



Óscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso

Abogado del Estado

### Resumen

El ordenamiento jurídico español no contempló en sus orígenes, como tal concepto, la transparencia. Lo que terminológicamente parece evidente, desde la perspectiva jurídica, se despliega en un abanico de materias y posibilidades que desborda un posible estudio unitario. El autor examina en este artículo el desmedido uso jurídico del término, para acabar centrándolo en el ámbito de la actividad administrativa, como medio para lograr la eficacia de la misma. Tras examinar los distintos textos legales donde información se mezcla con transparencia en la Administración, el autor realiza un examen crítico del contenido de la nueva legislación en materia de transparencia.

**Palabras clave:** transparencia, información, actividad administrativa, procedimiento, eficacia, derechos ciudadanos.

### Abstract

The Spanish legal system not included in its origins, as such a concept, transparency. What seems terminologically clear, from the legal perspective is displayed in a range of materials and possibilities that goes beyond a possible unit study. In this article, the author examines the excessive legal use of the term, to end up centering it in the area of administrative activity as a means to achieve the same efficiency. After examining the various legal texts where information is mixed with transparency in the Administration, the author carries out a critical examination of the content of the new legislation on transparency.

**Keywords:** transparency, information, administrative activity, procedure, efficiency, citizen rights.

## 1. Una aproximación conceptual

Para la Real Academia Española se entiende por transparencia la “*calidad de transparente*”, término del que la citada institución deriva posibles significaciones como pueden ser la de (primera acepción) “*cuerpo a través del cual pueden verse los objetos claramente*”, la de (tercera) “*que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse*” o la de (cuarta) “*claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad*”, pudiendo estas dos últimas acepciones predicarse de cosas, personas o incluso de conceptos abstractos. Este concepto no debe confundirse con el de translucidez, pues desde luego ver la luz no es lo mismo que vislumbrar formas concretas y definidas, y por supuesto resulta diametralmente opuesto al de opacidad, “*calidad de opaco*”, que se entiende como aquello que “*impide el paso de la luz*”.

En suma, el término “transparencia” tiene más de físico, o incluso de metafísico, que de jurídico. Ahora bien, el derecho lo emplea, y además, y como luego se demostrará, lo hace con profusión. Y la causa de tan extenso uso no resulta tanto de oscuras cuestiones de técnica normativa, cuanto de razones puramente socio-políticas, motivo por el que debemos traducir qué entendemos por transparencia en lo jurídico.

## 2. Sobre el desmedido uso de un término por el Derecho

En efecto, la transparencia aparece en textos jurídicos de muy diversos ámbitos, hasta el punto que no cabe entenderlo como un concepto jurídicamente unívoco, en lo que se refiere al área del derecho en que se aplica.

Así, la transparencia encuentra un primer y primordial hueco en el sistema electoral, en que el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General 5/1985 persigue que, a través de las juntas electorales, los procesos de elección democráticos sean todo lo transparentes y objetivos que deben ser.

Del mismo modo, quien gestiona lo público debe ser transparente, y si esta regla ya se aplica para los parlamentarios según los

reglamentos de las distintas cámaras; de igual modo dirigentes políticos y miembros de gobiernos, estatales y autonómicos, se esfuerzan en hacerse económicamente transparentes, e incluso se imponen legalmente esta obligación, a fin de que quede claro que de la política no se obtienen réditos. A título de ejemplo, la Ley 6/1994 castellano-manchega.

La transparencia en el funcionamiento administrativo como tal acaba de recibir un impulso notorio con la tramitación parlamentaria de un texto legal, pendiente de aprobación de enmiendas menores en el Senado a la fecha de redactarse este artículo, al que posteriormente dedicaremos el pertinente estudio. Hasta la aprobación de este nuevo texto, no es que no se persiguiese por la Administración la transparencia, sino que lo que se regulaba eran parámetros tendentes a evitar la opacidad de las administraciones, como reflejan diversos preceptos de la Ley 30/1992 (norma administrativa común), del Real Decreto Legislativo 3/2011 (o de sus textos predecesores en materia contractual pública), entre otras normas, que se esfuerzan en que los procesos administrativos sean, si no literal y terminológicamente transparentes, al menos no opacos.

Incluso parece que determinadas Comunidades Autónomas se han adelantado al Estado, al menos en cuanto a títulos —en cuanto a contenidos puede abrirse un amplio debate al respecto—, como sucede con la Ley andaluza 6/2005, que proclama el afán de transparencia en la actividad publicitaria de las Administraciones andaluzas, la Ley gallega 4/2006, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, la Ley madrileña 3/2007, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, que concibe la transparencia, en su parte expositiva, como vertebradora de la Administración, o incluso la reciente Ley foral 11/2012, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra. Por citar algunos ejemplos.

Es más, no sólo el poder legislativo (las Cortes y distintas Asambleas Autonómicas) y el ejecutivo (los distintos Gobiernos y sus Administraciones) se van sometiendo a tan omnipresente principio o término, también el poder judicial debe resultar transparente y así, la Ley 15/2003, reguladora del régimen retributivo



de las carreras judicial y fiscal, consagra el objetivo general de transparencia proclamado en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, creando un instrumento técnico llamado Plan de Transparencia Judicial que fue aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005.

La economía, tanto pública como privada, es campo abonado para que exista transparencia, y muestra de ello son las leyes estatales 4/2007, de Transparencia Financiera de Administraciones y Empresas Públicas y en gestión de servicios mediante concesión, y 6/2007, que modifica la del Mercado de Valores de 1988 en aras de la “transparencia de los emisores”. Y dentro de lo económico, lo puramente presupuestario-administrativo tampoco escapa a este concepto, e incluso la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria, dedica un capítulo V al principio de transparencia en este ámbito.

Nos encontramos por tanto con un concepto de uso jurídico, mas no debe escapar al lector que la revista en la que este artículo se encuadra no permite extendernos sobre los muy diversos ámbitos en los que se emplea, sino que llama a centrarnos en el que resulte más próximo al propiamente educativo, lo que ahora trataremos de acometer.

### 3. La transparencia en el sentido jurídico que a la educación interesa

La transparencia, en lo que a la educación respecta, puede concebirse inserta en el ámbito del procedimiento o más concretamente del modo de actuar administrativo, en la medida en que la educación se imparte principalmente desde Administraciones, y si no, desde entidades privadas sometidas a fuertes reglamentaciones educativas, que forman parte del ordenamiento administrativo, como una rama del mismo.



Desde esta perspectiva, puede afectar desde luego al ciudadano medio en muchas vertientes, como padre o tutor, como alumno, pero también como docente, personal administrativo de centros docentes, o incluso a la institución pedagógica en sí. Además, si ligamos la transparencia al gasto de las Administraciones Públicas, resultará evidente que en un ámbito como el educativo, en que el gasto es ineludible y además en grandes cifras para el erario, el concepto de transparencia aparecerá sin grandes esfuerzos.

En efecto, si vinculamos la transparencia en la educación al actuar administrativo, lo más propio podría parecer ligar este concepto, en su vertiente jurídica, a la norma de procedimiento administrativo, que en principio aparece como estatal (la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo “común”), pero que puede verse modulada —de hecho lo está, como hemos visto en el anterior punto— por disposiciones de desarrollo autonómicas. Mas, como hemos adelantado, lo cierto es que la transparencia va más allá, y abarca no solo el procedimiento administrativo, sino también el contractual público (la adjudicación de contratos, en suma), el presupuestario (cómo se gasta), el funcional (la selección de docentes) o el subvencional (las becas), por citar algunos ejemplos.

En consecuencia, si precisamos desarrollar y encajar este concepto que el derecho emplea con profusión, y no podemos ceñirlo a un ámbito sino a muchos; e incluso si en el educativo que nos ocupa admite ramificaciones; deberemos hacer la labor de su categorización para poder ofrecer de él una visión panorámica. Y dentro de las categorías jurídicas, podríamos examinar si pertenece a las previstas en la Constitución, tales como la de derecho fundamental, la de principio rector de la política del gobierno, o incluso la de “mero” mandato de la Constitución, que como tal no deja de ser norma. Bajando al escalón de la legislación ordinaria, podría concebirse como derecho ciudadano que implica una contrapartida de deber público. Incluso, fuera de normas concebidas formalmente como tales, podríamos hablar de un principio general del derecho que debiera informar el ordenamiento.

Podemos descartar, a mi juicio, esta última opción. Por más que sea deseable como principio inspirador del ordenamiento la transparencia en los Gobiernos y en sus Administraciones, no parece que ésta sea la tendencia histórica, que fluctúa, de período en período, entre atención a la primacía del interés de Estado o a la del interés ciudadano.

Desde una vertiente constitucional, en cambio, podemos tratar de aproximarlos a las categorías de derecho fundamental, principio rector o mandato constitucional. No nos encontramos ante un derecho fundamental, pues sólo cabe entender como tales los mencionados en los artículos 14 a 29 de la Constitución. Eso sí, la transparencia se aproxima a ellos si la concebimos como medio para lograrlos: así, la transparencia facilita el trato igual entre y a ciudadanos que proclama el artículo 14 (piénsese en la transparencia como medio para lograr esa igualdad en procesos selectivos de cualquier tipo que realiza una Administración), es un medio eficaz para lograr la libre comunicación de la información que establece el artículo 20.1 d), e incluso facilita el ejercicio del derecho de petición del artículo 29; ahora bien, su empleo irracional puede también quebrar derechos fundamentales, como los comprendidos en el artículo 18 (intimidad) o 24 (tutela judicial efectiva), por citar algunos.

Por el contrario, no nos encontramos ante un derecho/deber ciudadano de los previstos en los artículos 30 a 38, ni tampoco ante un principio rector de la política social y económica de los artículos 39 a 52, si bien en determinadas vertientes la transparencia ayuda a la defensa de consumidores y usuarios prevista en el artículo 51.

Queda apreciar, fuera de tales categorías, si nos encontramos con un mandato constitucional. Y lo cierto es que como tal no existe; mas, nuevamente, la transparencia puede concebirse como un medio para lograr alcanzar mandatos constitucionales, y desde esta perspectiva encajaría como medio para lograr el cumplimiento del mandato constitucional de eficacia de la Administración a que obliga el artículo 103. La transparencia también se liga al mandato constitucional de audiencia al ciudadano que el artículo 105 prevé en su triple vertiente de disposiciones generales (prevista en la Ley del Gobierno), de acceso a archivos y registros, y al procedimiento (contemplados ambos extremos en la Ley 30/1992 y en la nueva Ley, de la que luego tratamos).

La transparencia resulta ser, en consecuencia, un instrumento de primer orden para servir al ciudadano, para proporcionarle la información precisa que le evite la indefensión, para sustraerle a la opacidad de la burocracia administrativa. O dicho en otros términos, la transparencia debe servir para evitar el uso de la oscuridad administrativa para obstaculizar esa eficacia, así como para evitar el aumento de costes al erario; mas también debe evitarse su uso para dar al ciudadano armas que éste emplee de modo abusivo y que de facto entorpezcan el actuar administrativo.

La información resulta necesaria, antes, durante y después de iniciar y culminar un expediente administrativo, incluyendo aquellos que comportan la realización de gastos, y la transparencia se erige en el instrumento necesario para que esa información fluya, debiendo además hacerlo de forma natural.

Ello nos lleva a la situación actual y al último escalón, el de legalidad ordinaria, en el que se contempla el binomio transparencia-información como un derecho ciudadano ligado a la eficacia administrativa, y por supuesto como un deber para la Administración.

Ahora bien, toda norma de procedimiento, incluso las asentadas en la Constitución, tiene límites que no pueden soslayarse, y muy particularmente los radicados en los derechos de los demás. La transparencia no puede servir por tanto de excusa para la lesión de derechos ajenos, tanto de contenido económico (propiedad industrial o intelectual, etc.) como no (privacidad).

#### **4. La Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno**

Por necesidades editoriales que superan a quien redacta estas líneas, y que obligan a hacerlo antes de poder examinar un texto legal en firme y publicado en el BOE, a la fecha de redacción de este artículo<sup>1</sup> se ultima en el Senado la tramitación del proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que en buena medida pretende cubrir parte de lo que se ha venido indicando en líneas anteriores.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley, la transparencia en nuestro ordenamiento no viene de la nada y, de hecho, muchos de los textos previos se mantienen sin derogación alguna, o incluso se amplían con la nueva ley. Así, y además del derecho de acceso a archivos y registros de la Administración consagrado en el artículo 37 de la Ley 30/1992, cita la parte expositiva ámbitos como los de contratos (Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), subvenciones (Ley 38/2003, de Subvenciones), presupuestos (Ley 47/2003, General Presupuestaria) o actividades de altos cargos (Ley

5/2006, de incompatibilidades de miembros del gobierno y altos cargos de la Administración), por lo que nuestro país —indica la futura nueva ley— “*cuenta con un destacado nivel de transparencia*”. Añade esta parte expositiva que, además en nuestro ordenamiento, existen disposiciones específicas destinadas a la información y transparencia en el actuar administrativo, tales como la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; o la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público.

Existen por tanto normas en nuestro ordenamiento aplicables al concepto de transparencia, mas resulta obvio indicar, lo que ya hemos hecho, la falta de tratamiento unívoco del mismo desde una perspectiva jurídica, lo que el nuevo texto pretende paliar, aunque no lo logre plenamente —al menos— por dejar de lado la vertiente jurídico-privada del término, lo que no deja de ser lógico.

Desde otra perspectiva, pretende igualmente el nuevo texto colmar lagunas de los anteriores, añadiendo por un lado principios que sirvan para interpretar normas, y por otro pautas procedimentales innovadoras que permitan hacer de la transparencia un concepto jurídico aplicable y no una vaga formulación de máximas de actuación.

#### **5. Sujetos afectados por la norma**

Apuntado lo anterior es de destacar, antes de entrar en los aspectos materiales de la Ley, que los sujetos a los que se aplica son muchos y muy variados, y se han ido ampliando a resultados del debate parlamentario, quizá por la ilusión volcada en el proyecto y por los fines de pureza democrática que con él se pretenden; si bien entiende quien redacta que más por una crisis sin precedente que ha generado una enorme presión tendente a lograr que la mujer del César no sólo sea decente, sino que, en estos convulsos días, lo parezca más que nunca.

Así, los sujetos afectados por esta transparencia reglada no sólo lo son el Gobierno y su Administración, sino también los otros dos poderes del Estado (legislativo y judicial) y sus miembros, ampliándose a los órganos constitucionales e incluso a perceptores de cualesquiera fondos públicos. En efecto, la ley va más allá de lo estrictamente público, y se aplica no sólo a personalidades privadas del sector público (entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles, fundaciones y asociaciones de origen o fondos públicos), sino incluso a partidos políticos, sindicatos, patronal; así como a toda organización privada perceptora de fondos públicos, siempre que en un año perciban al menos cien mil euros o que el cuarenta por ciento de sus ingresos provenga de lo público (con un mínimo de tres mil euros), e incluso a adjudicatarios de contratos que, en determinadas condiciones, son sujetos obligados a presentar determinada información. Y no sólo las personas jurídicas, sino también las físicas pueden acabar sujetas a obligaciones de suministrar información a las Administraciones o entidades directamente sujetas de las que dependen, para que éstas a su vez puedan cumplir con las obligaciones que esta ley les marca.

No puede dejar de verse esta vertiente subjetiva como uno de los grandes aciertos de la nueva norma. Se trata de implicar a quien maneje dinero público, no ya en meras obligaciones formales, sino que al mismo tiempo se persigue impregnar su actividad de una filosofía consistente en que recibir fondos públicos supone una responsabilidad, no solo propia (moral), sino también de cara al ciudadano.

<sup>1</sup> Se trabaja con el último dictamen del Congreso de los Diputados remitido al Senado, publicado en el BOCG de 9-9-2013, obtenido del sitio web <http://bit.ly/17k0mF6>, serie A, Num.19-5.

Otro de los aciertos de la nueva Ley es que persigue un texto de mínimos aplicable por toda Administración y que, en consecuencia, tiene una vocación estatal. En suma, se trata de afectar a la Administración General del Estado, a la de cada Comunidad Autónoma, a las Administraciones dependientes de una u otras, a las Entidades Locales y, además, a toda suerte de personificación jurídica que dependa de las anteriores, incluso en vertientes privadas. La Ley sienta un mínimo que las Comunidades Autónomas podrán desarrollar en su vertiente legislativa, y en su respectivo ámbito competencial. Se trata de lograr el mismo éxito unificador que, bajo la perspectiva del procedimiento común, se alcanzó con la ya veterana (aunque reformada) Ley 30/1992. De sentar, en suma, un mínimo que haga el derecho discernible a nivel estatal, sin que se desdibuje por posibles desarrollos autonómicos, que sólo podrán sumar, nunca restar, a ese mínimo discernible por el ciudadano medio.

Sin embargo, este ambicioso ámbito subjetivo ofrece aspectos curiosos, y no deja de serlo el hecho de que corporaciones de derecho público (p.ej., un colegio profesional), la Casa del Rey, el Congreso, etc., sólo se sometan a la ley en su “*actividad sujeta a derecho administrativo*”, mientras que entidades del sector público bajo forma privada (fundaciones, sociedades y asociaciones) sometan toda su actividad —privada— a la ley, o lo que es lo mismo, entidades de derecho privado carentes de actividad sujeta a derecho administrativo, o todo lo más tímidamente cercana a la misma en vertiente presupuestaria o contractual pública, deberán ser absolutamente transparentes; mientras que determinadas instituciones que se rigen por Derecho constitucional o Administrativo podrán resultar opacas en lo que no se refiera estrictamente a derecho administrativo.

## 6. La transparencia propiamente dicha, a través de dos procedimientos

En lo que a los aspectos materiales se refiere, la ley se divide en dos títulos (el tercero versa sobre un órgano de nueva creación al que luego nos referiremos), el primero sobre transparencia propiamente dicha, que abarca reglas sobre publicidad activa y acceso a la información, y el segundo sobre buen gobierno, en el entendido de que el mismo es un medio adecuado para alcanzar el deseado fin de la transparencia.

### 6.1. La publicidad activa

Antes hemos hablado de que el nuevo texto ofrece pautas procedimentales innovadoras para hacer efectiva la transparencia. El procedimiento tradicionalmente existente para ofrecer información pública al ciudadano —fuera ya de la publicidad institucional, la presupuestaria, o la estadística pública— era elementalmente pasivo para la Administración, al consistir en que el ciudadano tenía que plantear una solicitud que la Administración tramitaba. Generalmente se canalizaba a través de los cauces previstos en el artículo 37 de la Ley 30/1992, precepto no carente de serias lagunas, o en la más reciente Ley 37/2007 sobre reutilización, texto más avanzado, pero que no cubría todos los aspectos informativos tendentes a esa transparencia. A las innovaciones en la nueva ley respecto de estos textos nos referiremos en el siguiente punto.

Fuera de tales procedimientos tradicionales, la principal innovación que la Ley supone en materia de información al ciudadano es que se abre un cauce para que los sujetos obligados, principalmente las Administraciones públicas, realicen *de oficio*, *sin necesidad de requerimiento alguno*, indicaciones periódicas sobre su actividad en muy diversos aspectos.

En efecto, la publicidad activa tiene su precedente en la actividad informativa de la administración, que generalmente se traducía en campañas informativas al ciudadano en diversos sectores de la actividad administrativa (campañas publicitarias de tráfico, tributarias, etc.), y que en determinadas épocas degeneró en publicidad institucional orientada a la captación de votos, justo antes de las elecciones —generales o no— lo que desembocó en el dictado de la Ley 29/2005, para poner coto al abuso de este medio, necesario por otro lado para rectos fines administrativos. También cuenta con amplia regulación, como precedente del binomio transparencia-información, la actividad legislativa, en la que los Reglamentos de Congreso y Senado prevén la publicación en el Diario de las Cortes de cada paso que se produce en la elaboración de una norma de rango legal, y la actividad reglamentaria, en las que el trámite de información pública y el de audiencia a personas y entidades interesadas (artículo 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno) persiguen cubrir la transparencia y participación en la elaboración de disposiciones generales. Otros instrumentos tradicionalmente han servido a la transparencia aun sin buscarlo directamente, y ejemplo de ello son el presupuesto anual como instrumento informativo de lo que ingresa y gasta el Estado, o la estadística pública, regida por la Ley 12/1989, de la Función Estadística Pública, cuya función cabe concebir *ad intra*, para la propia Administración, pero que legalmente tiene una importante función *ad extra*, informativa para el ciudadano particular o los operadores del tráfico jurídico no públicos, función pública que presenta una vocación natural y legal de amplia difusión (artículo 20.1 de dicho texto).

Lo que ahora arroja el nuevo texto es un procedimiento nuevo que persigue mantener y proporcionar información —procedimiento que debe realizarse de oficio y con periodicidad— como obligación que debe acometerse por cada sujeto público obligado por esta norma. Este aspecto de la ley resulta sin duda un gran avance, pues, como se ha visto, la obligación de información no viene de la nada, y resultaba amplia en diversas vertientes, mas imbuir en los propios gestores de la Administración los conceptos de información pública y de transparencia, a través de la herramienta de la denominada publicidad activa, resulta sin duda un nuevo modo de concebir el servicio público que, en principio, debe recibir una favorable acogida.

Junto con este aspecto, se aprecian otros altamente atractivos en la iniciativa, como son el hecho de que se trate —lo hemos recalado ya— de una ley de mínimos (artículo 5.2), pudiendo las Comunidades Autónomas sólo ampliar lo previsto, no rebajarlo; el suministro de la información por vía electrónica y el acceso gratuito al mismo (puntos 4 y 5 del mismo artículo); o la categorización de la información a suministrar, que permite ordenar —al menos inicialmente— tan compleja función.

En cuanto a esto último, categorías de información, la Ley divide la misma en tres ámbitos informativos sujetos a la publicidad activa, como son el institucional, el jurídico y el económico.

En lo institucional, se prevé el suministro de información que ya se da, como el organigrama, las funciones o la normativa que rige para cada Administración; si bien se añade ahora información, no sólo sobre planes y programas anuales y plurianuales, sino incluso sobre su grado de ejecución, aunque este último aspecto se deja a lo que determine cada Administración, lo que bien puede quedar en nada.

En lo jurídico, deberá informarse activamente sobre circulares que desde cada Administración interpreten el derecho —cuestión relevante para entender cómo piensa cada Administración en la aplicación del mismo—, sobre proyectos de normas —en



lo que la Ley introduce el matiz, no menor, de darles publicidad desde que se remitan a dictámenes preceptivos, y en su defecto, desde que se aprueben, para así dar a conocer textos acabados—, las memorias de análisis de impacto normativo o los documentos que deban someterse a información pública.

En lo económico, que igualmente abarca lo presupuestario y estadístico sin inmiscuirse en sus respectivas legislaciones (Leyes 12/1989 y 47/2003), se sientan amplias obligaciones de informa-



ción sobre contratos —incluidos los menores— convenios o encomiendas, obligándose incluso al suministro de información a quienes resulten adjudicatarios (artículos 3 y 8.2). Respecto de subvenciones, se prevé la publicidad de las concedidas (con su importe, finalidad y beneficiarios), obligación que se extiende al beneficiario. Esta información se amplía igualmente a lo presupuestario, a auditorías y fiscalizaciones, así como a las retribuciones de altos cargos, sus indemnizaciones o incluso al reconocimiento de compatibilidad a empleados públicos o para el ejercicio de actividades privadas tras el cese de altos cargos.

La ley es consciente de que el establecimiento de tan amplias obligaciones de información puede quedar en mera declaración programática si no se dotan de medios para hacerlas efectivas, y al efecto establece herramientas, por un lado materiales y por otro de control:

- a. En cuanto a las materiales, crea el denominado Portal de Transparencia, sujeto a desarrollo reglamentario y bajo la órbita del Ministerio de la Presidencia, del que establece unas mínimas reglas técnicas y sienta principios para que pueda coordinarse con el de las Comunidades y Ciudades Autónomas, toda vez que el que se crea con esta Ley sólo afecta a la Administración General del Estado;
- b. En cuanto a las de control, lo atribuye a un Organismo Público de nueva creación, el denominado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno —configurado en los inicios del proyecto como Agencia y ahora perfilado como Organismo especial de la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)— al que se atribuyen funciones de verificación del cumplimiento de estas obligaciones y, como arma, la conceptualización del incumplimiento reiterado de las mismas como infracción disciplinaria grave. Recibe una regulación propia en el Título III de la Ley y, en lo competencial, se

aborda la posibilidad de que amplíe sus funciones a ámbitos no estatales en la Disposición Adicional Cuarta.

Una vez señalado en los anteriores párrafos las líneas generales de la publicidad activa y sus aspectos dignos de elogio, resta en los subsiguientes referir los aspectos negativos o que, por lo menos, no resultan tan positivos.

El primero que se ofrece es el problema de a quién se encargan, en cada Administración, estas funciones, sin aumentar su carga de trabajo; funciones que sin duda tendrán un coste —al menos— en recursos humanos, que en la actualidad tienden a no proporcionarse. Se trata de algo revolucionario en buena medida, pues se pretende nada menos que imbuir toda una filosofía de trabajo, pero para hacerlo harán falta medios materiales, humanos y económicos, al menos al principio, y el proyecto parece no prever ni solventar este aspecto, a diferencia de las reglas de acceso a la información, llámese publicidad o información pasiva, para las que, como veremos, sí se prevén órganos concretos que la suministren y se responsabilicen de ello (y que en principio también, en defectuosa ubicación sistemática, se harán cargo de la publicidad activa), aunque sea para ellos un aumento de carga de trabajo, sin aumento de efectivos humanos o materiales.

Un segundo problema que salta a la vista es que una de las herramientas de aplicación de la publicidad activa, el portal, sólo se prevé para la Administración General del Estado. Cierto es que las potestades de autoorganización de cada Administración territorial autonómica impiden una regulación unitaria y unilateral por el Estado, sin invadir las competencias de tales administraciones, mas se echa en falta que la ley, al menos, uniformice el tratamiento de la cuestión, pues si bien el artículo 10.3 prevé mecanismos de coordinación, no impone el que las restantes Administraciones que no sean la General del Estado deban tener una herramienta idéntica, lo que puede conducir a que, en algunos ámbitos autonómicos, nazca este deber de publicidad activa sin una de las dos herramientas que la ley prevé.

Otro tanto puede suceder con el Consejo antes citado, cuyo ámbito es estatal, aunque tenga más vocación territorial por mediación de lo que indica la Disposición Adicional 4ª de la norma. La inexistencia o falta de creación de equivalentes autonómicos, o de convenio por cada Comunidad con el estatal, llevaría a la inexistencia de la segunda herramienta de la publicidad activa, y con ello, evidentemente, a que estas normas se conviertan en principios programáticos. Censurable puede entenderse igualmente que este Organismo engrose la ya larga lista de los de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, que, de facto, se está convirtiendo en una cuarta categoría de Organismo Público (las otras tres son el Organismo Autónomo, la Entidad Pública Empresarial y la Agencia), si bien no uniforme, a modo de cajón de sastre.

A tales problemas se suman otros que luego veremos al examinar el acceso a la información, como son la polémica con los límites al mismo, que también afecta a la publicidad activa, o las más que seguras fricciones de ambos medios de transparencia con la normativa de protección de datos, cuestión que no aparece resuelta por más que se llame a la coordinación o que en el referido Consejo esté presente la Agencia de Protección de Datos.

## 6.2. El acceso a la información

El segundo procedimiento de transparencia que la Ley contempla es, como se ha dicho, el que tradicionalmente se ha empleado, según el cual el ciudadano pide una concreta información en poder de la Administración.

La nueva norma trata, en este sentido, de aunar lo previsto en las Leyes 30/1992 y 37/2007, y en buena medida logra colmar muchas de sus lagunas previas, mas introduce nuevas incertidumbres o no colma las necesarias aspiraciones de seguridad jurídica, tanto para los peticionarios, como para los obligados a suministrar información o los terceros afectados por tal suministro.

La nueva norma da dos pasos conceptuales importantes, que redundan en los ya dados por normas previas, al concebir este acceso como (i) un derecho ciudadano y (ii) al hacerlo como derivado del artículo 105 b) de la Constitución Española, lo que en sí mismo supone una clarificación deseada y deseable. Debe destacarse, además, en este punto que, pese a la crítica de algunos sectores del arco parlamentario, no nos encontramos en este caso ante un derecho fundamental, sino ante un derecho que emana de la Constitución como norma, con una finalidad propia, como antes hemos indicado, mas derecho en cualquier caso, que no se sobrepone a los que la Constitución conceptúa como fundamentales, y particularmente el de intimidad personal.

En el artículo 13 de la ley se entiende por información pública *“los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte que obren en poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”*. Es decir, nos encontramos con un amplísimo concepto, del que prácticamente sólo se excluye aquello que accidentalmente esté en poder de una Administración.

A continuación regula lo que resulta elemental en el acceso, como es el límite al mismo, lo que supone, desde la perspectiva de los límites propiamente dichos, la coordinación entre los resultados de la protección de datos y la posibilidad de reconocimiento de acceso parcial.

En cuanto los límites en sí, se trata de uno de los aspectos que más polémicas ha generado en el debate parlamentario, por cuanto, como es lógico, de él depende la efectividad de este derecho. Algunos de ellos son fácilmente imaginables (defensa y seguridad nacional), y otros racionalmente concebibles (los que afectan al derecho sancionador o a la igualdad de armas en procesos judiciales —no olvidemos que el texto se aplica al Poder Judicial—), mas la mención de otros se antoja vaga o inconcreta (relaciones exteriores, intereses económicos y comerciales, política económica y monetaria, protección del medio ambiente, etc.), por más que el artículo 14.2 se esfuerce en aclarar que *“La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”*. Sin duda, la aplicación de estos límites deja zonas de incertidumbre que no pretenden ni pueden examinarse en este breve artículo, y solamente podrán solventarse por los futuros operadores jurídicos que las manejen.

Otro problema que plantean los límites es la posible colisión del derecho que esta ley concede, con un derecho fundamental que obviamente debe primar frente al mismo: la protección de datos personales a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD). La nueva norma trata de solventar el problema con remisiones a uno u otro texto en el artículo 15, que realiza un, por lo menos, encomiable esfuerzo en distinguir y advertir situa-

ciones de peligro en que deba considerarse una u otra norma. Mas no deja de observarse que, en estos casos, una Ley ordinaria se está inmiscuyendo en materias propias de Ley Orgánica, por más que se remita para ello a la LOPD existente, y que se corren riesgos de afectar datos personales o bien de escudarse en ellos para no suministrar información, vertientes ambas que deberán sopesarse cuidadosamente al momento de aplicar la norma.

Respecto del acceso parcial, se echa en falta el que la Ley lo sienta como principio supletorio general ante la existencia de límites o, lo que es lo mismo, que, en presencia de éstos, se opte por conceder accesos parciales antes que por denegar el derecho, lo que puede no entenderse del literal tenor del artículo 16 del texto, del que cabe deducir que se deja al órgano encargado de tramitar la solicitud el determinar cuándo el límite afecta o no a toda la información reclamada.

Fuera ya de los límites en sentido estricto, se regula un segundo aspecto trascendental, como es el procedimiento de acceso, que, mal entendido o bien manipulado, puede tornar en un límite en sí, lo que obliga a una regulación cuidadosa del mismo. Y en este aspecto la nueva Ley, a diferencia de sus precedentes, trata de esmerarse, concretando, no ya sólo un procedimiento específico, sino igualmente un sistema especial de recurso potestativo.

En lo procedimental, se concreta el contenido de la solicitud y las posibles causas de inadmisión de la misma, en general razonables, si bien entre ellas se comprende alguna de futuro posible uso masivo, del que la Administración pueda acabar abusando, como la de *“que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”*. Se determinan pautas de tramitación y resolución y, sobre todo, qué órgano es al efecto el competente, y por tanto el responsable. Se introduce como regla el silencio negativo, pasado el plazo general de un mes o el especial de dos que se establece para resolver, lo que se considera adecuado para evitar la obligación de trasladar información sensible por no haberse denegado la misma de modo expreso, cuando medie una cierta desidia administrativa, mas, para evitar el abuso de esta ficción jurídica, se refuerza la obligación de resolver, señalando como infracción disciplinaria muy grave el no hacerlo; lo que casa con la filosofía de gestión administrativa que este texto pretende imbuir (artículo 20, puntos 4 y 6). En definitiva, se crea un procedimiento administrativo propio, superándose con él muchas de las insuficiencias del procedimiento común que antes se empleaba para este tipo de peticiones, lo cual supone un notorio avance y una garantía tanto para Administración como para administrados.

En lo que se refiere al recurso se conceptúa como alternativo de los previstos en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, permitiéndose un doble cauce que será el directamente jurisdiccional contencioso-administrativo, si la reclamación afecta a algunos de los sujetos obligados (la Casa del Rey, el Banco de España, el Defensor del Pueblo, etc.), o éste previo posible recurso administrativo potestativo para los restantes, ante el previamente referido Consejo; recurso administrativo que curiosamente incluye a sujetos sometidos a derecho privado, que, al menos en esta parte de su actividad, se verán sometidos a una jurisdicción extraña. El texto, no obstante, reconoce el hecho autonómico, viniendo a dejar la cuestión en el órgano que tales Administraciones designen o, en su defecto, en este Consejo, que por tal motivo se entiende que adquirirá, en este tipo de casos, una relevancia doctrinal administrativa similar a la que en la actualidad pueden tener la Agencia de Protección de Datos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Tribunal Económico-Administrativo Central o el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Examinados límites y procedimientos, resta un tercer aspecto de importancia en este derecho, como es la regulación, tanto de

las unidades de información, como de la formalización del acceso a la información pública.

Respecto a las unidades especializadas de información, habría sido más adecuado ubicar su regulación en el Título I que contiene las normas generales a estos efectos

En a lo referente a la formalización del acceso a la información pública, se echan en falta pautas que, sin imposibilitar el acceso ciudadano presencial o físico, lo regulen de forma concreta para evitar el entorpecimiento del actuar administrativo o incluso la manipulación de los documentos a los que se accede, lo que en la práctica se produce, sin que el funcionario tenga armas efectivas con las que defenderse en tales situaciones.

## 7. El buen gobierno como medio de alcanzar la transparencia

Cabe concebir el título II de la nueva norma, regulador del denominado “buen gobierno”, no ya sólo como un medio más para lograr la transparencia, sino, igual y principalmente, como apéndice a una Ley, la 5/2006, que —el tiempo ha demostrado— nació incompleta.

En efecto, además de la vocación integradora en el acceso a la información, la ley nace con una voluntad innovadora —con permiso de la Ley 5/2006— en lo que se refiere a las reglas de Buen Gobierno, que pretenden hacerse extensibles a la actividad administrativa en el ámbito estatal.

Así, la ley afecta directamente a los miembros del Gobierno, Secretarios de Estado y altos cargos de la Administración del Estado en el Sector Público Estatal, tanto público como privado, lo que en suma afecta a presidentes o directores de entidades sometidas a derecho privado “en mano pública” (sociedades anónimas, fundaciones, etc.) que ostenten tal consideración. Mas también afecta a altos cargos o asimilados según normativa autonómica o local, lo cual, además de poder levantar alguna ampolla competencial, redundando en la idea de ley de mínimos que para estos ámbitos se concibe, y que podrá recibir el correspondiente desarrollo a más en dichos ámbitos.

Por otro lado, sienta principios generales y de actuación que deben regir la conducta de tales sujetos, y que servirán con funciones informativas de la interpretación y aplicación del régimen sancionador, que acto seguido desgrana el nuevo texto en tres escalones: conflicto de intereses, económico-presupuestario y disciplinario.

En lo que afecta a conflictos de intereses, tal régimen es en suma el ya previsto en la Ley 5/2006 (de ahí que con anterioridad haya conceptualizado este título de la ley nueva como apéndice), leído —eso sí— con arreglo a los anteriores principios que lo informaban.

En materia económico-presupuestaria, se introduce un elenco de infracciones que, de hecho, harán que se emplee menos el mecanismo de convalidación presupuestaria, pues, de usarse, cabrá entender aplicable este régimen sancionador. En cualquier caso, se trata de un régimen sancionador enormemente centrado en la austeridad y en la estabilidad presupuestaria, particularmente la

sentada en su día por las reglas que impuso la Ley Orgánica 2/2012, por lo que, en suma, se trata de un régimen sancionador estatal especialmente ideado para altos cargos autonómicos y locales, cuya aplicación sin duda —de llegar a darse— generará no pocas polémicas, como de hecho ya las ha generado en el debate parlamentario con los grupos nacionalistas, algunas de cuyas enmiendas en este punto (particularmente las relativas al órgano competente para sancionar en el ámbito local o autonómico) se han acogido (cambiándose —por ejemplo— el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por los órganos que en cada Comunidad Autónoma se determinen).

En lo disciplinario, baste indicar que, aunque con carácter eventual, los altos cargos no dejan de ser servidores públicos o funcionarios, de ahí que se entienda propio regular un régimen sancionador de esta naturaleza. No deja, sin embargo, de chocar que las infracciones muy graves vienen a ser casi las mismas que las previstas en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) para funcionarios, y que en el Estado se sigue esperando el desarrollo del EBEP con una ley de función pública estatal, e incluso el de las faltas graves y leves que el EBEP no contempla, y que en cambio el texto que regula el buen gobierno sí lo hace. Se echa



igualmente en falta una llamada explícita a la aplicación supletoria de la normativa funcionarial en este punto.

La nueva ley ultima el Buen Gobierno —en realidad y como se ha tenido ocasión de ver, el régimen sancionador aparejado al desgobierno— con un elenco de sanciones propio que van desde la amonestación (para las leves), pasando por la declaración pública de la sanción y la posible privación de futuras indemnizaciones (graves), hasta la destitución con imposibilidad de acceso a puestos públicos por cinco a diez años (muy graves). Y en todos estos casos, con devolución de sumas, si ha mediado la pérdida o distracción de dinero público.

La instrucción de estos procedimientos se atribuye a la Oficina de Conflictos de Intereses de la Ley 5/2006 (lo que redundando en el carácter de apéndice antes apuntado), siendo competente para sancionar el Consejo de Ministros, de Secretarios de Estado hacia arriba, o el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, hacia abajo, y a salvo siempre el ámbito autonómico o local, como antes hemos anticipado.

## 8. Conexión de la nueva norma con el derecho existente

La nueva ley no cierra su contenido con lo dispuesto en sus títulos sobre transparencia (en sus modalidades descritas), buen gobier-



no (o como se ha dicho, castigo al desgobierno) y el Consejo que controle tales extremos; sino que trata con sus disposiciones de añadir mecanismos y herramientas que redunden en el fin de lograr una Administración transparente.

En particular, la Disposición Adicional Segunda sienta una importante semilla, de difícil logro, tendente a la simplificación normativa. De momento se trata de una norma programática y que no establece un plazo para su aplicación, mas, al menos, es un comienzo y puede tenerse como resultado de lo que está en mente del ciudadano medio y, en cualquier caso, del operador jurídico; sobran normas, hay escasa claridad en las actuales, y se echa en falta una recta aplicación de su contenido. Lo malo —no podemos calificarlo de censurable, dado el difícil reparto competencial de que nos hemos dotado los españoles— es que esta previsión es de alcance puramente estatal, cuando la paradoja es que la proliferación normativa, en buena medida, es hija de la existencia de muy diversas administraciones territoriales con competencias y capacidades normativas propias. Mas, para esta escala de simplificación normativa, esta ley se ofrece como manifiestamente insuficiente.

Otra medida significativa y simplificadora es la prevista en la Disposición Final Primera, que prevé la derogación —en la práctica— del artículo 37 de la Ley 30/1992, toda vez que se le dota de nueva redacción en la que directamente se remite a este nuevo texto. Cuestión lógica, si la nueva ley pretende, precisamente, apartarse en materia de información ciudadana del procedimiento común, especializándolo, dado lo sensible de la materia.

Por otro lado, la Disposición Final Sexta resulta, en sí misma, toda una declaración de intenciones, pues, tras apuntar los títulos competenciales del Estado, viene a señalar tácitamente el carácter básico de la norma, y luego hace las excepciones al mismo señalando expresamente los concretos preceptos que no lo son, dejando diáfana, a las administraciones territoriales no dependientes del Estado, su vocación universal.

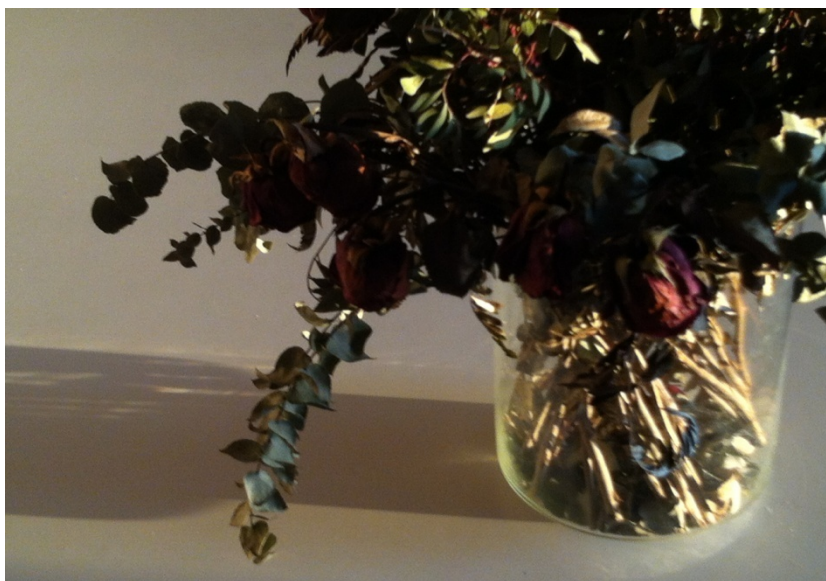
Por ende, debe destacarse que la Ley —el texto en tramitación manejado para este artículo— no presenta Disposición Derogatoria ni Derecho Transitorio, a salvo lo que señala la Disposición Final Séptima, que, en lo que afecta al régimen de transparencia, difiere su entrada en vigor a un año, que bien puede ser insuficiente para lograr un cambio de mentalidad tan importante en la Administración y en sus servidores públicos; mas no —si se acomete con seriedad la tarea— para los desarrollos reglamentarios que se precisan en aplicación de la ley. En lo que respecta al buen gobierno, en cambio, la aplicación será inmediata, decisión que en nuestros días resulta necesaria.

## 9. A modo de conclusión

El concepto de transparencia se ha trasladado al mundo jurídico a través de múltiples y muy variadas facetas, tanto del ámbito privado como del público. En el del derecho público, impregna a los tres poderes del Estado, y particularmente a la Administración, herramienta del ejecutivo, hasta el punto de haberse tornado en principio que se plantea debiera vertebrar la actuación pública.

Para trasladar adecuadamente este término al derecho, se necesita encuadrarlo en alguna categoría jurídica y, de entre las que

el Derecho, ofrece no parece encajar como derecho fundamental o principio constitucional relevante, sino más bien como una herramienta para lograr fines constitucionales, lo que permite



conceptuarlo como derecho orientado a lograr la eficacia del actuar administrativo.

Nuestro ordenamiento acoge la transparencia en diversos textos, con los que pretende trasladar el concepto como principio de actuación que refleje eficacia y honestidad, en el mundo tanto privado — particularmente el financiero— como en el público; y ello a fin de evitar pasados oscurantismos y corruptelas, que un mundo como el actual, y ante una crisis como la que en la actualidad estamos inmersos, no pueden permitirse en modo alguno. Esto es, no ya sólo principios éticos imponen que el concepto de transparencia se extienda como principio en el actuar público y privado, sino que también tal concepto debe concebirse como una útil herramienta que conduce a la eficacia en el actuar de los operadores jurídicos y, por tanto, a un uso más racional de los recursos.

La —a la fecha de redacción de este artículo— futura Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno será a tal efecto exponente de la filosofía de gestión que pretende imponerse, mas no debe quedarse en los principios que sienta, sino emplear las herramientas que con ella se establecerán para lograr precisamente tal implantación.

Este texto presenta más claros que oscuros, y desde luego muchos más avances que retrocesos; si bien se dicta en un contexto competencial complejo que impide llegar a mucho más, y las dificultades que presenta en su aplicación, su encaje en definitiva en el ordenamiento, será una cuestión de perseguir rectos funcionarios que lo interpreten, más que un motivo para que no se considere un buen intento que deba por ello seguir adelante y ser apoyado tanto por ciudadanos como por funcionarios.

El balance, por tanto, al que puede llegarse de la transparencia como principio en nuestro ordenamiento, bien puede ser que la misma se contempla, y desde muchas vertientes, y que con el nuevo texto se contemplará de manera más racional y ordenada en su vertiente pública; mas todavía falta mucho por andar para que la transparencia se introduzca como principio en la mentalidad, no ya sólo de los particulares, sino en especial de la Administración, para que llegue a incorporarse como un modo cotidiano de gestionar.

## El autor

### **Óscar Sáenz de Santa María Gómez-Mampaso**

*Licenciado en Derecho (ICADE, E-1), es Abogado del Estado desde 2001. De 2002 a 2009 presta servicios en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, coordinando varias Secciones de la Sala, asumiendo la representación y dirección letrada de la práctica totalidad de Ministerios y de la Delegación del Gobierno, también en los Juzgados de lo Contencioso y Civiles. En materia educativa dirigió procesos sobre personal, homologaciones, títulos, acreditación, Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI) e implantación autonómica de la legislación educativa. Desde 2005 asesora además a diversas entidades del Sector Público, como la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias del Nordeste, las Fundaciones estatales Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y General Universidad Internacional Menéndez Pelayo, o el Museo Reina Sofía. Se incorpora en septiembre de 2009 como Abogado del Estado-Jefe del entonces Ministerio de Educación, siéndolo en la actualidad del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.*

