

# La normativa estatal y autonómica sobre transparencia en España: valoración de conjunto

LEONOR RAMS RAMOS

*Profesora contratada-doctora  
(acr. titular de Universidad)  
de Derecho Administrativo.  
Universidad Rey Juan Carlos*

1. **Panorama de la normativa sobre transparencia en España: una ley estatal y quince (hasta el momento) leyes autonómicas; ¿regulación útil o sobre-normación?**
2. **Breve evolución de la regulación: ¿han supuesto las leyes estatal y autonómicas un verdadero avance para la transparencia?**
3. **La LTBG como norma reguladora de carácter básico y/o de procedimiento administrativo común**
  - 3.1. La LTBG como norma básica y las leyes de transparencia autonómicas como normas de desarrollo
  - 3.2. La STC 104/2018 de inconstitucionalidad del artículo 31.2 de la Ley 8/2015 de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón por su previsión de silencio positivo
  - 3.3. Las posibles consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 31.2 de la Ley de Transparencia de Aragón
  - 3.4. El indeterminado alcance de lo que pudiera considerarse como “procedimiento administrativo común” en la LTBG
  - 3.5. Las posibles consecuencias de la STC 104/2018 sobre la determinación del silencio positivo en las leyes de Cataluña, Comunidad Valenciana y Navarra
4. **La vía de escape de la regulación sobre transparencia: los regímenes de acceso a la información que no quedan vinculados a la LTBG**
  - 4.1. La interpretación por el CTBG y por los tribunales de justicia de la disposición adicional 1.ª2 LTBG
  - 4.2. Consecuencias jurídicas de la interpretación del CTBG de esta disposición adicional 1.ª y su divergente interpretación por los organismos de transparencia autonómicos
5. **La pugna entre la transparencia y la protección de datos de carácter personal: una nueva oportunidad perdida de clarificación de los criterios establecidos en el artículo 15 LTBG**
6. **La real eficacia de las normas: el funcionamiento de los portales de transparencia y los medios de los organismos de control estatal y autonómicos para su garantía**
7. **Conclusiones**

## Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis de conjunto de la normativa sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública aprobada en España en los últimos años, incidiendo sobre las cuestiones más problemáticas que plantea la existencia de diversas leyes sobre la materia. En particular, se aborda el estudio de la articulación jurídica entre la Ley 19/2013 y las leyes autonómicas de desarrollo aprobadas por las comunidades autónomas, así como de todas estas con otras normas que también regulan cuestiones relacionadas con el acceso a la información o sus límites.

El análisis se hace teniendo especialmente en cuenta la interpretación y aplicación que de las mismas vienen haciendo tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia ordinarios, y muy particularmente las autoridades de garantía de la transparencia, haciendo especial hincapié en las dificultades que se encuentran, sobre todo estas últimas, para garantizar la eficacia de sus resoluciones. En este sentido, se hacen concretas propuestas de *lege ferenda* para poder solucionar los problemas planteados que pasan, entre otras cuestiones, por el reconocimiento del acceso a la información pública como derecho fundamental y por la previsión de específicas potestades de carácter coercitivo para las autoridades de transparencia.

Palabras clave: *transparencia; acceso a la información pública; autoridades independientes de garantía de la transparencia.*

## **State and Autonomous Communities' legislations on transparency in Spain: a general appraisal**

### **Abstract**

*This article analyzes the legislation on transparency and the right of access to public information in Spain and it deals with the most problematic issues in the field. In particular, the article studies the relationship between Law 19/2013, the Autonomous Communities laws and other legislation dealing with the right of access to public information and its limits.*

*The analysis is carried out taking into account the case law of the Constitutional Court and the ordinary judicial power and, particularly, the*

*article considers the resolutions of the authorities in charge of guarantying transparency from the standpoint of the effectiveness of their decisions. In this line, the article launches proposals for the diagnosed problems, and it defends the need to recognize the right to access to public information as a fundamental right as well as to grant some coercive powers to the transparency authorities.*

*Keywords:* transparency; right of access to public information; independent authorities for the protection of transparency.

## 1

### **Panorama de la normativa sobre transparencia en España: una ley estatal y quince (hasta el momento) leyes autonómicas; ¿regulación útil o sobrenormación?**

En nuestro ordenamiento jurídico actual contamos con numerosas leyes reconocedoras y reguladoras de la transparencia y del derecho de acceso a la información, tanto con carácter general –a la cabeza de las cuales se encuentra, sin lugar a dudas, la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTBG)- como de carácter sectorial, a través de la introducción de medidas de fomento de la publicidad activa en diversos ámbitos de la actividad jurídica.

En este sentido, puede partirse de la afirmación de que en los últimos años, y fundamentalmente con la aprobación de la LTBG, se han producido indudables avances respecto de la transparencia de las instituciones públicas en España. Y es que, partiendo de una situación previa a la misma francamente desoladora, en la que solo muy parcialmente y de manera extraordinariamente limitada encontrábamos normas reguladoras de las obligaciones de transparencia activa y del derecho de acceso a la información pública, en los últimos cinco años se ha producido un desarrollo exponencial de esta regulación más allá de la propia LTBG y muy notoriamente en los ámbitos autonómico<sup>1</sup>

- 
1. Son las siguientes leyes (ordenadas por fecha de aprobación):
    - Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía;
    - Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja;
    - Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Región de Murcia;
    - Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de acceso a la información pública de Canarias;
    - Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña;

y local<sup>2</sup>.

Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, no puede concluirse que la mera proliferación de la normativa en este ámbito sea suficiente para la garantía del cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues su aprobación no siempre se ha traducido en una verdadera acción de transparencia por parte

- 
- Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León;
  - Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón;
  - Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana;
  - Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia;
  - Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha;
  - Ley 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria;
  - Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Navarra; y
  - Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés del Principado de Asturias.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LTBG algunas comunidades autónomas ya disponían de regulación en la materia y no han aprobado leyes posteriores, como en los siguientes casos:

- Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares; y
- Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

Galicia y Navarra también disponían de normativa de transparencia que ha quedado derogada por la aprobación de leyes posteriores a la LTBG.

Extremadura tiene firmado un convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno para la resolución de las reclamaciones que se puedan plantear en materia de transparencia, mientras que en las Islas Baleares existe una específica Comisión para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública, aprobada por Decreto 24/2016, de 29 de abril.

Tan solo carecen de regulación en la actualidad las comunidades autónomas de Madrid, que tiene firmado un convenio con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal, y el País Vasco, donde se encuentra actualmente en tramitación la “Proposición de Ley de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, si bien sí que cuenta con normativa tanto para su ámbito local –a través de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE)– como para el de los territorios históricos. La Comunidad Autónoma cuenta con la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública –que nació con carácter de temporalidad hasta la aprobación de la Ley autonómica de transparencia, por Decreto 128/2016, de 13 de septiembre–, para la resolución de las posibles reclamaciones en materia de Transparencia –en aplicación de la LTBG y de la LILE–, aunque la normativa en tramitación prevé su sustitución por una nueva Autoridad que combine las funciones de control de la transparencia con las de la defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal.

2. Aunque excede del ámbito de análisis propuesto, no debemos olvidar la existencia de los numerosos reglamentos y ordenanzas aprobados en el ámbito local en los últimos años, muchos de los cuales se han aprobado siguiendo las directrices de la Ordenanza Tipo de Transparencia, Acceso a la Información y Reutilización, aprobada por la Federación Española de Municipios y Provincias el 27 de mayo de 2014.

de los sujetos obligados a publicar y a proporcionar información en relación con sus actividades y el ejercicio de sus potestades, sino que siguen existiendo importantes reticencias al reconocimiento de este principio de actuación de las Administraciones públicas que, por otro lado, se ha ido convirtiendo en una exigencia social cada vez más palpable.

Y es que, frente a la tradicional actuación opaca y oscurantista de la Administración, cada vez son más los ciudadanos y actores de la sociedad civil que exigen el rendimiento de cuentas de sus representantes políticos y de los poderes públicos, y si bien no hay duda de que las normas sobre transparencia se han convertido en un mecanismo útil e indispensable para la consecución de este objetivo, también se debe señalar que la normativa en este ámbito ha sido en ocasiones muy ambiciosa en sus planteamientos, pero parca en mecanismos jurídicos y en medios económicos, materiales y personales para su realización.

Como señalara a este respecto SAINZ MORENO, hace ya casi tres décadas, “la transparencia de la Administración pública no se alcanza solo con la regulación del acceso de los ciudadanos a los registros y a los archivos administrativos, ni por la vía pasiva de la información a los ciudadanos. El principio de transparencia administrativa exige, también, racionalidad, claridad, certeza en la relación de la Administración con los ciudadanos. Lo que el ciudadano percibe como opacidad de la Administración es, de hecho, con mucha frecuencia, la consecuencia de un problema de organización o funcional. [...] Todo poder político, no solo la Administración, está sometido en un Estado social y democrático de Derecho a un proceso constante de racionalización y transparencia, desencadenado por la propia dinámica del principio democrático. [...] La Administración, en ese contexto, está también abierta al conocimiento general, porque solo así es posible la realización de los principios constitucionales de participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23 de la CE) y su pleno control (art. 106 de la CE). Pero la transparencia no se logra solo sometiendo a la Administración a una posición pasiva de responder a las peticiones de información de los ciudadanos, sino que exige de esta una posición activa de imagen, información y conocimiento”<sup>3</sup>.

En el entorno jurídico-político que nos rodea, la transparencia ha sido usada, fundamentalmente desde principios del siglo actual, como elemento esencial en la búsqueda de una legitimidad democrática que se considera que se ha

---

3. SAINZ MORENO, “Secreto e información en el Derecho Público”, en *Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Civitas, 1991, pp. 166 y 167.

ido perdiendo, ya sea por el tipo de sistema político-jurídico instaurado –como ocurre en la Unión Europea, en la que el llamado “déficit democrático” se intentó paliar, entre otros instrumentos, a través de normativa reguladora de la transparencia de las instituciones–, ya sea porque la Administración ha sufrido un desarrollo tan importante y una intervención en la vida social y económica de los países tan descomunal, que se hace necesario buscar otros mecanismos de control aparte de los clásicos propugnados por el derecho administrativo<sup>4</sup> o, fundamentalmente, por la realidad política de las últimas décadas y, sobre todo, de los últimos años –crisis económica, escándalos políticos e institucionales, aumento de la corrupción, etc.–, que ha llevado a que la transparencia y los instrumentos que permiten su ejercicio sean reclamados de manera intensa tanto por los operadores jurídicos como por la sociedad civil.

Pues bien, tras cinco años de aprobación de la norma estatal –y varios, en el caso de algunas normas autonómicas y locales–, y suficientemente conocidos sus fallos y deficiencias, no parece que exista una verdadera voluntad de mejora de la misma, y buena prueba de ello, como veremos, la dan las críticas y quejas expresadas reiteradamente tanto por las autoridades y los organismos encargados del control y de la garantía de la transparencia –en particular, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal (en adelante, CTBG)- como por otras instituciones públicas, entre ellos los defensores del pueblo estatal y autonómicos, algunos de los cuales han asumido las funciones de garantes de la transparencia<sup>5</sup>.

Resulta sin duda necesario, como se tratará de argumentar en estas páginas, acometer la reforma de dichas normas, sobre todo de la estatal, para reforzar de manera real el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa y las posibilidades reales de los ciudadanos de obtener información de las instituciones públicas<sup>6</sup>.

4. Que sin duda, en nuestro ordenamiento, queda asegurado a través del control judicial de la actividad administrativa consagrado en el art. 106.1 CE.

5. Son, a este respecto, de especial interés tanto las conclusiones alcanzadas en las XXII Jornadas de coordinación de Defensores del Pueblo en octubre de 2017, que pueden consultarse en <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/conclusionesjornadas/>, como las reivindicaciones hechas en la llamada “Declaración de Cádiz” de 28 de septiembre de 2018, efectuada por los representantes de los órganos de garantía de la transparencia en el Estado español, agrupados en la Red de Consejos y Comisionados de Transparencia y reunidos en la ciudad de Cádiz con motivo de la celebración del III Congreso Internacional de Transparencia, cuyo contenido se puede encontrar en <https://congresotransparencia.com/declaracion-de-cadiz/>.

6. Recordamos, a este respecto, que hasta el momento la LTBG solo ha sufrido una modificación, muy reciente, por la disposición adicional 2.ª de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales, que, lejos de acometer una reforma en profundidad, se ha limitado a “maquillar” el artículo 15 relativo a la limitación al acceso por la presencia de datos de carácter personal, para adaptarlo a las referencias normativas de la nueva Ley Orgánica y del Reglamento Europeo de Protección de Datos,

Si bien no es objeto de estas líneas el análisis pormenorizado de la LTBG –ni de sus carencias- ni de las leyes autonómicas de transparencia, pues existen ya numerosos análisis doctrinales en la materia<sup>7</sup>, sí que resulta interesante abordar algunos de los problemas que la normativa de transparencia está generando, en particular, en aquellos casos en los que las leyes autonómicas han planteado regulaciones adicionales o divergentes de aquello que recoge la Ley estatal, y las posibles soluciones que ya se están aportando, o que sería interesante aportar.

Son muchas las cuestiones que se podrían tratar al analizar la normativa existente en materia de transparencia –alcance real obligaciones de transparencia activa, interpretación de límites, causas de inadmisión, ponderación y abuso de la limitación por protección de datos, cuestiones como la certificación de la identidad de los solicitantes y el acceso a la información a través de los portales de transparencia, la introducción de trámites en el procedimiento de acceso a la información, etc.–, pero el ámbito de este estudio exige una cierta limitación y por ello se eligen algunas de las que se consideran más relevantes y de actualidad, sin perjuicio de ser consciente de que se dejan en el tintero numerosas cuestiones sobre las que cabría discutir, y cuya reforma es imprescindible abordar para conseguir una mejora real de los instrumentos de garantía de la transparencia.

Las próximas líneas tienen como objetivo, por tanto, intentar llevar a cabo una panorámica de los exponenciales cambios que en materia de transparencia se están produciendo en nuestro país, gracias a la regulación normativa de este principio, destacando las cuestiones que se consideran de mayor importancia, pero sin dejar de resaltar sus carencias y los problemas de coordinación o de interpretación que supone la proliferación de las leyes autonómicas de transparencia, señalando las posibles mejoras que habría que acometer para lograr la verdadera efectividad de un principio y de unos derechos que se han tornado ya

---

pero sin ningún replanteamiento de fondo de los criterios y elementos de ponderación entre los dos derechos.

Por otra parte, la Proposición de Ley integral de Lucha contra la corrupción y Protección de los denunciantes (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Propositiones de Ley, n.º 33-1, de 23 de septiembre de 2016), que contiene una amplia modificación de la LTBG en su disposición final 4.<sup>a</sup> –aunque no de algunas de las cuestiones que la doctrina reiteradamente ha señalado debían reformarse–, se encuentra en tramitación en las Cortes desde hace más de dos años, sin que haya visos de su futura aprobación. Como tampoco parece que vaya a ser inminente la aprobación del Reglamento de desarrollo de la LTBG.

7. Resulta imposible hacer aquí referencia a los numerosos estudios doctrinales que sobre la LTBG y las leyes autonómicas de transparencia se han publicado en los últimos años, y que sin duda suponen valiosas aportaciones en la materia.

indispensables en un Estado democrático, pese a la recalcitrante resistencia a la declaración del mismo como derecho de carácter fundamental<sup>8</sup>.

Por ello, no se puede dejar de destacar, de manera preliminar, que el desarrollo normativo asumido por las comunidades autónomas está llevando por lo general a una mejora de la transparencia –el legislador autonómico de los últimos tiempos parece que aprende de los errores, carencias y lagunas vistos en anteriores normas–, y es de destacar –aunque con excepciones en todo caso– la buena técnica legislativa de las últimas leyes aprobadas, con la regulación de cuestiones que eran carencias de las leyes anteriores, y que tanto el legislador estatal como los autonómicos debieran tener en cuenta de cara a futuras mejoras<sup>9</sup>.

## 2

### **Breve evolución de la regulación: ¿han supuesto las leyes estatal y autonómicas un verdadero avance para la transparencia?**

Aunque, como ya se ha señalado, el objeto de estas páginas es llevar a cabo una valoración general sobre la normativa estatal y autonómica actual en materia de transparencia, resulta interesante echar la vista atrás, al menos brevemente, para ver el contexto en el que se aprueba esta normativa y en qué medida las normas actualmente vigentes han supuesto una transformación respecto de la aplicación del principio de transparencia en España. Y es que debemos tener en cuenta que, hasta la aprobación de la LTBG –y con contadas salvedades, como el derecho de acceso a la información ambiental, la reutilización de la información pública o la regulación de la obligatoriedad del perfil del contratante, todas ellas provenientes por lo general del derecho comunitario–, el reconocimiento jurídico del principio de transparencia y del

---

8. El reconocimiento del carácter fundamental del derecho de acceso a la información, vinculado al artículo 20 de la Constitución Española, es una reivindicación de la mayoría de la doctrina y grupos de la sociedad civil –y que algún tribunal de justicia ha llegado a afirmar–, y tiene su base en la necesaria interpretación del derecho por la vía del artículo 10.2 de la Constitución Española, tras su reconocimiento como partícipe de los derechos fundamentales tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el sistema de garantías del Consejo de Europa, tras su interpretación como derecho fundamental en varias sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en especial, las sentencias de 14 de abril y de 26 de mayo de 2009.

9. Tales como la audiencia a los solicitantes en el caso de alegaciones de terceros, concretas medidas sancionadoras ante los incumplimientos de las obligaciones de comunicación de información o de transparencia activa, el reconocimiento de potestad coercitiva de los organismos de transparencia para el cumplimiento de sus resoluciones, plazos específicos para actualización de la publicidad activa, etc., que tendremos oportunidad de analizar más adelante.



derecho de acceso a la información en España se encontraba francamente limitado.

Como es de sobra conocido, la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) no consagra, en términos literales, el principio de transparencia, aunque este deriva directamente, como el principio de participación, de la formulación contenida en el artículo 105 CE –y así ha sido reconocido en numerosas ocasiones tanto por la doctrina como muy especialmente por la jurisprudencia<sup>10</sup>–, y en especial, para lo que nos ocupa, de su apartado b), que dispone que “La Ley regulará: [...] el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

Nuestra CE consagraba así, aunque de manera parcial, en 1978, el derecho de acceso a la información pública<sup>11</sup>, cuya importancia jurídico-política en la actualidad es innegable, pero que, sin embargo, no suscitó prácticamente debate político alguno en el momento de su tramitación, pasando casi desapercibido en el proceso constituyente.

El hecho, además, de la tardanza por parte del legislador en el cumplimiento del mandato constitucional de la regulación de este derecho por ley –casi catorce años desde la aprobación del Texto constitucional–, y el carácter limitadísimo con el que se reconoció, en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP), ya derogada, hacen entrever la dificultad y las reticencias existentes para articular legalmente un derecho y un principio objetivos que podrían haber revolucionado la tradicional actuación oscurantista de la Administración, pero cuyo reconocimiento debía realizarse, sin duda, con las pertinentes garantías para evitar la posible lesión de otros intereses jurídicos igualmente protegidos por la Constitución<sup>12</sup>.

10. Son especialmente significativas, en este sentido, tempranas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que reconocen los principios de participación y de transparencia como inherentes al artículo 105 CE, y de aplicación directa sin necesidad de desarrollo legal (SSTC 18/1981, 102/1995 y 119/1995, y SSTS de 4 de julio de 1987, 23 de marzo de 1988, 12 de enero de 1990, 7 de julio de 1992, o, ya más recientemente, 14 de noviembre de 2000).

11. Es significativo que la CE no recogió la expresión “derecho de acceso a la información pública”, sino que reconoció “el acceso a los archivos y registros administrativos”, lo cual no trasluce una mera situación semántica, sino que tenía importantes consecuencias en cuanto a la acotación y caracterización del derecho, como sostuve en RAMS RAMOS, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, 2008.

12. En este sentido *vid.* SAINZ MORENO, “Secreto y transparencia”, en SAINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración pública*, 2004, y BERMEJO VERA, “El secreto en las Administraciones públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 57, 1988.

El difícil equilibrio entre secreto y transparencia, que sigue generando en la actualidad un vivo debate<sup>13</sup>, se planteaba en los primeros años de la democracia como un problema jurídico-político cuyas soluciones, además de requerir obviamente de regulación normativa, exigían mecanismos reales para poder superar una tradición oscurantista en una coyuntura política de transición hacia un régimen democrático de instituciones plenamente sometidas a la ley, y a los controles que son propios de las democracias. Y si bien es plenamente comprensible que en los primeros años de la democracia se produjeran estas reticencias, su prolongación en el tiempo fue sumamente desafortunada.

Como ya hemos señalado, hasta la aprobación de la LTBG, en diciembre de 2013, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública –o, mejor dicho, a los archivos y registros administrativos, conforme a lo dispuesto por el artículo 105 b) CE– se regulaba por el artículo 37 LRJAP. Esta regulación, criticada hasta la saciedad por la doctrina durante los más de 20 años que estuvo vigente sin modificaciones, preveía un exiguo margen de ejercicio de un derecho, el de acceso a los documentos que estuvieran inscritos en los registros administrativos o que, formando parte de un expediente, relativo a un procedimiento finalizado, constaran en los archivos de las Administraciones públicas, para el que se preveían unos estrictos requisitos de legitimación y unas amplísimas causas de limitación o exclusión del ejercicio del derecho.

La norma reconocedora de este derecho no preveía ningún tipo de procedimiento específico ni de cauce especial para su recurso, por lo que eran de aplicación las normas generales de tramitación de los procedimientos administrativos, y los plazos supletorios previstos por la LRJAP para su duración.

Los ciudadanos solicitantes del acceso, cuando veían el ejercicio de su derecho denegado o, lo que resultaba más común, simplemente no recibían contestación a su solicitud, se veían obligados a seguir también el cauce general de impugnación previsto por la LRJAP para la tramitación de los recursos administrativos, esto es, en función de quién fuera el órgano competente para resolver el procedimiento de acceso –cuestión que tampoco resolvía la norma–, cabía la interposición de un recurso adminis-

---

13. Puede ponerse como ejemplo, casi a modo de anécdota, el hecho de que ha sido noticia, en estos últimos días y en muchos medios de comunicación, el nuevo intento del Gobierno de ampararse en la Ley de Secretos Oficiales para denegar información en relación con los viajes del presidente del Gobierno que, sin embargo, tiene carácter público, y cuyo conocimiento viene respaldado por la LTBG, tal como ha concluido el CTBG en su reciente Resolución de 14 de diciembre de 2018. El importante impacto mediático de la noticia es una prueba del alcance real de la preocupación por la transparencia en nuestro país.

trativo, de alzada o de reposición, según lo previsto en los artículos 107 y siguientes de la norma, que dejaba expedita la vía judicial contencioso-administrativa.

La jurisprudencia relativa al ejercicio de este derecho, en los términos descritos, dejó patente la ineficacia e ineficiencia de este sistema, puesto que no solo la mayoría de las solicitudes de acceso se denegaban, por los exigentes requisitos de legitimación activa y las amplísimas causas de limitación del acceso que establecía el artículo 37 LRJAP, sino que además el reconocimiento del mismo en vía de recurso era extraordinariamente escaso.

A esto debe unirse la falta de reconocimiento de la transparencia como principio de actuación de las Administraciones públicas en la LRJAP hasta su importante reforma por la Ley 4/1999 que, ya a las puertas del siglo XXI, vino a añadirlo a su artículo 3, pero sin que ello tuviera mayores consecuencias, puesto que no se plasmó en obligaciones reales de transparencia, más allá de la ya mencionada exigua regulación del derecho de acceso a la información, que por otro lado, como hemos visto, no fue objeto de modificación en esta importante reforma.

Esta situación, que se prolongó en el tiempo hasta la aprobación de la LTBG en 2013, llevó a una generalizada falta de transparencia en el ejercicio de las actividades administrativas, y que la nueva Ley ha venido, en gran medida, a paliar.

En todo caso, y como el Preámbulo de la LTBG se encarga de recordar, no puede decirse que en España hubiera un “vacío legal” en materia de transparencia, sino una regulación muy parcial y sectorizada. En este sentido, no puede olvidarse la existencia previa, en el ámbito estatal, de leyes como la Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y la Ley 37/2007, de reutilización de la información del sector público, que traen causa de sendas directivas europeas, pero también toda la normativa sectorial que ya incluía algunas obligaciones de publicidad activa, como las sucesivas leyes de contratos, o la Ley General de Subvenciones; junto –por supuesto– a la mencionada regulación del artículo 37 LRJAP y a la regulación del Patrimonio documental recogida, con carácter también muy restrictivo, en la Ley 19/1985 de Patrimonio Histórico Español.

Para concluir esta breve referencia a la evolución, hay que recordar que también en el caso de las comunidades autónomas existía ya normativa reguladora de la transparencia y del acceso a la información. Primero a través de las leyes autonómicas de archivos, que regularon –con mayor o menor amplitud– el acceso a los documentos administrativos depositados

en los mismos<sup>14</sup>, con la posterior consagración del principio de transparencia por los estatutos de autonomía reformados, y culminado con la aprobación de algunas leyes de transparencia autonómicas que se adelantaron a la estatal<sup>15</sup>.

En cualquier caso, si bien, por tanto, no podemos decir que partiéramos de la nada en la regulación de la transparencia, visto el panorama del desarrollo del principio de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la CE, se puede afirmar sin dudas que la LTBG y las posteriores normas autonómicas que se han aprobado han supuesto un hito fundamental en el avance del reconocimiento y garantía de la transparencia en nuestro país, pues frente a regulaciones exiguas o sectoriales, se han sentado las bases necesarias –aunque insuficientes en algunos casos, como veremos– para la creación de una verdadera cultura de la transparencia que, trascendiendo del ordenamiento jurídico, esperamos que llegue a calar plenamente en la manera de actuar de los poderes públicos.

Pues con la regulación de obligaciones concretas de transparencia activa, ya no solo referidas a las Administraciones públicas, sino también a otros poderes públicos y organizaciones de carácter privado, a través de la creación y mantenimiento de portales de transparencia y páginas web en los que quede constancia y se dé publicidad a muchas de sus actuaciones, la LTBG ha regulado también, de manera más amplia, el derecho de acceso a la información pública, incluyendo un procedimiento administrativo específico para su ejercicio, y la previsión de una vía específica de impugnación que permite a los interesados en los procedimientos el acceso a un nuevo mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos que, tras varios años en vigor, se está mostrando como un instrumento importante para la garantía de la transparencia, pese a que en muchos casos –como ocurre en el ámbito estatal– los organismos encargados de la resolución de estas reclamaciones carezcan de medidas coercitivas reales que garanticen la eficacia de sus resoluciones<sup>16</sup>.

14. Sobre el régimen jurídico de la regulación del acceso en las leyes de archivos autonómicas anteriores a la LTBG, me permito remitirme a mi trabajo RAMS RAMOS, *El acceso a los archivos y registros administrativos*, Reus, 2008.

15. Son los casos de las leyes de transparencia de Galicia, Extremadura y Navarra.

16. *Vid.*, a este respecto, las conclusiones avanzadas en relación con la Reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno expuestas por MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, en *Las vías alternativas de recurso a debate*, INAP, 2016; o por mí misma, RAMS RAMOS, “Las medidas alternativas de resolución de conflictos en el ámbito de la transparencia”, en CHICO DE LA CÁMARA (dir.), *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*, INAP, 2017.

### 3

## La LTBG como norma reguladora de carácter básico y/o de procedimiento administrativo común

### 3.1

## La LTBG como norma básica y las leyes de transparencia autonómicas como normas de desarrollo

Llegados a este punto, no es necesario seguir insistiendo sobre la trascendencia jurídica que tuvo en nuestro país la aprobación de la LTBG, con la introducción de una regulación específica del principio de transparencia, a través del establecimiento de concretas obligaciones de transparencia activa –que vinculan, más allá de las propias Administraciones públicas, a todos los poderes públicos y principales órganos constitucionales, partidos políticos y sindicatos, así como a entidades de carácter privado cuando ejerzan funciones públicas o sean beneficiarias de sustanciales fondos públicos, aunque, claro está, con distinta intensidad–, así como por el reconocimiento general del derecho de acceso como derecho de todas las personas –y no solo de los ciudadanos– y referente a toda la información pública –que no a los archivos y registros administrativos–, siempre que no se encuentre afectada por los límites derivados de la protección de datos de carácter personal o los intereses jurídicos que se consideran prevalentes y que han sido recogidos por el artículo 14 LTBG.

Como ya se ha adelantado al inicio, esta nueva regulación no puede ser más que calificada de positiva, en el sentido de que ha aportado trascendentales avances en materia de transparencia en comparación con la exigua regulación anterior, lo que no quiere decir que la Ley no adolezca de defectos, graves en algunos casos, y que, transcurridos ya más de cinco años de su aprobación, han sido plenamente identificados, resultando ineludible su reforma normativa.

Y si bien hay cuestiones de la Ley sobre las que se ha generado un vivo debate, como intentaremos analizar a continuación, una de las cuestiones sobre las que no parece haberse generado duda es sobre el carácter básico que tiene dicha regulación, que por lo general, y salvo algunas excepciones que veremos a continuación, ha sido objeto de pleno respeto por las leyes autonómicas de transparencia que se han ido aprobando en estos años. Estas normas de desarrollo han tendido, en todo caso, a ampliar el objeto de la regulación, estableciendo mayores requisitos de transparencia activa<sup>17</sup>, e incluso garan-

---

17. Casi todas las leyes autonómicas de transparencia aprobadas con posterioridad a la LTBG recogen –además de las obligaciones de transparencia activa de la LTBG– medidas y

tías adicionales de control<sup>18</sup>, así como mejoras en la regulación del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información –como serían una mejor definición de las causas de inadmisión<sup>19</sup>, incluso a través de normas reglamentarias<sup>20</sup>, tiempos más breves de resolución<sup>21</sup>, trámites adicionales de garantía del derecho para los solicitantes<sup>22</sup>, o medidas coercitivas para garantizar el cumplimiento de las resoluciones o de las reclamaciones frente a las desestimaciones del derecho<sup>23</sup>–.

El carácter básico de la LTBG, que se refiere a toda la regulación<sup>24</sup>, se deduce de la disposición final octava, que determina que “la Ley se dicta al amparo de lo establecido en los artículos 149.1.1.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> CE”, sin que el precepto concrete qué artículos de la regulación se vinculan a cada título competencial, ni si el ejercicio de la competencia tiene, por tanto, carácter exclusivo o básico. Los legisladores autonómicos, en general, y el conjunto de la doctrina y la jurisprudencia, han aceptado desde su aprobación la aplicabilidad –como así establece la propia Ley– de las disposiciones sobre transparencia a

---

obligaciones adicionales en este ámbito, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 LTBG, así como, en algunos casos, incluso plazos para proceder al cumplimiento de la publicación de la información, como en los casos de las leyes de Transparencia de Aragón o, más recientemente, de Navarra.

18. Por lo general, las leyes autonómicas han atribuido la función de control del cumplimiento de la transparencia activa al respectivo órgano u organismo autonómico independiente al que se atribuye la resolución de las reclamaciones, en línea con lo establecido en el ámbito estatal por el artículo 34 LTBG, que atribuye al CTBG, entre otros fines, el de “velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad” (cuestión sobre la que volveremos más adelante), aunque en algunos casos, como el catalán, se han desdoblado las funciones de control de la transparencia activa y de la pasiva.

19. Ya muy tempranamente, tras la aprobación de la LTBG, la Ley de Andalucía, primero, y la mayoría de normas autonómicas, después, procedieron a concretar mejor las causas de inadmisión previstas por el artículo 18 LTBG, en una redacción que sería recogida, con posterioridad, por el infructuoso anteproyecto de Reglamento de desarrollo de la Ley.

20. Es particularmente interesante, en este sentido, que casi ninguna ley de transparencia –incluida la estatal– ha sido objeto de desarrollo reglamentario, con las excepciones de la Comunidad Valenciana y de Castilla y León.

21. Son los casos de las leyes de Andalucía o de Murcia, tras su modificación en 2016.

22. Es especialmente destacable en este sentido, cuestión sobre la que insistiremos más adelante, que las recientemente aprobadas leyes de Cantabria y de Navarra recogen por fin un específico trámite de audiencia para los solicitantes de acceso, cuando haya terceros interesados que hayan hecho alegaciones al procedimiento.

23. Muy pocas leyes autonómicas –y, desde luego, en ningún caso la estatal– se han preocupado por dotar a los Consejos de Transparencia de específica competencia para garantizar el cumplimiento de sus resoluciones, cuestión sobre la que las autoridades de transparencia vienen insistiendo con razón desde hace años. Por ello, es especialmente interesante la introducción por algunas leyes autonómicas de verdaderos mecanismos coercitivos, como el efectivo reconocimiento de potestad sancionadora o, como ya había hecho la Ley de Aragón, parcialmente –y recoge de manera ampliada la Ley de Navarra–, potestades de ejecución forzosa en algunos casos, a través de la posibilidad de imposición de multas coercitivas.

24. A excepción de los artículos 6.2.párr. 2, 9, 10.1 y 10.2, 11, 21.2, 25.1, el título III y la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LTBG.

todos los niveles territoriales del Estado<sup>25</sup>, entendiendo que las mismas tienen carácter básico<sup>26</sup>, sin perjuicio de la competencia de que gozan las comunidades autónomas para poder desarrollar la norma en su ámbito territorial. No se trata de ninguna novedad, dado que la anterior y limitada regulación del derecho de acceso –contenida en el artículo 37 LRJAP– también tenía carácter básico para todas las Administraciones públicas, pero al regularse ahora por ley no solo los elementos básicos del derecho de acceso a la información, sino concretas obligaciones de transparencia activa y de reutilización de la información publicada, así como un procedimiento administrativo específico –y que además es aplicable no solo a las Administraciones públicas territoriales, sino también a otros organismos y entidades<sup>27</sup>–, pueden plantearse dudas de hasta qué punto la legislación básica es vinculante y cuál es el margen de desarrollo con el que cuentan las comunidades autónomas en su regulación.

Pues bien, si en consecuencia con lo aquí afirmado, la normativa de las comunidades autónomas debía adaptarse a lo establecido en esta Ley –sin perjuicio de su competencia para el desarrollo de la materia<sup>28</sup>, así como para cuestiones para las que específicamente la LTBG establece el margen para su determinación, como para el establecimiento o no de una autoridad independiente para la resolución de las reclamaciones que se puedan plantear<sup>29</sup> o la ampliación de las obligaciones de transparencia activa<sup>30</sup>–, la regulación bastante prolija y minuciosa de la Ley estatal, según hemos visto, parece haber

25. No olvidemos que el artículo 2.1.a) LTBG, al determinar el ámbito subjetivo de aplicación, establece que “1. Las disposiciones de este título se aplicarán a: a) 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”.

26. Sería imposible citar aquí todas las opiniones doctrinales sobre la cuestión, pero cabe destacar en este sentido las de GUICHOT, E., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Tecnos, 2014, p. 47, y FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 38 y ss. Y más específicamente sobre este tema, VELASCO RICO, “La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CC. AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo de 2014, donde desgana los títulos competenciales esgrimidos por el legislador desde esta perspectiva: “el legislador no determina de forma explícita que esta Ley tenga el carácter de norma básica (o mejor, qué preceptos están investidos de ese carácter), pese a que de una lectura del texto articulado pueda deducirse tal condición” (p. 8).

27. Señalaba GUICHOT ya tempranamente tras la aprobación de la LTBG a este respecto cómo la regulación del derecho de acceso a la información, concebido de esta manera y respecto de numerosos organismos que no son Administración ni desempeñan funciones administrativas, desborda claramente su entronque con el artículo 105 b) y su vinculación al título competencial establecido en el artículo 149.1.18.ª CE. GUICHOT, E., *Transparencia, op. cit.*, p. 47.

28. Según determina el artículo 12.2 LTBG.

29. Conforme a lo establecido en la disposición adicional 4ª.2 LTBG.

30. Conforme a lo establecido en el artículo 5.2 LTBG.



dejado escaso margen dispositivo en cuanto a las especialidades que pueden introducir las comunidades autónomas, que, en este sentido, parecen pocas. Solo parecía plantearse, en un primer momento, la posibilidad de que la regulación autonómica, siempre conforme a la LTBG, regulara las cuestiones que tienen que ver con su potestad de autoorganización, así como aquellas cuestiones procedimentales sobre las que la Ley no se pronuncia<sup>31</sup>.

En general, los legisladores autonómicos han interpretado la legislación estatal como “norma de mínimos”, en el sentido de establecer, conforme a lo establecido en el artículo 5.2 LTBG, como ya hemos señalado, obligaciones adicionales de transparencia activa, pero también en algunos casos mayores garantías en el procedimiento administrativo. Sin embargo, la actuación de algunos legisladores autonómicos ha sido ciertamente divergente, pues mientras que algunas comunidades autónomas se han limitado específicamente al mencionado ejercicio de la potestad organizatoria, en cuanto a que o bien se remiten en general al régimen básico de la LTBG o bien reproducen en términos similares los preceptos de esta, estableciendo obligaciones adicionales o matizaciones en algunos puntos<sup>32</sup>, y otras establecen plazos de resolución distintos<sup>33</sup>, algunas han introducido particularidades más específicas, como la previsión de un procedimiento de conciliación antes de la reclamación ante la autoridad de transparencia, o de un recurso de reposición potestativo previo a la reclamación ante la autoridad independiente de transparencia –caso concreto de Cataluña-<sup>34</sup>, una enumeración de los límites al acceso a la informa-

31. FERNÁNDEZ SALMERÓN consideró al respecto que el margen de desarrollo por las comunidades autónomas les permite la posibilidad de establecer regímenes de acceso más beneficiosos que el básico, pero que, en cualquier caso, su margen es ciertamente limitado y no va más allá de su capacidad de organización, por lo que las normas autonómicas no pueden establecer disposiciones divergentes, como sería el establecimiento del silencio positivo frente a la falta de resolución expresa de las solicitudes de acceso a la información, por ejemplo. FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Procedimiento administrativo e información del sector público”, en *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2014, pp. 284 y ss. También GUICHOT, E., *Transparencia*, op. cit., p. 47, o FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso...*, op. cit., pp. 38 y ss., aluden al estrecho margen que la Ley deja a las comunidades autónomas para su desarrollo.

32. Casi todas las normas autonómicas, como ya hemos señalado, amplían de alguna manera las obligaciones de transparencia activa, o delimitan mejor, por ejemplo, las causas de inadmisión previstas por el artículo 18 LTBG, sin que la doctrina haya considerado que esto plantee problemas en relación con la legislación básica, por establecer un sistema de mayores garantías, al determinar mejor los supuestos en los que cabe inadmitir las solicitudes, pero sin determinar causas nuevas.

33. Ya hemos señalado cómo la Ley de Transparencia de Andalucía previó un plazo más breve de resolución –de 20 días ampliables a otros 20–, lo que también ha sido recogido por la Ley de Transparencia de Murcia tras su reforma en 2016, sin que se hayan tampoco suscitado dudas respecto de su viabilidad.

34. Cuestión esta que sí que parece más discutible para la doctrina. Entre otros, para FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso...*, op. cit., p. 47.



ción distinta –también en este caso es destacable la Ley catalana–, y, lo que en los últimos tiempos se ha tornado una cuestión de relevancia constitucional, la previsión de silencio positivo en el caso de que no se resuelva el procedimiento de acceso a la información en plazo –en concreto, en los casos de las leyes de Cataluña, Aragón, Comunidad Valenciana y Navarra–.

### 3.2

#### **La STC 104/2018 de inconstitucionalidad del artículo 31.2 de la Ley 8/2015 de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón por su previsión de silencio positivo**

Partiendo de que, a efectos de limitar los posibles conflictos que se pudieran plantear, las cuatro leyes autonómicas que han regulado el procedimiento de acceso a la información estableciendo la previsión de silencio positivo –las mencionadas leyes de Cataluña, Aragón, Comunidad Valenciana y Navarra– lo hicieron estableciendo su salvedad de que una norma con rango de ley estableciera el carácter desestimatorio del silencio, por razones de interés general, la realidad de los hechos es que en las cuatro comunidades autónomas se ha entendido aplicable la regla del silencio estimatorio con carácter general, salvo que concurriera algún límite que no hiciera viable su aplicación, por vulnerar la norma.

En el momento de aprobación de estas normas, la doctrina se planteó, como hemos visto, la posibilidad de regulación de este silencio estimatorio, contrario en principio a la normativa básica, que finalmente se decantó por el establecimiento del silencio negativo en su artículo 20.4 LTBG<sup>35</sup>. Y yo misma he venido sosteniendo la poca viabilidad de la cuestión, intentando dilucidar si había algún supuesto en el que cabría el mantenimiento de esa previsión de silencio positivo pese a lo regulado en la LTBG, llegando a la conclusión de que era poco probable que se pudiera sostener y que, en todo caso, podía ser una fuente de inseguridad jurídica para los ciudadanos, quienes “sufrirían” las consecuencias de no saber si su pretensión no resuelta debía considerarse estimada o, por el contrario, desestimada<sup>36</sup>.

35. *Vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., “Procedimiento administrativo...”, *op. cit.*, p. 291, y GUICHOT, E., *Transparencia, op. cit.*, p. 50. BARRERO hace un interesante análisis de las posturas doctrinales reflejadas en los debates llevados a cabo en la Comisión Constitucional en la que se tramitó el proyecto de LTBG, señalando cómo una parte de la doctrina sí que era favorable a la introducción del silencio positivo como mayor garantía de los interesados. BARRERO, “El derecho de acceso a la información pública”, en GUICHOT, E. (dir.), *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Tecnos, 2014, pp. 231 y ss.

36. Me permito para esta cuestión remitirme a mi trabajo RAMS RAMOS, “El procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública”, *Revista General de Derecho*

Esta afirmación, lejos de resultar agorera, se ha producido en la práctica, hasta tal punto que, en el caso de la aplicación de la Ley Catalana, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública (GAIP) optó por entender que debía admitir a trámite todas las reclamaciones que se pudieran interponer ante el silencio de la Administración, sin considerar específicamente si el silencio era estimatorio o desestimatorio, sin perjuicio de que se dejara a los solicitantes expedita la vía para considerar que el silencio era positivo y que optaran por pedir a la Administración la ejecución del acto presunto, poniendo a su disposición la información<sup>37</sup>. Y en el mismo sentido se han venido produciendo decisiones de admisión a trámite de las reclamaciones por la Comisión de Garantías de la Comunidad Valenciana<sup>38</sup>.

Pues bien, recientemente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, en relación con la normativa aragonesa, para determinar, en su Sentencia 104/2018, de 4 de octubre, la inconstitucionalidad de esta previsión de silencio positivo en la regulación del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por considerar que vulnera de manera indirecta o mediata la Constitución, al entrar en contradicción directa con el artículo 20.4 LTBG, que, disponiendo la aplicación de silencio negativo, forma parte de las normas de procedimiento administrativo común, que son competencia exclusiva del Estado por dictado del artículo 149.1.18ª.

La argumentación sostenida para llegar a esta conclusión de inconstitucionalidad –frente a la que el magistrado Conde-Pumpido formula un voto particular que comentaremos a continuación– es el anclaje constitucional

---

*Administrativo*, n.º 41, 2016.

37. *Vid.*, al respecto, “Los criterios interpretativos sobre la reclamación a la GAIP en caso de silencio administrativo”, Documento aprobado por el Pleno de la GAIP, de 7 de enero de 2016, en el que se establece lo siguiente:

*Ante el silencio administrativo producido, las personas interesadas pueden presentar una reclamación ante la GAIP, sin necesidad de manifestarse sobre su sentido positivo o negativo, ni de argumentar si la resolución presunta producida de esta manera es estimatoria o desestimatoria. Esta reclamación deberá presentarse dentro del plazo de un mes desde la fecha de producción del silencio administrativo, sin perjuicio de que, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, se pueda entender no sometida a plazo la impugnación de desestimaciones presuntas por silencio negativo. [...]*

*3. Alternativamente a la reclamación indicada por el párrafo anterior, si el solicitante entiende que el silencio administrativo producido es positivo, puede dirigirse de nuevo a la Administración pidiendo que le entregue efectivamente la información estimada por resolución presunta (artículo 35.3 LTBG), lo que la Administración debería hacer en el plazo de treinta días (artículo 36.1 LTBG). Si vencido este segundo plazo el solicitante sigue sin tener la información pública solicitada, puede presentar una reclamación a la GAIP.*

38. Una interesante referencia a dichas resoluciones puede encontrarse en FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso...*, *op. cit.*, pp. 306 y ss., que concluye señalando la inoperancia en la práctica del silencio positivo.

del artículo 20.4 LTBG en el título competencial establecido por el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que atribuye al Estado en exclusiva la determinación de las normas relativas al “procedimiento administrativo común”. Para afirmar esto último, alude a su propia doctrina jurisprudencial, primero descartando que nos encontremos ante una norma perteneciente a un régimen sustantivo *ratione materiae* que permita a las comunidades autónomas determinar sus propias normas de procedimiento (STC 166/2014, FJ 4), y concluyendo lo siguiente:

*Conviene recordar ahora que “forma parte del modelo general de procedimiento administrativo que el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia —con el margen de apreciación y oportunidad política que ello siempre trae consigo, así, STC 191/2012, de 29 de octubre, FJ 5— el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado [...] así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación” (STC 166/2014, de 22 de octubre, FJ 6), en este caso el establecimiento del silencio negativo frente a la falta de respuesta de la Administración. En tal sentido, recientemente hemos indicado en la STC 70/2018, de 21 de junio, FJ 9 —con cita de la STC 143/2017, de 14 de diciembre, FJ 23—, que “tiene cabida en el procedimiento administrativo común el establecimiento de reglas que regulan el sentido del silencio administrativo, tanto cuando se hace sin referencia a sectores materiales concretos [...] como cuando, aun afectando a una materia o sector concreto [...] se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimiento o a un tipo de actividad administrativa”.*

*A lo anterior, debemos añadir que la norma se inserta en la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, cuyo objeto es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad (art. 1 de dicha Ley). En tal sentido, el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública en la Ley estatal evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [art. 105 b) CE] —como destaca su exposición de motivos—, al incrementar la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, configurando ampliamente el derecho de acceso del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Sin embargo, tal derecho de acceso puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos que pueden limitar*

*el mismo (derecho al honor, intimidad personal y familiar, protección de datos de carácter personal, secreto profesional, incluso la seguridad y defensa del Estado). Ante esta eventual colisión, el legislador estatal ha tomado la cautela de proteger estos derechos e intereses frente a la posibilidad de que puedan verse vulnerados o afectados como consecuencia de la falta de respuesta de la Administración a tales solicitudes, justificándose de este modo la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por lo que la norma estatal “cumple una función típica de las normas de ‘procedimiento administrativo común’: ‘garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas’ [SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 27 y 55/2018, de 24 de mayo, FJ 9 b)]”<sup>39</sup>.*

Es decir, el Tribunal Constitucional ha entendido que, tratándose de la previsión de silencio negativo de una cuestión de marcado carácter procedimental, debe considerarse que el artículo 20.4 LTBG es competencia del Estado –y vinculante para las normas autonómicas–, no porque forme parte de la regulación de un régimen sustantivo que se considera de carácter básico, sino porque dicha previsión ha de integrarse como parte de la competencia exclusiva del Estado para el establecimiento del procedimiento administrativo común. Por tanto, aunque la CE no reserva en exclusiva al Estado la regulación de los procedimientos especiales y corresponde a las comunidades autónomas su regulación en el marco de sus propias competencias, deben dictarse siempre respetando las reglas de procedimiento que la legislación estatal haya establecido, y en este caso, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta no tiene que estar solo contenida en la normativa general de procedimiento –la Ley 29/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas–, sino que puede incluirse en otras normas, y entendiendo que la normativa estatal de transparencia y en particular el artículo 20.4 LTBG puede ser una de estas, en su función de garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas.

No se recoge, por tanto, el argumento de que la comunidad autónoma pueda fijar un régimen más favorable, como argumentaban algunas de las partes, y la conclusión del Tribunal Constitucional es taxativa, en el sentido de que la Ley aragonesa, al contradecir frontalmente lo dispuesto en el art. 20.4 LTBG, vulnera de manera indirecta o mediata el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE y es inconstitucional.

---

39. FJ 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2018, de 4 de octubre.

Como ya adelantamos antes, la Sentencia es objeto de un duro voto particular emitido por el magistrado Conde-Pumpido, para quien la argumentación jurídica de que el precepto estatal forma parte del procedimiento administrativo común no resulta correcta ni suficiente. Para ello recuerda que la propia doctrina constitucional impone límites a la capacidad del legislador de poder establecer el sentido del silencio en cualesquiera materias, y que en el caso concreto, no se aclara por la Sentencia ni que se esté en un sector material concreto competencia del Estado, ni que se trate de una regla general predicable de todo un tipo de actividad administrativa, supuestos que la doctrina constitucional ha identificado como aplicables para que se considere competencia del Estado la determinación del silencio administrativo conforme a la STC 145/2017 (FJ 23).

Afirma en concreto el magistrado lo siguiente:

*[...] Hubiera sido jurídicamente más conforme con el orden constitucional de competencias concluir que el procedimiento de acceso a la información pública representa un procedimiento administrativo específico y no un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos, por lo que la regulación del sentido del silencio en dicho procedimiento solo puede fundamentarse en una competencia sustantiva. [...]*

*A mi juicio, el título competencial del artículo 149.1.18 CE que invoca la Ley 19/2013 resulta insuficiente no solo para amparar la amplia y detallada regulación que contiene la Ley 19/2013, sino también, en particular, para establecer el sentido negativo del silencio administrativo en el procedimiento de acceso a la información pública, que es la cuestión controvertida en este proceso.*

*Incluso concibiendo la regla del silencio negativo contenida en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013 como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas, su condición de “mínimo común denominador legislativo” no debería impedir que las comunidades autónomas, mediante el establecimiento de reglas de silencio positivo, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública y el cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver en plazo<sup>40</sup>.*

Se trata esta de una cuestión doctrinal –los límites de la determinación del procedimiento administrativo común– que desborda ampliamente el ámbito de este estudio, pero dada la contradicción que se denota de la Sentencia y su voto particular, y las importantes consecuencias prácticas que el mismo

---

40. Extracto del Voto particular del magistrado Conde-Pumpido a la STC 104/2018, de 4 de octubre.

está llamado a tener, es necesario hacer al menos una sucinta referencia a la misma. Y aunque coincido más con la idea expuesta en el voto particular de que la Sentencia del Tribunal Constitucional adolece del defecto de no identificar bien bajo qué supuesto competencial se determina que el sentido del silencio administrativo pueda considerarse como procedimiento administrativo común, tampoco puedo estar del todo de acuerdo en cuanto a las conclusiones que el magistrado Conde-Pumpido alcanza.

Creo que si bien se puede considerar que el título competencial del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> para establecer las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” es ciertamente insuficiente para dar cobertura a la totalidad de la Ley (pues entre los sujetos obligados por la misma se encuentran sin duda no solo Administraciones públicas, sino también otras entidades, poderes públicos e incluso sujetos privados –no olvidemos que la disposición final octava alude también a los artículos 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup>-), sí que lo es en cuanto a la determinación del capítulo relativo al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues este es aplicable, recordemos, únicamente a los sujetos pasivos determinados en los artículos 2 y 4; y si bien también en estos artículos se hace referencia a órganos y entidades de naturaleza constitucional o privada, el artículo se ha cuidado mucho de establecer su obligatoriedad como sujetos pasivos de la transparencia activa y del derecho de acceso a la información “en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”<sup>41</sup>.

Pues bien, creo que hubiera sido mucho más sencillo y lógico vincular la regulación del derecho de acceso a la información a la mencionada competencia básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas –puesto que el principio de transparencia es, indudablemente, aplicable a la actividad administrativa– y, sobre esta base competencial material, determinar que el procedimiento administrativo que se regula se vincula a dicha competencia material. Es verdad que podría concluirse entonces –como parece que hace el magistrado que emite el voto particular– que no cabría considerar la determinación de la Ley aragonesa como inconstitucional, sino que sería una mejora o refuerzo respecto del “mínimo común denominador legislativo”, pero es ahí donde discrepo con el voto particular: creo que el silencio administrativo negativo tiene carácter básico en la regulación, y que la regulación del silencio positivo en los términos en que lo hacen las normativas autonómicas que lo regulan no puede considerarse como “mejora”, sino que, al contrario, plantean un gran problema de seguridad jurídica, tanto para la protección de

---

41. Artículo 2.1.e) y f).

los límites establecidos por la legislación básica, por una parte, como para la garantía de los solicitantes, de otra, que no pueden saber –paradójicamente– sin que haya resolución si el silencio administrativo aplicable al caso tiene que ser el positivo –porque no concurre ningún límite– o negativo –porque sí que hay concurrencia de limitaciones–, a lo que se une un argumento adicional de carácter práctico: la estimación presunta por silencio positivo de actos administrativos que implican una posterior actividad material de la Administración, plantea mayores problemas jurídicos al solicitante –que tiene que plantear recurso por la inactividad de la Administración<sup>42</sup>– que el silencio negativo, que le habilita a la presentación de la reclamación o del recurso contencioso-administrativo sin límite de tiempo.

### 3.3

#### **Las posibles consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 31.2 de la Ley de Transparencia de Aragón**

De la anterior opinión aquí expresada creo que se puede deducir que el sentir de quien escribe estas palabras es que la Sentencia del Tribunal Constitucional ha acertado en su decisión –en cuanto a la indisponibilidad por el legislador autonómico del sentido del silencio en el procedimiento de acceso a la información–, pero que ha sido desafortunada en cuanto a la argumentación jurídica utilizada para ello.

Resulta complicado aventurar las posibles repercusiones jurídicas que en el ámbito de la transparencia –en particular, en aquellas leyes que han establecido silencio positivo u otras divergencias de carácter procedimental– pueda tener esta Sentencia, pues hay que tener en cuenta que la misma no ha entrado a valorar o establecer, con carácter general, el ámbito material de la norma, en el sentido de cuál sea la competencia sustantiva principal de la misma, sino que únicamente se ha limitado a enjuiciar una cuestión procedimental. Es decir, la Sentencia no ha entrado a valorar el posible carácter básico de la regulación estatal –que por otra parte, y como ya hemos visto, ha asumido con perfecta naturalidad la práctica totalidad de las normas autonómicas–, sino que únicamente

---

42. Y, seamos honestos, dado que ni la LTBG ni la mayoría de normas autonómicas plantean una verdadera potestad sancionadora, ni verdaderos mecanismos coercitivos para obligar a las Administraciones públicas al cumplimiento de las resoluciones en materia de transparencia, una Administración que ni siquiera responde difícilmente va a cumplir el contenido de un acto presunto estimatorio de la pretensión de acceso a la información. Sobre esta cuestión *vid.* mi argumentación en RAMS RAMOS, “El ejercicio del derecho de acceso a la información”, *op. cit.*, sobre el que otros autores parecen estar de acuerdo, en particular FERNÁNDEZ RAMOS, en “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 45, 2017.



ha determinado que la cuestión del silencio forma parte de su competencia exclusiva para la determinación del procedimiento administrativo común.

Entonces, ¿qué consecuencias puede entrañar esta jurisprudencia constitucional? Son muchas las preguntas que se podrían hacer al respecto, pero nos vamos a centrar aquí en dos cuestiones que se consideran de mayor relevancia, en relación con la panorámica general de la regulación de la transparencia en España.

Primero, ¿toda la regulación procedimental contenida en la LTBG forma parte del procedimiento administrativo común? Y segundo, y más acuciante, ¿qué consecuencias prácticas efectivas puede tener esta Sentencia para las leyes autonómicas de contenido divergente –esto es, las leyes de Cataluña, Comunidad Valenciana y Navarra–?

### 3.4

#### **El indeterminado alcance de lo que pudiera considerarse como “procedimiento administrativo común” en la LTBG**

Como es natural en nuestro sistema de justicia rogada, el Tribunal Constitucional no se pronuncia en esta Sentencia sobre otra cuestión que el sentido del silencio, para incardinarlo dentro de la competencia exclusiva del Estado. No se pronuncia sobre el resto de cuestiones relativas al procedimiento regulado en los artículos 17 y siguientes LTBG, por lo que pudiera crearse cierta incertidumbre en relación con lo que pueda considerarse o no parte específica del procedimiento administrativo común.

En este sentido, cabría plantearse, como ya hemos anunciado, qué ocurre si la ley autonómica introduce trámites adicionales o distintos a los que se establecen en la LTBG. Pues bien, conforme a lo que aquí se ha sostenido sobre el carácter básico de la norma –pero incluso entendiendo la determinación del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso en la LTBG como una regulación establecida en ejercicio de la competencia exclusiva del legislador estatal de determinación del procedimiento administrativo común–, creo que debe concluirse la constitucionalidad de las disposiciones autonómicas que establecen la posibilidad de regular trámites adicionales, siempre que estos supongan una mayor garantía para los interesados, como son la determinación de plazos más breves de resolución introducidos por algunas normas autonómicas o, a mayor abundamiento, la introducción de un específico trámite de audiencia al interesado cuando se verifica la intervención de terceros en el procedimiento<sup>43</sup>, pues

---

43. Artículo 40 de la Ley de Transparencia de Navarra y artículo 14 de la Ley de Transparencia de Cantabria, que vienen a solventar un problema ya planteado en la Ley estatal,



no olvidemos que incluso la LPAC permite la introducción por ley de trámites específicos no previstos en las normas de procedimiento administrativo común e incluso, reglamentariamente, la determinación de plazos distintos a los determinados por el procedimiento administrativo común en su artículo 1.2<sup>44</sup>.

Cuestión distinta son trámites específicos que contradicen abiertamente lo establecido en la LPAC, y en este sentido, la introducción por la Ley de Transparencia catalana de un específico recurso de reposición, sí que pudiera ser contraria a las normas de procedimiento administrativo común, en cuanto a que el artículo 23.1 LTBG, al diseñar la reclamación potestativa ante las autoridades independientes de garantía, lo vincula específicamente a la LPAC, al establecer que “la reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 LRJAP<sup>45</sup>”, y que específicamente, por aplicación del actual artículo 112.2 LPAC<sup>46</sup>, esta reclamación potestativa tiene que considerarse como “sustitutiva” del recurso de reposición, sin que quepa por tanto, en principio, un sistema de acumulación de recursos administrativos.

---

que no lo prevé. La cuestión es que tanto el CTBG como la jurisdicción ordinaria entendieron –equivocadamente a mi juicio– que en materia de procedimiento de acceso a la información la LTBG debía considerarse como ley especial, por lo que no cabría la realización de un específico trámite de audiencia al interesado en los términos previstos en el artículo 82 LPAC –y anterior artículo 84 LRJAP–. Entre otras, *vid.* la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de junio de 2017, que suscribe esta argumentación sostenida por el CTBG en varias de sus resoluciones.

44. Dice literalmente este artículo lo siguiente:

*Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento relativas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.*

45. Referencia normativa que hay que entender ahora específicamente vinculada a lo dispuesto por el artículo 112 LPAC.

46. Establece específicamente este apartado lo siguiente:

*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

*En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.*

### 3.5

#### **Las posibles consecuencias de la STC 104/2018 sobre la determinación del silencio positivo en las leyes de Cataluña, Comunidad Valenciana y Navarra**

La declaración de inconstitucionalidad del silencio positivo de la Ley de Transparencia aragonesa, por su contradicción con una disposición considerada como integrante de las normas de procedimiento administrativo común –y, por tanto, competencia exclusiva para su determinación del legislador estatal–, hace que sea necesario plantearse –aunque brevemente por el alcance limitado de este trabajo– cuál va a ser el devenir de las disposiciones análogas que se encuentran en otras leyes autonómicas de contenido sustancialmente idéntico a la declarada como inconstitucional.

Lo esperable en este caso sería que los legisladores autonómicos, conscientes de esta contradicción de su normativa con la LTBG, declarada integrante de las normas de procedimiento administrativo común por el Alto Tribunal, procedieran al cambio del tenor de las normas autonómicas, sustituyendo el silencio positivo previsto en las mismas por el negativo establecido por el artículo 20.4 LTBG.

Sin embargo, mientras este cambio normativo no se verifique, cabe plantearse cuál es la posible validez y eficacia de estas previsiones de silencio positivo que efectúan algunas leyes autonómicas, y las distintas alternativas que tanto las Administraciones públicas como las autoridades de transparencia y, en última instancia, los tribunales de justicia tienen a su disposición, dado que ya están superados los posibles plazos para el planteamiento de recursos de inconstitucionalidad sobre las mismas.

Partimos aquí de la premisa, reconocida pacíficamente en nuestro ordenamiento jurídico, de que las normas estatales dictadas tanto con carácter básico como con carácter común –y con más intensidad en este último caso, por su carácter de competencia exclusiva– vinculan al legislador autonómico, en cuanto a que la validez de la normativa que se aprueba con posterioridad por este, en ejercicio de las propias competencias, queda vinculada a su compatibilidad con la normativa estatal, por lo que en el ámbito que nos ocupa, y tras la declaración de inconstitucionalidad de la disposición aragonesa, no hay duda de la inconstitucionalidad de las previsiones análogas de las leyes catalana, valenciana y navarra.

Ahora bien, debemos recordar que, pese al claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional en esta materia, no hay acuerdo doctrinal respecto al fundamento jurídico que determinaría la posible invalidez de dichas normas autonómicas, y por tanto, podría mantenerse su aplicabilidad mientras no sea formalmente declarada su inconstitucionalidad. De esta manera, una primera

opción sería la de considerar las normas autonómicas como válidas y aplicables hasta que se produzca su efectivo cambio normativo o la declaración de inconstitucionalidad de las mismas por el propio Tribunal Constitucional. En este sentido, podrían seguir siendo de aplicación hasta que se verificara por parte de algún operador jurídico su impugnación, aunque se trata en todo caso de una vulneración clarísima del sistema de reparto competencial establecido por la Constitución en su determinación por la sentencia que acabamos de comentar. Entonces, ¿de qué margen disponen las autoridades de transparencia para determinar la aplicabilidad del precepto?

La cuestión ha sido tratada con mucha más intensidad en relación con la colisión que se produce entre las normas básicas y de desarrollo, y aunque está claro que la relación entre lo “básico” y el “desarrollo” tiene una naturaleza jurídica muy distinta a la de la relación entre lo “común” y su aplicación en normas sectoriales —estatales, autonómicas o locales—, cuyo *par* sería lo “particular”<sup>47</sup>, y, como se ha afirmado antes, no está tampoco tan claro el título competencial en el caso que nos ocupa, lo que sí es cierto es que en ambos casos el legislador estatal está tratando de asegurar una uniformidad normativa para el conjunto del Estado, que en todo caso debe ser respetado por el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias.

Pues bien, mientras que gran parte de la doctrina considera —y es sin duda el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional en el caso que nos ocupa— que cuando colisionan los mandatos estatales dictados con carácter común o básico con la actividad legislativa posterior de las comunidades autónomas lo que se produce en todo caso es una vulneración de la competencia, hay un sector doctrinal que considera que lo que se produce es un vicio por la contradicción con otra norma, que debe ser considerada prevalente en aplicación del art. 149.3 CE.

Esta es la tesis que sostiene REBOLLO PUIG, para quien, cuando el legislador autonómico dicta con posterioridad una norma contraria a las normas estatales, no se está produciendo un vicio de incompetencia —por cuanto quien dicta la norma es competente para dictarla—, sino una incompetencia por un vicio material, lo que podrá determinar una inconstitucionalidad indirecta o mediata por vulneración del límite material al ejercicio de las competencias que entraña la norma estatal, pero no se incurre en sí en incompetencia al dictar la norma, que, por supuesto, no será válida, pero no por una cuestión competencial<sup>48</sup>.

47. Como ha desarrollado LÓPEZ MENUJO en numerosas ocasiones —una de las últimas en relación con las nuevas leyes 39/2015 y 40/2015 (2016:21)—, el término “común” “no se refiere por tanto a ‘bases’, ni ‘principios’ ni ‘legislación básica’. Es, por tanto, otra cosa, un título más fuerte, exclusivo y excluyente”.

48. REBOLLO PUIG (2016), “En busca de la prevalencia perdida”, *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo II, Centro

Y no es el único autor que mantiene esta posible interpretación del principio de prevalencia. Como recuerda DE LA QUADRA SALCEDO, hay una parte de la doctrina para la que también la cláusula de prevalencia podría ser de aplicación aquí, en cuanto que el elemento preponderante sería la realización de un juicio de validez de la norma con pretensión de prevalecer, pero no en relación con la norma a desplazar, lo que implicaría considerar que si la norma estatal está dictada al amparo de un título competencial válido, esta será prevalente en todo caso, y ello permitirá desplazar la norma autonómica, que deviene inaplicable, sin que ello fuera obstáculo, claro está, para que el Tribunal Constitucional la declare nula por inconstitucionalidad mediata o indirecta<sup>49</sup>.

Pues bien, esta interpretación doctrinal permitiría, para el caso que nos ocupa, que los tribunales ordinarios pudieran acudir a la aplicación directa de la LTBG, sin necesidad de esperar a que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la norma autonómica, y sin perjuicio por supuesto de que es evidente que la contradicción con la norma estatal determinará su invalidez por no respetar el contenido de esta, y que los tribunales de justicia llamados a conocer de estos supuestos podrían interponer cuestión de constitucionalidad sobre las concretas disposiciones que establecen silencio positivo en las leyes autonómicas mencionadas. Pero hasta que se produzca este planteamiento –y el ulterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional–, las Administraciones públicas, Consejos de Transparencia y tribunales ordinarios podrían desplazarla por aplicación de la LTBG en este punto.

## 4

### **La vía de escape de la regulación sobre transparencia: los regímenes de acceso a la información que no quedan vinculados a la LTBG**

#### 4.1

#### **La interpretación por el CTBG y por los tribunales de justicia de la disposición adicional 1.ª<sup>2</sup> LTBG**

Uno de los más importantes problemas que ha suscitado la nueva normativa sobre transparencia es el de su compatibilidad con las regulaciones sectoria-

---

de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 1590 a 1593. No obstante, el propio autor recuerda que su tesis no es seguida por la mayoría de la doctrina, ni es en general el criterio seguido por el TC, que tiende a reconducir la cuestión al campo de la incompetencia, recordando al respecto las SSTC 60, 61 y 62/1993, de 18 de febrero.

49. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2017), “La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 111, pp. 315 y 316.

les en materia de ejercicio del derecho de acceso, dado que la disposición adicional primera de la LTBG, en su apartado 2, establece que “se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información”<sup>50</sup>.

Pese a su modificación en la tramitación parlamentaria<sup>51</sup>, la redacción literal de este apartado puede conducir a graves problemas interpretativos, en cuanto a que supone una verdadera vía de escape del régimen general de acceso a la información previsto por la LTBG y las leyes autonómicas de desarrollo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el objetivo principal de la disposición es el de excluir la aplicación de la LTBG –salvo como norma de carácter meramente supletorio– cuando se trate de materias que tengan previsto un específico régimen jurídico de acceso. Y si bien esto podría tener cierto sentido para la protección de otros intereses públicos o privados que pudieran resultar preeminentes en algunos casos a la transparencia, lo cierto es que los problemas se dan por la redacción tan genérica que se dio a la disposición adicional, que ni siquiera previó –en contra de lo que se sugería– que se estableciera la Ley de transparencia como “ley de mínimos” o que expresamente se limitara la aplicación de esta disposición a normas con rango de ley. Ninguna de estas previsiones aparece en la LTBG –ni, por lo general, en las leyes autonómicas que han recogido disposiciones similares–, lo que significa en la práctica que para excluir la aplicabilidad de la LTBG en principio no es necesario que se trate de normas con rango de ley, sino que basta meramente que en una materia concreta el régimen de acceso venga regulado por una norma reglamentaria para que se produzca el desplazamiento de la LTBG a favor de aquella.

En segundo lugar y, a diferencia de lo que se hacía por la anterior regulación –que establecía concretamente los ámbitos sectoriales que se regían por sus propias disposiciones en el artículo 37.6 LRJAP–, la disposición adicional primera no acota el ámbito material de aplicación, que parece puede extenderse a cualquier ámbito sectorial, aunque específicamente se refiera la aplicación preeminente de las normas reguladoras del acceso a la información

---

50. Y en similares términos lo han recogido la mayoría de leyes autonómicas aprobadas, con algunas excepciones, como veremos.

51. Esta disposición fue objeto de varias enmiendas en su tramitación parlamentaria, algunas de las cuales se admitieron, mientras que otras se rechazaron. Un amplio resumen del *iter* parlamentario de este precepto puede encontrarse en GUICHOT, E., *Transparencia...*, pp. 53 y ss.

ambiental y de la reutilización de la información pública, en el apartado 3 de la misma.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en varias de sus primeras resoluciones de reclamaciones, quiso hacer una lectura bastante estricta de este precepto, entendiendo que para que una norma sectorial pudiera desplazar la aplicación de la LTBG por aplicación de esta disposición adicional primera, la norma en cuestión debía contener claramente un régimen de acceso –como ocurre en el caso específico de la Ley 27/2006–, en el sentido de que no basta que la norma sectorial haga una mera referencia a la información en ese ámbito, sino que ha de contener un específico régimen de acceso –y, en particular, un concreto procedimiento administrativo– para que se produzca el efectivo desplazamiento de la LTBG en su aplicación<sup>52</sup>.

Ahora bien, también se deduce de lo anterior que la interpretación que ha hecho el Consejo de Transparencia en referencia a la “normativa específica” determina que el régimen jurídico de acceso de la LTBG será supletorio no solo para las regulaciones de carácter legal, sino que también se aplica como supletoria en los casos de regímenes jurídicos establecidos por normas de carácter reglamentario; y, lo que resulta más grave aún: esta disposición adicional primera tampoco parece haber establecido límites temporales o la necesaria adecuación *a futuro* de dichas normas –sobre todo de las de carácter reglamentario, pero no solo de estas– al régimen básico de la LTBG<sup>53</sup>.

A efectos de minimizar las posibles consecuencias de vaciamiento de la LTBG, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno hizo un esfuerzo por compatibilizar el carácter básico de la Ley y el ámbito indeterminado de excepciones que plantea la disposición adicional primera en su apartado segundo, a través de su Criterio Interpretativo CI/008/2015, de 12 de noviembre de 2015.

En dicho criterio el CTBG afirma que “el carácter de ley básica de la LTAIBG en esta materia tiene como consecuencia principal que las excepciones a su aplicación en materia de acceso a la información pública

52. Resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno R/0030/2015, de 12 de mayo, R/0086/2015, de 25 de mayo, y R/0095/2015, de 3 de junio, todas ellas de 2015. Aunque en dos de los casos se desestima la reclamación, se hace en base a otros argumentos. El Consejo entiende en concreto que la Ley 27/2006, reguladora del acceso a la información ambiental, sí desplaza la aplicación de la LTBG, no siendo así el caso de la normativa relativa a la Función Pública Estadística, ni tampoco el de la legislación en materia de contratos del sector público.

53. Con la grave consecuencia de que si la supuestamente Ley básica puede ser desplazada por cualquier normativa –independientemente de su rango, o del momento de su aprobación– por el mero hecho de que contenga una regulación completa del derecho de acceso, aunque sea divergente de la LTBG, dejaría esta norma prácticamente en suspenso, lo cual no es compatible ni con su naturaleza jurídica ni con su función.

deben venir expresamente previstas y autorizadas por ella. Los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera de la LTAIBG contienen la única excepción prevista en la Ley para la aplicación de sus normas sobre ejercicio del derecho a la información”<sup>54</sup>; y continúa sosteniendo que, “en opinión del Consejo, la mencionada disposición adicional tiene como objetivo la preservación de otros regímenes de acceso a la información que hayan sido o puedan ser aprobados y que tengan en cuenta las características de la información que se solicita [...]. La interpretación contraria conduciría, adicionalmente, al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTBG, siendo esta, como es, una ley básica y de general aplicación. En definitiva, solamente aquellos sectores u órganos que cuentan con una normativa que preverá un régimen específico de acceso a la información que los redactores de la LTBG han entendido necesario preservar, aplicarán directamente dicho régimen y siempre con esta última como norma supletoria”.

Ahora bien, dicho esto, el Consejo de Transparencia afirma explícitamente que “la excepción prevista en la LTAIBG no realiza una enumeración taxativa de los procedimientos o áreas de actuación que cuentan con regímenes específicos”, según dice, “para no provocar, por ello, lagunas o introducir rigideces indebidas en el ordenamiento jurídico”, lo que permite que siga pudiendo desplazarse por otras normas. Esto es, aunque se reafirma el carácter básico de la Ley, la remisión en blanco a cualesquiera normas, anteriores, presentes o futuras, independientemente de su rango normativo –y, por tanto, también de carácter reglamentario–, que convierten a la norma básica en supletoria, nada menos, por el mero hecho de contener una regulación completa del régimen de acceso a la información pública en el ámbito sectorial al que se refieran, puede suponer un vaciamiento total de las garantías de transparencia que la LTBG ha venido a establecer<sup>55</sup>.

54. Apartados II y III del Criterio Interpretativo CI/008/2015, de 12 de noviembre de 2015.

55. Como recuerdan al respecto FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, en la tramitación parlamentaria de la Ley se rechazó una enmienda al precepto en el sentido de que se limitara la remisión a su régimen específico a aquellas materias que establecieran un régimen jurídico de acceso “más amplio”, lo cual hubiera garantizado la posición de la LTAIBG como norma de mínimos, a lo que añade que, “curiosamente, la propia LTAIBG ya ofrece la solución para un supuesto similar: las regulaciones específicas en materia de publicidad activa. En tal caso, se establece que las obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo II se entienden ‘sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad’. Este mismo criterio debería hacerse extensivo al Capítulo III del Título I de la Ley, de tal modo únicamente que serían compatibles con la LTAIBG las disposiciones específicas que contuviesen un régimen más favorable”. FERNÁNDEZ RAMOS y

El legislador ha perdido, como se señalaba antes, la oportunidad de establecer estándares mínimos de acceso a cualquier materia independientemente del rango de la norma por la que se regula –lo cual hubiera sido deseable–, y, lejos de clarificar la situación, perpetúa conflictos que se vienen arrastrando desde hace años por el solapamiento de distintas normas jurídicas. Para algunos autores, esta disposición adicional 1.<sup>ª</sup>2 LTBG no solo no cumple siquiera con los estándares mínimos fijados por el Convenio 205 del Consejo de Europa, sino que podría considerarse contraria a lo ordenado por el artículo 105b) CE, en cuanto a que exige que la regulación se haga en normas con rango de ley<sup>56</sup>, y en este sentido, la jurisprudencia que se ha ido produciendo en la materia nos permite llegar a algunas conclusiones: en primer lugar, que la disposición adicional 1.<sup>ª</sup>2 LTBG es plenamente aplicable para desplazar la aplicabilidad de la LTBG a favor de otras normas jurídicas que prevén la regulación del acceso a la información en la materia, dejando a la normativa general de acceso como meramente supletoria<sup>57</sup>, pero estableciéndose en segundo lugar que, aunque es perfectamente compatible con el principio de transparencia que su regulación –en todas sus facetas– se incluya en otras normas más allá de la LTBG, la introducción de límites adicionales a los contemplados en esta debe hacerse siempre a través de una norma con rango de ley<sup>58</sup>.

## 4.2

### **Consecuencias jurídicas de la interpretación del CTBG de esta disposición adicional 1.<sup>ª</sup> y su divergente interpretación por los organismos de transparencia autonómicos**

Como ya hemos podido ver en el apartado anterior, la desafortunada redacción de la disposición adicional 1.<sup>ª</sup>2 LTBG puede llevar aparejado, como consecuencia, que se acabe produciendo un vaciamiento de contenido de la LTBG, que, al no ser considerada como norma de mínimos, puede ser desplazada por otras normas –incluso reglamentarias– que establezcan regímenes de acceso menos aperturistas que el que plantean las leyes estatal y autonómicas de transparencia –si bien, como hemos visto, la Audiencia Nacional ha establecido como límite el carácter de norma legal para la regulación de

PÉREZ MONGUIÓ, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 55.

56. FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso...*, op. cit., p. 53.

57. Entre otras, las sentencias de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2017 y de 22 de junio de 2017.

58. Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2017.



límites distintos a los establecidos en el artículo 14 LTBG—. Pero no se trata esta de la única consecuencia que se deriva de esta aciaga norma.

A ello se debe acompañar el hecho de que el CTBG, en su interpretación de la misma, ha sacado dos conclusiones extremadamente perjudiciales para nuestro sistema de garantía de la transparencia, y que “nacen” de la misma interpretación de dicha cláusula<sup>59</sup>.

La primera consecuencia de esta determinación es que el CTBG ha entendido que la norma sectorial desplaza en su conjunto a la LTBG, sin que se aplique el tenor literal de la Ley —que no olvidemos declara sin ambages su carácter supletorio en estos casos—, y sin que quede claro, por tanto, en qué medida resulta aplicable, con la menor garantía que ello implica para los ciudadanos, que pueden ver truncado su derecho de acceso si así lo establece esa norma<sup>60</sup>.

La segunda consecuencia, más grave si cabe, y derivada de la primera, es que el CTBG ha entendido que, como consecuencia de este desplazamiento, él mismo no es el órgano competente para conocer de las posibles reclamaciones que se den contra estas normas —precisamente porque esta reclamación está prevista por la LTBG, que queda desplazada—, siendo aplicables en estos casos los recursos específicamente previstos por estas normas —o los recursos administrativos de la LPAC si nada se regula en ellas—, de manera que se declara incompetente no solo a efectos de interpretar la norma especial, sino también para tramitar y resolver la posible reclamación, en aquellos casos en que la norma aplicable no sea la propia LTBG<sup>61</sup>, criterio que ha seguido también el Consejo de Transparencia y Protección de Datos andaluz.

---

59. Sobre la interpretación del CTBG de esta cláusula son especialmente interesantes los artículos de GUICHOT, “La competencia de las Autoridades de control para conocer de reclamaciones en materia de información ambiental, de reutilización y archivística”, *Revista Española de Transparencia*, n.º 4, 2017, en el que el autor se muestra sumamente crítico con la misma, y de MESSEGUER YEBRA, “El acceso al expediente por parte de los interesados y la reclamación ante los comisionados de transparencia”, *Revista Española de Transparencia*, n.º 6, 2018.

60. Muy críticos con esta interpretación —contraria al tenor literal de la norma, además— han sido también MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia...”, *op. cit.*, y FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, *El Derecho al Acceso...*, *op. cit.*, pp. 56, 67 y 79 y ss.

61. Casos por ejemplo en los que se ha declarado aplicable preferentemente la Ley 27/2006, de acceso a la información ambiental (sirvan de ejemplo las resoluciones R/9189/2015 o R/0416/2016, entre otras), o las referentes a la aplicación del régimen de acceso —o de confidencialidad, mejor dicho— de la Ley General Tributaria, en los que el CTBG, además de determinar su aplicación preferente al régimen de acceso de la LTBG, se declara incompetente para resolver la reclamación por no entender aplicable el régimen de reclamaciones previsto por los artículos 23 y 24 LTBG.

Sin embargo, otras autoridades regionales de transparencia han interpretado en sentido diverso el alcance de esta disposición, entendiendo que el hecho de que sea aplicable un régimen específico de acceso a la información contenido en otras normas no es óbice para que la autoridad pueda ser competente para la resolución de la reclamación que se pueda plantear, en aplicación supletoria de la LTBG y las respectivas normas autonómicas de transparencia. Así, la GAIP, o las autoridades de transparencia de Valencia, Canarias, Aragón o Galicia, vienen sosteniendo la posibilidad de presentar reclamación ante ellas, e incluso, en algunos casos, han considerado que los solicitantes tienen abiertas las dos vías –la de la norma que contiene el régimen específico y la LTBG y su desarrollo autonómico–, pudiendo elegir la que consideren más adecuada, por ejemplo en relación con las solicitudes de acceso a la información por los concejales y diputados provinciales en cuanto a la información de su corporación local, a los que permiten optar por el régimen previsto por la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), o por el más abierto de la LTBG –sin perder opciones<sup>62</sup> y conservando todas sus garantías<sup>63</sup>–; o en relación con el acceso a

62. Frente a la doctrina establecida por el CTBG, que “obliga” al concejal a elegir un sistema de reclamación vía garantías constitucionales establecidas por la LBRL o la LTBG, pero sin considerar ambas vías como compatibles entre sí, por su interpretación de que no cabe aplicación supletoria de la LTBG si el régimen elegido para la solicitud de la información es el especial; y en el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Transparencia y de Protección de Datos de Andalucía.

63. Resume esta cuestión SAMARRA I GALLEGO, presidenta de la GAIP, de la siguiente manera: “a partir la Resolución de 11 de febrero de 2016, sobre la Reclamación 4/2016, la GAIP viene admitiendo reiteradamente reclamaciones en relación con solicitudes de información municipal amparadas en el derecho a la información reconocido a favor de electos locales y regulado por el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local y 77 de la Ley 7/2015, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, considerando que debe entenderse ampliada la protección por la jurisdicción contenciosa administrativa prevista por la legislación de régimen local con la vía de reclamación ante un órgano independiente y especializado (la GAIP, en el caso de Cataluña) establecida por la legislación de transparencia, bien entendido que esta vía de reclamación es voluntaria y en ningún caso perjudica el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y, en su caso, constitucional; que supone un incremento de las garantías jurídicas del derecho a la información que, si son puestas al alcance de la ciudadanía en general, con más razón deben poder ser accesibles a los electos locales, que ejercen un derecho reforzado a la información amparado en el de participación y representación política del artículo 23 de la Constitución; y que la aplicación supletoria de la legislación de transparencia, incluida la reclamación ante la GAIP, respecto del derecho a la información regulado por la legislación de régimen local, tiene amparo tanto en la legislación básica (disposición adicional 1.ª2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, LTAIBG), como la disposición adicional 1.ª2 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTCat)”. SAMARRA I GALLEGO, “La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña y la Comisión de Garantía del derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña”, en

los archivos administrativos, independientemente de que se trate de archivos de gestión o centrales, para los que destacan la posibilidad de acudir a las específicas normas previstas en la LTBG, en las leyes de archivos o en la LPHE, considerando irrelevante el “lugar” en el que se encuentra la información, argumentando al respecto que la LTBG no diferencia la información por el estadio de conservación en que se encuentre, habiendo sido este uno de los pasos más importantes logrados con la nueva normativa<sup>64</sup>.

Es de destacar en este sentido que la recientemente aprobada Ley de Transparencia de Navarra no ha sido ajena a esta complicada situación y la ha abordado frontalmente en su disposición adicional 7.<sup>a</sup>, sobre “Regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública”, clarificando en qué casos específicos es de aplicación preferente la norma específica, determinando la necesidad de que el establecimiento de límites adicionales se haga siempre a través de norma con rango de ley, y estableciendo sobre todo de manera muy clara los casos en los que el Consejo de Transparencia de Navarra es el competente para resolver las reclamaciones<sup>65</sup>.

Esta interpretación divergente del alcance de la disposición adicional 1.<sup>a</sup> LTBG, lejos de ser una cuestión anecdótica, refleja uno de los problemas que plantea la perspectiva de tener diversos regímenes autonómicos de transparencia junto con el estatal, y aunque en este sentido creo que es loable la

---

TRONCOSO REIGADA (dir.), *Transparencia y Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 198.

64. Frente al carácter restrictivo que planteaba el artículo 37 LRJAP.

65. Establece la disposición adicional 7.<sup>a</sup> de la Ley de Transparencia de Navarra lo siguiente:

*1. Esta ley foral será de aplicación, con carácter general, a toda la actividad relacionada con el acceso a la información pública de las Administraciones públicas, instituciones públicas y entidades contempladas en el artículo 2 de la misma.*

*El acceso a la información medioambiental, sobre ordenación del territorio y urbanismo, sobre archivos y documentos históricos y subvenciones, se regirá por lo dispuesto en esta ley foral, salvo en aquellos supuestos en que la normativa especial establezca con rango de ley limitaciones para el acceso por razón de la protección de determinados intereses públicos o de la protección de datos de carácter personal. No obstante lo anterior, se regirán por su normativa específica el acceso a la información tributaria, sanitaria, policial y cualquier otra información en que una norma con rango de ley declare expresamente el carácter reservado o confidencial de la información.*

*En lo que no prevea la normativa específica, será de aplicación supletoria esta ley foral.*

*2. En todos los casos, y cualquiera que sea la normativa aplicable, el Consejo de Transparencia de Navarra será competente para velar por el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y examinar las reclamaciones contra los actos y resoluciones que se dicten de concesión o denegación total o parcial de acceso a la información pública, salvo en los casos del Parlamento de Navarra, Cámara de Comptos, Consejo de Navarra y Defensor del Pueblo de Navarra.*

interpretación más garantista que están dando las autoridades autonómicas de esta disposición adicional, genera sin duda cierta inseguridad jurídica en los ciudadanos –y de los cargos electos, igualmente–, que ven aplicadas de manera muy divergente las garantías de acceso a la información frente a una misma Ley, pues no olvidemos que, en muchos casos, la normativa aplicable –pero que se interpreta de manera distinta en cuanto a su desplazamiento de la Ley de transparencia– es la misma, ya que ha sido dictada por el Estado en virtud de su competencia para ello, como ocurre en los mencionados casos de aplicación de la Ley 27/2006, de acceso a la información ambiental, o de acceso por los cargos electos a la información de la corporación, recogida por el artículo 77 de la LBRL, entre otras.

## 5

### **La pugna entre la transparencia y la protección de datos de carácter personal: una nueva oportunidad perdida de clarificación de los criterios establecidos en el artículo 15 LTBG**

El tratamiento del posible conflicto entre la transparencia y la protección de datos es otra de las cuestiones que es necesario reseñar en este balance sobre la regulación de la transparencia en España, pues no cabe duda de que la aplicación de este principio, que se traduce en la necesidad de poner a disposición de los ciudadanos la información pública, es susceptible de lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, al estar la mayor parte de la información que obra en poder de las instituciones públicas plagada de datos de carácter personal.

Esto hace indispensable una correcta articulación de instrumentos jurídicos de conciliación entre ambos derechos que, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico obvió durante muchos años<sup>66</sup>.

Para ello, la LTBG ha previsto unos mecanismos de ponderación entre ambos derechos que, sin embargo, además de resultar en ocasiones muy complejos, no están del todo equilibrados. Y ello por la sencilla razón de que mientras que el derecho a la protección de datos de carácter personal se ha consagrado como derecho fundamental, con todo lo que ello implica, el dere-

66. Baste recordar aquí el hecho de que el derecho de acceso a la información, en su regulación por el artículo 37 LRJAP, recogía una referencia a los “datos nominativos” que exigían para su acceso de acreditación por el solicitante de “interés legítimo y directo”, pero no a los datos de carácter personal, aunque ese mismo año habían sido objeto de regulación por la LORTAD. Y que en el año 1999, cuando se aprueba la LOPD, se lleva a cabo una modificación en profundidad de la LRJAP, por la Ley 4/1999, sin que se hiciera tampoco conexión alguna entre ambas normas.

cho de acceso a la información sigue siendo considerado como derecho subjetivo vinculado al artículo 105 b) CE, cuyos cauces de satisfacción, además, quedan en ocasiones muy mermados<sup>67</sup>.

Es precisamente el artículo 15 LTBG –al que se remite también el artículo 5 LTBG, en relación con la publicidad activa que deben hacer pública en sus portales de transparencia los sujetos obligados por la Ley– el que establece las reglas de aplicación para determinar la accesibilidad de la información, cuando de la tramitación de la misma se derive la existencia de datos de carácter personal.

Pero dichas reglas –sobre las que no cabe que nos pronunciemos en profundidad en este ámbito, aunque se afirma aquí con rotundidad la necesidad de su modificación, para evitar posibles abusos en forma de denegación del derecho de acceso por protección de los datos de carácter personal que figuran en la información solicitada– deben ponerse en conexión con varias cuestiones importantes. En primer lugar que, como acabamos de señalar, partimos de una relación entre dos derechos no solo de diversa naturaleza jurídica, con la dificultad que implica la ponderación entre un derecho fundamental y otro que no lo es<sup>68</sup> –aunque, en ningún caso, ninguno de ellos pueda tener carácter absoluto y justificar la privación del otro–, sino que eso se suma, en consecuencia, a una diversa naturaleza de las normas jurídicas que los regulan y amparan. Y es que mientras que las finalidades que justifican la cesión de datos de carácter personal se contienen en una ley orgánica, la LTBG no deja de ser una ley ordinaria, cuyo contenido no podrá en ningún caso invadir o regular materia reservada a ley orgánica<sup>69</sup>.

67. En este sentido, como afirma MARTÍNEZ, una aproximación literal al derecho fundamental a la protección de datos personales “no puede erigirse en condición de prevalencia del derecho si no se quiere vaciar por completo de contenido el deber de transparencia. Si en caso de conflicto no se produce una interpretación de naturaleza cualitativa, el uso instrumental de la privacidad al servicio de la opacidad estará garantizado. [...] si se apuesta por una consideración del derecho fundamental a la protección de datos personales como barrera insalvable, la garantía de este derecho fundamental constituirá sin duda la excusa perfecta para la denegación sistemática de acceso a la información”. MARTÍNEZ, “De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia”, en VALERO TORRIJOS y FERNÁNDEZ SALMERÓN (dirs.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*, Aranzadi, 2014, pp. 244 y 245.

68. Pese a que sobre esta cuestión, a la que ya se ha hecho referencia, se sostiene la naturaleza jurídica de derecho fundamental del derecho de acceso a la información, la realidad jurídica con la que nos encontramos es que dicho reconocimiento no se ha producido jurídicamente, por lo que solo se puede tratar, a efectos de la ponderación entre los derechos, como un derecho subjetivo, vinculado al artículo 105 b) CE y regulado por una ley ordinaria.

69. FERNÁNDEZ RAMOS recuerda sobre esta cuestión cómo el Consejo de Estado se pronunció al efecto en su dictamen sobre el anteproyecto de LTBG –aunque en relación con una regulación muy diferente que la que finalmente se aprobó– indicando que una “ley ordinaria no puede condicionar ni alterar el régimen de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de

Además, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la finalidad a la que responde la comunicación de datos de carácter personal por acceso a la información pública que los contiene, es muy distinta de las distintas finalidades que, en su caso, permiten a las Administraciones públicas obtener y recopilar datos de carácter personal –bien mediando consentimiento o por una habilitación legal para ello–, por lo cual su divulgación podría afectar al llamado principio de finalidad en el tratamiento de los datos, cuestión de suma importancia cuando se trata de la garantía de la protección de los datos de carácter personal<sup>70</sup>.

Respecto a esta segunda cuestión no debemos olvidar que el Reglamento Europeo de Protección de Datos (en adelante, REPD)<sup>71</sup> ha venido a esclarecer el marco jurídico de la relación entre ambos derechos, tanto en el Considerando 154 del mismo<sup>72</sup> como, sobre todo, al establecer en su artículo 86 lo siguiente:

*Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión de interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con*

---

Datos ni mucho menos alterar su ámbito de aplicación o alterarla”, aunque sí puede establecer condiciones específicas que legitimen la cesión de datos en casos concretos sin que medie el consentimiento, precisamente por aplicación del artículo 11 LOPD. Para el autor, pese a la afirmación del Consejo de Estado, la LTBG está llevando a cabo una invasión de materia reservada a Ley Orgánica, puesto que una ley ordinaria no es apta para delimitar el ámbito de aplicación de una ley orgánica. FERNÁNDEZ RAMOS, “Acceso a la información pública versus protección de datos personales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 2017, nota 14.

70. Y es que, además, hay que recordar que la propia tutela jurídica de los datos tiene en sí carácter finalista, como así lo recuerda CANALS AMETLLER, que lo resume de la siguiente manera: “el objeto de protección no son los datos en sí mismos, sino las libertades públicas, los derechos fundamentales de sus titulares ante los eventuales perjuicios que su tratamiento o publicidad les pudiera ocasionar”. CANALS AMETLLER, “El acceso público a datos en un contexto de transparencia y buena regulación”, en CANALS AMETLLER (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Documenta, 2016, p. 17.

71. Reglamento UE 2016/678 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

72. Establece, entre otras cuestiones, el Considerando 154 lo siguiente:

*El presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento. [...].*



*el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de datos personales en virtud del presente Reglamento*<sup>73</sup>.

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, el legislador parece haber llegado a la conclusión –reforzada en la actualidad por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD)– de que, para verificar si el acceso debe limitarse por aplicación de la protección de datos de carácter personal, la norma que debe aplicarse es la Ley de transparencia y no, directamente, la normativa de protección de datos, pues diferencia los supuestos de cesión de datos entre particulares o entre Administraciones públicas de los casos en los que dichos datos se comunican en ejercicio de la transparencia activa o del derecho de acceso a la información, a través de la inclusión de su disposición adicional 2.<sup>a</sup>, que dispone bajo la rúbrica de “Protección de datos y transparencia y acceso a la información pública” lo siguiente:

*La publicidad activa y el acceso a la información pública regulados por el Título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, así como las obligaciones de publicidad activa establecidas por la legislación autonómica, se someterán, cuando la información contenga datos personales, a lo dispuesto en los artículos 5.3 y 15 de la Ley 19/2013, en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica.*

Esto es, parece ser voluntad del legislador –orgánico ya en este caso– clarificar que la norma aplicable, en supuestos de transparencia activa y acceso a la información, no es la referente a las reglas de cesión de los datos a terceros, entendidas con carácter general, que puedan encontrarse en la Ley orgánica, sino que la misma solo se aplicará, de manera supletoria, tras la aplicación directa de lo previsto por el artículo 15 LTBG y, en su caso, del REPD.

73. Esto es, ya no resulta relevante que la finalidad que justifica la comunicación de los datos a través del acceso a la información pública sea distinta –y venga justificada por otra norma–, puesto que la propia norma protectora de los datos de carácter personal establece como lícita –y de interés público– su comunicación en aras de la realización de esa finalidad de transparencia, aunque no sea, claro está, la misma que permitió el tratamiento de los datos en primer lugar. Otra cosa distinta será que se requiera la existencia de un interés legítimo, en el sentido de lo que sostuviera el TJUE en la trascendental Sentencia *Bavarian Lager c. Comisión*.

Por tanto, la comunicación de datos de carácter personal que se encuentran en la información pública, de resultar accesible, debe derivarse de la aplicación del procedimiento de acceso a la información previsto por la LTBG, y no de la aplicación de la “cesión de datos” prevista en la normativa de protección de datos<sup>74</sup>.

La aprobación de la nueva LOPDGDD, obligada por la necesidad de acomodar nuestra normativa de protección de datos de carácter personal al REPD, parecía la oportunidad perfecta para una mejor regulación de la conciliación entre ambos derechos, que, por otro lado, es obligada, porque así lo impone directamente, como hemos visto, el artículo 86 REPD, y si bien es cierto que dicha norma ha acometido, como hemos visto, la tarea de establecer el marco de aplicación jurídica de esta ponderación –que se remite, como también hemos tenido oportunidad de ver, en virtud de su disposición adicional 2.ª, a la regulación del artículo 15 LTBG y, en su defecto, a lo establecido por el REPD y por la propia LOPDGDD–, y ha modificado el artículo 15 LTBG para su adecuación a la nueva normativa de protección de datos, su respuesta normativa desafortunadamente se ha limitado a una mera “acomodación” del artículo 15.1 LTBG a la nueva categoría de datos sensibles que recoge el REPD, y a la eliminación de las referencias directas que este artículo hacía a la anterior LOPD.

Parece, por lo tanto, que de nuevo el legislador ha perdido una fantástica oportunidad para adecuar los criterios de conciliación a las realidades jurídicas que se plantean, solventando además los problemas interpretativos que en los cuatro años que lleva en vigor la norma ya se han planteado. Y es que, además, debería haber tenido en cuenta que, desde la perspectiva de la protección de datos, el REPD también ha cambiado las condiciones para el tratamiento de determinados datos, pues si bien su artículo 86 establece la capacidad del derecho nacional de los Estados miembros para determinar la normativa de acceso cuando se trate de co-

---

74. Pero incluso si consideráramos, como ha hecho parte de la doctrina, que el acceso a información pública, cuando en la misma figuran datos de carácter personal, es una cesión, entonces podría entenderse que la Ley que autoriza la cesión es la LTBG, cuando esta permita el acceso a la información frente a la protección de datos de carácter personal de la misma. Afirma PIÑAR MAÑAS al respecto que “la Ley 19/2013 supone, ante todo y en principio, un título habilitante para poder llevar a cabo, sin consentimiento de los afectados, la cesión de sus datos personales a terceros (los solicitantes del acceso), lo que nos pone en la pista del artículo 11 de la LOPD, que regula la cesión de datos y dispone que esta no será posible sin consentimiento de los afectados salvo que una ley lo autorice, y esta es precisamente, en nuestro caso, la Ley de Transparencia”. PIÑAR MAÑAS, “Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, en PIÑAR MAÑAS (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, 2014, p. 59.



municar datos personales presentes en documentación pública, la construcción dogmática de este apartado del artículo 15 LTBG sigue siendo tributaria de una visión muy expansiva de las normas de protección de datos de carácter personal, olvidando que el REPD, si bien ha reforzado los posibles controles de los afectados sobre sus propios datos, también reconoce específicamente el interés público que legitima el derecho de acceso a la información, y ello debería conducir a un mayor equilibrio en la conciliación de ambos derechos, que nos permita situarnos en un escenario de mayor transparencia<sup>75</sup>, sobre todo en relación con los referentes a las autoridades y empleados públicos, pues de lo que no hay duda es de que la información pública está plagada de estos datos personales, por lo que una negativa genérica de acceso a mismos abocaría a una opacidad que se compecede mal con el principio de transparencia<sup>76</sup>.

75. No obstante, no podemos pecar de ingenuos, pues hay que reconocer al respecto que ni siquiera las instituciones comunitarias acaban de adaptarse a esa nueva visión de equilibrio que se desprende del REPD. Prueba de ello es la muy desafortunada, a mi juicio, Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 25 de septiembre de 2018 (asuntos T-639/15 a T-666/15 y T-94/16), por la que se acaba desestimando la reclamación contra las decisiones del Parlamento Europeo que denegaban el acceso a la información sobre gastos de los parlamentarios europeos, que, si bien hace referencia al artículo 86 REDP, desestima la solicitud de acceso en una nueva interpretación extensiva de los requisitos para acceder a las informaciones que contengan datos de carácter personal.

76. Cabe destacar, en este sentido, que por lo general tanto las autoridades de garantía de la transparencia como también los tribunales de justicia están corrigiendo este abuso notoriamente, en una ponderación más equilibrada de ambos derechos, a pesar del poco margen que el artículo 15 LTBG ha dejado. En este sentido, son especialmente destacables algunas sentencias como la Sentencia 19/2017, del Juzgado Central Contencioso-Administrativo n.º 10, de 7 de febrero de 2017, relativa al listado de pasajeros que acompañaban a las autoridades transportadas por la flota del Grupo 45 de la Fuerza Aérea Española (que aunque fue parcialmente anulada por la Sentencia n.º 54/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7.ª, de la Audiencia Nacional, el motivo de la anulación no es el relacionado con el acceso a los datos de carácter personal, sino el momento temporal a partir del cual se debe dar la información –cuestión sobre la que se ha planteado recurso de casación, pendiente de resolución por el Tribunal Supremo–); la Sentencia 138/2016, de 17 de octubre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, que obligaba a la empresa pública INECO S.A. a proporcionar al solicitante la información sobre retribuciones no solo de su presidente, sino también de otros directivos, por entender que debe primar el acceso a la información sobre la protección de datos; la Sentencia 47/2016, de 17 de julio, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 4, que aplica el Criterio Interpretativo 1/2015, y su criterio de proporcionalidad en el sentido de que, a mayor responsabilidad, mayor necesidad de transparencia respecto de las retribuciones recibidas, aunque se trate de datos de carácter personal; o la Sentencia 162/2016, de 2 de diciembre, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, confirmada además por Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2017, en la que se valora la accesibilidad a información relativa a los historiales profesionales de los funcionarios a los que se había concedido ingreso en la Orden del Mérito Policial en el año 2015, y cuyo acceso había sido denegado por el Ministerio del Interior y por el CTBG por entender afectados los datos de los policías que podrían ser identificados.

## 6

## La real eficacia de las normas: el funcionamiento de los portales de transparencia y los medios de los organismos de control estatal y autonómicos para su garantía

La LTBG vino a establecer al Portal de la Transparencia como mecanismo principal para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa en el ámbito estatal (artículo 10.1 LTBG), determinando además que el resto de Administraciones públicas podrían “adoptar otras medidas complementarias y de colaboración para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia recogidas en este capítulo” (artículo 10.3 LTBG), y aunque en principio la Ley estatal no determinaba que el resto de sujetos obligados a proporcionar transparencia activa tuviera que crear dichos portales<sup>77</sup>, la realidad ha sido que todas las leyes autonómicas de transparencia aprobadas hasta el momento han previsto que el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia activa se haga efectivo en sus respectivos portales, o páginas web de transparencia o de gobierno abierto, según la nomenclatura utilizada en cada caso<sup>78</sup>.

Distintas estadísticas e informes hacen una valoración muy dispar sobre la eficacia de estos portales, no solo por la información que en ellos se publica –y que las autoridades de transparencia deben controlar si cumplen las respectivas obligaciones establecidas por las leyes–, sino también por su escaso conocimiento y utilización por parte de la ciudadanía, que se sigue

77. Específicamente, el artículo 5 LTBG dispone, en sus apartados 1 y 4, que “1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”, y que “4. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.

Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50 000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas”.

78. Las diferencias entre unos y otros estriban no solo en la denominación y en la específica información que contienen, sino también en el hecho de que algunos de ellos incorporan, como el estatal, un acceso directo para la tramitación de solicitudes electrónicas de acceso a la información, mientras que en otros casos se mantienen dichas funciones de manera diferenciada. En este sentido, por ejemplo, ni la Comunidad Valenciana ni Extremadura han incluido la posibilidad directa de ejercicio del derecho de acceso a la información a través de sus portales de publicidad activa.

considerando está muy por debajo de los de otros países de nuestro entorno, en particular por lo que se refiere al Portal de Transparencia estatal. Sin embargo, es una conclusión generalizada de la doctrina –y de las autoridades de transparencia–, que este escaso uso de las herramientas de transparencia a disposición de los ciudadanos se debe sobre todo al desconocimiento de los mismos por la falta de campañas de información o publicidad<sup>79</sup>, de un lado, y a su perverso funcionamiento y criterios de identificación a través de certificado electrónico para la solicitud de información, de otro, sobre todo en el caso del Portal de Transparencia estatal, que el Defensor del Pueblo ha calificado como “disuasorio”<sup>80</sup>.

En todo caso, y de cara a la valoración del efectivo cumplimiento de las normas de transparencia, algunas comunidades autónomas elaboran sus propios informes sobre transparencia activa, pero es de destacar la iniciativa llevada a cabo por el CTBG en colaboración con la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), como sistema de evaluación objetiva de los cumplimientos de las obligaciones tanto de transparencia activa como de ejercicio del derecho de acceso a la información, que no solo se aplican en el ámbito estatal, sino que han sido diseñadas para su posible aplicación a los sectores públicos de las comunidades autónomas y entidades locales, facilitando la extraordinariamente complicada función de control de las obligaciones que determinan las leyes de transparencia, dada la cantidad ingente de información que debe hacerse accesible y el elevado número de sujetos obligados en todos los ámbitos territoriales<sup>81</sup>.

Pero el principal problema que se plantea en relación con el cumplimiento por parte de los sujetos obligados de la LTBG es la eficacia –o más bien, la falta de la misma– de las resoluciones del CTBG y de sus análogos autonómicos,

---

79. El Barómetro del CIS de septiembre de 2017 –último en el que se planteó la cuestión– establecía que un 52 % de la población conocía o había oído hablar de la LTBG, frente a un 47 % que la desconocía; tan solo un 25 % conocía el Portal de Transparencia estatal, y de ese 25 %, solo el 20 % lo había consultado en alguna ocasión. De estos últimos, solo el 8 % contestaba haber quedado muy satisfecho con su consulta, arrojando unos valores muy similares a los que se habían obtenido en una anterior consulta más de dos años antes.

80. Un interesante resumen sobre las críticas de medios de comunicación, ONG, Defensor del Pueblo y el propio CTBG, recibidas en el sistema de identificación electrónica del Portal de Transparencia estatal y de algunas comunidades autónomas, puede encontrarse en GUICHOT, *Informe sobre los requisitos de identificación de los solicitantes de acceso a la información pública*, realizado por encargo del CTBG en 2017. Disponible en [https://www.consejodetransparencia.es/ct\\_Home/Actividad/documentacion.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/documentacion.html)

81. Este sistema, no deja de ser un sistema de *ranking* por puntuación, pero tiene la ventaja de incorporar no solo elementos cuantitativos, sino también cualitativos sobre la accesibilidad de la información. *Vid.*, al respecto, la presentación que del mismo hiciera la presidenta del CTBG ARIZMENDI, “Metodología de Evaluación y Seguimiento de la Transparencia de la Actividad Pública (MESTA)”, *Revista Española de la Transparencia*, n.º 4, 2017.

cuando estiman las reclamaciones por incumplimiento de los sujetos obligados, o efectúan el control del cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, ya sea de oficio o a través de queja o denuncia al respecto.

La LTBG nada dice al respecto, más allá de establecer la posibilidad de esta reclamación, los plazos y competencia para su resolución, y añadir que las resoluciones del Consejo de Transparencia se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados (artículo 24.5 LTBG).

En sus resoluciones, el Consejo de Transparencia ha optado por “intimar”, cuando estas son estimatorias, al sujeto pasivo del derecho de acceso a que proporcione la información denegada previamente al solicitante de la misma, estableciendo para ello plazos bastante breves –de 10 o 15 días–, así como la obligación de notificar al Consejo del cumplimiento de la resolución por estos sujetos. De hecho, el Consejo de Transparencia está haciendo un importante seguimiento del cumplimiento de las resoluciones, a través de su publicación en su página web, indicando cuándo se ha procedido a la entrega de la información y en qué casos se ha reiterado al órgano administrativo para que proceda al cumplimiento, de no haberlo hecho.

Sin embargo, el problema radica en que parece que este cumplimiento de las resoluciones se ha dejado por el legislador estatal a la buena fe de los sujetos obligados, dado que la norma no establece la posibilidad de ejecución forzosa de la resolución, ni mecanismos reales de garantía de su eficacia, así como tampoco ha previsto posibles sanciones por incumplimiento de las mismas.

Se trata esta de una cuestión grave, que ha sido puesta de manifiesto en numerosas ocasiones por la doctrina<sup>82</sup>, así como también por la que fuera la primera presidenta del Consejo de Transparencia –que afirmó en varios medios de comunicación que el no poder obligar al cumplimiento de las resoluciones del CTBG o no poder multar era un grave defecto de la Ley–, y más recientemente ha sido reiterado con vehemencia en la Declaración de los Comisionados de Transparencia efectuada en Cádiz, el pasado 28 de septiembre de 2018. Efectivamente, ni la Ley estatal ni la mayoría de normas autonómicas prevén mecanismos para garantizar la ejecutoriedad de las resoluciones en materia de transparencia, ni establecen entre las funciones de las autoridades de transparencia una específica potestad de ejecución forzosa de

---

82. En especial por MARTÍN DELGADO, “La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?”, *op. cit.*, así como por FERNÁNDEZ RAMOS, “La reclamación ante los órganos de garantía del derecho de acceso a la información pública”, *op. cit.*

las mismas, por lo que el único recurso con el que por lo general cuentan es el inespecífico de la reiteración a los sujetos obligados para su cumplimiento, y, más particularmente, el de dar publicidad a los incumplimientos de las mismas, cuestión que, sin duda, está lejos de poder ser considerada un verdadero mecanismo de garantía de la eficacia de las resoluciones. Se trata, sin duda, de uno de los defectos más importantes de la LTBG, que es necesario reformar si se quiere garantizar una efectiva aplicación de la norma.

Hay que señalar, en todo caso, que existen algunas perspectivas de esperanza en este sentido, por cuanto hay normas autonómicas que sí han empezado a prever algunos mecanismos coercitivos específicos. Es especialmente reseñable en este sentido la recientemente aprobada Ley de Transparencia de Navarra, que ha incluido específicamente un artículo relativo al cumplimiento de los actos y resoluciones del mismo, determinando no solo el carácter vinculante de las resoluciones, sino la posibilidad de disponer de medios de ejecución forzosa, incluyendo la potestad del Consejo de poder imponer multas coercitivas<sup>83</sup> o la publicación de los incumplimientos<sup>84</sup>.

83. Ya el artículo 9.4 de la Ley de transparencia de Aragón había previsto la posibilidad de imposición de multas coercitivas, pero en un ámbito mucho más limitado, referido a los sujetos obligados a suministrar información a las Administraciones públicas –adjudicatarios de contratos, beneficiarios de subvenciones o prestadores de servicios públicos–, y como potestad de dichas Administraciones, no específicamente del organismo de control, cuyas funciones se establecen en el artículo 41 de la misma Ley.

84. Se establece específicamente en este artículo 69 de la Ley de Transparencia navarra lo siguiente:

*1. Los actos de petición de información y documentación y las resoluciones dictadas por el Consejo de Transparencia de Navarra serán vinculantes para las Administraciones públicas, entidades y personas obligadas en los artículos 2 y 3 de esta Ley Foral, con la excepción de las instituciones públicas de la Comunidad Foral de Navarra no sujetas a su conocimiento.*

*2. El Consejo de Transparencia de Navarra velará por el cumplimiento efectivo de sus actos o resoluciones. A tal efecto, podrá disponer, en el acto o resolución, quién ha de ejecutarlo, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias derivadas de la ejecución.*

*3. Las partes podrán proponer al Consejo de Transparencia de Navarra las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus actos y resoluciones.*

*4. En caso de advertirse que un acto o una resolución dictada en el ámbito de su competencia pudiera estar siendo incumplido, el Consejo de Transparencia de Navarra, de oficio o a instancia de alguna de las partes, requerirá a las autoridades, entidades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda que lleven a cabo su cumplimiento en el plazo que se les fije e informen al respecto.*

*Transcurrido el plazo fijado y si el Consejo apreciase el incumplimiento total o parcial de su acto o resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:*

*a) Imponer multa coercitiva de 500 a 5000 euros a las Administraciones o entidades, autoridades, empleados públicos o particulares que incumplan los actos o las resoluciones del Consejo, pudiendo reiterar la multa cada diez días hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.*

Por otro lado, aunque tanto la Ley estatal como, en general, muchas de las normas autonómicas han incluido en su regulación específicas infracciones y sanciones por incumplimiento de las obligaciones de transparencia, tampoco se han regulado –salvo escasas excepciones– potestades concretas de incoación y resolución de los procedimientos sancionadores o disciplinarios en manos de los organismos garantes de la transparencia<sup>85</sup>, pues en la mayoría de los casos, cuando se han previsto, se dejan en manos de la propia Administración<sup>86</sup>, por lo que tampoco hay mecanismos disuasorios del incumplimiento, que parecen dejarse a la buena voluntad de los órganos administrativos<sup>87</sup>, a los que las autoridades de transparencia pueden “intimar” o, básicamente, sugerir, si no se cumplen, que se inicien expedientes sancionadores<sup>88</sup>, lo que no suele ocurrir<sup>89</sup>.

Esta falta de medios de carácter jurídico, unida a la evidente falta de medios materiales, personales y económicos para llevar a cabo las funciones que las leyes de transparencia les encomienda, hace que en la práctica sea muy difícil dotar de efectividad a las funciones que les son propias<sup>90</sup>, por lo que,

---

*b) Hacer pública la actitud incumplidora de quienes resulten responsables en su página web, en su informe anual, en los medios de comunicación y dando traslado de la conducta al Parlamento de Navarra, para su conocimiento.*

*5. El Consejo de Transparencia de Navarra podrá recabar el auxilio de cualquiera de las Administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones, que lo prestarán con carácter preferente y urgente.*

85. Tan solo tienen reconocida explícitamente potestad sancionadora el Consejo de Transparencia de Navarra y, de manera muy limitada, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de Asturias.

86. Son los casos, por ejemplo, de las leyes de Cantabria, Cataluña, Aragón, Castilla y León, Andalucía, Comunidad Valenciana, Murcia, Castilla-La Mancha o Canarias.

87. Y no olvidemos además, en este sentido, que la actitud de las Administraciones públicas frente a las resoluciones de las autoridades de transparencia no suele ser de acatamiento de sus decisiones, sino que en muchos casos son las propias Administraciones las que recurren estas decisiones ante los tribunales de justicia. Baste ver, en el ámbito estatal, cómo se ha multiplicado desde la entrada en vigor de la LTBG el número de recursos judiciales planteados ante estas resoluciones, siendo las Administraciones públicas las principales recurrentes de las decisiones de las autoridades de transparencia.

88. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Transparencia de Galicia, cuyo artículo 32 establece que el Valedor do Pobo puede efectuar requerimientos para la subsanación de incumplimientos en materia de transparencia activa.

89. Es especialmente crítico con esta cuestión el Comisionado de Transparencia de Murcia, quien señala con vehemencia los enfrentamientos entre el órgano de transparencia y la propia Administración en este aspecto. *Vid.* MOLINA MOLINA, “La Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia”, en *Transparencia y Comunidades Autónomas*, *op. cit.*, pp. 77 y ss., donde también se recogen las críticas sobre esta cuestión de otras autoridades de transparencia autonómicas.

90. Una importante prueba de lo aquí afirmado es la recientemente publicada Memoria de Cumplimiento de la LTBG durante el ejercicio 2017, en la que el CTBG (cuyo resumen ha sido objeto de publicación en el BOE de 3 de enero de 2019) afirma reiteradamente la imposibilidad práctica de hacer frente al cumplimiento de las funciones de control que el artículo 38 de la LTBG le asigna, tanto en relación con la transparencia activa como en relación con



en muchas ocasiones, pese al extendido alcance del contenido de las obligaciones de transparencia activa que se recogen en la LTBG y que amplían las normas autonómicas, o del reconocimiento del derecho de acceso, la regulación se convierte, en muchos casos, en voluntarista.

## 7

### Conclusiones

Cabe concluir de esta valoración de las leyes de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico que la aprobación de las mismas ha significado un importante avance en transparencia, en cuanto que han traducido al derecho positivo un principio de actuación que resulta indispensable en un sistema democrático; la ciudadanía ya no entiende, ni acepta, que los poderes públicos puedan gestionar sus intereses y los presupuestos, sin hacer una rendición de cuentas de dicha actuación.

No obstante, y como se deriva de las perspectivas aquí contempladas –y del análisis llevado a cabo por la doctrina de otras muchas cuestiones en las que no cabía detenerse, pero que se han mencionado<sup>91</sup>–, es necesario acometer importantes reformas en la LTBG como norma básica, para superar las deficiencias que se vienen planteando desde su génesis, y que deben servir de parámetro para la mejora de la transparencia tanto en el ámbito estatal como en el autonómico y local, tales como el establecimiento de la Ley como norma de mínimos, una mejor definición de los criterios de ponderación frente a la protección de datos de carácter personal, o el reconocimiento de potestades específicas para

---

las resoluciones a las reclamaciones presentadas ante él. Así, por ejemplo, en relación con la publicidad activa, el CTBG afirma que no se evalúan los sujetos obligados por el artículo 3 LTBG, aportando las siguientes razones:

*A) El elevado número de sujetos comprendidos en la categoría (más de 80 000, sin contar las empresas subvencionadas o beneficiarias de ayudas públicas por un importe superior al de los umbrales económicos establecidos en la Ley), aun acudiendo a una muestra significativa de los mismos;*

*B) La falta de un censo oficial o de otra información unificada y fiable que permita identificar con garantías a los sujetos involucrados, y*

*C) La falta de desarrollo reglamentario de la Ley, que impide aplicar adecuadamente sus previsiones a los sujetos privados por ser necesarias algunas precisiones o concreciones adicionales.*

Y es que, solo centrados en el ámbito de los sujetos de derecho público, se afirma en dicho informe que el número de los mismos sujetos a la LTBG asciende a más de 17 800.

91. Como una mejor definición de las causas de inadmisión y los límites aplicables, la mejora en el diseño de los portales de transparencia, la simplificación de los sistemas admisibles de identificación de los solicitantes, la garantía de audiencia a los interesados cuando se aplican límites o existe oposición de terceros, etc.



garantizar el cumplimiento de las resoluciones dictadas por las autoridades de transparencia.

Sin embargo, y considerando que el proceso de implantación de la transparencia en España no ha hecho más que empezar, como ya se apuntaba al principio, la reforma de la normativa es esencial pero no suficiente para lograr el cambio de paradigma que resulta necesario acometer, pues se trata de un ámbito en el que, a pesar de la aparente voluntad de mejora del legislador estatal y autonómico, nos encontramos además con las dificultades propias de una transformación radical de los sistemas de trabajo de las instituciones públicas, plagados de obstáculos y retos.

Entre ellos, la falta de recursos económicos y, en consecuencia, materiales y personales de las autoridades de transparencia; la situación de debilidad de las Administraciones y organismos públicos de menor tamaño y reducida estructura, que se enfrentan a dificultades organizativas y de toda índole, para atender eficazmente las obligaciones derivadas de las políticas de transparencia; la falta de formación especializada de los empleados públicos encargados de dar respuesta a estas cuestiones; o, en definitiva, la persistencia en el mantenimiento de la opacidad en las entidades públicas, resistentes al cambio, que lastran el impulso y la consecución plena del cambio de paradigma que supone la instalación de la transparencia en nuestro país.

Un paso esencial en la consecución de estos objetivos sería el reconocimiento, de una vez por todas, del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, lo que sin duda no solo reforzaría los mecanismos para su garantía y control, sino que permitiría el despegue definitivo de un principio y un derecho que no van a desaparecer de la primera línea política, pero que requieren de un mayor conocimiento por la ciudadanía y de más implicación por parte de los poderes públicos.

No era objeto principal de estas líneas valorar la aplicación ni la interpretación que las entidades obligadas por ellas están haciendo de las normas de transparencia, sino estas mismas; sin embargo, podemos concluir que, mientras que no haya una firme y clara apuesta por parte de los poderes públicos por hacer una interpretación global y expansiva del principio de transparencia, sino utilizar las mencionadas causas de inadmisión, los requisitos procedimentales, la protección de datos de carácter personal, los límites establecidos por las leyes o las normas que escapan a esa regulación, como “argucias” para hurtar a los ciudadanos del conocimiento de sus decisiones y de la gestión pública —a la vez que se limitan los medios personales y materiales de quienes tienen en su mano la posibilidad de controlar esa aplicación—, podremos tener leyes magníficas, que expandan sin límite aquello que puede y debe ser accesible al público, pero que se quedarán en mero papel mojado.