

Documento definitivo para aprobación: PONENCIA SOBRE OBJETO Y EL ALCANCE DE LA NUEVA LEY DE TRANSPARENCIA

Elaboración:

Gustavo Samayoa Estrada (Consejo de Consumidores y Usuarios)

y Jesús Oitavén Barcala (Xunta de Galicia)

1. ANTECEDENTES

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno centra su objeto en la regulación de la transparencia de la actividad pública, desde una doble perspectiva, la de la publicidad activa, y la del acceso a la información pública. Así mismo, su objeto también incluye la regulación de unas pautas mínimas o básicas de buen gobierno.

El propio preámbulo de la norma señala que la ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–.

El alcance de esta ley debe entenderse enmarcado en un momento concreto, en el que existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos, así como normas sectoriales que contemplaban el acceso a la información pública, pero resultaba necesario crear un marco jurídico específico que regulase de forma unitaria y acorde con las nuevas exigencias ciudadanas estas materias.

Los ponentes, inicialmente, han realizado una propuesta amplia basada en que, en la actualidad la transparencia y el buen gobierno se encuentra íntimamente relacionados con otras cuestiones, hoy la transparencia se concibe como uno de los pilares en los que se asienta el gobierno abierto o la administración abierta, que según la Declaración del

Consejo de la OCDE sobre gobierno abierto se define como una cultura de gobernanza que promueve los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo. De esta forma, no puede separarse el concepto de transparencia de otros conceptos como el de integridad, rendición de cuentas, participación e inclusión.

De hecho, el propio IV Plan de Gobierno Abierto de España, en la definición de los cuatro grandes objetivos de Gobierno abierto incorpora la rendición de cuentas en el mismo eje que la transparencia.

Del mismo modo, en la definición del alcance de la reforma de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, el propio IV Plan de Gobierno Abierto de España señala que dicho alcance deberá perfilarse en los procesos de consulta y audiencia pública, si bien se considera necesario profundizar en las cuestiones más demandadas por la ciudadanía tales como la ampliación de las obligaciones de publicidad activa, las máximas garantías en el ejercicio del derecho de acceso y en la actividad de los órganos garantes y el impulso de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

En el debate de la ponencia se ha producido un consenso sobre el mandato realizado al subgrupo de trabajo en el sentido de ajustarse al objeto de la actual norma, sin incluir por tanto nuevas materias o temáticas.

2. ANÁLISIS:

Idoneidad para hacer frente al problema o atender a fines identificados

Inicialmente, la ocasión para la reforma de la ley de transparencia, abre la puerta a una regulación que tenga pretensión de abarcar los múltiples contenidos relacionados con la transparencia, la participación, el derecho a la información o el buen gobierno.

Desde una perspectiva de racionalidad de contenidos parece que una norma de esta categoría debería de incluir, con pretensión de totalidad, aquellas regulaciones que afectan al concepto de buena gobernanza tales como el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses que afectan a altos cargos, el régimen de regulación de los grupos de interés en la medida en que puedan afectar al recto proceder en la toma de decisiones administrativas, o la regulación de la protección del denunciante y los canales de denuncia.

El momento en que se desarrollan los trabajos de este grupo, posterior a la aprobación del plan normativo del gobierno aprobado en el mes de enero de 2022, hace difícil separarse de la hoja de ruta marcada en dicho plan que contiene previsiones normativas de contenidos comentados en el párrafo anterior. No obstante, tomando como referencia los objetos que figuran en otros textos normativos de las CC.AA. parecería oportuno ampliar el objeto de la ley en su redacción actual en el sentido que se enunciará en la propuesta.

En la primera reunión del grupo de trabajo se realizó una reflexión sobre este tema que fue contestado en los siguientes términos:

“Sobre lo planteado, se apunta que el momento de esta propuesta hubiera sido cuando se elaboró el IV Plan de Gobierno Abierto para el periodo 2020-2024. Ahora, una vez aprobado, queda ajustarse a su mandato que, por lo que se refiere a la reforma de la ley de transparencia, se ciñe al título I y III de la Ley actual. Si bien un único documento allanaría las fases para la aprobación de las normas citadas, no obstante, su unificación tendría una complejidad añadida dado que las partes interesadas no son las mismas y los trabajos para la preparación de las otras piezas normativas están en un estado más avanzado y tienen otro calendario. Coinciden los miembros del subgrupo en que podría haber sido mejor un enfoque conjunto, pero que en este momento el mandato del IV Plan de Gobierno Abierto es la ejecución del compromiso de la reforma de la Ley de transparencia”.

Existe una posición mayoritaria sobre que el contenido, y por tanto el objeto de la nueva ley ha de centrarse en la transparencia y por tanto se descartan las materias relativas a integridad o buen gobierno que son objeto de otras regulaciones.

Congruencia con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico e incidencia en los derechos y libertades constitucionales.

Los contenidos de la futura ley son un desarrollo de las previsiones establecidas en los artículos 103 y 105 de la Constitución y una manifestación del servicio objetivo de los intereses generales, así como de los principios de buena administración. En particular la regulación de la participación ciudadana incide directamente el derecho constitucional consagrado en el artículo 23 relativo a la participación directa en los asuntos públicos.

Diversas leyes sectoriales prevén el acceso a la información pública, desde las de procedimiento administrativo común a la legislación medioambiental.

Además, debe de tenerse en cuenta el plan normativo anual aprobado por el gobierno y la necesidad de congruencia entre las propuestas normativas que en el mismo figuran.

[El contenido del derecho y su valoración en términos de regulación constitucional será objeto de un análisis específico](#)

Fundamento competencial

Conectado directamente con el objeto de la ley debe de realizarse una referencia a su alcance en términos de constitucionalidad de la norma y respeto al ámbito competencial de las CC.AA.

La actual ley configura buena parte de su contenido como legislación de carácter básico con una extensión notable que figura en su DF Octava:

Disposición final octava. Título competencial.

La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1.^a, 149.1.13.^a y 149.1.18.^a de la Constitución. Se exceptúa lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 6, el artículo 9, los apartados 1 y 2 del artículo 10, el artículo 11, el apartado 2 del artículo 21, el apartado 1 del artículo 25, el título III y la disposición adicional segunda.

Así pues, de la totalidad de su articulado (40 artículos) más del 65 por ciento tienen el carácter de básicos.

Según el artículo 147.2.c) de la Constitución, los estatutos de autonomía contendrán la organización de sus instituciones propias, a lo que se añaden las previsiones del 148.1.1 relativas a la competencia autonómica para regular la organización de sus instituciones.

Al determinar la competencia estatal, el artículo 149.1.18^a la configura sobre el procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CC.AA.

No cabe ninguna duda sobre el carácter organizativo que pueden tener los mecanismos de participación que se puedan establecer acerca de los sistemas de rendición de cuentas o los contenidos pormenorizados de publicidad activa (y por supuesto mucho más las decisiones relativas a buen gobierno tales como los mecanismos de traslación de

información en los momento de traspaso de poderes, la regulación de los gobiernos en funciones, determinaciones sobre las conductas de los altos cargos o los diferentes mecanismos de registros administrativos), por lo la ley estatal debe de ser especialmente cuidadosa con ese respeto competencial, más aun si se tiene en cuenta que la mayoría de las CC.AA. han aprobado legislación.

Ya desde las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se consagró el principio de que las CC.AA. gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa (STC 4/1981).

En el mismo sentido se manifiesta al contenido competencial que permite a las CC. AA. «adoptar las opciones organizativas que mejor se acomodan a sus necesidades e intereses» y la capacidad de «las Comunidades Autónomas disponen de un amplio margen de libertad de decisión, que les permite sin duda expresar sus propias opciones políticas sobre la organización administrativa que de ellas depende» (STC 227/1988)

Nuevamente la STC 251/2006 confirma que «la potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas constituye una manifestación central del principio de autonomía».

Por supuesto los títulos habilitantes estatales pueden a través de las bases establecer principios y reglas básicas pero sin llegar a pormenorizar de tal modo que excedan de los elementos esenciales que establezcan un régimen común aplicable al conjunto de las administraciones que tenga por finalidad garantizar un tratamiento general a los administrados pero que cuando se extiende con un elevado grado de detalle o minuciosidad elimina la capacidad autonómica de desarrollo legislativo y genera una vulneración competencial.

[A lo largo de las diferentes ponencias se ha realizado también un análisis competencial de las diferentes propuestas.](#)

Los redactores de la ponencia, reflexionan inicialmente, sobre que la norma, aunque sea objeto de la ponencia relativa al ámbito subjetivo, debe de ser también posibilista para las corporaciones locales de menor tamaño y población, caracterizadas por unas capacidades de gestión más limitadas por lo que resulta imprescindible segmentar el cumplimiento de obligaciones de transparencia y publicidad activa, e incluso del acceso información

pública con la finalidad de hacer posible la gestión diaria de los asuntos con un cumplimiento razonable de los contenidos básicos de la ley.

[Las particularidades respecto al régimen de publicidad activa de determinados municipios ha sido objeto de un análisis en la ponencia respectiva](#)

La viabilidad de las propuestas

Las determinaciones de la nueva ley pueden generar un consumo importante de tiempo y recursos para cumplir con los objetivos de la misma.

En especial en cuanto a las obligaciones de publicidad activa debe de tenerse en cuenta que no todas las administraciones tienen sistemas tecnológicos que permitan automatizar la obtención de la información, por lo que en un momento de tensión en las administraciones públicas, derivado de los procesos de recuperación económica, debe realizarse una especial ponderación de la carga de trabajo que pueda suponer, así como los costes económicos de las herramientas tecnológicas necesarias para implantarlas.

La futura ley debe de partir de un carácter posibilista inicial que no haga necesario un régimen transitorio de cumplimiento de las obligaciones, sobre todo en temas de publicidad activa.

Aportación particular de Gustavo Samayoa; desde la participación ciudadana, se hace necesario tener en consideración a colectivos vulnerables, vulnerabilidad recogida en el Real decreto 1/2021, mediante el cual por primera vez se define el concepto de persona consumidora y usuaria, ya no solo por motivos económicos, sino por diferentes criterios como el género, la discapacidad y la edad, prestando especial atención al acceso a la información, no olvidando la enorme brecha digital que aún existe en nuestro país, de cara a facilitar la comprensión de las normas y la información que suministran las administraciones en el ejercicio de la publicidad activa, e instrumentar medidas para colectivos con mayores dificultades de acceso y una especial esmero en el acceso a la información a las personas de mayor vulnerabilidad, que tengan dificultades con el uso o acceso a las nuevas tecnologías.

[Las particularidades respecto al régimen de publicidad activa de determinados municipios ha sido objeto de un análisis en la ponencia respectiva](#)

3. PROPUESTA

La actual redacción del objeto de la ley se establece en el artículo 1;

Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento

Se propone modificar el artículo dedicado al objeto en los siguientes términos:

“Esta Ley tiene por objeto incrementar la transparencia de la actividad pública, estableciendo las obligaciones de publicidad activa, definida como aquella que posibilita la participación informada de la ciudadanía, y garantizando el derecho de acceso a la información, con la finalidad de mejorar la participación, facilitando su ejercicio por los colectivos más vulnerables o con mayores dificultades de comunicación con las administraciones, así como establecer el régimen de corrección de su eventual incumplimiento y de los órganos de control y garantía en la administración general de Estado”.

Como recomendación a los redactores del texto articulado, una vez consolidados todos los textos de las ponencias, se propone por el subgrupo elaborar un artículo de definiciones, que tengan en cuenta la doctrina de los diferentes órganos de garantía y las emanadas de las resoluciones judiciales, al menos en los siguientes conceptos:

- Información pública
- Información de carácter auxiliar o de apoyo
- Acción de reelaboración
- Solicitudes repetitivas
- Carácter abusivo de la solicitud o en su caso de solicitud poco razonable