

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.

No obstante, 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.

La evolución del gobierno abierto, como una forma de gobernanza basada en varios pilares fundamentales, entre los que se encuentra la transparencia, pero también otros como la integridad, la rendición de cuentas y la participación, se ha puesto de manifiesto en las normas europeas, estatales y autonómicas que se han ido dictando o perfilando desde la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

En relación con el área de integridad, destaca la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que debe ser objeto de transposición al ordenamiento jurídico español. A tal efecto, el IV Plan de Gobierno Abierto recoge la necesidad de aprobación de una norma legal en este ámbito.

Del mismo modo, dentro del eje de integridad, el IV Plan de Gobierno Abierto, prevé la regulación de los grupos de interés, así como la modificación de la Ley de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

En efecto, se han abierto los trámites de consulta pública previa de los anteproyectos de ley de transposición de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión; de Transparencia e Integridad en las

Actividades de los Grupos de Interés, y de Prevención de Conflictos de Intereses del personal al servicio del sector público.

Con independencia del debate sobre la oportunidad o conveniencia de que estas previsiones o regulaciones se hiciesen efectivas a través de un único texto legal que englobe el gobierno abierto, o mediante textos legales separados, la conclusión fundamental es la existencia de trabajos preparatorios encaminados a dotar de un marco jurídico estable y completo la integridad institucional.

Respecto de los otros pilares o aspectos fundamentales del gobierno abierto, como la participación ciudadana o la rendición de cuentas, no existe actualmente un proyecto normativo iniciado a nivel estatal que regule o prevea la regulación de dichas cuestiones.

Si bien es cierto que se ha abierto un trámite de consulta pública previa del Anteproyecto de Ley de Institucionalización de la Evaluación de Políticas Públicas en la Administración General del Estado, no se ha definido el alcance concreto de esta norma, y en todo caso, no se considera a priori equiparable al principio de rendición de cuentas.

Por lo tanto, procede realizar un análisis de la normativa comparada a nivel autonómico de estos aspectos, de cara a determinar la oportunidad o conveniencia de incluirlos en el objeto de la norma.

Como inciso, debe señalarse que la participación ciudadana ha impregnado y aparece reflejada de forma transversal en la normativa reguladora de la transparencia de la actividad pública, al estar ambas vinculadas estrechamente, pero el análisis que se hace a continuación se refiere al establecimiento de una regulación específica, independiente de la transparencia o de las obligaciones de publicidad activa resultantes de los procesos de participación ciudadana, sea en la misma o en distinta norma jurídica.

A nivel autonómico se ha observado que si bien los primeros textos de normas relativas a gobierno abierto o transparencia que se han ido aprobando desde la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, se centraban en aspectos relativos a la transparencia, la evolución posterior ha sido la de ir integrando regulación relativa a la participación ciudadana en dichas normas, o a aprobar normas específicas de participación ciudadana.

Entre la normativa autonómica que regula el derecho de participación ciudadana de forma específica y con separación de la transparencia de la actividad pública, puede destacarse la siguiente:

Un primer antecedente, previo incluso a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, es la Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento a la participación ciudadana, que ya recogía el derecho de participación ciudadana de forma expresa y regulado con norma de rango legal.

Ya de forma posterior a la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, reguló de forma expresa y específica el derecho de participación ciudadana.

Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña regula el derecho a la participación ciudadana, señalando que ciudadanos pueden intervenir, de forma individual o colectiva, mediante entidades de carácter representativo, en la definición y la aplicación de las políticas públicas.

Del mismo modo, la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León recoge igualmente este derecho y las condiciones en las que puede llevarse a cabo.

La Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón contiene así mismo un título específico de participación ciudadana, recogiendo expresamente este derecho de participación, así como los instrumentos por los que se podrán llevar a cabo los procesos participativos.

Resulta también destacable la regulación de la participación ciudadana contenida en la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Igualmente, la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, que regula las cuestiones relativas a la transparencia y participación ciudadana de las entidades locales de su ámbito territorial.

La Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía recoge el derecho a participar en el proceso de dirección de los asuntos públicos que sean competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y de las entidades locales andaluzas

La Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos de las Islas Baleares recoge igualmente este derecho de participación ciudadana definiendo los

procesos de participación ciudadana como el conjunto de actuaciones, procedimientos e instrumentos ordenados y secuenciados en el tiempo, desarrollados por las administraciones públicas de las Illes Balears en el ámbito de sus competencias, para posibilitar el ejercicio por parte de la ciudadanía del derecho a la participación en la elaboración de disposiciones normativas reglamentarias, la gestión y decisión de los asuntos públicos, la evaluación de las políticas públicas y de los servicios públicos, y la confección de los presupuestos.

Por su parte, la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid, incluye la necesidad de impulsar la participación y colaboración ciudadana a través de instrumentos o mecanismos adecuados que garanticen la interrelación mutua, ya sea a título individual y en su propio nombre, o a través de las entidades ciudadanas en las que se integre la ciudadanía.

Asimismo, debe señalarse que varias comunidades autónomas han iniciado consultas públicas previas relativas a anteproyectos de ley de participación ciudadana, como Cantabria o La Rioja.

Además, los antecedentes relativos a la participación ciudadana van mucho más allá de los avances regulatorios. Existe una creciente actividad por parte de las administraciones públicas en aras de fomentar la participación ciudadana, tanto desde un punto de vista de dotarla de mayor relevancia creando portales web específicos de participación, como mediante el recurso a la puesta en marcha de nuevos tipos de procesos participativos.

Prueba de esta voluntad de impulso y fomento es la gran cantidad de iniciativas en materia de participación ciudadana que se incorporan en el IV Plan de Gobierno abierto, tanto por parte de la Administración del Estado, con la introducción de un eje específico, como por parte de las comunidades autónomas, que establecen en muchas ocasiones iniciativas en esta materia. En concreto, han incluido compromisos relacionados con esta materia hasta 10 comunidades autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias.

Debe procederse por lo tanto a un análisis de si resulta oportuno fijar un marco que, dentro del respeto al principio de autoorganización de cada administración, establezca un entorno de referencia, con inclusión de los principios conforme a los que se debe desarrollar la participación ciudadana.

Una reflexión similar procede realizar respecto de la rendición de cuentas, que se deja entrever como principio transversal en varias normas autonómicas en materia de transparencia y gobierno abierto, y que figura como un elemento relevante dentro de las medidas y compromisos adoptados en el marco del IV Plan de Gobierno Abierto.

2. ANÁLISIS:

Idoneidad para hacer frente al problema o atender a fines identificados

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”.

A pesar de lo establecido anteriormente existen otras áreas relacionadas con el buen gobierno de la administración y la actuación ética que podrían incluirse como contenido de la ley.

En la actualidad la preocupación por la integridad y el comportamiento ético de los gobernantes debe de constituirse en una política estratégica de la que la transparencia no deja de ser instrumental.

Parecería oportuno incluir algún contenido legal en torno a los conceptos de integridad pública y correcto desempeño ético que podría vincularse además con una política de rendición de cuentas, con la suficiente libertad en manos de las CC.AA. para desarrollar los instrumentos de rendición.

Aunque el actual contenido referido al buen gobierno quedaría huérfano en gran parte de contenidos como consecuencia de su regulación en otras normas, si parece oportuno regular algunos contenidos, entre ellos merece la pena hacer un esfuerzo en regular la transición de los gobiernos como consecuencia de procesos electorales con la finalidad de realizar un tránsito ordenado de traspaso de poderes.

Igualmente parece necesario que se regulen los actos de gobierno que se puedan realizar en periodos preelectorales con el fin de salvaguardar la neutralidad de la acción política en momentos de decisión de la ciudadanía.

Si bien existen acciones en estos ámbitos que no requieren el establecimiento de un marco regulatorio, no debe ignorarse que el establecimiento de una regulación, aún con margen de autonomía y autoorganización por parte de las distintas administraciones públicas, constituye una manifestación del compromiso público con estas materias, tanto del poder ejecutivo, al presentar el proyecto de ley, como del poder legislativo, con su aprobación.

De este modo, la inclusión de determinadas materias o previsiones en una norma con rango legal, supone un gran impulso a políticas altamente demandadas por la ciudadanía, y en las que ya se está trabajando por parte de las distintas administraciones públicas, que

podrán contar ahora con una previsión legal que facilite el impulso aún mayor de medidas y acciones en dichas áreas.

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.

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 149.1.18ª 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.

En consecuencia, se propone que, con independencia de la regulación del objeto de la ley, la regulación de su articulado sea escrupulosa en ese respeto competencial y que en determinados contenidos establezca directrices u obligaciones de un modo más general.

Particularmente esta directriz de elaboración normativa debe concretarse una mayor capacidad de desarrollo legislativo autonómico en materias como:

- los contenidos mínimos obligatorios en materia de publicidad activa.
- el establecimiento y regulación de mecanismos de participación
- la regulación de elementos orgánicos y procedimentales del derecho de acceso a la información.
- los mecanismos de integridad y ética pública
- la implantación de mecanismos de rendición de cuentas.

Desde la perspectiva del municipalismo también debe respetarse la autonomía organizativa de las entidades locales, no solo en lo relativo al formato y contenido de la información a suministrar sino también en lo relativo a los mecanismos de cumplimiento de las obligaciones.

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.

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 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.

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.

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 **regular los elementos generales** de la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad, **establecer el régimen sustancial de los canales de participación ciudadana** y **determinar** las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir **las administraciones**.

Teniendo en cuenta que desaparecen gran parte de los contenidos fundamentales del actual título II, que pasarán a la ley de conflictos de intereses, se propone que en el nuevo título II se incorpore regulación sobre estos aspectos:

- **integridad y ética pública**
- **la rendición de cuentas**
- **la regulación de los gobiernos en funciones y los traspasos de poderes derivados de procesos electorales.**