



Open Government Partnership

Mecanismo de Revisión Independiente

España Comentarios públicos recibidos al segundo informe de avance

Victoria Figueroa, Gobierno de España:

Buenos días,

En relación con el documento elaborado por el IRM sobre el II Plan de Acción España (Evaluación intermedia), que ha sido publicado por la OGP en la siguiente dirección para comentarios públicos:

http://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/Spain_2014-15_IRM-Comentarios-Pub_1.pdf

Se solicita revisar la redacción del apartado: “VI. Contexto Nacional” pag 84, tal y como se indicó durante la fase de observaciones e incluir la redacción que proponemos para una mejor comprensión el epígrafe , ya que en su momento se incluyó en el informe de autoevaluación pero no fue trasladado al informe final.

Les remitimos también un resumen de las medidas anticorrupción ,aprobadas por el gobierno de España que ya se incluyeron en el informe de autoevaluación , pero que no han sido tenidas en cuenta para la realización del informe.

<http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:38c9e35d-0095-44a0-b07b-e2815c1f35e1/gobierno-abierto-OGP-autoevaluacion-II-plan-nacional.pdf>

Pedimos que se incluya el texto del fichero adjunto .

Consideramos imprescindible que se sigan nuestras sugerencias y se incluya esta información en el informe antes de su finalización para una mejor comprensión del Contexto Nacional.

Un saludo

M^a VICTORIA FIGUEROA DOMINGUEZ

Subdirectora de la Oficina de la Transparencia y Acceso a la Información

OPERA (Oficina Para la Ejecución de la Reforma de la Administración)

Vicepresidencia del Gobierno

Complejo de La Moncloa

28071 Madrid

91-335 3270

Victoria.figueroa@mpr.es

Medidas anticorrupción

Para evitar los casos de corrupción el gobierno a aprobado **el Plan de Regeneración Democrática** que comprende además de la Transparencia, la **Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, y la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos**. Los aspectos más destacados son:

1. Se prohíben las donaciones procedentes de personas jurídicas.
2. Los bancos no podrán condonar las deudas totales o parciales a los partidos.
3. No se podrán condonar los intereses ni pactar condiciones financieras por debajo de las del mercado.
4. Los partidos políticos no podrán financiarse a través de Gobiernos u organismos extranjeros, o a través de entidades o empresas de carácter público en el extranjero.
5. Los partidos, tras el envío al Tribunal de Cuentas, publicarán en su web, en el plazo de un mes, el balance, la cuenta de resultados y la situación detallada de los préstamos bancarios pendientes.
6. También publicarán en su web el informe de fiscalización correspondiente a un determinado ejercicio tras su aprobación por el Tribunal de Cuentas.
7. Los gerentes, tesoreros y responsables de la gestión económico-financiera del partido deberán tener acreditados conocimientos y experiencia profesional y además reunir condiciones de honorabilidad.
8. La Comisión Mixta Congreso-Senado del Tribunal de Cuentas podrá convocar al responsable económico-financiero del partido para explicar su gestión.
9. Las aportaciones de las fundaciones y entidades vinculadas a los partidos estarán sometidas al control del Tribunal de Cuentas.
10. Los partidos deberán publicar en su página web las instrucciones para la adjudicación de contratos regulados por el partido.
11. Se publicarán las subvenciones recibidas y las donaciones de más de 50.000 €.
12. Se desarrollan las obligaciones de colaboración tanto del sector público como de las entidades de crédito con la labor de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado:

1. Sólo podrán ser nombrados altos cargos quienes además de reunir experiencia y formación relativa al puesto reúnan las condiciones de honorabilidad.
2. Se publicará el curriculum vitae de los altos cargos y se tendrá en cuenta la valoración de su formación, así como su experiencia relacionada con el contenido de su función.
3. Las retribuciones de todos los altos cargos serán publicadas.
4. Ningún alto cargo tendrá tarjeta de crédito para sus gastos de representación.
5. Un alto cargo no podrá prestar servicios durante los dos primeros años posteriores a su cese en una empresa privada que haya resultado afectada en decisiones en las que haya participado.
6. También declararán sus bienes y patrimonio dentro de los tres primeros meses desde su toma de posesión.
7. Al concluir su mandato, se examinará la situación patrimonial del alto cargo.

8. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista, serán incompatibles con cualquier retribución pública o privada, salvo las relacionadas con el propio patrimonio, la producción cultural y los gastos reembolsados en una entidad sin ánimo de lucro. Si no se quiere renunciar a la pensión o prestación pública, no se podrá ejercer ninguna actividad económica ni pública ni privada.
9. Toda pensión o prestación económica será incompatible con el cobro de la pensión de jubilación o retiro de la Seguridad Social.
10. Todos los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva sin poder compatibilizarlo con otra actividad pública o privada, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán cobrar dos sueldos públicos ni cualquier otro que provenga simultáneamente de una actividad privada.

En este sentido, también están en trámite de aprobación una serie de medidas que se incluirán en la reforma del Código Penal y que suponen el fortalecimiento de la reacción ante determinados delitos y establecen mecanismos para facilitar y agilizar los procedimientos judiciales.

Medidas penales

1. Endurecimiento de las penas en supuestos de prevaricación de especial gravedad
2. Refuerzo en la persecución de los delitos de cohecho
3. Ampliación de las conductas tipificadas como tráfico de influencias
4. Revisión de los delitos de fraudes y exacciones ilegales
5. Incremento de las penas máximas para los delitos patrimoniales más graves
6. Revisión del delito de falsedad contable
7. Incorporación de nuevos delitos relacionados con la financiación y la gestión de los partidos:

Falsedad contable; Administración desleal de fondos de los partidos; Financiación ilegal de partidos y Articulación de nuevas medidas contra ocultación de bienes y para su devolución a las arcas públicas.

Medidas procesales

1. Agilización de los procesos judiciales en casos de corrupción, permitiendo acelerar el enjuiciamiento.
2. Agilización en casos de acumulación de procesos, vinculando esta posibilidad a la eficacia y rapidez de la instrucción.
3. Evitar que la determinación de la responsabilidad civil retrase el proceso penal.
4. Limitación de la utilización de recursos en el proceso con finalidad dilatoria.

Recientemente el Consejo de Europa a través del grupo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción) ha elaborado un informe sobre el cumplimiento de España en la lucha contra la corrupción política y electoral.

El Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (forman parte 49 estados) ha adoptado en su 70 reunión plenaria (4 de diciembre de 2015, publicado el 5 de febrero

de 2016) en la Tercera Ronda de Evaluación el Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento de España en materia de investigación (regulado en Criminal Law Convention on Corruption) y de transparencia en la financiación de partidos políticos y campañas electorales (regulado en la Recommendation Rec (2003)4 on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns). GRECO concluye que de las quince recomendaciones realizadas a España, once se han aplicado satisfactoriamente o se traten de manera satisfactoria. Las cuatro recomendaciones restantes se han aplicado parcialmente. GRECO “se complace con el compromiso adoptado por parte de España para solventar las deficiencias técnicas existentes en su legislación penal y adecuarlas a las disposiciones contempladas en la Convención Penal sobre Corrupción y su Protocolo Adicional cuando España las ratificó”. Con la aprobación de este Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento finaliza la Tercera Ronda de Evaluación a España tras haber cumplido las recomendaciones de GRECO. España ha cumplido con las recomendaciones respecto al control de la financiación política y la aplicación de sanciones efectivas para el caso de infracciones en casos de corrupción, ampliando el rango de la sanción e incluyendo a todas las personas y entidades.

- Transparencia en las cuentas y rendimientos de los partidos. Obligación de publicar las mismas en su web un mes después de presentadas al Tribunal de Cuentas. La Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno también exige a los partidos políticos obligaciones en materia de publicidad activa.
- Se regulan los procedimientos de financiación de los partidos, préstamos, donaciones, etc.
- Mejora del sistema de auditoría interna de las formaciones políticas y de transparencia y control de las cuentas de los partidos.
- Mejora de los recursos del Tribunal de Cuentas para que realice de forma más eficaz sus tareas de fiscalización de la financiación política.

En relación a los procedimientos de investigación por corrupción, España también ha cumplido las siguientes recomendaciones:

- Incluye la corrupción activa y pasiva y las ventajas inmateriales contempladas en las disposiciones del Código Penal relativas a corrupción, incluido el tráfico de influencias.
- Incluye el procesamiento de la corrupción en el sector privado.
- Aumento de las sanciones para los delitos de corrupción, para garantizar que éstos puedan dar lugar a extradición y aumentar las sanciones para el tráfico de influencias.
- Incluye los casos de corrupción cometidos por funcionarios extranjeros o de organismos internacionales sitos en España.
- Abole el requisito de la doble imputación en relación con los delitos de corrupción y tráfico de influencias cometidos en el extranjero.

España ha llevado a cabo profundas reformas en el Código Penal y en la Ley de Control de la Actividad Económica de los Partidos Políticos para avanzar en la lucha contra la corrupción. En cuanto a la imputación o investigación, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal recoge entre otros supuestos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la regulación del tráfico de influencias activo, penas más severas para los delitos de corrupción y, sobre todo, para aquellos casos cometidos en transacciones económicas internacionales.

En relación a la transparencia en la financiación de partidos, la citada ley exige la transparencia de su actividad económica e introduce nuevas figuras delictivas relacionadas con el delito de financiación ilegal de partidos políticos.

Por su parte, la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, recoge el control de la actividad económico-financiera de las formaciones políticas, la prohibición de donaciones procedentes de personas jurídicas y la obligación de publicidad de las cuentas de los partidos, entre otras.

El preámbulo de la Ley recuerda que “Los partidos políticos son actores esenciales de la vida política, económica y social. Como cauce de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, son sujetos de derechos. Como partícipes en la estructura del propio Estado, han de ser y son, sujetos de obligaciones. Por ello, junto a la responsabilidad, debe ser la ejemplaridad la que presida las actuaciones de estos entes que sustentan la centralidad social de la democracia”.

Texto recomendado:

En el apartado VI Contexto Nacional del informe de IRM II Plan de Acción de España le sugerimos que añada a continuación del epígrafe: Corrupción (pag 84 del Informe) el siguiente contenido para que la redacción del mismo resulte más equilibrada y objetiva incorporando no solo los casos de corrupción sino también las medidas aprobadas -en la legislatura que evalúa este informe- de lucha contra la corrupción y que incorporan muchas normas sobre transparencia y rendición de cuentas de la vida política nacional, aspectos esenciales de una estrategia de Gobierno Abierto:

Medidas anticorrupción

Con el objetivo de luchar y evitar casos de corrupción el gobierno ha aprobado en esta legislatura diversas medidas que han contado con un amplio respaldo parlamentario. Las más relevantes son: el Plan de Regeneración Democrática que comprende además de la Ley 19/ 2013 de Transparencia, la Ley Orgánica 5/2012 sobre financiación de los partidos políticos, la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, que precisamente, regula las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas de la financiación de los partidos políticos y refuerza las funciones del Tribunal de Cuentas en ese aspecto. Además se ha aprobado una reforma del Código Penal, la Ley 1/2015, que regula el tráfico de influencias, las penas por corrupción y establece nuevas responsabilidades y delitos en esta materia. La Ley 3/2015, de 30 de marzo, que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado establece controles y limitaciones sobre los mismos y sus patrimonios para evitar casos de corrupción.

A este respecto el Consejo de Europa, a través del grupo GRECO (Grupo de Estados contra la Corrupción), ha elaborado y aprobado un informe sobre el cumplimiento de España en la lucha contra la corrupción política y electoral en su 70 reunión plenaria (4 de diciembre de 2015, publicado el 5 de febrero de 2016) en la Tercera Ronda de Evaluación el Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento de España en materia de investigación de la corrupción (regulado en Criminal Law Convention on Corruption) y de transparencia en la

financiación de partidos políticos y campañas electorales (regulado en la Recommendation Rec (2003) 4 on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns). GRECO concluye que de “las quince recomendaciones realizadas a España, once se han aplicado satisfactoriamente o se tratan de manera satisfactoria. Las cuatro recomendaciones restantes se han aplicado parcialmente. GRECO analiza en su informe las normas anteriormente citadas y “se complace por el compromiso adoptado por parte de España para solventar las deficiencias técnicas existentes en su legislación penal y adecuarlas a las disposiciones contempladas en la Convención Penal sobre Corrupción y su Protocolo Adicional cuando España las ratificó”. “España- añade GRECO - ha llevado a cabo profundas reformas en el Código Penal y en la Ley de Control de la Actividad Económica de los Partidos Políticos para avanzar en la lucha contra la corrupción”. Con la aprobación de este Segundo Addendum al Informe de Cumplimiento finaliza la Tercera Ronda de Evaluación a España tras haber cumplido las recomendaciones de GRECO. Informe GRECO del Consejo de Europa:

([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3\(2015\)16_2ndADD_Second_Spain_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoRC3(2015)16_2ndADD_Second_Spain_EN.pdf))

OPEN GOVERNMENT PARTNERSHIP (OGP)
MECANISMO DE REVISIÓN INDEPENDIENTE (MRI)
INFORME DE AVANCE 2014-2015 AL II PLAN DE ACCIÓN DE ESPAÑA
COMENTARIOS PÚBLICOS
(17-2-2016)

Miguel Ángel Blanes Climent
Doctor en Derecho
Letrado de la Diputación de Alicante
Abogado del Defensor del Pueblo (Ombudsman)
de la Comunidad Valenciana (España)
Autor del Libro “La transparencia informativa de las Administraciones Públicas”¹.
Twitter: <https://twitter.com/mablanes>
Blog: <http://miquelangelblanes.com/>
Linkedin: <https://es.linkedin.com/pub/miguel-ángel-blanes-climent/41/408/351>
Correo electrónico: mablanescliment@gmail.com

Cuestión previa: Me gustaría agradecer la oportunidad de efectuar comentarios al Informe de Avance 2014-2015, así como destacar el gran trabajo realizado por D. César Nicandro Cruz-Rubio, investigador del Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP).

Mis comentarios tienen por objeto:

- a) Participación de España en la OGP,
- b) el grado de cumplimiento de los compromisos del plan de acción (tabla 2, resumen),
- c) las recomendaciones “SMART” principales, y,
- d) las prioridades y propuestas no contempladas en el II Plan de Acción.

A) PARTICIPACIÓN DE ESPAÑA EN LA OGP

En el Informe de Avance 2014-2015 se incluye un primer apartado introductorio sobre la participación de España en la OGP en el que se indica lo siguiente en el punto relativo al “contexto institucional básico” (página 18):

“(…) en España existe un alto grado de descentralización administrativa, en el que las 17 comunidades autónomas (gobiernos subnacionales) y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla gozan de un alto grado de poder de decisión. En

¹ “La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa”. El libro, que contiene la tesis doctoral, ha sido publicado por la editorial Thomson-Reuters Aranzadi, <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/libros/la-transparencia-informativa-de-las-administr/5940/4294967293>

algunos casos, tienen competencia exclusiva sobre la gestión de las políticas y servicios públicos, así como potestad de regular su propia administración autonómica. Ello implica que el desarrollo de políticas de transparencia y participación sea también competencia en estos niveles de gobierno. *También implica que el Gobierno central carece de incentivos o potestad legal para forzar por ley la incorporación de iniciativas subnacionales (...)*”.

No comparto esta conclusión, dicho sea con todos los respetos. El artículo 149.1 de la Constitución Española atribuye al Estado central competencias exclusivas que pueden ser ejercidas para obligar a los gobiernos subnacionales (regionales y locales) a mejorar sus políticas de transparencia. El Estado central tiene competencia para establecer la legislación básica en las siguientes materias: Administraciones públicas, contratación, medio ambiente, sanidad, educación, estabilidad presupuestaria, entidades locales, subvenciones, financiación partidos políticos, etc. Y como cláusula residual: “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

La propia Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que pudo ir mucho más lejos, constituye legislación básica de obligatorio cumplimiento para los gobiernos regionales y locales, salvo unos pocos preceptos (disposición final octava).

En consecuencia, el Estado central SÍ que tiene competencial legal para mejorar e incrementar el nivel de transparencia de los gobiernos regionales y locales en materias que son muy importantes para los ciudadanos y para luchar contra la corrupción.

Es más, como cuestión importante a tener en cuenta en este apartado del Informe de Avance dedicado al “contexto institucional básico”, hay que destacar que, en el proceso legislativo de aprobación de la Ley estatal 19/2013 de transparencia, algunos partidos políticos se negaron a que el derecho de acceso a la información pública fuera reconocido en España como un derecho fundamental porque ello implicaría su regulación por Ley Orgánica y la exclusión de las competencias de los gobiernos regionales en la materia y, por ende, la imposibilidad de aprobar una ley de transparencia propia -como sucede, por otra parte, en relación con la protección de datos personales-:

En el Diario de Sesiones del Pleno del Congreso de los Diputados nº 117, de fecha 30 de mayo de 2013, pág. 26, la Vicepresidenta del Gobierno expresó que <<si es un derecho fundamental se agota la totalidad porque no puede existir legislación básica, la legislación es completa para garantizar la igualdad. Si es un derecho de otra naturaleza, en ese caso pueden, como se ha hecho en algunas comunidades autónomas, regularlo>>.

En el mismo sentido, el representante del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados de fecha 12 de septiembre

de 2013, manifestó que <<si el derecho que aquí se consagra fuera un derecho fundamental, no habría ningún resquicio para normativizar o legislar en el ámbito autonómico. Llama la atención que partidos nacionalistas invoquen el carácter de derecho fundamental de lo que aquí se preconiza porque es tanto como abdicar de cualquier tipo de competencia autonómica>> -Diario de Sesiones nº 136, de fecha 12 de septiembre de 2013, pág. 30-.

En esta misma sesión plenaria, el portavoz del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia alertó sobre el riesgo de tener <<diecisiete sistemas de transparencia diferentes>>.

La negativa a reconocer el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental está dando lugar a una indeseable “proliferación normativa” que, en mi opinión, complica de forma relevante el ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de los ciudadanos al tener que enfrentarse a la posible aplicación, en su caso, de tres normas -la Ley estatal de transparencia, la correspondiente ley autonómica de transparencia y la ordenanza municipal-, además de las regulaciones especiales contenidas en la normativa sectorial que sea de aplicación (disposición adicional primera de la Ley 19/2013).

B) GRADO DE CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS

Conforme a los valores establecidos por la organización internacional “Open Government Partnership”, los niveles de cumplimiento de los compromisos recogidos en los Planes de Acción de los distintos países, en una escala de menor a mayor, son los siguientes: “no iniciado”, “limitado”, “sustantivo” y “completo”.

COMPROMISO 1. PORTAL DE LA TRANSPARENCIA.

Con respecto a las cifras consignadas en la tabla-resumen, en la que se dice que “Hasta septiembre de 2015, el portal había contado un total de 2.850 consultas por derecho de acceso, de las cuales 94% habían sido ya resueltas”, resultaría conveniente aclarar, para no generar confusión, que el Portal de Transparencia es solo uno de los medios a través de los cuales los ciudadanos pueden presentar solicitudes de acceso a la información. Pero no es el único medio. De hecho, muchas solicitudes de acceso a la información se presentan directamente en la ventanilla del organismo o dependencia administrativa, o por correo postal. Sobre estas solicitudes no hay estadísticas oficiales.

Y también es importante tener en cuenta que no solo solicitan acceder a la información pública los ciudadanos en general, sino también los propios interesados en un concreto procedimiento administrativo, cuyo acceso a la información que obra en el expediente no siempre es fácil.

Esta aclaración es conveniente realizarla porque se tiende a sacar la conclusión de que en España se presentan pocas solicitudes de acceso a la información pública. Ello no es así. El hecho de que se presenten pocas

solicitudes a través del Portal de Transparencia no significa que no se solicite información por las vías tradicionales (ventanilla y correo postal). Significa, más bien, lo contrario, que el Portal de Transparencia no es un medio fácil y rápido para obtener información pública y, por ello, las personas apenas lo utilizan.

Comentario 1º: Nivel de cumplimiento “limitado”.

Se indica en el Resumen Ejecutivo (tabla 2) que el nivel de cumplimiento es “completo”. A mi juicio, es una calificación excesiva. Debería ser “limitado”. El propio Informe destaca graves deficiencias puestas de manifiesto por distintas asociaciones o entidades consultadas:

- Insuficiencia de la información publicada (página nº 34):

“(…) en opinión de las OSC consultadas, *la información contenida, en muchos casos es insuficiente como medio para ejercer una adecuada rendición pública de cuentas, o su formato de publicación no es el adecuado de cara a su óptima reutilización.* Según ellos, es necesario identificar más información y con mayor nivel de detalle, que permita un adecuado control social, tal como publicar información vinculada al personal eventual o de las agendas de los altos cargos públicos, la información sobre los sueldos públicos o la información referida al control pos contractual, o “variaciones de precio o de plazo (en los contratos públicos), que son a menudo el origen del fraude”, o publicación de datos del registro mercantil, de agendas legislativas, grupos de interés o registro de lobbies (…)”.

- Complejidad para solicitar información (página nº 36):

“(…) el Ombudsman español respondió a tal queja reconociendo que *el portal no informa sobre otras vías para enviar solicitudes de información, y que los mecanismos y pasos para presentar una solicitud en el Portal de la Transparencia son complejos y muy largos, por lo que pueden incluso convertirse en obstáculos para el ejercicio de ese derecho (…)*”.

- Requerimiento del número de identidad del solicitante (página nº 36):

“(…) algunas personas legitimadas por la ley como *los extranjeros pueden ver difícil o imposible el acceso a través del Portal de la Transparencia* debido a los mecanismos de registro (…)*actualmente, las solicitudes de acceso a la información pública implican un trámite cuyo procedimiento administrativo exige identificar fehacientemente al solicitante (…)* en opinión común de las OSC consultadas ello no debería ser así, pues *otras instancias constitucionales no lo entienden como requisito*

(como es el caso del Consejo General del Poder Judicial). Además, el requerimiento de identidad no es un estándar acorde con las mejores prácticas internacionales en materia de derecho de acceso de la información pública (...).”

- **Penalización con mayor tiempo de respuesta para los que solicitan información por el portal** (página nº 36):

“(…) El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) indica, en consonancia con algunas resoluciones del CTBG, que “ocurre con excesiva frecuencia que *pasan no días, sino semanas* desde que la solicitud queda registrada en el portal hasta la recepción efectiva de esta por el órgano que ha de resolver, momento a partir del cual se reinicia el cómputo del plazo para resolver (...) *práctica que ha de ser corregida no solo por ser discriminatoria (...) sino además totalmente contraria a la lógica del gobierno abierto (...)*”.

- **Falta de publicación de las solicitudes de información y su respuesta** (página nº 38):

“(…) la OSC Openratio recomienda también *publicar* (con el proceso de anonimación que corresponda) *el contenido de las solicitudes de acceso a la información aceptadas, así como las respuestas completas*. De esta forma se puede mejorar el control ciudadano sobre la herramienta en cuanto al derecho de acceso y sería información pública disponible, no solo para el solicitante, sino para todos (...).”

España se comprometía a publicar en el Portal de Transparencia la información “que sea solicitada más frecuentemente por los ciudadanos en ejercicio de su derecho de acceso a la información pública”.

- **El Portal de Transparencia solo incluye información de la Administración General del Estado** (página nº 39):

“(…) en línea con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (...) podría hacerse que *el Portal de la Transparencia incluyera también información de todas las comunidades autónomas y entes locales*, yendo más allá de su objetivo inicial y convirtiéndolo en un verdadero punto de acceso centralizado a la información pública a nivel nacional, pues la existencia de varios portales para el acceso a la información no necesariamente facilita el acceso (...).”

COMPROMISO 6. APERTURA Y REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO (RISP).

Comentario 2º: Nivel de cumplimiento “limitado”.

Se indica en el Resumen Ejecutivo (tabla 2) que el nivel de cumplimiento es “sustantivo”. En mi opinión, es una calificación excesiva. Debería ser “limitado”. El propio Informe destaca graves deficiencias en las siguientes páginas:

- **Falta de fijación de prioridades en la liberación de información** (página nº 61):

“(…) de acuerdo con el Observatorio ADEI “sería conveniente que las Administraciones públicas establecieran *prioridades en la liberación de información*, considerando, por ejemplo, *las áreas de interés o la información más consultada por los ciudadanos*, como puede ser la educación, la sanidad, el empleo y la corrupción (...) el mismo criterio se debería aplicar en el caso de *la información más valorada y consultada por las empresas* (...)”.

- **Necesidad de mayor vinculación entre reutilización y transparencia** (página nº 61):

“(…) de acuerdo con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), se recomienda avanzar en una vinculación más estrecha –desde el punto de vista normativo– entre reutilización y transparencia, a fin de “optar por *ofrecer la información que se hace pública, en respuesta al ejercicio del derecho de acceso y en cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa en formatos reutilizables*, así como dar dimensión jurídica a la puesta a disposición del usuario de la información reutilizable, *para evitar que la apertura de datos dependa de la buena voluntad de las respectivas administraciones* (...)”.

COMPROMISO 7. PORTAL DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (PAJ).

Comentario 3º: Nivel de cumplimiento “limitado”.

Se indica en el Resumen Ejecutivo (tabla 2) que el nivel de cumplimiento es “sustantivo”. En mi opinión, es una calificación excesiva. Debería ser “limitado”. El propio Informe destaca las siguientes consideraciones:

-**Se trata de un compromiso de gobierno electrónico más que de transparencia** (página nº 66):

“(…) el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), órgano del Gobierno dependiente del Ministerio de la Presidencia considera que esta medida está concebida principalmente no tanto como acceso a la información judicial por parte de los ciudadanos (es decir, de transparencia) cuanto como punto de acceso general que permite dinamizar las relaciones entre órganos judiciales y actores por medios

electrónicos (es decir, de gobierno electrónico) (...) para lograr el gobierno abierto, el mayor énfasis debería ponerse en dar una *mayor especificidad en la definición de pasos para avanzar en la reutilización de la información judicial (...)*”.

- **No se publican todas las Sentencias y Autos de los altos tribunales** (página nº 67):

“(...) el Ministerio de Justicia ha hecho patente su deseo de colaborar con CENDOJ (Centro de Documentación Judicial) en su trabajo. Su labor de transparencia en materia de publicación de todas las sentencias, autos y acuerdos es digno de mención y tienen mucho avanzado, *pero aun sus registros no incluyen todas las sentencias y autos de los altos tribunales. La Administración de Justicia contrata cada año el servicio de buscadores de sentencias de pago para sus jueces, en vez de mejorar CENDOJ, que es público y gratuito (...)*”.

COMPROMISO 8. CONTROL Y TRANSPARENCIA DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS.

Comentario 4º: Nivel de cumplimiento “no iniciado”.

Se indica en el Resumen Ejecutivo (tabla 2) que el nivel de cumplimiento es “limitado”. En mi opinión, es una calificación excesiva. Debería ser “no iniciado”. El propio Informe destaca las siguientes consideraciones:

- **Persiste la dispersión legislativa que impide el desarrollo de una normativa única para este crucial tema** (página nº 13):

“(...) Una mayor transparencia en las subvenciones es una de las grandes vías para combatir el fraude y la corrupción sobre su uso. Pero no se avanzó mucho hacia las metas del compromiso. *No prosperó en su avance el anteproyecto de Ley para la modificación de la Ley General de Subvenciones (...)*”.

- **Falta de eliminación de las subvenciones directas y nominativas, con simplificación y flexibilización de trámites** (página nº 71):

“(...) sobre el tercer hito, la eliminación de subvenciones generales y el impulso al procedimiento basado en la concurrencia competitiva, restringiendo o limitando las subvenciones directas, tampoco se ha producido ningún avance. Algunas investigaciones recientes promueven también la supresión, con carácter general, de las denominadas “subvenciones nominativas”, haciendo más transparente su adjudicación, ejecución y evaluación de impacto, y definiendo criterios homogéneos para su concesión. Tampoco se han adoptado medidas de simplificación y flexibilización de trámites para solicitar subvenciones (...)

C) RECOMENDACIONES “SMART” PRINCIPALES

RECOMENDACIÓN 1ª. CONFORMAR UN ÓRGANO DE COORDINACIÓN INTERGUBERNAMENTAL Y SOCIAL.

Comentario 5º: La Comisión del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno podría desempeñar ese papel.

Sería necesario modificar sus Estatutos para permitir la participación de los gobiernos regionales, locales y de la sociedad civil. Por ejemplo, un representante de cada Comunidad Autónoma (que podría ser, donde exista, el presidente del consejo autonómico de transparencia u órgano equivalente recientemente creado en muchas regiones), un representante de la Federación Española de Municipios y Provincias y de las principales asociaciones civiles (OSC).

Hay que tener en cuenta que junto al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a nivel de la Administración General del Estado, ya están funcionando organismos análogos a nivel autonómico (por ejemplo, Murcia, Valencia, Cataluña, etc.). En mi opinión, crear otro órgano adicional nuevo de coordinación, además de innecesario, genera más confusión ciudadana por la multiplicidad de órganos.

Además, a mi juicio, y pensando siempre en los ciudadanos, es necesario que los criterios de interpretación de la Ley estatal de transparencia 19/2013, sean establecidos, no por la Presidencia del Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno como está sucediendo, sino por la Comisión, como ordena sus Estatutos, y en el seno de dicha Comisión, es necesaria la presencia de representantes de los restantes niveles de gobierno y de la sociedad civil para coordinar la interpretación de la Ley estatal de transparencia con la interpretación de las 11 leyes autonómicas ya aprobadas.

RECOMENDACIÓN 4ª. INICIATIVAS DE TRANSPARENCIA EN LAS PRIORIDADES DE LAS PARTES INTERESADAS. DEFINICIÓN DE UNA NUEVA ESTRATEGIA NACIONAL DE OPEN DATA.

Comentario 6º: El fortalecimiento de la publicidad activa es necesario para luchar contra la corrupción y satisfacer las prioridades de los ciudadanos.

A los ejemplos incluidos en el Informe de Avance 2014-2015 (página nº 15) –Registro Mercantil; información sobre el proceso de contratación pública y los cambios posteriores; agendas de trabajo y reuniones de los cargos públicos-; propongo detallar específicamente los siguientes como prioridades en la estrategia de apertura, siendo consciente que estas propuestas no estaban contempladas en el II Plan de Acción:

a) Respecto a las materias más sensibles a la corrupción (contratación pública, urbanismo, subvenciones, empleo público, presupuesto y cuentas,

medio ambiente, financiación de partidos políticos, publicidad institucional, etc.), publicación de las actas de los órganos colegiados; los informes (preceptivos o facultativos) emitidos por los servicios jurídicos, técnicos o de intervención económica (autorización, gestión y justificación del gasto público); y los actos y acuerdos adoptados en dichos expedientes de aprobación, modificación, adjudicación, resolución y reintegro.

b) Listas de espera anonimizadas con códigos numéricos existentes para el acceso a los servicios públicos: sanidad (pruebas diagnósticas e intervenciones quirúrgicas), vivienda (acceso a viviendas de protección social en régimen de alquiler o compraventa), etc.

c) La convocatoria y adjudicación de plazas en centros escolares públicos y concertados.

d) Publicación en el Portal de Transparencia de las resoluciones judiciales (sobre todo, sentencias) que afecten a la entidad pública y que tengan un interés general por afectar a un colectivo o conjunto de ciudadanos.

e) Publicación en el Portal de Transparencia de la información que se solicita con más frecuencia: resoluciones de inadmisión, estimación o desestimación dictadas en relación con las solicitudes de acceso a la información solicitadas por los ciudadanos.

f) Publicación en la página web de Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de las resoluciones dictadas en contestación a las reclamaciones presentadas por los ciudadanos: inadmisión, estimación o desestimación. Esto ya se hace. Faltaría lo siguiente: con indicación de las impugnadas, cumplidas por la Administración e incumplidas no impugnadas.

Comentario 7º: Necesidad de fijar unos tiempos concretos respecto al cumplimiento de cada recomendación “SMART”.

Las 5 recomendaciones “SMART” incluidas en el Informe de Avance 2014-2015 (páginas 14 y 15) aparecen junto con unos indicadores sugeridos para cada una de ellas, sin concretar el plazo específico para su cumplimiento. Es esencial acotar un plazo temporal para la ejecución de lo recomendado, puesto que, de lo contrario, se deja a la libre voluntad del Gobierno.

Comentario 8º: Recomendación de “corrección de deficiencias detectadas”.

En mi opinión, sería conveniente incluir una primera recomendación denominada “corrección de deficiencias detectadas”, para relacionar aquellas cuestiones que todavía se encuentran pendientes de cumplimiento respecto a cada compromiso, detallando un plazo concreto para su subsanación dentro del plazo restante en el que dicho compromiso debe ser satisfecho con el máximo nivel de cumplimiento.

Si el Informe de Avance sirve para alertar “las asignaturas pendientes”, esta información puede resultar muy útil al Gobierno para centrar y extremar sus esfuerzos en puntos concretos con el objeto de cumplir el compromiso contraído.

D) PRIORIDADES Y PROPUESTAS NO CONTEMPLADAS EN EL II PLAN DE ACCIÓN

A las propuestas de mejora de la publicidad activa concretadas en el Comentario nº 6 anterior -que no están recogidas en el II Plan de Acción-, añado las siguientes consideraciones:

A pesar de que la transparencia de los poderes públicos es esencial en un Estado Social y Democrático de Derecho, la nueva Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante, LTAIP), así como las nuevas Leyes autonómicas y ordenanzas municipales que se están aprobado resultan insuficientes por las siguientes razones:

a) El derecho de acceso a la información pública sigue sin ser reconocido como un derecho fundamental.

Si no se opta por modificar la Constitución Española para contemplar expresamente el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental autónomo, se puede entender comprendido, a mi juicio, en el derecho a participar en los asuntos públicos directamente (artículo 23.1) y en el derecho a la libertad de expresión y a recibir información (artículo 20.1.a) y d).

El derecho de acceso a la información pública es inherente al derecho fundamental a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos, y no sólo ampara de forma exclusiva y excluyente a los representantes políticos libremente elegidos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideran que el derecho de acceso a la información pública se encuentra comprendido dentro del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La consideración del derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental es muy importante para ponderarse en condiciones de igualdad con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Además, ello significa que podría invocarse directamente ante los Tribunales de Justicia a través de un procedimiento sumario y preferente y, en su caso, posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Con ser ello relevante, no lo es menos agilizar al máximo la rapidez de los mecanismos de tutela y garantía para que su ejercicio sea real y efectivo. Los instrumentos de protección del derecho son la clave. Por muy fundamental

que se declare, si el ciudadano carece de medios rápidos y ágiles para obligar a la entidad a que facilite la información solicitada, se habrá adelantado muy poco.

Resulta sorprendente que, a estas alturas de siglo, en nuestro sistema democrático el derecho de petición sea considerado como un derecho fundamental y, por el contrario, no lo sea el derecho de acceso a la información pública. Las presiones de los grupos nacionalistas para no perder la competencia de aprobar una ley autonómica en materia de transparencia también ha jugado en contra de reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental. Han primado los intereses competenciales de las instituciones autonómicas sobre los derechos de los ciudadanos, que se enfrentan a sistemas de transparencia diferentes según la Comunidad Autónoma.

Si el derecho de acceso a la información pública se hubiera considerado como un derecho fundamental se hubiera tenido que regular mediante Ley Orgánica -cuya competencia es exclusiva del Estado- y las Comunidades Autónomas no hubieran podido aprobar su ley de transparencia.

b) Los límites o excepciones al ejercicio del derecho de acceso siguen siendo muy numerosos, amplios y ambiguos. Las leyes autonómicas adolecen del mismo defecto.

La descripción de los límites o excepciones es demasiado vaga e indeterminada. La generalidad de los supuestos que pueden verse afectados son tan amplios, que el derecho de acceso puede quedar vacío de contenido. En mi opinión, de poco sirve reconocer el derecho de acceso a la información pública con tantos límites. Resulta difícil pensar en alguna solicitud que, de un modo u otro, no pueda verse afectada por estas limitaciones tan amplias.

Algunos de los criterios interpretativos fijados por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno han sido, en mi opinión, excesivamente restrictivos con el derecho de acceso a la información².

c) No están sujetas a la LTAIP las entidades privadas que prestan servicios de interés general o concesionarios de servicios públicos (luz, agua, gas, telefonía, hospitales, residuos, etc.);

En mi opinión, sin perjuicio de la obligación de informar a la Administración u organismo correspondiente, al encontrarnos ante la prestación de un servicio público de interés general para todos los ciudadanos, los concesionarios y las entidades privadas que los prestan -que pueden además disfrutar de fondos públicos, ventajas fiscales o derechos especiales- deben quedar sujetas a la LTAIP, cumpliendo con las mismas obligaciones de publicidad activa y pasiva que tienen las Administraciones públicas con respecto al servicio público que gestionan.

² “¿Qué es “información auxiliar o de apoyo” y “reelaborar”? En mi blog <http://miguelangelblanes.com/2015/11/27/que-es-informacion-auxiliar-o-de-apoyo-y-reelaborar/>

Por ejemplo, en relación con la polémica suscitada en torno a las ventajas e inconvenientes de la gestión pública o privada de la sanidad, no parece razonable que, siendo en todo caso un servicio de titularidad pública, los ciudadanos no tengan derecho a acceder a la información sobre los gastos de un determinado hospital por el mero hecho de que dicho centro sanitario se encuentre gestionado por una entidad privada. En este caso tampoco estaría sujeto el hospital de gestión privada al cumplimiento de las obligaciones de información activa recogidas en la LTAIP.

El interés general del servicio y la titularidad pública del mismo justifican el cumplimiento de las obligaciones de información pasiva y activa previstas en la nueva LTAIP con independencia de la naturaleza privada de la entidad que presta o gestiona el servicio público³.

d) El silencio administrativo es negativo, por lo que la mayoría de las solicitudes de información comprometida siguen sin contestarse.

Los plazos de resolución de las solicitudes de información deben ser cortos, de manera que la información se facilite lo antes posible. El inicio del plazo debe arrancar en el momento en que la solicitud se registra en la Administración, no en el órgano competente para resolverla. De lo contrario, la existencia de descoordinación administrativa juega a favor de la propia Administración, ya que el plazo de resolución ni siquiera se inicia, en claro perjuicio del ciudadano. En cambio, si dicho plazo comienza desde que la solicitud entra en la Administración, ya se encargarán los funcionarios de enviarle rápidamente la solicitud al órgano competente porque el plazo para resolver ya habrá empezado a contar. En el acuse de recibo se debe indicar la identificación de la autoridad o funcionario responsable de la tramitación de la solicitud de información.

La LTAIP ha decidido reconocer el silencio negativo con carácter de legislación básica. La falta de resolución en plazo se entenderá como desestimación de la solicitud en todas las entidades públicas estatales, autonómicas y locales. El silencio negativo consagra la sistemática y reprochable falta de respuesta a las solicitudes de información. Las autoridades y empleados públicos no tienen ningún interés en contestar.

El silencio positivo, aunque no garantiza la inmediata disponibilidad de la información, contribuiría al menos a reducir el generalizado incumplimiento de la obligación de contestar. Si el silencio es positivo, la Administración ya no podría denegar expresamente la solicitud de información por impedirlo el artículo 43.4.a) de la LRJPAC. Sólo podría declararlo lesivo para el interés público e impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El ciudadano podría interponer un recurso contencioso-administrativo al amparo del artículo 29.2 de la LRJCA, planteando una pretensión de condena a facilitar el documento o la información pedida, con la posibilidad de solicitar como medida cautelar la entrega de la misma.

³ “La transparencia de las empresas privadas que prestan servicios públicos”, en mi blog: <http://miguelangelblanes.com/2016/02/08/la-transparencia-de-las-empresas-privadas-que-prestan-servicios-publicos/>

Si el derecho a la información ya se ha adquirido por silencio positivo, la medida cautelar de ejecución de un acto firme y de entrega inmediata es mucho más fácil de adoptar, salvo que concurra alguna manifiesta prohibición o excepción al derecho de acceso que pudiera apreciar el Juzgado o Tribunal.

Por el contrario, algunas leyes autonómicas han optado por el silencio positivo (Cataluña, Comunidad Valenciana, Aragón y Navarra). El conflicto jurídico está servido.

e) La nueva LTAIP se aplica de forma supletoria en todas las materias que tengan una normativa específica reguladora del derecho de acceso a la información -urbanismo, medio ambiente, servicios sociales, sanidad, educación, etc.); por lo que esta dispersión normativa afecta negativamente al derecho de acceso a la información pública.

f) Los órganos de control creados carecen de medios para obligar a la Administración a entregar la información y se tarda demasiado tiempo en acceder a la misma.

En España, existe una entidad encargada de resolver las reclamaciones en vía administrativa -el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno para el ámbito de la Administración General del Estado y los múltiples Consejos Autonómicos que ya están funcionando en Murcia, Valencia, Cataluña, etc, o Comisionado de Transparencia en Canarias-, cuya falta de resolución expresa se debe entender como desestimatoria de la reclamación.

Estos órganos de control ya han empezado a funcionar y los principales problemas que se han detectado son los siguientes:

- La falta de medios de ejecución forzosa para lograr que la Administración afectada cumpla de forma real y efectiva las resoluciones estimatorias de la reclamación presentada por los ciudadanos y facilite la información solicitada. El órgano de control da la razón al ciudadano y éste no recurre la resolución. Pasados unos meses, el ciudadano comprueba que la Administración no cumple dicha resolución, y el órgano de control se encuentra con que no puede sancionar a la Administración ni ejecutar forzosamente su resolución para que la Administración entregue la información al ciudadano.

- El tiempo transcurrido desde que la solicitud de acceso a la información se presenta por el ciudadano y la Administración la contesta (un mes ampliable por otro mes), más el tiempo que pasa para obtener una resolución del órgano de control (una media de tres meses), provoca una espera media de unos 6 meses para acceder a la información. En muchos casos, el interés o utilidad de la información ya ha desaparecido. Si encima la Administración no cumple voluntariamente la resolución del órgano de control, el ciudadano se queda sin poder acceder a la información.

g) Por último, y en mi opinión, lo más fundamental, es que **sigue sin adoptarse medidas para mejorar la protección jurisdiccional del derecho de acceso a la información.**

En la página nº 28 del Informe de Avance 2014-2015, se expone como ejemplo de compromiso fuerte con la rendición de cuentas:

“La mejora del acceso a la justicia, haciendo que los mecanismos de justicia sean más baratos, rápidos o fáciles de usar”.

Pues bien, en España, en la actualidad, y a pesar de contar con una Ley estatal de transparencia y 11 autonómicas, cuando no se facilita la información solicitada por el ciudadano o se incumplen las obligaciones de publicidad activa en la página web, la vía judicial es inasumible en términos de costes económicos y temporales: se tarda varios años en obtener una sentencia firme que condene a la Administración a dar la información; hay que pagar tasas judiciales (las personas jurídicas), los honorarios de abogado y procurador y asumir el riesgo de una posible condena en costas. Son muy pocos los ciudadanos que acuden a los Tribunales de Justicia.

Es difícil ser optimista cuando se aprueba una nueva norma y no se atribuyen las armas necesarias para asegurar su aplicación y evitar su incumplimiento. Las 11 leyes autonómicas sobre transparencia nada han contemplado en este sentido porque la competencia es exclusiva del Estado.

La jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como está configurada en la actualidad, no cumple con las exigencias impuestas por el Convenio del Consejo de Europa sobre el acceso a los documentos públicos de 2009 – todavía no ratificado por España-, en el sentido de asegurar al ciudadano la existencia de un procedimiento de apelación rápido y económico frente a la negativa a facilitar información por parte de una entidad pública.

En mi opinión, el derecho de acceso a la información pública, como derecho fundamental que considero que es, debería tutelarse por un procedimiento especial, sumario y oral.

En cualquier caso, lo necesario es configurar un nuevo procedimiento para proteger el derecho de acceso a la información pública de forma rápida y eficaz. Como propuesta de futuro, el procedimiento podría iniciarse mediante una simple solicitud, para la que pueden emplearse impresos o formularios, dirigida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo donde tenga su sede el órgano o entidad pública a quien se ha solicitado la información, sin necesidad de intervención de procurador y abogado, sin pagar tasas judiciales, y sin imposición de costas salvo que se aprecie temeridad o mala fe.

A esta solicitud se debería acompañar una copia de la solicitud de información solicitada o una descripción de la obligación de información activa que está siendo incumplida. Si la entidad pública no comparece o no se opone, el Juzgado ordenaría la entrega inmediata de la información al solicitante o la

publicación activa en la página web de la información omitida, salvo que se desprenda la existencia de alguna limitación legal que lo impida. Si la entidad pública se persona y opone a la solicitud, el asunto se resolvería definitivamente mediante el procedimiento abreviado.

Hay que notar que las pretensiones sustanciadas en relación con el derecho de acceso a determinada información o documentación no son susceptibles de ser valoradas económicamente, por tanto, son de cuantía indeterminada y, además, de nula complejidad fáctica.