



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 707/2012

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 19 de julio de 2012, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden de 18 de junio de 2012, con registro de entrada el día 19 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

De los antecedentes remitidos resulta:

PRIMERO.- Contenido del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta se inicia con una exposición de motivos que, en su primer apartado, destaca la importancia que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno tienen en la actualidad como ejes fundamentales de toda acción política. A este respecto, pone de relieve cómo los países que cuentan con normas en la materia poseen instituciones más fuertes que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social, permitiendo además a los ciudadanos una mejor fiscalización de la actividad pública, lo que contribuye a la regeneración democrática y promueve la



eficacia y eficiencia del Estado. Partiendo de esta realidad, la presente Ley pretende incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas, reconocer y garantizar el acceso a la información, regulado como un derecho con un amplio ámbito de aplicación, y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Desde esta triple perspectiva, la Ley constituye un importante avance en la materia y establece unos estándares homologables a los que existen en el resto de las democracias consolidadas, favoreciendo la futura adhesión por parte del Estado a las iniciativas multilaterales que se adopten en este ámbito y a la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en la materia.

En su segundo apartado, la exposición de motivos hace referencia a la existencia en el ordenamiento jurídico español de algunas normas sectoriales que contienen obligaciones de publicidad activa para determinados sujetos en ámbitos concretos como los de los contratos, las subvenciones, los presupuestos o las actividades de altos cargos. No obstante, esta regulación sectorial resulta insuficiente para satisfacer las exigencias sociales y políticas del momento en materia de transparencia. A tales exigencias responde la presente Ley, que configura obligaciones de publicidad activa de carácter general exigiendo a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación (entre los que se encuentran las Administraciones Públicas, los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial en sus actividades sujetas al derecho administrativo y otros órganos constitucionales y estatutarios) la publicación de una amplia información institucional, organizativa y de planificación. En particular y por lo que se refiere a la información de relevancia jurídica, la ley contiene un extenso repertorio de documentos cuya publicidad proporcionará a los ciudadanos una mayor seguridad jurídica en sus relaciones con la Administración. En el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, exige hacer pública la información relativa a numerosos actos de gestión a fin de proporcionar a los ciudadanos un instrumento óptimo para el control de la utilización de los recursos públicos. Finalmente, se impone también la obligación de publicar aquella información que sea objeto de una solicitud de acceso con mayor frecuencia, a fin de que las obligaciones de transparencia se cohonesten adecuadamente con los



CONSEJO DE ESTADO

intereses de la ciudadanía. Adicionalmente y para canalizar adecuadamente la publicación de toda esta información, la Ley, consciente de la oportunidad que en la actualidad brindan las nuevas tecnologías para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, prevé la creación y desarrollo de un Portal de la Transparencia que permitirá al ciudadano acceder a través de un único punto a toda la información disponible.

Las anteriores normas sobre transparencia se completan con la regulación del derecho de acceso a la información pública. Tal y como reconoce la exposición de motivos, este derecho se encuentra regulado en nuestro ordenamiento por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, partiendo de la previsión contenida en el artículo 105.b) de la Constitución, reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. No obstante, esta regulación adolece de ciertas deficiencias que han sido puestas de manifiesto reiteradamente desde diversas instancias y que han determinado que en la práctica el ejercicio de este derecho se haya visto extraordinariamente limitado. Y ello a pesar de que existen algunas disposiciones de carácter sectorial que, al transponer al ordenamiento interno las Directivas Comunitarias existentes en la materia, han regulado igualmente el acceso a información pública; tal es el caso de 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, y de 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. Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, comenzó a implantar una cultura de transparencia en consonancia con la necesidad de modernización de la Administración y la exigencia de reducción de cargas burocráticas y del empleo de los medios electrónicos para facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información. En definitiva, la existencia de estas normas revela que la actual Ley no viene a colmar un vacío absoluto en la materia, sino que trata de avanzar en la senda iniciada por tales disposiciones supliendo sus carencias, subsanando



CONSEJO DE ESTADO

sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos.

Por lo que se refiere a las normas de buen gobierno, la Ley constituye igualmente un avance de extraordinaria importancia, al incorporar a una norma con rango de ley reglas hasta ahora enunciadas como principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica, estableciendo además un régimen sancionador al que habrán de someterse todos los responsables públicos.

Finalmente, en su tercer y último apartado, la exposición de motivos describe sucintamente la estructura y contenido de la Ley.

La norma proyectada consta, además, de una parte dispositiva integrada por 29 artículos, cuatro disposiciones adicionales y ocho disposiciones finales.

El artículo 1 define el objeto de la Ley, consistente en ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer 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. A este precepto le siguen los dos títulos en que se estructuran los restantes artículos que integran la Ley. El primero de ellos regula la "transparencia de la actividad pública"; lo encabeza el artículo 2, que determina el ámbito de aplicación de este título, en el que quedan integrados la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local; los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas; las Corporaciones de Derecho Público en lo relativo a sus actividades sujetas a derecho administrativo; el



CONSEJO DE ESTADO

Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a derecho administrativo; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones y las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstas en este artículo; además, las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquella de las obligaciones previstas en esta Ley, extendiéndose esta obligación a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato.

Integran además este título I los artículos 3 a 21, agrupados en dos capítulos. El primero de ellos establece las obligaciones de "publicidad activa", recogidas en los artículos 3 a 7. En particular, el artículo 3 enuncia una serie de "principios generales", exigiendo que los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publiquen de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad en relación con el funcionamiento y control de la actuación pública y declara aplicables al derecho de acceso a la información pública los límites contenidos en el artículo 10 de la Ley, así como los derivados de la protección de datos de carácter personal a la que se dedica el artículo 11. A continuación, se regula la obligación de publicar cierta información institucional, organizativa y de planificación (artículo 4), se detalla la información de relevancia jurídica que igualmente habrá de ser objeto de publicación (artículo 5) y se exige hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se enumeran en el artículo 6, en el que también se prevé la obligación de publicar la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de la competencia de los distintos sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título. Finalmente, el artículo



CONSEJO DE ESTADO

7 prevé la creación de un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilitará el acceso de los ciudadanos a toda la información a la que se refieren los preceptos anteriores.

El capítulo II, por su parte, regula en sus tres secciones el "derecho de acceso a la información pública". La sección primera establece el "régimen general", recogido en los artículos 8 a 13. El primero de ellos proclama que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución y en esta Ley; el artículo 9 define el concepto de "información pública", que comprende los contenidos o documentos 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 públicas, quedando no obstante excluida la información que perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios; seguidamente, el artículo 10 establece los "límites al derecho de acceso" declarando que este derecho podrá ser restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para determinados intereses que se consideran dignos de protección; el artículo 11 regula la "protección de datos personales" partiendo de la premisa de que cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley y estableciendo ciertas reglas especiales para los supuestos en que pretenda accederse a información que contenga datos protegidos; el artículo 12 prevé la posibilidad de conceder un acceso parcial a la información solicitada en aquellos casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 10 no afecte a la totalidad de dicha información; por último, el artículo 13 ("excepciones") declara que se exceptúan del ejercicio del derecho de acceso las solicitudes que se refieran a determinada información, como por ejemplo aquella que esté en curso de elaboración o de publicación general. A continuación, la Ley incluye en la sección segunda de este capítulo II del título I las normas relativas al "ejercicio del derecho de acceso a la información pública", recogidas en los artículos 14 a 19; en ellos se regulan, respectivamente, las siguientes cuestiones: solicitud de acceso a la información; causas de inadmisión; tramitación; resolución; unidades de



CONSEJO DE ESTADO

información; y formalización del acceso. Finalmente, la sección tercera, que comprende los artículos 20 y 21, detalla el "régimen de impugnaciones". En particular, el artículo 20 dispone que la reclamación prevista en el artículo 21 tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por su parte, el artículo 21 establece las normas aplicables a la "reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios".

El título II de la Ley establece las normas de "buen gobierno", a las que se dedican los artículos 22 a 29. El primero de ellos define el ámbito de aplicación de estas normas, a las que habrán de sujetarse los miembros del Gobierno, los Secretarios de Estado y el resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal de derecho público o privado vinculadas a la Administración General del Estado o dependientes de ella. Este título será también de aplicación a los altos cargos o asimilados que de acuerdo con la normativa autonómica o local aplicable tengan tal consideración. El artículo 23 enuncia los "principios éticos y de actuación" que los sujetos mencionados deberán observar en el ejercicio de sus funciones, adecuando a ellos su actividad. El artículo 24 remite el régimen de "infracciones en materia de conflicto de intereses" a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado, o en otra normativa que resulte de aplicación. A continuación, los artículos 25, 26 y 27 determinan, respectivamente, las "infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria", las "infracciones disciplinarias" y las "sanciones", refiriéndose el artículo 28 al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador. Finalmente, el artículo 29 ("prescripción") dispone que el plazo de prescripción de las infracciones previstas en este título será de cinco años para las infracciones muy graves, de tres años para las graves y de un año para las leves; por lo que se refiere a las sanciones, las que se impongan por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las impuestas por infracciones graves a los dos años y las que sean consecuencia de la comisión de infracciones leves prescribirán en el plazo de un año.



CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a la parte final del anteproyecto, la disposición adicional primera ("regulaciones especiales del derecho de acceso a información pública") declara que la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo y prevé que las materias que tengan previsto un régimen jurídico propio de acceso a la información se rijan por su normativa específica, si bien señala que la Ley se aplicará supletoriamente al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión. La disposición adicional segunda impone a todas las Administraciones Públicas una obligación de "revisión y simplificación normativa", encargando a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes la elaboración de un plan de calidad y simplificación normativa y la coordinación del proceso de revisión y simplificación respecto del resto de departamentos ministeriales. La disposición adicional tercera preceptúa que la resolución de la reclamación prevista en el artículo 21 del anteproyecto corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, sus Asambleas Legislativas y las instituciones autonómicas análogas al Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo, así como en los casos de resoluciones dictadas por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que aquellas determinen, pudiendo no obstante las Comunidades Autónomas atribuir la competencia para la resolución de dicha reclamación a la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios. La disposición adicional cuarta contiene una previsión relativa a la colaboración entre la referida Agencia Estatal y la Agencia Española de Protección de Datos. Las disposiciones finales primera a quinta contienen la modificación de las siguientes normas, respectivamente: Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; Ley 5/2006, de 10 abril, de regulación de los conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado; Ley 28/2006, de 18 julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos; Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los



CONSEJO DE ESTADO

Servicios; y Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria. La disposición final sexta exige que las leyes de Presupuestos Generales del Estado establezcan cada año el baremo a que habrán de ajustarse las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades Locales atendiendo al tipo de entidad de que se trate, así como a criterios objetivos de publicación, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo. La disposición final séptima declara que la Ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas que al Estado reconocen las reglas 1ª, 13ª y 18ª del artículo 149.1 de la Constitución, a excepción de los apartados 1 y 2 del artículo 7 y del apartado 2 del artículo 18. Por último, la disposición final octava prevé la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, si bien señala que el título primero entrará en vigor al año de dicha publicación.

SEGUNDO.- Contenido del expediente

Integran el expediente las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta (incluida su versión definitiva, de fecha 15 de junio de 2012) y la preceptiva memoria del análisis de impacto normativo, que consta de tres apartados y dos anexos. En el primer apartado se analiza la oportunidad de la propuesta, exponiéndose en primer lugar las razones que motivan la aprobación del anteproyecto. A este respecto, la memoria destaca la importancia de que en toda sociedad democrática los ciudadanos puedan tener la posibilidad de conocer por sí mismos y a través de los medios de comunicación social cómo se desarrolla la actividad pública para poder controlarla, detectar los supuestos de mal funcionamiento y mejorar la calidad de la gestión pública. Desde esta perspectiva, muchos países de nuestro entorno han aprobado normas específicas sobre la materia, como también lo ha hecho la propia Unión Europea. Además, en el año 2009 se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, que establece las normas mínimas inspiradas en las experiencias y prácticas de los Estados miembros del Consejo de Europa. La memoria recuerda que, en el caso concreto de España, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución, desarrollado por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, que, no obstante, ofrece una regulación imperfecta que ha determinado que, en la práctica, la efectividad del



CONSEJO DE ESTADO

derecho se haga depender en muchos casos de una decisión discrecional de la Administración; esta circunstancia unida a la falta de regulación de un procedimiento específico y a la ausencia de instituciones de tutela especializadas, ha puesto de manifiesto las deficiencias de que adolece en nuestro ordenamiento la regulación de esta materia y la necesidad de aprobar una ley como la proyectada. Por lo que se refiere a las normas de buen gobierno, la memoria menciona algunos textos y disposiciones que, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y en el local, han incorporado normas de buen gobierno (así, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, publicado como Orden APU/516/2005, de 3 marzo; la Ley 4/2006, de 30 junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública Gallega; la Ley 4/2011, de 31 marzo, de buena administración y gobierno de las Islas Baleares; o el Código de Buen Gobierno Local aprobado en diciembre de 2009 por la Federación Española de Municipios y Provincias). A pesar de la importancia de estas normas, se ha considerado necesario agrupar en un único texto normativo todos los principios éticos y de actuación que deben presidir el desarrollo por parte de los poderes públicos de sus funciones, con independencia de la Administración en la que prestan sus servicios, incluyendo además un régimen sancionador común.

Seguidamente, la memoria describe los objetivos que se persiguen con la aprobación de este anteproyecto de Ley, con el que se pretende situar a España en un nivel de transparencia de la actuación pública homologable al de los países de nuestro entorno y que se acomode adecuadamente a la normativa del Consejo de Europa, así como dotar a todos los poderes públicos españoles de un estándar común en la materia que pueda ser ulteriormente ampliado por cada uno de ellos en el marco de sus respectivas competencias y que sirva de tronco común para las medidas sectoriales de publicidad de la actuación pública que en cada caso puedan acometerse. Asimismo, se persigue establecer un marco jurídico de responsabilidad aplicable a todos los sujetos que desarrollan funciones públicas de alto nivel que garantice el control de su actuación y que permita sancionar las conductas contrarias al ordenamiento. Finalmente, en este apartado se examinan las diferentes alternativas por las que podía optarse a la hora de



CONSEJO DE ESTADO

regular la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y las normas de buen gobierno.

En su siguiente apartado, la memoria describe el contenido del anteproyecto y el procedimiento seguido para su tramitación, llevando a cabo además un análisis jurídico de las disposiciones que en nuestro ordenamiento jurídico prevén la publicidad de distintas actuaciones de los poderes públicos (así, los artículos 105.b) y 120 de la Constitución, los artículos 107, 159, 233 y 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; los artículos 63, 64, 95 a 98, 109 y 126 del Reglamento del Congreso de los Diputados; o el artículo 160 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General). Asimismo, se examina la coherencia de la ley proyectada con el resto del ordenamiento jurídico. A este respecto, la memoria explica que el anteproyecto prevé que aquellas materias que cuenten con un régimen legal propio en materia de acceso a la información continúen rigiéndose por su normativa específica, dejando así a salvo lo dispuesto en 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, y la Ley 37/2007, de 18 de julio, de reutilización de la información del sector público, así como las previsiones específicas que en este ámbito se contienen en otras disposiciones. Seguidamente, se citan algunas disposiciones que, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en los ámbitos autonómico y local, contienen normas en materia de buen gobierno. A continuación, la memoria justifica el rango de la norma proyectada, que adopta la forma de ley ordinaria, habida cuenta de que el derecho de acceso a la información se encuentra reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución, desarrollado hasta ahora por un precepto legal de rango ordinario (el ya mencionado artículo 37 de la Ley 30/1992). Finalmente, en este segundo apartado se citan las normas que en el ámbito del Derecho europeo regulan el acceso a documentos públicos y que han sido tenidas en cuenta a la hora de elaborar el presente anteproyecto.

En su último apartado, la memoria lleva a cabo el "análisis de impactos". Tras realizar una serie de consideraciones generales y justificar la adecuación del anteproyecto al orden de distribución de competencias (señalando a este respecto que, a excepción de los artículos 7 y 18, el anteproyecto se



CONSEJO DE ESTADO

ampara en las competencias exclusivas que al Estado reconoce el artículo 149.1 de la Constitución en sus apartados 1º, 13º y 18º), se examina el impacto económico y presupuestario de la norma, llegándose a la conclusión de que su aprobación no afectará a los precios de los productos o servicios, ni a la productividad de las personas o empresas, como tampoco al empleo, a las actividades innovadoras, a los consumidores o a las PYMES. Considera además la memoria que la previsión de revisión y simplificación administrativa contenida en la disposición adicional segunda tendrá un impacto económico positivo y que, aun cuando la norma introduce algunas cargas administrativas, estas son siempre voluntarias, sin que existan en el momento actual datos suficientes para valorar la frecuencia de cumplimiento de tales cargas o para determinar la población afectada; entiende la memoria que, una vez acometido el desarrollo reglamentario de la Ley, podrá determinarse con precisión cuál será el importe de estas cargas administrativas. Desde el punto de vista presupuestario, no se aprecia que la aplicación de la Ley haya de suponer un incremento de gastos o una disminución de ingresos de las Administraciones Públicas, ya que "el aumento de las solicitudes de información que se genere (...) se realizará progresivamente y será distribuido de forma generalizada por toda la Administración, de modo que podrá ser absorbido por la estructura orgánica actual y atendido con los presupuestos ordinarios". Además, la entrada en vigor del título I, relativo a la transparencia de la actividad pública, tendrá lugar una vez transcurrido un año desde la publicación de la Ley, lo que permitirá hacer frente de forma más adecuada desde el punto de vista presupuestario a las necesarias adaptaciones de las estructuras administrativas y de los procedimientos y recursos técnicos y humanos. En el caso concreto de los costes de personal, el órgano o entidad en cuyo poder se encuentra la información será el que dé respuesta a las solicitudes de información, sin que sea necesaria la dotación de personal nuevo, pudiendo adaptarse los medios con los que actualmente cuentan las distintas Administraciones a los requisitos, exigencias y condiciones del anteproyecto. La memoria explica que las unidades de información previstas en el artículo 18 podrán estar formadas por el personal que en la actualidad preste servicios en cada órgano. Asimismo, entiende que el actual equipamiento de las Administraciones resulta suficiente para atender las necesidades que el anteproyecto plantea, lo que excluye la necesidad de dotar medios materiales adicionales. En cuanto a la creación del Portal de la Transparencia, la memoria admite que puede generar ciertos costes



CONSEJO DE ESTADO

que no es posible cuantificar en el momento actual, pero considera que se podrá hacer frente a ellos en diversos ejercicios presupuestarios, pudiendo además emplearse para la creación y puesta en marcha de este Portal los recursos disponibles en organismos como Red.es o la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Por otro lado, los gastos que puedan derivarse de la expedición de copias y de la transposición de la información a formatos diferentes al original podrán sufragarse mediante la creación de una tasa, posibilidad prevista en el artículo 19.4 del anteproyecto. Finalmente, la memoria destaca que, al configurar el órgano que ha de ejercer las funciones de ordenación, vigilancia y control del ejercicio del derecho de acceso a la información pública de los ciudadanos, se ha tenido en cuenta la situación de restricción presupuestaria derivada de la actual coyuntura económica. Por ello, esas competencias se han atribuido a una entidad ya existente, la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios, que habrá de adaptar su estructura a las nuevas funciones que se le encomiendan, sin que ello implique necesariamente en un primer momento un aumento de costes.

Por lo que se refiere al impacto por razón de género, la memoria destaca que la nueva regulación es neutral, sin que se aprecie ni sea previsible que provoque impacto alguno en este sentido.

Tal y como se ha indicado, la memoria consta además de dos anexos: el primero de ellos incluye un cuadro en el que se resume el propio contenido de la memoria, mientras que el segundo incorpora el texto del Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos.

Han informado el anteproyecto la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica) y las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas; Economía y Competitividad; Educación, Cultura y Deporte; Presidencia; e Interior. Obran en el expediente dos informes en los que se analizan las observaciones realizadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y por el Ministerio del Interior, explicándose las razones por las que se acogen o rechazan tales observaciones.



CONSEJO DE ESTADO

Asimismo, han intervenido en el expediente el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo y la Comisión Nacional de la Competencia, así como la Junta de Andalucía (Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas de la Consejería de Cultura), el Ayuntamiento de Madrid, la Federación Española de Municipios y Provincias y la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana de la Ciudad de Melilla.

Ha emitido informe la Agencia Española de Protección de Datos, la mayoría de cuyas observaciones han sido aceptadas e incorporadas a la versión final del anteproyecto, habiéndose incluido en el expediente una nota en la que se exponen los motivos por los que no han sido atendidas algunas de las sugerencias formuladas.

Han presentado alegaciones la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Amnistía Internacional, la Asociación Profesional Española de Privacidad (APEP) y la Federación Nacional de Comunidades de Regantes de España (FENACORE)

El texto del borrador del anteproyecto fue sometido a consulta pública electrónica el 26 de marzo de 2012. A este respecto, obra en el expediente un informe de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes del Ministerio de la Presidencia en el que se explica que, para gestionar la consulta, se habilitó una página web en la que se centralizaron todas las observaciones, que fueron enviadas automáticamente a un buzón de correo electrónico al que tenía acceso el personal de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes; la consulta pública a través de las redes sociales fue llevada a cabo directamente desde el Gabinete de la Vicepresidencia del Gobierno. La consulta pública se cerró el 11 de abril de 2012, si bien se ha mantenido abierta la página web, a través de la cual puede continuar accediéndose al texto del borrador. Según señala este informe, la página web ha recibido un total de 78.107 visitas, habiéndose recibido 3.669 correos electrónicos con observaciones y habiéndose contabilizado 14 entradas por registro, lo que hace un total de 3.683 observaciones. El perfil de los sujetos que han intervenido en la consulta ha sido diverso: junto a ciudadanos individuales han participado Administraciones Públicas, asociaciones profesionales, organizaciones activas en



CONSEJO DE ESTADO

materia de transparencia y otros colectivos. El informe sintetiza las principales observaciones recibidas, tanto las de carácter general como las realizadas a los distintos preceptos del anteproyecto.

En tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

Estando el expediente en este Consejo y sin haber solicitado formalmente audiencia, D. Rafael Lezcano Pérez y D. Isaac Ibáñez García presentaron sendos escritos de alegaciones al anteproyecto remitido a consulta.

I.- Objeto y competencia

El expediente remitido se refiere al anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Aun cuando la orden de remisión no invoca el precepto en cuya virtud se formula la consulta, ha de entenderse que esta se efectúa al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.2 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. El último de ellos establece que este órgano consultivo puede ser oído, sea en Pleno o en Comisión Permanente, "en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente".

Se trata, pues, de una consulta facultativa y no preceptiva, que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 22.19 y 24, ha de ser evacuada por la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

II.- Tramitación del expediente

Por lo que se refiere a la tramitación del anteproyecto sometido a consulta y en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, pueden considerarse atendidas las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.



Constan en el expediente -y así se recoge en los antecedentes- las sucesivas versiones del anteproyecto sometido a consulta y la preceptiva memoria que lo acompaña, así como los informes de los distintos órganos y dependencias administrativas que han intervenido en su elaboración. Asimismo, se ha dado audiencia a numerosas entidades y se han incorporado los escritos de observaciones remitidos por ellas. La tramitación se ha completado con la consulta pública electrónica abierta desde el 26 de marzo de 2012 hasta el 11 de abril siguiente.

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la amplia publicidad que a través de la consulta electrónica se ha dado al borrador del anteproyecto, debe objetarse que no se haya solicitado el informe del Consejo General del Poder Judicial (artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) ni el de la Fiscalía General del Estado. Asimismo habría resultado altamente conveniente remitir en consulta el anteproyecto al Ministerio de Defensa. Finalmente debe hacerse notar que no consta en el expediente que se haya dado audiencia expresa a las Comunidades Autónomas ni se ha recabado el parecer del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en cuyo seno se había constituido un Comité de Expertos al que el Ministerio de la Presidencia encargó la elaboración de un informe sobre el anteproyecto a que se refiere el expediente, que finalmente no ha sido evacuado y que sin duda habría aportado importantes elementos de juicio para la emisión del presente dictamen.

Por otro lado, habría resultado de utilidad incorporar al expediente no solo las notas de contestación a algunos de los informes emitidos, sino también algún documento en el que se resumiesen las observaciones formuladas por los distintos órganos, entidades y sujetos que han intervenido en la tramitación y se explicasen las razones por las que muchas de sus sugerencias no han sido atendidas.

Finalmente, debe señalarse que se ha advertido la existencia de algunas erratas en la memoria de impacto normativo que convendría corregir. Sin ánimo exhaustivo, debería sustituirse la referencia a la Ley 30/1992 como "Ley de bases del régimen jurídico" por su denominación correcta; en la página 4 de la memoria se cita el artículo 105.c) de la Constitución en lugar del artículo



CONSEJO DE ESTADO

105.b). Los apartados que aparecen numerados como III y IV en realidad son el II y el III, respectivamente. Además, al analizar el contenido de la norma se indica que integran su parte final tres disposiciones adicionales, siendo así que en la versión final del anteproyecto existen cuatro en total. Por lo demás, frente a la amplitud con que se analizan el contenido, justificación e impacto normativo de la regulación proyectada en materia de transparencia y acceso a la información pública, sorprende la parquedad con que se aborda en la memoria la justificación y análisis de la normativa integrante del título II del anteproyecto, relativo al "buen gobierno".

III. Alcance del anteproyecto

Tal y como se ha indicado, el anteproyecto sometido a consulta tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer 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 (artículo 1). Así pues, la Ley en proyecto responde a la necesidad de establecer el régimen jurídico aplicable a los pilares sobre los que en la actualidad, y al decir de la memoria, debe descansar toda acción política, entendiéndose que la creación de un marco de referencia en materia de transparencia y responsabilidad política dentro del cual deba encauzarse la actuación de los poderes públicos contribuirá decisivamente a reforzar los cimientos democráticos de la sociedad y a acercar a los ciudadanos a los asuntos públicos.

Pues bien, por lo que se refiere a las normas en materia de transparencia, la Ley proyectada pretende establecer un régimen de publicidad activa general para toda la acción pública que alcanza no solamente a las Administraciones Públicas en sentido estricto, sino también a otras entidades integrantes del sector público e incluso a órganos constitucionales o de relevancia constitucional. Junto a ello y como elemento esencial para garantizar la transparencia de la actuación pública, el anteproyecto establece las normas reguladoras del derecho de acceso a la información pública, dotándolo de un contenido mucho más amplio que el actualmente resultante del régimen



CONSEJO DE ESTADO

contenido en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que entronca con el artículo 105.b) de la Constitución. En efecto, partiendo del reconocimiento que realiza este precepto constitucional y tratando de superar las deficiencias y limitaciones de su actual regulación general, el anteproyecto define este derecho de manera mucho más extensa, estableciendo una regulación completa y exhaustiva y diseñando un procedimiento específico para encauzar su ejercicio.

Este enfoque responde a la importancia que en el contexto actual posee este derecho, que además de estar reconocido en el mencionado artículo constitucional, enlaza con las declaraciones y mandatos contenidos en otros preceptos de la norma fundamental (así, con los artículos 1.1, 9.2, 20 y 10.2, preceptos que habrían de mencionarse expresamente en la exposición de motivos).

De este modo, la Ley responde a la necesidad de establecer una regulación general y amplia en materia de transparencia, en su doble vertiente de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública, similar a la que existe en la mayoría de los países de nuestro entorno. También en el ámbito de la Unión Europea existen normas en la materia: en particular, el derecho de acceso a la información en poder de las Instituciones y Agencias comunitarias se reconoce en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, regulándose de manera específica en el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, actualmente en proceso de reforma para precisar y ampliar su ámbito de aplicación. Además, en el año 2009 se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos, que establece las normas mínimas inspiradas en las experiencias y prácticas de los Estados miembros del Consejo de Europa, positivizando los principios ya enunciados en la Recomendación Rec (2002)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el acceso a los documentos públicos.

El anteproyecto remitido en consulta se ha elaborado tomando en consideración la regulación contenida en estas normas, situando así al ordenamiento jurídico español en la órbita de otros Estados que cuentan ya con



CONSEJO DE ESTADO

una legislación interna específica en materia de transparencia y favoreciendo la posibilidad de que España se adhiriera con facilidad a los instrumentos internacionales vigentes en este ámbito o que puedan adoptarse en el futuro.

En cuanto a las normas de buen gobierno, en su título II y bajo esta rúbrica, el anteproyecto aúna un amplio elenco de principios éticos y de actuación y un completo régimen de infracciones y sanciones aplicable a los altos cargos y asimilados de todas las Administraciones Públicas, tratando con ello de superar el carácter sectorial y la dispersión normativa actualmente existente en este ámbito, cuando no de colmar una auténtica laguna normativa, dada la ausencia de disposiciones específicas que establezcan los criterios o parámetros a los que de modo general debe sujetarse la actuación de los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho título II y que tipifiquen y sancionen las conductas contrarias a ellos.

En definitiva y a través de esta triple vertiente (publicidad activa, derecho de acceso a la información pública, buen gobierno), la Ley pretende introducir un novedoso régimen jurídico de la actividad pública que se proyecta tanto externamente en la relación de los poderes públicos con los ciudadanos, favoreciendo un mayor conocimiento por parte de estos del contenido de su actividad y ampliando de este modo sus posibilidades de control democrático –lo que, a su vez, contribuirá a fomentar la participación ciudadana en los asuntos públicos-, como internamente, en el ámbito propio y específico de la actuación de los altos cargos, intensificando la responsabilidad de los gestores públicos de máximo nivel en el ejercicio de sus funciones y fomentando su ejemplaridad pública.

IV.- Valoración global del anteproyecto

Desde esta perspectiva y atendiendo al fundamento en que se apoya la norma y a los fines que con ella pretenden alcanzarse, el Consejo de Estado valora positivamente esta iniciativa legislativa que, tal y como declara la memoria que acompaña al anteproyecto, “entronca directamente con el principio democrático y supone un ejercicio de responsabilidad”, tratando de



CONSEJO DE ESTADO

establecer un marco jurídico de referencia aplicable a quienes desarrollan funciones públicas de alto nivel.

Ahora bien, sin perjuicio de este juicio favorable y de las observaciones concretas que se formularán en el siguiente apartado, este Consejo considera necesario realizar algunas reflexiones generales en relación con la regulación prevista en el anteproyecto, que ciertamente encierra muchos aspectos positivos, pero que también plantea algunos problemas en cuanto a su alcance y al modo en que haya de engarzarse en el ordenamiento jurídico.

1.- Ante todo, debe llamarse la atención acerca del carácter abierto, genérico e indeterminado de muchos de los preceptos del anteproyecto, rasgo este que, unido al carácter horizontal de la norma, que se proyecta sobre el conjunto del ordenamiento, así como a su amplio ámbito subjetivo de aplicación (especialmente en lo relativo al régimen de transparencia), puede provocar un efecto perturbador de la seguridad jurídica y es potencialmente susceptible de generar numerosos conflictos de interpretación o aplicación de algunas de sus disposiciones. En materia de publicidad activa, por ejemplo, se aprecia que el anteproyecto con frecuencia recurre para delimitar el alcance y contenido de las obligaciones que regula en este ámbito al empleo de conceptos indeterminados o imprecisos que pueden provocar dudas interpretativas y que en ocasiones formula con excesiva vaguedad algunos de los aspectos esenciales del régimen aplicable a esta materia. En el caso concreto del derecho de acceso a la información pública, el carácter abierto de algunos preceptos (entre ellos, los artículos 9, 10 y 13), la indeterminación de los conceptos empleados en muchos de ellos y las dudas en relación con el alcance concreto y aplicabilidad del proyecto a determinados ámbitos o sectores (como las que suscita, por ejemplo, la disposición adicional primera, cuya interpretación extensiva podría determinar que la normativa contenida en el anteproyecto se aplicara únicamente de forma residual) pueden mermar seriamente la eficacia real del referido derecho, circunstancia esta que se acentúa como consecuencia de la falta de tipificación de un régimen de infracciones y sanciones propio y específico en la materia. Debería por ello valorarse la conveniencia de definir con mayor precisión los límites y excepciones a este derecho, ya que, en su formulación actual, la apreciación de



CONSEJO DE ESTADO

su concurrencia se hace depender en demasía del criterio subjetivo y discrecional del órgano en cada caso competente. Asimismo, podría introducirse en el título I un régimen sancionador que permitiera reprimir las conductas contrarias a las normas de transparencia que el anteproyecto recoge. Esta recomendación responde a la necesidad de reforzar el carácter imperativo que las normas de la proyectada Ley poseen, atendiendo al modo en que se encuentran formuladas, pues para que un mandato sea auténticamente obligatorio es necesario prever las consecuencias que en cada caso hayan de derivarse de su incumplimiento.

Finalmente, también en materia de buen gobierno se aprecia cierta inclinación a la utilización de términos abiertos y flexibles, lo que en el caso concreto del régimen sancionador puede provocar una perniciosa quiebra del principio de tipicidad, como se expondrá en el siguiente apartado de este dictamen.

2.- Desde otra perspectiva pero también en conexión con ese carácter horizontal de la Ley en proyecto, se hace necesario destacar la importancia de articular adecuadamente y de forma clara y precisa su relación con otras normas actualmente vigentes que regulan muchas cuestiones que el anteproyecto aborda. Esta relación no siempre aparece claramente perfilada o construida, lo que en algunos casos puede llegar a provocar un solapamiento o duplicidad de regímenes, cuando no una verdadera colisión normativa, sin que el anteproyecto ofrezca criterios sólidos para alcanzar una solución pacífica. Pues, en efecto y como consecuencia del juego conjunto de las remisiones contenidas en el anteproyecto y las cláusulas que salvaguardan la vigencia de ciertos regímenes especiales, así como de la ausencia de disposiciones derogatorias, no resulta sencillo determinar en todos los casos cuál es la norma de aplicación preferente, lo que permite albergar ciertas dudas en relación con el pretendido alcance general de la disposición proyectada y, por ende, con su efecto innovador del ordenamiento jurídico. Esta posible colisión puede surgir de manera particularmente intensa en materia de subvenciones, publicidad de contratos del sector público o protección de datos de carácter personal, pudiendo, por lo demás, llegar incluso a plantearse en ciertos casos un verdadero conflicto entre el deber de secreto y confidencialidad que pesa sobre



CONSEJO DE ESTADO

los empleados públicos y las normas sobre publicidad activa y derecho de acceso a información pública previstas en el anteproyecto. A estos y a otros supuestos se hará especial referencia en el siguiente apartado.

3.- Las consideraciones anteriores deben completarse con algunas reflexiones adicionales en relación con ciertas normas que integran el título II del anteproyecto, relativo al "buen gobierno". En él se incluyen una amplia definición de su ámbito de aplicación, seguida de una extensa relación de principios éticos y morales a los que han de ajustar su actuación los altos cargos de las distintas Administraciones Públicas y de un completo régimen de infracciones y sanciones con el que se pretende reprimir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, reforzándose con ello la ejemplaridad de los gestores públicos de máximo nivel.

Pues bien, no cabe duda del avance que la regulación legal de estos aspectos del régimen jurídico aplicable a los altos cargos del Gobierno y las Administraciones supone, ni puede dejar de apreciarse el esfuerzo que el anteproyecto realiza en este sentido, tratando de dotar a través de dicha regulación a la actuación de los poderes públicos de un conjunto de normas que permitan garantizar un ejercicio adecuado de sus funciones. Tampoco puede cuestionarse la importancia y conveniencia de que las normas jurídicas impongan pautas de comportamiento inspiradas en valores y principios metajurídicos aceptados comúnmente como válidos y deseables por el conjunto de los ciudadanos. Ciertamente y aun cuando no pretenda ahora analizarse o siquiera esbozarse la compleja relación existente entre Derecho y Moral, no puede negarse que en todo ordenamiento jurídico existen determinados elementos axiológicos que impregnan el contenido de muchas de sus normas, algo que es especialmente patente en el ámbito del derecho punitivo. Ahora bien, aun siendo ello cierto, no lo es menos que la traslación al ámbito de lo jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el Derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza del reproche social que su incumplimiento puede conllevar.



CONSEJO DE ESTADO

Partiendo de estas premisas y sin que se objete en sí misma la positivización de principios éticos y de actuación (por lo demás, muchos de ellos recogidos ya en otras normas, entre las que destaca el Estatuto Básico del Empleado Público), si se considera preciso recomendar que se eviten en la medida de lo posible las formulaciones superlativas y el empleo de construcciones imprecisas o términos abstractos, vagos y excesivamente abiertos, pues su introducción determina siempre la incorporación a la norma de un elemento subjetivo o discrecional de apreciación que, cuando se trata de valorar conductas a efectos de aplicar sanciones (así lo establece expresamente el artículo 23.2, que no sanciona el incumplimiento de los principios enunciados en el primer apartado, pero sí los configura como guía para la aplicación del régimen sancionador), puede perturbar gravemente la seguridad jurídica. Esta puede quebrar igualmente en aquellos casos en que el régimen de infracciones y sanciones no se ajusta debidamente a los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad. Exigencia derivada de los dos primeros es el deber de identificar de manera clara las conductas constitutivas de infracción, evitando términos genéricos y ambiguos que se traduzcan en una falta de certeza. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha considerado el principio de tipicidad como una garantía material comprendida en el principio de legalidad sancionadora contemplado en el artículo 25.1 de la Constitución, que "aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones" (Sentencias 135/2010, de 2 de diciembre, y 104/2009, de 4 de mayo). Esta garantía se concreta, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, en que el legislador y, en su caso, la Administración deben aprobar normas "concretas, precisas, claras e inteligibles" (Sentencias 181/2008, de 22 de diciembre; 151/1997, de 29 de septiembre; y 34/1996, de 11 de marzo, entre otras). El principio de tipicidad no veda, sin embargo, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, "aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 de la Constitución se subordina -según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional- a la posibilidad de que su concreción sea



CONSEJO DE ESTADO

razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad jurídica, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (por todas, Sentencia 208/2005, de 12 de septiembre).

A juicio del Consejo de Estado, el régimen de infracciones y sanciones previsto en el anteproyecto respeta, en líneas generales, las exigencias derivadas de los principios aplicables en este ámbito. Así, muchas de las infracciones tipificadas en el artículo 25 son reproducción idéntica o similar de las contenidas en el artículo 177 de la Ley 47/2003, de 26 noviembre, General Presupuestaria (concretamente, las previstas en las letras a) a e)), o concreción de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en particular, las de las letras f) a o)); las del artículo 26, por su parte, están en gran parte tomadas del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril). Para todas ellas se establece un régimen de sanciones contenido en el artículo 27 que, sin perjuicio de las observaciones concretas que se realizarán al final del siguiente apartado, se acomodan igualmente en lo esencial a las exigencias propias de este tipo de normas. Este juicio global no puede, empero, ocultar que en algunos supuestos concretos este régimen adolece de una falta de precisión y rigor que no se compadece adecuadamente con las exigencias mínimas que han de satisfacer las normas sancionadoras. A título de ejemplo pueden mencionarse en este sentido las previsiones contenidas en las letras f) e i) del artículo 26.1 o las de las letras a) y b) del artículo 26.3.

En definitiva y de conformidad con los razonamientos expuestos, debe encarecerse una revisión completa y exhaustiva del artículo 23 en su conjunto y recomendarse que la identificación de las infracciones y sanciones tipificadas en el anteproyecto se haga de la manera más concreta y acabada posible, pues de lo contrario quedarían comprometidos los principios de tipicidad y legalidad.



V.- Observaciones al articulado y a las disposiciones del anteproyecto

a) Artículo 2. Ámbito de aplicación

Este precepto enumera en sus dos apartados los sujetos que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del título I de la Ley, que regula la "transparencia de la actividad pública".

a.1) Con carácter previo al análisis de las cuestiones de fondo que este artículo plantea, es preciso hacer dos observaciones de técnica normativa.

A este respecto, procede hacer notar que el título I consta de dos capítulos: uno relativo a la llamada "publicidad activa", que comprende los artículos 3 a 7 del anteproyecto, y otro referido al "derecho de acceso a la información pública", que integran los artículos 8 a 21. Resulta así que el artículo 2, que encabeza la regulación contenida en este primer título, no se integra en ningún capítulo. Y ello a pesar de que suele ser habitual que, en aquellos supuestos en que los artículos de una disposición se agrupan en capítulos, los preceptos que regulen cuestiones generales, tales como el objeto de la norma, sus fines o, como en este caso, su ámbito de aplicación, se incluyan en el capítulo inicial. Atendiendo a ello, cabe entender que la sistemática del anteproyecto mejoraría si este precepto se ubicase dentro de un capítulo propio y específico, el primero del título I, con la consiguiente reenumeración de los otros dos capítulos en que se divide esta parte del anteproyecto. Por otro lado, debería modificarse la rúbrica de este precepto, toda vez que no se define en él el ámbito de aplicación del título I en su conjunto, sino que se determinan los sujetos a los que las normas que lo integran van dirigidas; en consecuencia, la rúbrica de este precepto debería ser expresiva de su contenido indicando que en él se regula el "ámbito subjetivo de aplicación". Esta podría ser, por lo demás, la rúbrica del nuevo capítulo I, que incluiría este artículo 2.



CONSEJO DE ESTADO

a.2) Pero, más allá de estas consideraciones técnicas, son varios los comentarios que este precepto suscita. En primer lugar y por lo que se refiere al apartado 1, en él se enumeran los sujetos a los que se aplica con carácter directo el régimen de transparencia recogido en el título I. Este apartado contiene así una extensa relación de entidades, órganos y organismos en gran medida coincidente con las que establecen otras leyes que definen su ámbito subjetivo de aplicación en términos amplios, vinculando no solo a las Administraciones Públicas en sentido estricto, esto es, a las Administraciones territoriales, sino también a otros sujetos que, por razón de su naturaleza, de sus actividades o del régimen jurídico al que se someten total o parcialmente, son asimilados a ellas a los efectos de la aplicación de las referidas leyes. Ejemplos claros de este tipo de enumeraciones lo constituyen el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP), y, muy destacadamente, el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP). Ahora bien, a pesar de las similitudes que estos preceptos guardan con el artículo del anteproyecto ahora analizado y dejando a un lado la distinta terminología empleada en cada caso, existe entre ellos una notable diferencia, con importantes consecuencias prácticas, cual es la relativa a la falta de determinación, en el anteproyecto, de los distintos sujetos que, a los efectos de la aplicación de la Ley, tienen la consideración de Administración Pública. A juicio del Consejo de Estado, esta precisión resulta necesaria, habida cuenta de que las obligaciones de publicidad activa que se establecen en el capítulo I del título I no pueden ni deben imponerse con el mismo alcance a todos los entes, entidades y organismos incluidos en este artículo 2.1. De hecho, el propio anteproyecto se refiere en unos casos a "los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título" (por ejemplo, en el artículo 3.1 o en el artículo 6), mientras que en otros menciona únicamente como sujetos obligados a las "Administraciones Públicas" (artículos 4 y 5), dando a entender que existen distintos grados en la exigencia del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa previstas en la norma, pero sin indicar quiénes quedan comprendidos dentro de la referida expresión "Administraciones Públicas", generando con ello la duda de cuáles son los sujetos que deben cumplir esas concretas obligaciones. En definitiva, se considera conveniente introducir en este precepto un apartado que especifique



CONSEJO DE ESTADO

las entidades, organismos y órganos que, a los efectos del anteproyecto, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

Por otro lado y como consecuencia de la amplitud no exhaustiva con que está redactado este primer apartado, pueden plantearse dudas en cuanto a la inclusión o no, dentro del ámbito subjetivo de aplicación del título I, de ciertos órganos. De modo particular ha de mencionarse el caso de los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues, aun cuando pudieran considerarse "asociaciones constituidas por Administraciones" (letra h)), parece preferible, por su relevancia y peculiar naturaleza, mencionarlas expresamente.

a.3) Las consideraciones anteriores no agotan las observaciones que suscita este precepto, cuyo segundo apartado completa la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del título I del anteproyecto estableciendo lo siguiente:

"2. Las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por aquélla de las obligaciones previstas en esta Ley. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato".

Este apartado constituye un buen ejemplo del carácter abierto e impreciso que presentan algunos preceptos del anteproyecto a que se hacía referencia en el apartado anterior de este dictamen, fruto del cual surgen diversas dudas en cuanto al sentido y alcance de la regulación proyectada. En este caso concreto, las principales dudas se plantean en relación con el grado de sujeción de estas personas al cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos siguientes y con la forma en que debe articularse en la práctica su relación con la Administración.



CONSEJO DE ESTADO

Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, la lectura del apartado transcrito parece indicar que las personas que en él se mencionan están únicamente obligadas a proporcionar a la Administración determinada información necesaria para que esta pueda atender de manera satisfactoria el cumplimiento de las exigencias que en materia de transparencia prevé el título I del anteproyecto. De este modo, dichas personas –entre las que han de entenderse incluidas los concesionarios, las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o los Consorcios, así como los farmacéuticos y demás personas que encajen en la amplia caracterización que este apartado realiza- se configuran como una suerte de colaboradores indispensables para el cumplimiento por parte de las Administraciones de las obligaciones de publicidad activa previstas en el anteproyecto. El fundamento de la obligación que sobre ellos pesa de facilitar a aquellas determinada información deriva de la especial vinculación de estos sujetos con la Administración –llegando en algunos casos a configurarse como una auténtica relación especial de sujeción-, así como de la naturaleza de las actividades que realizan y de las potestades que pueden llegar a ejercer. Estas circunstancias justifican que se les imponga la referida obligación de colaboración. Ahora bien, la interpretación apuntada parece chocar, no obstante, con lo dispuesto en los artículos 3 y 6, en los que se recogen obligaciones que vinculan a todos “los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título” y que, por consiguiente, deberían ser cumplidas también por estos sujetos, en la medida en que se encuentran mencionados en el artículo que define el ámbito subjetivo de aplicación de dicho título. No parece, sin embargo, que ese cumplimiento deba ser exigido a las personas mencionadas en el apartado 2, por cuanto se trata de requerimientos que, por su propia naturaleza y por el modo en que están configurados en el anteproyecto, deben ser atendidos por los sujetos incluidos en el apartado 1 de este artículo 2. La contradicción apuntada podría salvarse si, en lugar de incluir a esas personas físicas y jurídicas en el artículo que define el ámbito subjetivo de aplicación del título I, se las mencionara en un precepto distinto, cuya rúbrica habría de expresar adecuadamente el contenido y finalidad de la obligación de suministro de información que se les impone.

En cuanto al segundo de los problemas apuntados –la forma en que debe articularse la relación entre las personas señaladas en este apartado



CONSEJO DE ESTADO

y la Administración-, son muchas las cuestiones cuya regulación omite este segundo apartado. En particular y en línea con la primera observación realizada al apartado 1, debería aclararse en primer lugar el sentido o alcance que ha de darse al concepto de servicio público, dada la heterogénea variedad de actividades y supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de esta expresión. Asimismo, ha de determinarse si la obligación de suministrar información se refiere solo a las Administraciones Públicas en sentido estricto o si alcanza también al resto de los órganos y entidades señalados en el artículo 2.1. También debería precisarse cuál es la información que deben facilitar, ya que la expresión que a este respecto utiliza el precepto (“... toda la información necesaria...”) no acota suficientemente el alcance de la obligación que en él se establece. E igualmente sería conveniente aclarar si esa información debe proporcionarse *motu proprio* o previo requerimiento del sujeto que haya de recibirla. Dado que el artículo 18.2 del anteproyecto atribuye en su apartado 2.a) a las “unidades de información” la función de “recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo I del título I de esta ley”, cabe pensar que son estos órganos los que han de solicitar la remisión de la referida información; sea como fuere, se trata de una cuestión que debería precisarse por el anteproyecto. Otro de los aspectos que el anteproyecto no regula es el relativo a las consecuencias que el incumplimiento de esta obligación puede conllevar; la determinación de tales consecuencias resulta importante no solo para evitar quiebras del principio de seguridad jurídica, sino también para reforzar el carácter imperativo del deber de suministro de información, que podría verse desvirtuado si no se sancionara de algún modo la falta de colaboración prevista en este apartado. Se trata, en definitiva, de cuestiones que deben ser abordadas, siquiera de manera abstracta y general, en el anteproyecto, a fin de proporcionar los criterios necesarios para un eventual desarrollo reglamentario.

Por lo demás, debería valorarse la conveniencia de modificar el inciso final de este apartado, que, en el caso concreto de los adjudicatarios de contratos del sector público, remite la determinación del contenido y la extensión de esta obligación a lo que disponga el respectivo contrato. Una previsión de estas características permitiría dejar a la voluntad de las partes la regulación concreta de esta obligación, pudiendo llegar a quedar desplazadas



CONSEJO DE ESTADO

las previsiones contenidas en el anteproyecto y, con ello, modificarse por vía contractual los deberes de publicidad activa que la Ley impone. En consecuencia, se estima que sería más conforme con el espíritu de la norma disponer que la obligación prevista en este apartado "se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el artículo 6 de esta Ley y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público".

Finalmente, la referencia a "las obligaciones previstas en esta ley" debería sustituirse por "las obligaciones previstas en este título".

a.4) Junto a las observaciones anteriores, ha de realizarse una última reflexión en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del título I del anteproyecto. No se ha incluido en él ni a los partidos políticos ni a los sindicatos, opción esta que, desde el punto de vista de la técnica, el Consejo de Estado no considera objetable, habida cuenta de que estas entidades no participan de la misma naturaleza que el resto de los sujetos mencionados en el artículo 2. Ello no obstante, sí se considera oportuno incluir en el anteproyecto alguna referencia expresa a ellos y a la necesidad de hacer extensivo a su ámbito de actuación el principio de transparencia, especialmente en lo relativo a los fondos públicos que perciben y al uso que de tales fondos realizan, debiendo articular adecuadamente la previsión que a este respecto se introduzca en el anteproyecto con las contenidas en la regulación aplicable a la financiación de partidos políticos y sindicatos.

b) Artículo 3. Principios generales

Este precepto, como su rúbrica indica, establece los principios generales a los que han de someterse los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I del anteproyecto en materia de publicidad activa. En particular, dispone en su primer apartado lo siguiente:

"Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública".



La previsión aquí contenida es otra muestra de la aludida falta de precisión de que adolecen algunos de los preceptos del anteproyecto y así lo prueban los términos genéricos y abiertos con que este apartado se refiere a la información que debe ser objeto de publicación periódica y actualizada. El efecto de indeterminación que ello genera podría fácilmente evitarse si en este apartado se explicitara que la información en él incluida es la que se detalla en los artículos 4 a 6 del anteproyecto. Por otro lado y en línea con la observación formulada al artículo 2.2, no parece correcto configurar como sujetos obligados a efectuar la publicación de la referida información a todos los que están comprendidos en el ámbito de aplicación del título I (esto es, tanto a los mencionados en el apartado primero del artículo 2, como a los incluidos en su apartado segundo). Teniendo en cuenta que, según ha quedado expuesto, las personas físicas y jurídicas mencionadas en el artículo 2.2 son, más que sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I del anteproyecto, personas obligadas a colaborar con la Administración, debe concluirse que esta regla solo podría mantenerse en sus actuales términos si se atendiera la sugerencia realizada en el apartado V.a.3) del cuerpo de este dictamen en el sentido de convertir la regla contenida en el artículo 2.2 en un precepto distinto; en caso de no observarse tal propuesta, debería modificarse el actual tenor del primer apartado del artículo 3 a fin de limitar la exigencia de la obligación en él prevista a los sujetos enunciados en el artículo 2.1 de la Ley en proyecto. En definitiva y sea cual sea la solución finalmente elegida, debería garantizarse que la referida obligación de publicación de información se impusiera únicamente a dichos sujetos.

En segundo término, este artículo 3 prevé en su segundo apartado que "las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad". Se establece, pues, en este apartado una regla que constituye una de las piezas clave de la articulación de la Ley proyectada con otras disposiciones que contienen normas sobre una de las cuestiones que constituyen su objeto. Queda claro que el anteproyecto deja a salvo aquellas disposiciones específicas que establezcan un régimen de transparencia de la actividad administrativa más amplio que el que se prevé en su título I, como sucede, por ejemplo, con la LCSP o con la Ley 38/2003, de 17



CONSEJO DE ESTADO

noviembre, General de Subvenciones, con los problemas de duplicidad de regímenes que ello puede generar (cuestión sobre la que se volverá más adelante). La Ley en proyecto no contiene, sin embargo, ninguna regla que de manera expresa e indubitada prevea la aplicación prevalente de aquellas normas vigentes que impongan regímenes de publicidad más restrictivos. Tal es el caso de algunas normas tributarias o de la Ley 12/1989, de 9 mayo, de función estadística pública, cuyo artículo 13 contiene el régimen concreto del secreto estadístico, al que después se hará referencia más detallada. La propia normativa de contratos del sector público establece, al igual que la de subvenciones, algunas limitaciones concretas a su más amplio régimen de publicidad, siendo dudoso, a la vista de la regulación proyectada, su encaje con la normativa que en materia de publicidad activa contiene el anteproyecto. A este respecto, se ha señalado en la tramitación del expediente que tales regímenes quedan amparados por los límites recogidos en el artículo 10 del anteproyecto que, según prevé el artículo 3.3, son de aplicación a las obligaciones de publicidad activa. Ocurre, sin embargo, que dichos límites no siempre permiten salvaguardar tales regímenes, cuya justificación descansa más bien en alguna de las salvedades previstas en el artículo 9 ("información pública"). A modo ejemplificativo y sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar el supuesto concreto de los contratos secretos o reservados, a los que la LCSP dota de un régimen de publicidad específico (artículos 13.2.d), 170.f) y 177) que no queda adecuadamente salvaguardado en la regulación proyectada, toda vez que el fundamento de su declaración y, por ende, de las restricciones que en materia de publicidad les son aplicables, suele encontrarse en razones de seguridad nacional o defensa, materias que no se hallan configuradas como límites al derecho de acceso en el artículo 10 del anteproyecto, sino que encajan en las exclusiones contenidas en el artículo 9.

Asimismo puede mencionarse la regla contenida en el artículo 18 de la Ley General de Subvenciones que, tras consagrar con carácter general la obligación de publicar en el diario oficial correspondiente determinados datos relativos a las subvenciones concedidas por la Administración, contempla determinadas excepciones, estableciendo que no será necesaria tal publicación cuando, por ejemplo, "los importes de las subvenciones concedidas, individualmente consideradas, sean de cuantía inferior a 3.000 euros" o "cuando



CONSEJO DE ESTADO

la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor" o de "la intimidad personal y familiar de las personas físicas". Ninguna de las razones que sustentan estas y otras excepciones contenidas en la citada Ley encuentra acomodo en los referidos límites del artículo 10, sin que tampoco quepa admitir, como pretende la memoria de impacto normativo, que estos regímenes especiales de publicidad queden amparados por la previsión contenida en el apartado 2 de la disposición adicional primera del anteproyecto, pues se refiere únicamente a la normativa existente en materia de acceso a la información, lo que no siempre equivale a la normativa que establece un régimen específico de publicidad.

En definitiva, la vigencia de estos y otros especiales regímenes y su adecuada coherencia con la regulación en proyecto no queda asegurada con las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 3 ni con la establecida en la disposición adicional primera. Ello aconseja revisar su contenido de modo tal que quede clara la prevalencia de las normas que en cada caso deban resultar de aplicación.

Por último, el apartado 4 del artículo 3 dispone en su primer inciso que "la información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados". Del tenor literal de este precepto se desprende que la publicación en sedes electrónicas o páginas web resulta indistinta, siendo así que el alcance y la accesibilidad de la información que se pone a disposición de los usuarios en unas y otras no es en modo alguno equiparable, habida cuenta de que el acceso a las sedes electrónicas únicamente puede tener lugar en un "entorno cerrado", estableciéndose una relación entre el titular de la sede y quien pretende acceder a ella, que en todo caso deberá identificarse con arreglo a alguno de los sistemas de firma electrónica reconocidos en el artículo 13 de la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos ("formas de identificación y autenticación"), a diferencia de cuanto sucede en el caso de las páginas web, que en principio se encuentran abiertas a todos los usuarios de la red sin exigencia de identificación específica. Por lo demás, tampoco se



CONSEJO DE ESTADO

determina a quién corresponde la elección de una u otra opción, cuestión que tal vez convendría precisar.

En otro orden de ideas pero en conexión directa con lo anterior, ha de llamarse la atención acerca de la dificultad que para determinados sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del título I del anteproyecto puede tener el cumplimiento de la obligación de publicación de información contenida en este apartado cuarto. En particular, esta dificultad se ha puesto de manifiesto en la tramitación del expediente en relación con las Comunidades de Regantes, destacándose la falta de medios personales y materiales de muchas de las 7.196 comunidades existentes. A este respecto y aun cuando la inclusión de las Corporaciones de Derecho Público en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley ha de valorarse positivamente, es preciso llamar la atención acerca de la multiplicidad de corporaciones de muy diverso signo y entidad que se agrupan bajo esa denominación. Así y sin necesidad de abordar por extenso un análisis de la tipología en la materia, no ofrece dudas la capacidad de la mayoría de los Colegios profesionales o de las Cámaras de Comercio para atender la referida obligación de publicidad activa por medios electrónicos que impone el artículo 3.4. Pero, frente a ello, existen otras corporaciones como las mencionadas Comunidades de Regantes o las Cofradías de Pescadores cuyo reducido tamaño, unido a la escasez de medios que suelen padecer, puede convertir en excesivamente onerosa la mencionada obligación, pudiendo llegar a producirse como consecuencia de ello una situación de incumplimiento generalizado poco deseable. Por esta razón, el Consejo de Estado estima necesario proponer que se incluya en el anteproyecto una disposición adicional que de modo específico aborde este problema, cuya solución podría alcanzarse, por ejemplo, previendo la posibilidad de que este tipo de Corporaciones alcance convenios concretos con la Administración competente correspondiente para que ésta facilite los medios o instrumentos que permitan el cumplimiento de esta obligación, o estableciendo que dicho cumplimiento se lleve a cabo de forma centralizada a través del organismo representativo del conjunto de dichas corporaciones (en el caso de las Comunidades de Regantes, FENACORE), encargado a tal efecto de recabar toda la información pertinente y de publicarla a través de alguno de los medios electrónicos previstos en este apartado. Estas u otras posibles soluciones que puedan permitir modular el alcance de las obligaciones en los



CONSEJO DE ESTADO

supuestos mencionados pueden remitirse, en su caso, a un ulterior desarrollo reglamentario.

c) Artículo 4. Información institucional, organizativa y de planificación

En línea con lo indicado anteriormente en relación con el ámbito de aplicación del título I del anteproyecto, se considera que este precepto debería precisar con mayor rigor quiénes son los sujetos obligados a facilitar la información que en él se detalla. A juicio del Consejo de Estado, la obligación contenida en el primer apartado debería vincular no solo a las Administraciones Públicas, tal y como señala el anteproyecto —que, por lo demás y según se ha hecho notar repetidamente, no precisa qué sujetos quedan comprendidos dentro de esta amplia expresión—, sino también a los restantes organismos, órganos y entidades incluidos en el artículo 2.1 del anteproyecto. Por el contrario, debería modularse el alcance subjetivo de la obligación de publicar la información relacionada en el segundo apartado, pues así como parece lógico que se imponga a las Administraciones Públicas territoriales, a sus Organismos Autónomos o a las Agencias Estatales, y también a los llamados organismos reguladores, entre otros, no resulta en cambio aconsejable hacerla extensiva, por ejemplo, a las sociedades mercantiles mencionadas en la letra f) del artículo 2.1, en la medida en que se trata de sujetos que, sometidos mayoritariamente al Derecho privado, compiten con otras entidades en condiciones de igualdad en el mercado de bienes y servicios, y cuyos planes o programas de actuación plurianual cuentan con un régimen específico en nuestro ordenamiento (artículos 65 y concordantes de la LGP).

Desde otra perspectiva, cabe apuntar que el régimen de transparencia contenido en este precepto podría intensificarse introduciendo la obligación de publicar los resultados de la evaluación relativa al grado de cumplimiento de los planes y programas anuales y plurianuales prevista en el apartado dos *in fine*.



d) Artículo 5. Información de relevancia jurídica

No se acierta a comprender la razón por la que la letra b) de este precepto hace referencia únicamente a los anteproyectos de ley y no a los proyectos de reales decretos legislativos. Podría sopesarse la posibilidad de introducir una mención expresa a ellos en la referida letra, que, además, podría aclarar si los dictámenes a que hace referencia son exclusivamente o no los que en cada caso tengan carácter preceptivo, así como incorporar una regla alternativa en cuanto al momento en que tales anteproyectos han de publicarse, aplicable a los eventuales supuestos en que no se solicite a lo largo de su tramitación el dictamen de ningún órgano consultivo.

Esta última sugerencia ha de hacerse extensiva a lo dispuesto en la letra c), que habría de incluir una previsión que esclarezca el momento en que debe procederse a la publicación de proyectos reglamentarios en cuya tramitación no se solicite ningún dictamen (cabe pensar, por ejemplo, en los reglamentos y ordenanzas municipales, así como en los reglamentos de las Ciudades de Ceuta y Melilla, para cuya elaboración no es preceptiva la solicitud de dictamen alguno, según disponen los artículos 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y 17 de la Ley reguladora de Haciendas Locales, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; y los artículos 20 y siguientes de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla, aprobados por Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo).

e) Artículo 6. Información económica, presupuestaria y estadística

En este precepto se aprecia de manera significativa el aludido solapamiento en que en ocasiones incurre la Ley proyectada con normas sectoriales y especiales que contienen reglas específicas en materia de publicidad, como es el caso del artículo 154 de la LCSP o del artículo 18 de la Ley General de Subvenciones, sin que en el anteproyecto se ofrezcan pautas claras sobre la articulación de sus mandatos con los de estas disposiciones específicas, algunas de las cuales, además, son transposición al ordenamiento español del Derecho de la Unión Europea. En la medida en que el carácter



CONSEJO DE ESTADO

prevalente de tales normas, que en muchos casos establecen regímenes de publicidad que se apartan de lo dispuesto en el anteproyecto, no se desprende indubitadamente de las disposiciones de este, su aplicabilidad puede quedar situada en un terreno de indefinición cuyos límites el anteproyecto no permite *a priori* esclarecer. Cabría pensar, no obstante, que las previsiones del anteproyecto en nada han de afectar al régimen sustantivo que contienen esas normas especiales, pero, de ser esta la conclusión acertada, sería obligado revisar los términos en que están redactadas algunas de las letras en que se divide el precepto comentado, cuyo contenido, como seguidamente se expondrá, no siempre casa con el de dichas normas especiales, generando dudas sobre la subsistencia de estas en lo que no se compadece con el tenor de la Ley en proyecto.

e.1) Una de las cuestiones que mayor número de observaciones ha suscitado en el expediente ha sido la relativa a la diferente amplitud con la que, en contraste con la LCSP, la letra a) del artículo 6 del anteproyecto regula la obligación de todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación de dar publicidad activa a determinada información en materia contractual.

A tal efecto, se ha observado que el listado de cuestiones que han de ser publicitadas no coincide con el contenido en el artículo 154 de la LCSP, precepto que además especifica quién ha de publicar los datos correspondientes de los contratos formalizados –el órgano de contratación- y en qué sede ha de hacerlo –perfil del contratante-. Además, el artículo 154 sólo obliga a dar publicidad a los contratos que superen ciertas cuantías, en tanto que el artículo 6.a) del anteproyecto prevé hacer pública la información relativa a “todos los contratos formalizados”. Esta disimilitud implica, cuando menos, para los sujetos a los que se aplicará el régimen del anteproyecto la carga de realizar una actividad en ciertos casos duplicada y no enteramente coincidente de publicidad en materia contractual que parece exceder de lo razonable. Por ello, se sugiere revisar los términos en que está formulada la obligación consagrada en este apartado, a fin de aproximar su contenido a lo establecido en la LCSP en la medida de lo posible.



CONSEJO DE ESTADO

A lo anterior ha de añadirse que el artículo 6.a) proyectado no contiene las excepciones que en materia de publicidad pueden resultar de los artículos 13, 153, 170 y 177 de la LCSP, de modo que parece extender la obligación de publicidad que impone a todo género de contratos. Se ha argumentado en contra de tal interpretación que a esos contratos, por aplicación del artículo 3.3 del anteproyecto, les resultan de aplicación las salvaguardas de su artículo 10, pero como ya se ha razonado con anterioridad, este género de contratos se incardinarían en las excepciones que recoge el artículo 9 del anteproyecto *in fine*, por lo que se insiste en la necesidad de que o bien se incluya la mención a este precepto en el referido artículo 3.3 del anteproyecto o bien se introduzca en el artículo 6.a) una excepción relativa a los referidos contratos. De otro modo, la Ley proyectada acogería un régimen de publicidad contractual que podría contravenir los intereses de la seguridad nacional o la defensa.

Procede hacer notar, además, que el anteproyecto parece no tener en cuenta el acabado régimen de publicidad que resulta de la existencia del Registro de Contratos del Sector Público (artículo 333 de la LCSP, en relación con el artículo 31 y el anexo I del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP). En tal Registro, de acceso público (artículo 333.5 de la LCSP), “se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas administraciones públicas y demás entidades del sector público sujetos a esta Ley” (artículo 333.1), datos básicos que son notablemente más extensos que los que refiere el anteproyecto. Quizás podría tenerse en cuenta el contenido de este Registro de cara a facilitar el cumplimiento de parte de las obligaciones de publicidad impuestas en este ámbito, sin que ello exima en modo alguno de su deber de cumplimiento de las exigencias de transparencia impuestas por el anteproyecto a los sujetos obligados ni interfiera en la publicación de la información a que se refiere en el Portal de la Transparencia.

Junto a estas observaciones, debe ponerse de manifiesto que la finalidad de transparencia a la que aspira este artículo 6.a) podría alcanzarse de mejor manera si a la información a la que se refiere en su actual redacción se añadieran precisiones relativas a cada procedimiento contractual –como es el



CONSEJO DE ESTADO

caso del número de licitadores que presentaron ofertas, sus respectivas ofertas económicas y las puntuaciones finalmente obtenidas por todos ellos-, así como al régimen de subcontratación de cada contrato público, en caso de que aquella tenga lugar y a los supuestos de incumplimiento de los contratos. La inclusión de este género de datos entre la información sometida a publicidad activa permitiría la obtención de información cabal sobre el modo concreto en que se desarrollan los procedimientos contractuales y sobre las eventuales circunstancias de su desenvolvimiento posterior, extremos cuya publicidad contribuiría, a juicio del Consejo de Estado, a alcanzar los fines que el anteproyecto persigue y que inspiran su contenido.

e.2) El artículo 6.b) del anteproyecto somete al régimen de publicidad activa a "la relación de convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas".

Frente a la prolija sucesión de datos que recoge la letra a), anteriormente comentada, llama la atención la parquedad con la que el anteproyecto trata la publicidad de un instrumento tan relevante como los convenios administrativos.

Esa concisión implica para este Consejo la omisión de elementos de no poca relevancia en relación con cada convenio, que se estima preciso incluir en el articulado del anteproyecto, a fin de dotar a este instrumento de asunción de obligaciones de un adecuado régimen de publicidad.

En este sentido, la Comisión Nacional de la Competencia observó en el informe emitido con ocasión de la tramitación del expediente que sería preciso que se incluyera en la letra b) la mención al plazo de duración del convenio y a las eventuales modificaciones que pudiera experimentar, así como, en su caso, a la identidad de quienes lleven a cabo la concreta realización de las prestaciones convenidas. Estas sugerencias se consideran acertadas, en la medida en que, aun cuando sea cierto que un convenio pueda tener fijada de antemano en el ordenamiento su duración, no es menos cierto que las partes pueden convenir un plazo inferior o que pueden modificar la



CONSEJO DE ESTADO

duración y los términos inicialmente convenidos, sin que tampoco sea extraño que los convenios alcanzados por entidades públicas y privadas no sean ejecutados directamente por sus servicios y personal, pudiendo en ocasiones corresponder a terceros sujetos la ejecución de las prestaciones de una o ambas partes.

Todos estos elementos, en suma, permitirían obtener un adecuado conocimiento de los convenios que puedan celebrarse, por lo que se sugiere su inclusión en el anteproyecto.

Finalmente, debe observarse que una parte relevante de los servicios que pueden ser prestados a las entidades del sector público puede canalizarse a través de entidades que tengan la condición de medio propio y servicio técnico de las mismas, acudiendo a la figura de la encomienda de gestión (artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP), sin que sea infrecuente que tales entidades subcontraten, a su vez, todo o parte de las prestaciones que les corresponde ejecutar con terceras personas, ajenas al sector público; de este modo, puede en ocasiones llegar a soslayarse el cumplimiento de algunas de las exigencias que en materia de publicidad impone el ordenamiento jurídico a los entes integrantes del sector público o, al menos, atemperarse el rigor con que en otras circunstancias tales obligaciones deben ser atendidas. Por ello y teniendo en cuenta la importancia que esta forma de prestación de servicios tiene en la práctica y la opacidad que a menudo la envuelve, se entiende adecuado recomendar que se incluya en la letra b) del artículo 6 una previsión sobre la necesidad de hacer pública la información relativa a las encomiendas de gestión y, muy singularmente, la relativa al presupuesto, el objeto de la encomienda, las obligaciones económicas, las tarifas con arreglo a las cuales se han establecido tales obligaciones y la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual hayan de seleccionarse y de los importes de adjudicación.

Por lo que se refiere a la previsión contenida en la letra c) del artículo analizado, constituye otro ejemplo del conflicto que puede surgir entre las normas del anteproyecto y las recogidas en otras disposiciones vigentes. En este caso, tal conflicto podría plantearse, según ya ha quedado apuntado al



CONSEJO DE ESTADO

examinar el artículo 3, con el régimen establecido en la Ley General de Subvenciones, cuyo artículo 18, al que antes se ha hecho referencia, contempla un régimen de publicidad que, con carácter general, es más amplio que el que prevé el anteproyecto -quedando en este caso amparado por la regla de su artículo 3.2 antes citado-, pero que a su vez reconoce ciertos supuestos especiales en los que no exige publicidad alguna. Son precisamente estos supuestos los que no encuentran respaldo alguno en la Ley proyectada pues, como se ha señalado reiteradamente, las excepciones contenidas en el referido artículo 3 (apartados 2 y 3) y en la disposición adicional primera no dejan a salvo ese régimen más restrictivo en materia de publicidad, cuya justificación deriva fundamentalmente de su conexión con el derecho a la intimidad, que podría verse vulnerado si se aplicaran las normas generales sobre publicidad. Por ello, se hace necesario una vez más llamar la atención acerca de esta circunstancia y de la necesidad de que el anteproyecto adopte una solución clara al respecto.

e.3) En último lugar, ha de señalarse que la regla contenida en la letra g) debería hacerse extensiva a las resoluciones que en materia de compatibilidad de actividades privadas de altos cargos de la Administración autonómica dicte el organismo en cada caso competente.

f) Artículos 9 (“información pública”) y 10 (“límites al derecho de acceso”)

El primero de estos artículos define el concepto de “información pública” en los siguientes términos:

“Se entiende por información pública los contenidos o documentos 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 públicas, siempre y cuando no perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios”.



Así pues, a través de esta definición de información pública, se delimita el ámbito objetivo de aplicación del derecho de acceso a información pública que se regula en el capítulo II del título I del anteproyecto.

Por su parte, el artículo 10 regula los "límites al derecho de acceso", permitiendo que este derecho sea restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva; las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control; los intereses económicos y comerciales; la política económica y monetaria; el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial; la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión; y la protección del medio ambiente. Añade este precepto en su segundo apartado que la aplicación de estos 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".

En primer lugar, debe señalarse la necesidad de corregir o, más exactamente, completar la redacción del artículo 9, ya que la expresión "siempre y cuando no perjudique a la seguridad nacional..." no resulta correcta, al estar identificado como sujeto de la oración "la información pública". En particular, ha de precisarse que lo que puede perjudicar a la seguridad nacional y demás ámbitos mencionados en este precepto es el acceso a la información.

En segundo término, debe señalarse que las materias o ámbitos que se configuran en este artículo como excepciones participan, en puridad, de la naturaleza de auténticos límites al ejercicio del derecho de acceso a la información.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado considera que, en lugar de configurar estos límites como parte integrante de la definición de información pública, acotándola o restringiendo su alcance, sería más correcto técnicamente mencionarlos en un apartado distinto del artículo 9, que podría quedar redactado en unos términos similares a los que a continuación se propone:



CONSEJO DE ESTADO

"No tendrá la consideración de información pública que pueda ser objeto del derecho de acceso regulado en esta Ley aquella cuyo conocimiento perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios".

Alternativamente, cabría la posibilidad de regularlos como límites en un apartado del artículo 10, el primero, con la consiguiente reordenación de los actuales apartados que integran este precepto.

En todo caso y sea cual sea la solución por la que finalmente se opte, debería recogerse expresamente en el anteproyecto la necesidad de llevar a cabo una adecuada ponderación de los intereses en juego a efectos de determinar la existencia o no de un perjuicio para alguna de las materias mencionadas en el actual artículo 9.

Junto a lo anterior, ha de sugerirse que se modifique igualmente el tenor literal del artículo 10.1, toda vez que en él la aplicación de los límites que enuncia se encuentra referida a "la divulgación de la información", siendo así que en ocasiones no será preciso que se lleve a cabo tal divulgación —entendida como acción que extiende o pone al alcance del público la información— para que alguno de los intereses dignos de protección que se mencionan en las letras a) a g) de este apartado resulte negativamente afectado; pues, en efecto, en muchos supuestos bastará para ello con el mero conocimiento de la información por quien de forma individual o particular ejerce su derecho de acceso, que en sí mismo puede determinar que tales intereses se vean perjudicados.

Finalmente, ha de insistirse en la necesidad de concretar adecuadamente el sentido y alcance de los distintos límites mencionados en este precepto y, no, simplemente, el establecido en la letra c) del apartado 1, que actualmente está formulado en unos términos que pueden resultar incompatibles con la finalidad misma de la regulación proyectada.



g) Artículo 11. Protección de datos personales

El régimen que en materia de protección de datos personales contiene el anteproyecto aspira a establecer un acabado marco de garantía de los derechos de los titulares de los datos que pueden obrar en la información pública sobre la que se ejerce el derecho de acceso. Para ello, aun sin citarlo de manera expresa ni en la exposición de motivos ni en el articulado, el anteproyecto se fundamenta en la excepción a la necesidad de obtención del consentimiento de los titulares de los datos prevista en el artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD). En concreto, el artículo 11 de la LOPD establece en su primer apartado que "los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado", a lo que añade en su segundo apartado, en la letra a), que "el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso cuando la cesión está autorizada en una ley".

Desde esta perspectiva adquiere su cabal sentido la regla con la que se inicia el artículo 11.1 del anteproyecto, según la cual "cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley". Como es obvio, este inciso inicial no puede ser entendido como una excepción a la aplicación preferente del régimen contenido en la LOPD en materia de garantía y protección de "las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar" (artículo 1 de la LOPD) en lo que concierne al tratamiento de los datos personales. El anteproyecto, en cuanto ley ordinaria, no puede condicionar ni alterar el régimen de aplicación de la citada Ley Orgánica, ni mucho menos alterar su ámbito de aplicación o desplazarla. Solo en la medida en que se trata de las leyes que prevé el artículo 11.2.a) de la LOPD puede establecer reglas específicas sobre la cesión o comunicación de los datos de carácter personal de los ciudadanos -entendida como "toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado" (letra i) del artículo 3 de la LOPD)- que obran en



CONSEJO DE ESTADO

la información pública en poder de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación.

Las anteriores reflexiones revelan, en cualquier caso, la especialidad del anteproyecto desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal. Y ello por cuanto de ordinario, los supuestos que se amparan en la cláusula del artículo 11.2.a) de la LOPD suelen presentar un carácter marcadamente sectorial -defensa de la competencia o prevención de blanqueo de capitales- o especial -tributario o de Seguridad Social-, en tanto que el anteproyecto posee una proyección general y sumamente amplia, que le lleva a introducir mecanismos específicos de ponderación de los derechos de los titulares de esos datos que pueden obrar en la correspondiente información pública.

A tal efecto, el comentado artículo 11 establece diversas reglas en virtud de las cuales determinadas clases de datos siguen el régimen de protección de la LOPD -como es el caso de los datos especialmente protegidos (artículo 11.2 del anteproyecto)- o bien solo pueden ser comunicados -es decir, solo se concederá acceso a ellos- si no ha de prevalecer la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida (artículo 11.3).

Junto a estas reglas más específicas, el artículo 11.4 contiene el régimen general de comunicación de datos, que alcanza a todos aquellos casos en los que la información pública solicitada no contenga datos especialmente protegidos. En este punto, el anteproyecto dispone que, "cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal". A ello se añaden una serie de reglas para que el órgano competente pueda efectuar esa ponderación, criterios entre los que se encuentra "la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad" -letra d)-.



CONSEJO DE ESTADO

Por consiguiente, el acceso a los datos que no tengan la consideración de especialmente protegidos se podrá conceder si la ponderación entre los intereses en presencia ofrece un resultado favorable a aquella solicitud. En cualquier caso, debe hacerse notar que el artículo 11.4 en su primer párrafo establece como términos de referencia para efectuar la ponderación "el interés público en la divulgación de la información" y "los derechos de los afectados".

El Consejo de Estado entiende que el primero de esos extremos no se compadece de manera adecuada con una correcta configuración del derecho de acceso a la información pública, máxime cuando en ella obran datos de carácter personal. Los ciudadanos, por medio del ejercicio de este derecho, podrán acceder a esa información sin el consentimiento de los afectados pero, como se encarga de precisar el artículo 11.6 del anteproyecto, en línea con el artículo 11.5 de la LOPD, en tal caso el que accede a esa información pública en la que obran datos de carácter personal queda sometido en cuanto a su tratamiento posterior a la LOPD. Es decir, que un eventual intento de ulterior difusión pública del dato al que se accede de esta forma exigirá el consentimiento del titular del dato. Por todo ello, se entiende que debe sustituirse en el anteproyecto la mención al "interés público en la divulgación de la información" por alguna expresión más acorde con el objeto y finalidad del derecho regulado, como "el interés legítimo en el acceso" u otra semejante.

La conclusión anterior casa con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha considerado que la finalidad legítima de la transparencia (artículos 1 y 10 TUE y artículo 15 TFUE) ha de respetar en su despliegue a través de acciones concretas de las Instituciones de la Unión Europea el principio de proporcionalidad, debiendo conciliarse las medidas articuladas para la consecución de tal fin con el respeto a los derechos fundamentales, sin que quepa atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho al respeto a la vida privada de los afectados, en general, y al derecho a la protección de los datos de carácter personal, en particular, ni siquiera aunque estén en juego intereses económicos importantes (STJUE de 9 de noviembre de 2010).



CONSEJO DE ESTADO

Junto a lo anterior, ha de significarse que el artículo 11 del anteproyecto, en este cuarto apartado, establece un régimen de concesión automática del acceso tras efectuar la aludida ponderación -“concederá”- lo que contrasta notablemente con el procedimiento que en materia de acceso diseñan sus propios artículos 14 y siguientes y, en particular, con lo establecido en su artículo 16.3. La comparación entre ambos preceptos revela que, de conformidad con el primero de ellos, si la información pública a la que se pretende acceder contiene datos de carácter personal, no se exige efectuar comunicación alguna a sus titulares sobre esa solicitud, ni aun sobre la concesión misma del acceso, mientras que el artículo 16.3 prevé que “si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas”. Esta diferencia de tratamiento implicaría, de mantenerse el anteproyecto en sus actuales términos, que la información pública que contenga datos de carácter personal podría resultar de más fácil acceso para los ciudadanos, con el consiguiente cercenamiento de la protección que merecen los titulares de esos datos, que la información que contenga datos que, por ejemplo, puedan afectar a otros derechos diferentes al de protección de datos de carácter personal –por ejemplo, de índole patrimonial- o a meros intereses legítimos. Tal situación de disparidad debería corregirse previendo que las reglas del artículo 16.3 sean aplicables siempre que la información pública pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, integrándose en el procedimiento de tramitación de las solicitudes de acceso una referencia expresa al ejercicio de ponderación entre derechos que regula el artículo 11.4 del anteproyecto.

Esta, por lo demás, parece ser la solución más adecuada con el ordenamiento vigente en la materia. Así, el artículo 10 (“supuestos que legitiman el tratamiento o cesión de los datos”) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, y que ha sido considerado conforme a Derecho por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, prevé en su primer apartado que “los datos de carácter personal únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello”, estableciendo su segundo



CONSEJO DE ESTADO

apartado que, no obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando "el tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados" previstos en el artículo 1 de la LOPD -letra a)-.

Esta regla, a juicio del Consejo de Estado, aconseja reformar la letra d) del artículo 11.4 del anteproyecto, en el sentido de que esta dé cobertura a los derechos de los ciudadanos en los términos más garantistas que emplea el Reglamento de la LOPD.

h) Artículo 15. Causas de inadmisión

Este precepto establece las causas de inadmisión de determinadas solicitudes de información, señalando lo siguiente:

"Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

a) cuyo objeto sea información exceptuada del derecho de acceso en los términos previstos en los artículos 9 y 13 de esta Ley;

b) dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente;

c) que sean manifiestamente repetitivas y tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley;

d) que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución".

El análisis de este artículo debe efectuarse abordando separadamente la problemática que plantean los distintos supuestos que enuncia.



CONSEJO DE ESTADO

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la causa de inadmisión prevista en la letra a), se encuentra referida a aquellos supuestos en que el ejercicio del derecho de acceso a información pública está sujeto a determinadas restricciones o excepciones, en particular las contenidas en los artículos 9 y 13 del anteproyecto. De este modo, el artículo 15.a) remite a estos preceptos, el primero de los cuales contempla, según ha quedado expuesto, una serie de supuestos en los que, en atención a la especial naturaleza de la información, queda excluido el acceso a ella. Por su parte, el artículo 13 regula una serie de "excepciones" señalando que "se exceptúan del ejercicio del derecho de acceso las solicitudes que se refieran a información: a) que esté en curso de elaboración o publicación general; b) que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas; c) para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración".

Pues bien, la configuración de estos supuestos como excepciones al ejercicio del derecho de acceso no parece del todo acertada, ya que no se trata de circunstancias que en sí mismas impidan ese ejercicio por los ciudadanos, que podrán, en principio, formular su solicitud en relación con cualquier tipo de información. Se trata, en puridad, de supuestos especiales de información que, por sus especiales características o configuración -y no por la materia a que se refiere-, no se considera imprescindible o adecuado hacer accesible a los ciudadanos en el momento preciso en que la solicitan, circunstancia esta que, por lo demás, no tienen por qué conocer los interesados. Ello justifica que, planteada una solicitud de acceso a este tipo de información, el órgano competente pueda, tras la correspondiente valoración de su concurrencia o no en el caso concreto, inadmitirla a trámite. En suma, la presencia de uno de esos supuestos determinará la existencia de información no accesible, sin que ello implique una restricción o excepción a la posibilidad de ejercer el derecho de acceso. Atendidas estas reflexiones, procede concluir que la verdadera naturaleza de las circunstancias recogidas como excepciones en el artículo 13 parece ser la de causas de inadmisión, como revela el hecho de que se incluyan como tales en el artículo 15.a). Ello aconseja eliminar el



actual artículo 13 e incluir expresamente los supuestos en él previstos en el referido artículo 15 del anteproyecto.

Por lo que se refiere a la causa de inadmisión contemplada en la letra b), no parece que su configuración como tal se compadezca adecuadamente con la amplitud con que el anteproyecto pretende regular el derecho de acceso a información pública. Ciertamente, no parece lógico admitir que el acceso a la información incluida en una solicitud pueda impedirse con la sola invocación de la falta de conocimiento del órgano competente para conocer de dicha solicitud. Ello podría, en hipótesis, llevar a un uso abusivo e injustificado de esta causa de inadmisión, cercenándose con ello el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido y trasladando además al ciudadano las consecuencias negativas que la complejidad organizativa de las Administraciones Públicas contemporáneas puede implicar. A fin de evitar este tipo de situaciones, debería añadirse a esta letra un inciso en cuya virtud se obligara en todo caso al órgano que acuerde la inadmisión a indicar en la resolución la instancia a la que, en su caso, a su juicio, podría dirigirse la solicitud.

Finalmente y en relación con la previsión consignada en la última de las letras de este precepto, tampoco parece que la concurrencia de las circunstancias a que hace referencia justifique por sí sola la inadmisión de la solicitud, máxime cuando el artículo 17.1 reconoce la posibilidad de ampliar el plazo de resolución en los casos en que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario. Se trata, por lo demás, de una regla que adolece de cierta imprecisión, lo que lleva a sugerir que, en caso de que se mantenga, se formule con mayor concreción.

i) Artículo 17. Resolución

Este artículo consta de cinco apartados en los que se recogen las reglas aplicables a la resolución de los procedimientos de solicitud de acceso a información pública, estableciendo el primero de ellos que "la resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para



CONSEJO DE ESTADO

resolver. Este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario”.

Pues bien, en primer lugar procede señalar que las resoluciones mencionadas en este primer apartado, que en todo caso deberán motivarse, no agotan todos los posibles contenidos que la respuesta a una solicitud de acceso puede incluir. En particular, no se incluyen expresamente las resoluciones por las que se acuerde la inadmisión de la pretensión planteada. Aun cuando el artículo 15 ya analizado exige que estas resoluciones sean motivadas, no establece el plazo máximo en que hayan de dictarse ni tampoco impone la lógica obligación de notificación que sí recoge en cambio el artículo 17.1. En consecuencia, se sugiere incluir en este último precepto una referencia a las mencionadas resoluciones de inadmisión. Por otro lado y precisamente en relación con la obligación de notificación, no aclara este primer apartado quiénes son los sujetos destinatarios de la misma, debiendo presumirse que serán no solo aquellos que hayan ejercido su derecho de acceso, sino también los terceros cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados como consecuencia de la solicitud (artículo 16.3). Convendría que el anteproyecto abordara de manera concreta esta cuestión. Asimismo, debería preverse la obligación de notificar a los referidos sujetos el acuerdo de ampliación del plazo en los supuestos en que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final de este primer apartado, resulte procedente. Finalmente, llama la atención que se establezca un plazo de resolución de un mes, que puede revelarse como insuficiente en numerosos supuestos, incluso en aquellos en que se haga uso de la posibilidad de ampliación antes mencionada. Sería conveniente valorar la conveniencia de fijar un plazo más amplio, toda vez que el establecimiento de un plazo excesivamente breve o irreal puede conducir a situaciones de incumplimiento generalizado que, en última instancia, perjudicarán a los interesados, habida cuenta de que el silencio en estos casos tiene carácter negativo.

En efecto, este precepto dispone en su apartado 4 que “transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada”. Esta concreta opción ha sido objetada por muchos de los sujetos y entidades que



CONSEJO DE ESTADO

han participado en el trámite de consulta pública electrónica. El Consejo de Estado entiende, sin embargo, que la solución que el anteproyecto ha adoptado en este punto resulta lógica y adecuada a Derecho.

Debe tenerse en cuenta, ante todo, el especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso que regula el anteproyecto, que no es otro que la información pública tal y como se define en el artículo 9. Esta información puede versar sobre una multiplicidad de actividades públicas y puede incluir en muchos casos datos relativos a materias o a terceros dignos de una especial protección. Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado más extensamente en la Ley proyectada puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquel. Siendo ello así, no cabe admitir la posibilidad de que, como consecuencia de la falta de resolución expresa en plazo de una solicitud de acceso, esos derechos puedan resultar vulnerados. La sola necesidad de protegerlos frente a la posibilidad de que puedan verse afectados o vulnerados como consecuencia de la estimación presunta de las solicitudes de acceso a la información pública justifica *per se* la regla del silencio negativo contenida en el precepto examinado, por cuanto "la protección de los derechos" se configura en el artículo 3 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como una razón imperiosa de interés general, categoría en la que también se incluyen el orden público, la seguridad pública, la lucha contra el fraude o la protección del medio ambiente, entre otros ejemplos que igualmente permitirían sustentar en este caso la regla del silencio negativo. A este respecto debe recordarse que el artículo 43 de la Ley 30/1992, tras consagrar con carácter general la regla del silencio positivo en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados, permite que una norma con rango de ley establezca el silencio negativo siempre que concurren "razones imperiosas de interés general".



CONSEJO DE ESTADO

En definitiva, a la vista de las anteriores consideraciones, queda claro que la regla contenida en el artículo 17.4 se encuentra amparada por los mencionados preceptos legales, si bien podría incluirse una remisión expresa a ellos, a fin de evitar cualquier duda que el establecimiento del silencio negativo pueda generar desde el punto de vista de su adecuación a Derecho.

Finalmente, queda por señalar, en relación con el proyectado artículo 17.4, que su segundo párrafo, en el que se establece que "las resoluciones en esta materia ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la jurisdicción-contencioso-administrativa", debería constituir un apartado independiente, al gozar la regla que en él se contiene de sustantividad propia. Junto a ello, se considera que ese nuevo apartado debería incluir como cierre una expresa referencia al régimen de la reclamación facultativa que regula el artículo 21 del anteproyecto. De esta manera, se contribuirá a evitar equívocos acerca del régimen de impugnaciones de este tipo de resoluciones, al englobar las dos posibilidades existentes en un mismo precepto. Conforme a lo expuesto, podría añadirse una frase final en los siguientes o parecidos términos: "sin perjuicio de la posibilidad de interponer la reclamación facultativa prevista en el artículo 21".

j) Artículo 21. Reclamación ante la Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios

j.1) Frente al régimen general de impugnación de actos administrativos que, hasta ahora, se entendía aplicable a las solicitudes de acceso a archivos y registros, dada la ausencia de reglas específicas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, el anteproyecto, como indica la memoria, ha optado por apartarse de tal régimen introduciendo la figura de la reclamación potestativa y previa a la vía contencioso-administrativa ante un órgano especializado, la Agencia Estatal identificada en la rúbrica del precepto examinado, al amparo de la posibilidad conferida por el artículo 107.2 de la Ley 30/1992.



CONSEJO DE ESTADO

La opción seguida por el anteproyecto presenta notables dificultades de articulación en relación con su complejo y extenso ámbito subjetivo de aplicación, sobre el que ya se efectuaron consideraciones específicas en el apartado V.a) del presente dictamen. Así, como ya se ha indicado con anterioridad, ese ámbito subjetivo incluye, entre otros, a las Administraciones Públicas y las entidades vinculadas a o dependientes de ellas, a las Corporaciones de Derecho Público en cuanto ejercen funciones administrativas y al conjunto de órganos constitucionales y de relevancia constitucional, así como a sus homólogos autonómicos. Pues bien, si en relación con aquellas es admisible la posibilidad de instrumentar una vía de control en vía administrativa, a instancia de los interesados, de la decisión sobre reconocimiento o denegación de la solicitud de acceso a información pública, que se residencia por decisión del legislador en una Agencia Estatal, no puede alcanzarse esa misma conclusión en otros casos, entre los que destaca el relativo a los órganos constitucionales y de relevancia constitucional. El principal obstáculo para admitir que las decisiones que estos órganos adopten en los procedimientos de solicitud de acceso a la información pública que ante ellos se sustancien puedan recurrirse ante la referida Agencia deriva de la peculiar naturaleza y singular posición constitucional que aquellos ostentan, que justifican el reconocimiento de un régimen especial de autonomía constitucional y legalmente consagrado, por lo general, en sus respectivas leyes orgánicas. Esta autonomía se proyecta sobre una amplia variedad de ámbitos de actuación (así, el organizativo o el presupuestario, pero también y de modo fundamental, el relativo al ejercicio de sus competencias constitucionales), lo que impide que las decisiones que estos órganos adopten en cualquiera de tales ámbitos puedan ser fiscalizadas por órganos administrativos, pues ello podría interferir no solo en su independencia, sino también en la propia articulación de la separación de poderes. En la mayoría de los casos, tales decisiones podrán únicamente impugnarse bien en alzada ante el Presidente del órgano en cuestión (así lo prevé, por ejemplo, el artículo 99.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), bien directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.3 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y ello sin perjuicio de ciertas especialidades concretas, como las existentes en el régimen jurídico aplicable



CONSEJO DE ESTADO

al Defensor del Pueblo que, en su calidad de alto comisionado de las Cortes Generales, solo a ellas ha de dar cuenta de su actividad. Ciertamente es que, en el caso de los llamados órganos de relevancia constitucional, la conclusión alcanzada debe ser puntualizada, toda vez que las leyes reguladoras de algunos de ellos prevén en ciertos supuestos la aplicación supletoria a algunos de sus actos de las disposiciones de la Ley 30/1992 (así, la disposición adicional primera de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas). Pero este tipo de previsiones, que se limitan a reconocer la aplicación supletoria del régimen jurídico común de las Administraciones Públicas en relación con actos puramente internos adoptados en materia de organización o personal, no pueden por sí solas fundamentar la opción seguida por el anteproyecto en materia de impugnación de sus resoluciones que, en términos generales, choca con la independencia y autonomía de que gozan estos órganos, pudiendo llegar a comprometerla.

De conformidad con los razonamientos expuestos, el Consejo de Estado considera necesario modificar en este punto la regulación proyectada.

j.2) En otro orden de consideraciones, merece también formular algunas observaciones concretas a lo dispuesto en el artículo 21.4 del anteproyecto, a cuyo tenor "el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de un mes, transcurrido el cual la reclamación se entenderá desestimada". En particular, se estima procedente sugerir que se sopesen la oportunidad de establecer un plazo de resolución más amplio. Teniendo en cuenta la naturaleza especial de esta reclamación, que por su carácter facultativo y por interponerse contra actos que agotan la vía administrativa se asemeja al recurso potestativo de reposición, pero que por razón del sujeto que debe resolver se encuentra más próximo al recurso de alzada, parece acertado concluir que el plazo que debe aplicarse en este caso es el de tres meses previsto en el artículo 115.2 de la Ley 30/1992 para resolver y notificar el mencionado recurso de alzada. No hay que olvidar que el órgano que ha de conocer de esta reclamación es en todo caso distinto de aquel que dictó la resolución impugnada, lo que justifica la fijación de un plazo para valorar adecuadamente las circunstancias concurrentes en cada reclamación más



CONSEJO DE ESTADO

amplio que el que se establecería si tal reclamación se interpusiera ante el mismo órgano que dictó la resolución que se recurre.

Por lo demás, el establecimiento del silencio desestimatorio puede en este caso ampararse en las mismas razones imperiosas de interés general que la regla contenida en el artículo 17.4 del anteproyecto, pudiendo encontrarse además un fundamento específico en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, que exceptúa de la regla general de silencio positivo a "los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones".

k) Artículo 23. Principios éticos y de actuación

Tal y como antes quedó indicado, dentro de su título II, dedicado al "buen gobierno", el anteproyecto incluye un artículo, el 23, que bajo la rúbrica "principios éticos y de actuación" agrupa un conjunto de numerosas reglas de comportamiento que deben regir la actuación de los altos cargos a los que van destinadas las normas incluidas en este título.

Junto a las observaciones generales recogidas en el apartado IV del cuerpo de este dictamen e insistiendo nuevamente en la necesidad de acotar de manera más concreta y precisa la formulación de tales principios, procede ahora llamar la atención sobre algunas cuestiones concretas que plantea este precepto. La primera de ellas es la relativa a la necesidad de evitar reiteraciones innecesarias a la hora de formular los principios que en él se proclaman no solo en cuanto a los términos empleados, sino también en lo que hace al contenido de tales principios. Así, la referencia a la buena fe aparece mencionada en las reglas 2ª y 5ª del apartado 2.a), al igual que la mención a la "dedicación" de los sujetos a los que se dirigen estos mandatos se repite en las reglas 2.a.2ª) y 2.b.1ª), existiendo además una cierta identidad entre las previsiones de ambas reglas relativas al deber de abstención y las contenidas en la regla 5ª del apartado 2.b). También debe hacerse notar la existencia de una cierta coincidencia entre algunos de estos principios y los deberes de dedicación exclusiva e inhibición y abstención consagrados en los artículos 5 y 7 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado,



CONSEJO DE ESTADO

lo que podría aconsejar eliminar del anteproyecto las referidas reglas y sustituirlas por una remisión al régimen contenido en la referida disposición legal que podría completarse con la indicación de que esos concretos deberes resultan exigibles, en línea con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación previsto en el artículo 22 del anteproyecto, no solo a los altos cargos de la Administración estatal, sino también a los de las Administraciones autonómicas y locales.

La última de las observaciones que se considera preciso realizar a este precepto tiene por objeto la regla contenida en el número 6 del apartado 2.b), que establece que las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del título II de la Ley proyectada "no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que pueden condicionar el desarrollo de sus funciones". El elevado grado de indeterminación de los términos en que está redactado este subapartado plantea numerosas dudas interpretativas, agravadas además por el hecho de que la conducta que a través de esta regla se intenta evitar guarda una notable similitud con algunas de las descritas en el Código Penal en materia de cohecho (artículos 420 y 422). De este modo, una conducta que en la legislación penal se encuentra tipificada como delito, con las consiguientes consecuencias punitivas, pasa a convertirse en el anteproyecto en un mero principio de actuación que se limita a servir como guía o elemento de graduación en la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en su título II (artículo 23.2). Teniendo en cuenta que la referida conducta posee un régimen específico en el Código Penal, no se acierta a comprender la utilidad de incluirla en el anteproyecto en términos parcialmente coincidentes pero no idénticos y sin que se asocie a tal conducta ninguna consecuencia sancionadora.

Por otro lado, el mandato contenido en el mencionado apartado 2.b.6 del artículo 23 del anteproyecto se completa con una previsión en cuya virtud los "obsequios de una mayor relevancia institucional" deberán incorporarse "al patrimonio del Estado". A juicio del Consejo de Estado esta regla puede plantear problemas de orden constitucional, toda vez que parece aplicarse en todo caso y con independencia de la pertenencia del sujeto que



CONSEJO DE ESTADO

reciba tales obsequios a una u otra Administración, siendo así que lo correcto sería ordenar la incorporación de aquellos al patrimonio de la Administración Pública que en cada caso corresponda en función de dicha pertenencia.

1) Artículo 26. Infracciones disciplinarias

Tal y como se indicó en el apartado IV.3, este precepto incluye en el anteproyecto muchas de las infracciones tipificadas en el Estatuto Básico del Empleado Público, extendiendo así el ámbito subjetivo de aplicación de su régimen sancionador a los sujetos comprendidos en el artículo 22 del anteproyecto, que son los destinatarios de las normas que integran el título II dedicado al "buen gobierno".

Pues bien, junto a la indeterminación de que adolecen algunos de los subapartados de este precepto ya señalada en términos generales, cabe ahora advertir la problemática que plantea en particular la previsión que se recoge en la letra a) de su apartado 1, pues no parece conforme con los principios que han de regir el derecho sancionador tipificar como infracción la falta de respeto a la Constitución, sino su incumplimiento. Asimismo, ha de prestarse atención a la conducta descrita en la letra l) de este apartado 1, que tipifica como infracción "la incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas". Se trata de una conducta ya prevista en el artículo 502 del Código Penal, cuyo apartado 1 dispone que "los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de Investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia", añadiendo que, "si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años". La duplicidad de tipificación de una misma conducta por normas penales y administrativas no es algo ajeno a nuestro ordenamiento, si bien en ciertos casos ello puede provocar una quiebra del principio *non bis in ídem*. Al margen de ello, lo que de modo principal debe objetarse en este caso es la disparidad de consecuencias asociadas a una misma conducta, pues así como en el artículo 502 citado la pena asociada a la



CONSEJO DE ESTADO

comisión de este delito es la de suspensión por tiempo de seis meses a dos años, en el artículo 27 del anteproyecto la sanción puede llegar a ser de inhabilitación por un período de entre 5 y 10 años (apartado 2.d)). En consecuencia, se considera oportuno recomendar que las previsiones del anteproyecto en este punto se armonicen con las del Código Penal, modulándose, si se estimase conveniente, la sanción en este caso prevista y vedando la duplicidad.

m) Artículo 27. Sanciones

Tal y como refleja la rúbrica de este precepto, en él se contienen las sanciones aplicables a las infracciones tipificadas en los preceptos anteriores.

Ante todo y desde el punto de vista de la técnica normativa, se considera que la sistemática de este precepto mejoraría y ganaría en claridad si el apartado 2 se refiriese únicamente a las infracciones graves, de tal modo que el último párrafo que integra este apartado, que atiende específicamente a las sanciones que procede imponer por la comisión de infracciones muy graves, pasase a constituir un nuevo apartado tercero, dedicado exclusivamente a las infracciones muy graves. Además, se recomienda completar la cita de la Ley mencionada en el apartado 2.c) señalando que se trata de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio de 1981. Asimismo debe sugerirse que el apartado 6, que se refiere a las consecuencias aparejadas a la comisión de infracciones previstas en el artículo 25, se sitúe a continuación del apartado 3, que igualmente establece las sanciones aplicables a tales infracciones.

Por lo que se refiere al contenido de este artículo 27, debe señalarse la necesidad de precisar que la sanción consistente en "la destitución en los cargos públicos que ocupen" los sujetos infractores prevista en el apartado 2.c) no se aplica a los cargos electos (así, por ejemplo, el Alcalde, que sin duda alguna está incluido en el ámbito de aplicación de estas normas), pues su destitución no puede en ningún caso derivar de lo previsto en una norma administrativa, por más que se trate de una ley (en el caso del Alcalde, su



CONSEJO DE ESTADO

destitución únicamente puede acordarse mediante una moción de censura o cuando se rechace la cuestión de confianza por él planteada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 197 y 197 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, o en los casos de disolución del Ayuntamiento o de la propia Entidad Local).

Desde otra óptica, se considera preciso sugerir que se replantee la necesidad de incluir "la percepción indebida de cantidades por el desempeño de actividades públicas incompatibles" como criterio de graduación de las sanciones (último párrafo del apartado 3), por cuanto tal percepción constituye en sí misma una infracción autónoma, sancionada con la obligación de restituir las cantidades percibidas (artículo 18.2.c) de la Ley 5/2006, de 10 abril, de regulación de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado).

Por último y con carácter puramente formal, ha de recomendarse que la locución "en base a" empleada en el apartado tres de este precepto se sustituya por la más correcta "con base en". En la letra e) de este apartado, el término "substancia" no se emplea correctamente, debiendo ser sustituido por "subsanción" o por sinónimo de este vocablo.

n) Artículo 28. Órgano competente y procedimiento

En su segundo apartado, este precepto determina cuál es en cada caso el órgano competente para ordenar la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, estableciendo en el apartado 4 a quien corresponde en particular la imposición de sanciones. A este respecto y teniendo en cuenta que una de las sanciones previstas en el artículo 27 es, tal y como ya se ha señalado, la destitución en los cargos públicos que los sujetos infractores ocupen, debe subrayarse la necesidad de revisar el contenido de este apartado. Y ello porque no puede atribuirse al Consejo de Ministros la competencia para imponer la mencionada sanción de destitución a ninguno de los miembros del Gobierno, habida cuenta de que el Presidente, que no se encuentra expresamente excluido del ámbito de aplicación definido en el artículo 22, únicamente puede cesar en los supuestos tasados y de conformidad con los



CONSEJO DE ESTADO

procedimientos constitucionalmente establecidos en los artículos 101 y concordantes de la Constitución. En el caso de los Ministros, es claro que únicamente pueden ser separados de su cargo por el Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno (artículo 100 de la Constitución).

Por lo demás, debiera modificarse la rúbrica de este precepto, pues en ella se incluye el procedimiento, siendo así que este solo se menciona de modo tangencial y por remisión. Se encarece además una revisión completa de la redacción de los apartados 2 y 3.

ñ) Disposición adicional primera. Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública

Según se ha hecho constar repetidamente a lo largo del presente dictamen, esta disposición contiene en su apartado segundo una previsión encaminada a salvaguardar la vigencia de la normativa que actualmente contiene disposiciones en materia de acceso a la información aplicables específicamente en determinados ámbitos. Se ha mencionado ya el riesgo de que una cláusula de estas características pueda en cierto modo vaciar de contenido la normativa recogida al respecto en el anteproyecto remitido en consulta. Tal riesgo podría haberse evitado introduciendo una tabla de derogaciones y vigencias de modo que no se mantengan las especialidades carentes de necesidad o justificación.

Con independencia de lo anterior, se ha observado a lo largo de la tramitación del expediente que la falta de referencia en muchos de los preceptos del anteproyecto a la existencia de regímenes especiales en materia de publicidad activa ha pretendido fundamentarse en este apartado segundo de la disposición adicional primera, siendo así que en él se hace referencia únicamente a la normativa existente en materia de acceso a información pública, no a la que en la actualidad establece regímenes específicos de publicidad. Incluir de manera expresa dicha normativa en este apartado permitiría evitar muchos de los posibles conflictos de colisión normativa, algunos de los cuales han sido señalados en este dictamen.



VI.- Otras observaciones

Las observaciones formuladas en el apartado anterior han de completarse con las que a continuación se recogen:

1.- El artículo 1 del anteproyecto, que define su objeto, no se encuentra integrado en ningún título. A fin de mantener la unidad y coherencia sistemática a lo largo de todo el texto, debería incluirse este precepto, cuyo contenido se encuentra referido al conjunto de la Ley proyectada, en un nuevo "título preliminar".

2.- Con carácter puramente formal se sugiere que se modifique la redacción del apartado 1.c) del artículo 2, que debería referirse a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia "vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas", formulación que igualmente habría de seguirse en la disposición adicional tercera.

3.- Sería útil incluir en el artículo 6.f) alguna referencia temporal que permitiera contar el período a que se refiere la obligación de publicar las retribuciones señaladas en este precepto. En este sentido, se entiende que sería acertado incluir el adverbio "anualmente" tras el sujeto "las retribuciones percibidas". Además, la redacción del inciso final de esta letra sería más correcta si se refiriese al cese o dimisión, en lugar de al abandono.

4.- En el artículo 14.2 los cuatro guiones que se emplean en el apartado segundo deben sustituirse por las letras a) a d), respectivamente.

5.- El artículo 16.3 hace referencia a la posibilidad de suspender el plazo para dictar resolución en el procedimiento que regula el acceso a información pública "hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación". Debería reformularse de modo que se estableciera la suspensión hasta que expire el plazo previsto para la formulación de alegaciones o hasta la fecha anterior en que estas fueran presentadas.



6.- En el artículo 21.1 se sugiere eliminar el inciso "dictada de conformidad con el procedimiento regulado en este capítulo".

7.- Debería unificarse en el artículo 25 el modo en que se califican algunos de los incumplimientos en él previstos, que en ocasiones se adjetivan como "deliberados", en otras como "injustificados" y en otras como "deliberados e injustificados". Debe cuidarse el rigor y la univocidad terminológica.

8.- Han de corregirse, tanto en la exposición de motivos del anteproyecto como en su parte dispositiva, las referencias a la Agencia Estatal a la que se encomienda la resolución de la reclamación que se regula en el artículo 21, que debería ser "Agencia Estatal de Transparencia y de Evaluación de las Políticas Públicas y de la Calidad de los Servicios". Tal denominación habría de figurar en el título y en el texto del Real Decreto por el que se modifique el Estatuto de la Agencia Estatal existente en la actualidad.

9.- Podría valorarse la oportunidad de incluir en la parte final del anteproyecto una disposición que habilitara expresamente para desarrollar reglamentariamente las disposiciones de la Ley.

10.- Finalmente, debe sugerirse que se realice una completa y exhaustiva revisión del anteproyecto para corregir algunos defectos de redacción, puntuación y sintaxis que se han detectado a lo largo del texto. Debería también cuidarse el lenguaje empleado y, en particular, evitar la utilización de expresiones como "regulación (...) corta" o "núcleo duro" que aparecen en la exposición de motivos (páginas 4 y 8).

VII. Observación final

Como se infiere de la ponderación conjunta del presente dictamen, no es aventurado entender que, a juicio del Consejo de Estado, la iniciativa legislativa en anteproyecto merece una sosegada reflexión de conjunto de modo que se alcance un nivel satisfactorio de rigor técnico. De una parte, para prevenir desajustes en su articulación, desarrollo y aplicación, de los que se podrían derivar contradicciones no deseadas. De otra parte, para asegurar los



CONSEJO DE ESTADO

mejores resultados esperables y asequibles a la vista de las tendencias y orientaciones de los actuales avances normativos en la materia y para los que el Derecho comparado ofrece sugerencias e indicaciones muy positivas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. someter a la aprobación del Consejo de Ministros, para su posterior elevación como proyecto de Ley a las Cortes Generales, el anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la actividad pública y buen gobierno.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 19 de julio de 2012
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. VICEPRESIDENTA DEL GOBIERNO Y MINISTRA DE LA PRESIDENCIA.