. 195, 2008.
- GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.
- GARRIDO CUENCA, N. M., “El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997: Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función del gobierno y el derecho a la tutela jurídica efectiva”, *RAP* núm. 143, 1997, págs. 229-264.
- GARRIDO FALLA, F., "Comentario al artículo 105", en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 3ª Ed. Civitas, 2001.
 - ÍDEM: “Ética y razón de Estado: Los documentos del CESID y el caso GAL”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* núm. 73, 1996, págs. 175-192.
- GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A., LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, Parte General: Conclusión*, Decimotercera Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- GAY FUENTE, C., *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.
- GENEVIEVE KNEZO, "«Sensitive But Unclassified Information» and Other Controls: Policy and Options for Scientific and Technical Information", *CRS Report for Congress*, December 29, 2006.
- GIMENO FELIU, J.M., “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en *Observatorio de los contratos públicos 2013* (Coord. J.M. GIMENO FELIU y M.A. BERNAL BLAY), Aranzadi, Navarra, 2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32, 2009.
 - ÍDEM: *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El control por los tribunales de la potestad reglamentaria", en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Dirección general del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 1, 1988.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 627.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO MARTÍNEZ-MURILLO, J.M., "La Ley General de Estabilidad Presupuestaria: equilibrio y transparencia", *Economistas* núm. 91, 2002 (Ejemplar dedicado a: España 2001, un balance), págs. 220-225.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, J., "La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y el procedimiento administrativo", *Diario La Ley*, núm. 7615, 2011.
 - ÍDEM: "La participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo", *Procedimiento administrativo, Ponencias del Primer Coloquio Hispano-Portugués*, Xunta de Galicia, 1994.
- GUARDIOLA GARCÍA, J., "Correcciones de errores en diarios oficiales: usos, abusos y responsabilidades", *Cortes. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 20, 2008.
 - ÍDEM: "Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal (vigencia de los delitos patrimoniales por acumulación de hechos constitutivos de falta)", *La Ley Penal. La Ley-Actualidad*, 2004.
- GUICHOT REINA, E., "Derecho de acceso a la información: experiencias regionales y estatales en Europa y América", *Derecho comparado de la información*, enero-junio 2012, págs. 135-188.
 - ÍDEM: "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, 2012, págs. 89-134.
 - ÍDEM: "El Anteproyecto de Ley de Transparencia", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 30, 2012, págs. 28-41.

- ÍDEM: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Derecho Global, Sevilla, 2011.
- ÍDEM: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011.
- ÍDEM: "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", *RAP* núm. 173, 2007, págs. 407-445.
- ÍDEM: "Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio", *RCDP* núm. 35, 2007, págs. 43-74.
- ÍDEM: *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 2005.
- GUICHOT, E. (Coord.), BARRERO, M.C., DESCALZO, A., HORGUÉ, C., PALOMAR, A., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Instituto García Oviedo, Madrid, 2014.
- HOLMAN, KEITH W., "The Regulatory Flexibility Act at 25: Is the Law Achieving Its Goal", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 33, Núm. 4, 2006 (págs. 1119-1138).
- IBAÑEZ MACIAS, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.
- JAMES DELONG, "Informal Rulemaking and the Integration of Law and Policy", *65. Virginia Law Review* 257, 1979.
- JASON WEBB YACKEE, SUSAN WEBB YACKEE, "A Bias Towards Business?: Assessing Interest Group Influence on the U.S. Bureaucracy", *Journal of Politics* núm. 68, 2006, págs. 128-139.
- JEFFREY S. LUBBERS, "A Survey of Federal Agency Rulemaker's Attitudes About E-Rulemaking", *Administrative Law review* núm. 62, 2010.
- JIMENA QUESADA, L., *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa. Temas clave de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2003.
- JOHN GAVENTA y ROSEMARY MCGEE, "The Impact of Transparency and Accountability Initiatives", *Development Policy Review*, núm. 31, 2013.

- JORDANO FRAGA, J., "Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales", *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2007.
- KLOEPFER, M., *Die transparente Verwaltung, Zugangsfreiheit zu öffentlichen Informationen, Beiträge zum Informationsrecht*, Bd. 6, Duncker & Humblot: Berlin, 2003.
- KLOSEK, J., *The Right to Know. Your Guide to Using and Defending Freedom of Information Law in the United States*, Praeger - ABC Clio, 2009.
- KRISTEN ELIZABETH UHL, "The Freedom of Information Act post-9/11: Balancing the public's right to know, critical infrastructure protection, and homeland security", *American University Law Review*, núm. 261, 2003-2004.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., "La Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., "Información administrativa y transparencia en la ordenación del territorio y el medio ambiente", *RVAP*, núm. 83, 2009.
- LAURA I. LANGBEIN, CORNELIUS M. KERWIN, "Regulatory Negotiation versus Conventional Rule Making: Claims, Counterclaims and Empirical Evidence", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Julio 2000.
- LAVILLA RUBIRA, J.J. "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno doce años después", *Revista Española de la Función Consultiva*, Enero/Junio 2009.
 - ÍDEM: "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno", *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998.
 - ÍDEM: "Legitimación, actos generales y reglamentos: el valor normativo de las disposiciones organizatorias", *RAP* núm. 49, 1966.
 - ÍDEM: "El procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", en AAVV (Coord. BARNÉS VÁZQUEZ, J.), *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

- ÍDEM: *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- LISA BLOMBERG BRINGHAM, "The next generation of Administrative Law: Building the Legal infrastructure for collaborative governance", *Wisconsin Law Review*, 2010.
 - ÍDEM: "Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Public and Stakeholder Voice", *Journal of Dispute Resolution* núm. 2, 2009.
- LISA BLOMGREN BINGHAM, TINA NABATCHI, ROSEMARY O'LEARY, "The New Governance: Practices and Processes for Stakeholder and Citizen Participation in the Work of Government", *Public Administration Review*, Vol. 65, Núm. 5, Septiembre/Octubre 2005.
- LLORENS FERRER, M., "La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático", RCDP núm. 46, 2013.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Nuevas consideraciones sobre la posición del Consejo de Estado en relación con las Comunidades Autónomas", en *REDA* núm. 64, 1989.
- LOZANO CUTANDA, B., "Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: las diez reformas clave", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 9 (Ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), 2014, págs. 157-166.
 - ÍDEM: "Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente", *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2007.
 - ÍDEM: "El control judicial de los secretos de Estado", *REDA* núm. 94, 1997, págs. 255-286.
- MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (Coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

- MARIANO FLORENTINO CUÉLLAR, "Rethinking Regulatory Democracy", *Administrative Law Review* num. 57.
- MARISSA MARTINO GOLDEN, "Interest Groups in the Rule-Making Process: who Participates? Whose Voices Get Heard?", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Abril 1998.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "La transparencia en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 26, 2005, págs. 169-193.
- MARTÍNEZ CORRAL, J.A., "Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, Enero/Junio 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, L., "El sistema español de archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad", *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLXIX, 1999.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "Naturaleza de las Corporaciones Públicas Profesionales", *Revista Española de la Administración Pública*, Civitas, núm. 39, 1983.
- MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., "La entrada en vigor de las normas", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, noviembre 1999.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., "Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones", *RAP* núm. 40, 1963.
- MELERO ALONSO, E., "La "democracia orgánica" y el trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos", *Revista de estudios políticos*, núm. 126, 2004, págs. 237-264.
 - ÍDEM: *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- MENDEL, T., *El derecho a la información en América Latina*, Unesco, 2009.
- MESTRE DELGADO, J. F. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del art. 105 b) de la Constitución*. Civitas 2ª edición. Madrid 1998.

- ÍDEM: “El acceso a los registros administrativos: un derecho de nueva generación”, *Cuadernos de derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 1997.
- MIR PUIGPELAT, O., *El procediment d’elaboració de reglaments en la doctrina de la Comissió Jurídica Assessora*, Generalitat de Catalunya – Comissió Jurídica Assessora, 2013.
 - ÍDEM: "El papel de los Consejos Consultivos en la calidad de las normas", *Revista española de la función consultiva*, núm. 6, 2006.
- MIRÓN REYES, J. A., "Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información", *Derecho Comparado de la Información*, núm. 8, 2006.
- MOCK, William, B. T., "An Interdisciplinary Introduction to Legal Transparency: A tool for Rational Development", en *Dickinson Journal of International Law* núm. 293, 2000.
- MONASTERIO ESCUDERO, C. y FERNÁNDEZ LLERA, R., “La insoportable levedad del principio de transparencia presupuestaria”, *XII Encuentro de Economía Pública*, Palma de Mallorca 3-4 febrero 2005.
 - ÍDEM: “El principio de transparencia en la normativa de estabilidad presupuestaria”, *Hacienda Pública Española*, número Extra 2004, ejemplar dedicado a estabilidad presupuestaria y transparencia.
- MONTORO CHINER M.J., “Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva Europea", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 2, julio/diciembre 2004. Págs. 43 a 73.
 - ÍDEM: *La evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.
 - ÍDEM: "Técnica legislativa y evaluación de las normas", *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 6-7, 2000.
 - ÍDEM: "La calidad de las normas: ¿Desafío al Estado de Derecho?: El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes", *REDA* núm. 48, 1985.

- MOROTE SARRIÓN, J.V., *Las circulares normativas de la Administración Pública*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S., "Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", *RAP* núm. 84, 1987.
 - ÍDEM: *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.
 - ÍDEM: *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 437.
- MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T.R. (2008). "La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor", *Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008.
- NEIL EISNER, "Regulatory Negotiation: A Real World Experience", *Federal Bar News & Journal* núm. 31, 1984.
- NINA A. MENDELSON, "Private Control over Access to the Law: The Perplexing Federal Regulatory Use of Private Standards", *Michigan Law Review*, Vol. 112, Issue 5 (March 2014), págs. 737-808.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., "La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español" en AAVV (Coord. REBOLLO PUIG, M; CARBONELL PORRAS, E.; LÓPEZ BENÍTEZ, M.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.
 - ÍDEM: "A més transparència en la contractació pública menys corrupció", *Blog RCDP*, 26 de enero de 2015.
 - ÍDEM: "La buena legislación en los contratos del sector público: una necesidad inaplazable", *Die gute Rechtsetzung, Forschungsinstitut für öffentliche, Verwaltung*, University Speyer, 2015.
 - ÍDEM: *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001.
- OLMEDO PALACIOS, M., "La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Diario La Ley*, núm. 8237, 2014.

- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia de la administración", *Revista del Poder Judicial*, núm. 73, 2004, págs. 11-61.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "La inmediatividad del interés directo en la legitimación contencioso-administrativa", *RAP* núm. 82, 1977.
- ORTEGA CARBALLO, C., "Los registros administrativos como instrumentos de publicidad y transparencia en la gestión de la contratación pública", *Documentación administrativa*, núm. 274-275, 2006 (Ejemplar dedicado a: La nueva Ley de Contratos del Sector Público), págs. 93-114.
- OSCA FUERTES, B., "Aproximación al régimen disciplinario aplicable a alcaldes y concejales regulado en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3, 2014, págs. 291-301.
- OSTERDAHL, I., "Openness v. Secrecy. Public Access to Documents in Sweden and the European Union", *European Law Review* núm. 23, 1998.
- PADRÓS I REIG, C., MACÍAS CASTAÑO, J.M., "Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado", *RAP* núm. 194, 2014, págs. 113-151.
- PARADA, R., *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
 - ÍDEM: "La participación en el poder público. Títulos y enfrentamientos", *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2007.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R, BACIGALUPO SAGGESE, M., "Artículo 105. Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en AAVV (Dir. Alzaga Villaamil, Ó.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VIII, Artículos 97 a 112, EDESA, Madrid, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L., "La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema". *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio 2009.

- ÍDEM: "Los principios de la gobernanza europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 6, 2004, págs. 27-56.
- ÍDEM: *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.
- ÍDEM: "El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento", en AAVV (Coord. ÁLVAREZ CONDE, E.), *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998.
- ÍDEM: *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Ariel Derecho, 4ª Edición, Barcelona, 1996.
- PATRICE MC. DERMOTT, *Who needs to know?*, Bernan Press, Lanham, Maryland, 2008.
- PEMÁN GAVÍN, J.M., "Algunas manifestaciones del principio «pro actione» en la reciente jurisprudencia del TS", *RAP* núm. 104, 1984, Págs. 245-282.
- PEÑALVER I CABRÉ, A., TOLDRÀ I BASTIDA, L.X., "La participación de los ciudadanos en la Administración del medio ambiente de la Generalitat de Catalunya", *Autonomies: Revista catalana de derecho público*, núm. 15, 1992.
- PÉREZ ALONSO, J., "¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo", *RAP* núm. 188, 2011, págs. 325 y ss.
- PÉREZ CARRILLO, E., "La transparencia en el funcionamiento de la Unión Europea: El acceso público a los documentos de sus instituciones y órganos", *RVAP* núm. 56, 2000, págs. 349-385.
- PÉREZ MORENO, A., "El control judicial de la actuación administrativa en materia ambiental", *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2007.
 - ÍDEM: "Crisis de la participación administrativa", *RAP* núm. 119, 1989.
- PÉREZ TÓRTOLA, A., "La intervención del ciudadano en el procedimiento administrativo y su engarce con el artículo 23.1 de la Constitución Española", *Libertades Públicas y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

- PETER L. STRAUSS, "Implications of the Internet for quasi-legislative instruments of regulation", 28 *Windsor Y.B. Access Just.* 377, 2010.
- PETER L. STRAUSS, "Private Standards Organizations and Public Law", 22 *William & Mary Bill of Rights Journal*, 497, 2013.
- PHILIP J. HARTER, "Negotiating Regulations: A Cure for Malaise", *Georgia Law Journal* núm. 71, 1982.
- PIERCE, R.J. Jr., *Administrative Law Treatise*, Vol. 1, Aspen Publishers, USA, 2010.
- PINTO MOLINA, M., GÓMEZ CAMARERO, C., *La ciberadministración española en la sociedad de la información: retos y perspectivas*, Ediciones Trea, Gijón, 2004.
- PINTOS SANTIAGO, J., "La nueva configuración de la transparencia en la contratación administrativa: Comentario de urgencia al Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la Información y Buen Gobierno", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 126, 2013, págs. 50-65.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., "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", *RCDP* núm. 49, 2015.
 - ÍDEM: "Normalizar la cultura de la protección de datos" *20 años de protección de datos en España*, 2015, págs. 162-182
 - ÍDEM: "Aplicación extraterritorial de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos y derecho al olvido frente a los motores de búsqueda. Comentario rápido a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, Caso GOOGLE", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 215, 2014, págs. 20-23.
 - ÍDEM: "Administración electrónica y protección de datos personales", *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. Extra 1, 2011, págs. 145-175.

- ÍDEM: "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en RUIZ OJEDA, A.L. (coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 1023-1044.
- ÍDEM: "Códigos de conducta y espacio digital. Especial referencia a la protección de datos", *Datospersonales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 44, 2010.
- ÍDEM: "La protección de datos", *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Coord. Tomás Cano Campos) Vol. 7, (Servicios públicos), Iustel, Madrid, 2009. Págs. 191-236.
- ÍDEM: "El porqué de un Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos", *Revista española de protección de datos*, núm. 3, 2007, págs. 9-33.
- ÍDEM: "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Derecho contencioso-administrativo: libro homenaje al profesor Luis Henrique Farias Mata* (Coord. Badell Madrid, R.), 2006, págs. 551-607.
- ÍDEM: "Derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro", *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 13, 2005, págs. 21-46
- ÍDEM: "El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Cuadernos de derecho público (Ejemplar dedicado a: Protección de datos)*, núm. 19-20, 2003, págs. 45-90.
- ÍDEM: "Los retos de la Administración Electrónica: especial referencia a la protección de datos de carácter personal", *Libro marrón, Círculo de Empresarios, (Ejemplar dedicado a: La Administración Pública que España necesita)*, núm. 1, 2007, págs. 281-300.
- ÍDEM: "Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración Pública: notas provisionales para una reflexión", *La autorización administrativa. La administración electrónica. La*

- enseñanza del derecho administrativo hoy: Actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2007, págs. 51-92.
- ÍDEM: “Revolución tecnológica, nueva administración y derechos fundamentales”, *DIXI* núm. 13, 2011, págs. 8-32.
 - ÍDEM: “RSC y derecho a la protección de datos”, *Corresponsables* núm. 3, 2006.
- PIOTROWSKI, S., *Governmental Transparency in the Path of Administrative Reform*, University of New York Press, New York, 2009.
 - POMED SÁNCHEZ, L. A., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *RAP* núm. 42, 1997.
 - ÍDEM: *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.
 - PONCE SOLÉ, J., *Negociación de normas y lobbies*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.
 - ÍDEM: “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, *REDA* núm. 180, 2009.
 - ÍDEM: “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *RAP* núm. 162, 2003.
 - PONCE SOLÉ, J., SÁNCHEZ, A., “La evaluación de la calidad normativa”, en J.A. GARDE ROCA (Coord.), *La Agencia Estatal de evaluación de la Calidad de los Servicios y de las políticas públicas: reflexiones y propuesta de creación: informe comisión de expertos*, INAP, Madrid, 2005.
 - RAJ CHARI, JOHN HOGAN, GARY MURPHY, *Regulating lobbying: a global comparison*, Manchester University Press, Manchester, 2010.
 - RAMS RAMOS, L., “La transformación del derecho de acceso en España: del derecho de configuración legal a derecho fundamental”, *REDA* núm. 160, 2013.

- RANDALL CALVERT, MATHEW MCCUBBINS, BARRY WEINGAST, "A Theory of Political Control and Agency Discretion", *American Journal of Political Science* núm. 30, 1989.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., "Hacia la calidad de las normas: la elaboración de los reglamentos" en J.F. ALENZA GARCÍA y J.A. RAZQUIN LIZARRAGA (Coord.), *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente, Comentario Sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2007.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "Ley autonómica, reglamento y control", *RAP* núm. 128, 1992.
- REBOLLO PUIG, M., "La libertad de empresa tras la Ley de garantía de la unidad de mercado", *REDA* núm. 163, 2014, págs. 23-33.
 - ÍDEM: "La cuestión de ilegalidad" en *Justicia administrativa: revista de derecho administrativo*, 1999.
 - ÍDEM: "El ejercicio de potestades normativas y el Consejo de Estado", *Documentación administrativa*, núm. 244-245 (Ejemplar dedicado a: El Consejo de Estado), 1996, págs. 161-210.
 - ÍDEM: "Juricidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *RAP* núm. 125, 1991.
 - ÍDEM: "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988. Págs. 99 y siguientes.
- REVUELTA PÉREZ, I., "Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria", *RAP* núm. 193, Enero/Abril 2014
- RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

- ÍDEM:. “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España”, *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, 2009.
- RODRÍGUEZ COSTA, M., "Derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* (Coord. A. ARISMENDI y J. CABALLERO ORTIZ), Vol. 2, Civitas, 2003.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., "Tratamiento de los defectos en el procedimiento de elaboración de reglamentos, con especial referencia a la Comunidad Autónoma de Extremadura", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 15, Enero/Junio 2011.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, F.J., "Participación ciudadana en la elaboración de los reglamentos y reserva de ley: algunas consideraciones", *Autonomías* núm. 21, 1996.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Principio de seguridad jurídica y técnica normativa", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 2007
 - ÍDEM: "Sobre la transparencia en la Administración pública", *Revista de Estudios Locales*, núm. 103, 2007, págs. 28-39.
 - ÍDEM: "La transparencia en la Administración Pública", *RVAP* núm. 42, 1995, págs. 447-463.
- RON BEAL, "Rulemaking: Procedure as it relates to substance under the 2010 Model State Administrative Procedure Act", *Widener Law Journal*, núm. 20, 2010-2011.
- ROSINO CALLE, R.C., " Los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña sobre la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado", *Teoría y realidad constitucional*, núm. 34, 2014, págs. 627-638
- RUBIO LLORENTE, F., "El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 6, julio/diciembre 2006.

- RUIZ PIÑEIRO, F., "Nueva Ley de Garantía de la Unidad de Mercado", *Escritura pública*, ISSN 1695-6508, núm. 86, 2014.
- SAINZ MORENO, F. "Problemas actuales de la técnica normativa" en *Anuario Jurídico de La Rioja*, 1995; TUR ALSINA, R., "Técnica normativa, formas de gobierno y sistemas jurídicos", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
 - ÍDEM: "Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa", en AAVV, *La evaluación de las leyes*, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.
 - ÍDEM: "Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes", *REDA* núm. 20, 1979.
 - ÍDEM: "El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los Decretos Legislativos", *RAP* núm. 93, 1980.
- SALA ATIENZA, P. "El trámite de audiencia en la elaboración de los reglamentos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RAP* núm. 177, Septiembre-Diciembre 2008.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., "La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho", *RAP* núm. 119, 1989, págs. 133 y ss.
 - ÍDEM: "Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos: la corrección de la unilateral perspectiva política", *REDA* núm. 46, 1985.
 - ÍDEM: "Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo", *RAP* núm. 111, 1985.
- SÁNCHEZ DE DIEGO, M., "Un derecho fundamental a acceder a la información pública", en *El derecho de acceso a la información pública*, Madrid, CERSA, 2008.
- SÁNCHEZ FERRO, S., "La última jurisprudencia de la Corte Costituzionale Italiana en materia de Secretos de Estado", *UNED Teoría y realidad Constitucional* núm. 31, 2013, págs. 497-526.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

- ÍDEM: “Nuevas garantías de derecho administrativo”, *RAP* núm. 194, 2014.
- ÍDEM: "Participación, neocorporativismo y administración económica" en AAVV (Coord. Martín-Retortillo Baquer, S.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1991.
- ÍDEM: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- ÍDEM: "El principio de participación en la Constitución española", *RAP* núm. 89, 1979, págs. 179 y ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Segunda Edición, Ed. Iustel, Madrid, 2009.
 - ÍDEM: "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva*, Julio/Diciembre 2004.
 - ÍDEM: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "La técnica normativa en la Unión Europea", *Revista española de la función consultiva*, núm. 11, 2009.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHMITT, C., *Die Lage der europäische Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1949.
- SCHRAG, “Working Papers as Federal Records: The need for New Legislation to Preserve the History of National Policy”, *Administrative Law Review* núm. 95, 1994.
- SCHRAM, F., “Debating Transparency: A Challenge for the Belgian Presidency”, en DECKMYN, V. (Ed.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht, Países Bajos, 2002, págs. 33-90.

- SCHWARTZ, *Administrative Law*, Third Edition, Little Brown and Company, Boston 1991.
- SCOTT R. FURLONG, CORNELIUS M. KERWIN, "Interest Group Participation in Rule Making: A Decade of Change", *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 15, núm. 3, 2005.
- SERRANO MARTÍNEZ, J., "Corrupción y contratación pública", *Temas para el debate* (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), núm. 223, 2013.
- SOLOMON GOLDMAN (Editor), *The Words of Justice Brandeis*, Henry Schuman, New York, 1953.
- STEPHEN M. JOHNSON, "Beyond the usual suspects: ACUS, Rulemaking 2.0, and a vision for broader, more informed and more transparent rulemaking", *Administrative Law Review* núm. 65, Vol. 1, 2013.
- STEVEN J. BALLA, *Public Commenting on Federal Agency Regulations: Research on Current Practices and Recommendations to the Administrative Conference of the United States*, 15 de Marzo de 2011.
- STIGLITZ, J.E., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics", *Quarterly Journal of Economics*, núm.115, 2000.
- STUART MINOR BENJAMIN, "Evaluating E-Rulemaking: Public Participation and Political Institutions", *55 Duke Law Journal*, núm. 55, 2006.
- TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- TESSA HEB, "The Economic Inefficiency of Secrecy: Pension Fund Investor's Corporate Transparency Concerns", *Journal of Business Ethics*, núm. 63, 2006, Págs. 385-405.
- THOMAS N. HALE y ANNE-MARIE SLAUGHTER en "Transparency: possibilities and limitations", *Fletcher Forum of World Affairs Journal*, núm. 153, 2006.
- THOMAS S. BLANTON, "The World's Right to Know", *Foreign Policy*, julio-agosto 2001.

- TORNOS MAS, J., "La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia", *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 19, 2014, págs. 144-177.
 - ÍDEM: "Los indultos y su control jurisdiccional", *Revista Jurídica de Catalunya* Vol. 113, núm. 1, 2014, págs. 39-78.
 - ÍDEM: "El papel de los Consejos Consultivos en la tramitación y aprobación de las normas con fuerza de ley", *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 4, 2005.
- TORNOS MAS, J., ARROYO DIEZ, A., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., y LÓPEZ PAGÁN, J., *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*, Colección de Estudios sobre Políticas Públicas Locales y Regionales de Cohesión Social, Programa URB - AL III, Barcelona, 2012.
- TORRES VENTOSA, J.J., "La regulación legal de los secretos oficiales", *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, núm. 16, 1998, págs. 357-388.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.
 - ÍDEM: *Derecho urbanístico de Catalunya*, Ed. Atelier, 4ª Edición, 2013.
 - ÍDEM: "La legitimación para impugnar reglamentos mediante el recurso contencioso-administrativo directo", *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1, 1996.
 - ÍDEM: "La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria", *Poder Judicial* núm. 34, 1994.
 - ÍDEM: *¿Son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- TRONCOSO REIGADA, A. (Dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Ed. Thomson - Civitas, Madrid, 2008. ABJORNSSON, B., "Relación entre la protección de datos y la libertad de prensa y expresión".

- VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo común* (2.^a ed.), Granada, Ed. Comares, 2007.
- VALERO TORRIJOS, J., y LÓPEZ PELLICER, A., "Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de datos personales en la actividad administrativa", *RVAP* núm. 59, 2001.
- VELASCO RICO, C.I. "La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿De qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? *Revista jurídica de Castilla y León* número 33, dedicado a la transparencia y acceso a la información pública, 2014.
 - ÍDEM: "Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal de transparencia, derecho de acceso a la información y buen gobierno", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 17, 2013, págs. 279-328.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, A., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos", *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2001.
- VILLAREJO GALLENDE, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. "El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios", en Informe de Comunidades Autónomas 2008, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- WADE, W. y FORSITH, C., *Administrative Law*, 9th Ed., Oxford University Press, Oxford, 2004.
- WARREN, J., "Administrative Law, judicial review, state secrets and the Freedom of Information Act", *South Carolina Law Review*, 332, 1971.
- WILLIAM FUNK, "Bargaining Toward the New Millennium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest", *Duke Law Journal* núm. 46, 1997.

- WILLIAM PEDERSEN, "Formal Records and Informal Rulemaking", 85 *Yale Law Journal* 38, 1975.
- WILLIAM V. LUNEBURG, THOMAS M. SUSMAN, REBECA H. GORDON (Eds.), *The Lobbying Manual. A Complete Guide to Federal Lobbying Law and Practice*, ABA, Chicago, 2009.
- WILLIAM V. LUNEBURG, THOMAS M. SUSMAN, *The Lobbying Manual. A Complete Guide to Federal Law Governing Lawyers and Lobbyists*, Third Edition, American Bar Association, Chicago, 2005.
- XIFRA, J., *Lobbying. Cómo influir en eficazmente en las decisiones de las Instituciones Públicas*. Gestión 2000, Barcelona, 1998.

