

3. SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA TRANSPARENTE, RESPONSABLE Y EFICAZ

ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
Abogado (*)

Una Administración pública transparente, responsable y eficaz

El proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, recientemente publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales es un paso correcto, pero muy insuficiente, en la dirección de garantizar la transparencia en la actuación administrativa. Es imprescindible repensar el estatuto jurídico de la Administración pública como persona prevalente jurídicamente sobre las demás, en particular en relación con las empresas, si queremos que la transparencia, la responsabilidad y la eficacia sean una realidad.

A transparent, accountable and efficient Public Administration

The draft of transparency, access to public information and good governance Act, recently published in the Cortes Generales Official Bulletin, is a correct, but very insufficient, step in the right way of ensuring transparency in the administrative action. It is imperative to rethink the Public Administration status as a person legally prevalent in relation to the companies, if we want to make a reality the transparency, accountability and efficiency.

INTRODUCCIÓN

Transparencia, responsabilidad y eficacia son hoy frecuentemente reclamadas, con razón, como pilares de una buena administración de la cosa pública. Cabe decir que no se trata de pretensiones novedosas ni originales¹, pero la preocupación sobre estos asuntos ha recuperado vigencia en el contexto de la más general preocupación moral, económica y social nacida de las presentes circunstancias, concretándose en iniciativas legislativas² que merecen atención o en olvidos que merecen denuncia.

Siempre es bueno atisbar lo que se avecina, mucho más cuando se vive un cambio de época. La crisis

que vamos dejando atrás se caracteriza desde el punto de vista del Derecho administrativo económico, a mi juicio, por hacer patentes dos insuficiencias: (i) la insuficiencia de la autorregulación de los mercados y (ii) la insuficiencia de la autojustificación de la posición jurídica de las Administraciones públicas.

LA INSUFICIENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN DE LOS MERCADOS

Una de las tensiones que está tras la gestación de la actual crisis económica, cuyo inicio podemos fijar convencionalmente en el año 2008, es sin duda la relativa a la necesidad, o no, de una regulación de los mercados, en particular de los financieros. Todos hemos oído hablar de la conveniencia de confiar las soluciones a la autorregulación de los mercados como algo razonable y hasta deseable. En última instancia semejante posición excluiría, naturalmente, cualquier heterorregulación y, por extensión, la existencia de cualquier poder o entidad encargados de aprobarla y de vigilar su cumplimiento. Las consecuencias de llevar al extremo semejante planteamiento son tan evidentes como inquietantes; no es el momento de abundar en ello. Valgan las palabras de los profesores Luis Cosculluela Montaner y Mariano López Benítez³: «Por otra parte el mercado

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

¹ La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 decía en su artículo 29.1 que «La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia», que consideraba como criterios interpretativos de la propia ley, y regulaba en sus artículos 62 y siguientes, si bien con notables restricciones, el llamado derecho de información de los interesados. Ya dentro del vigente marco constitucional, se recogen entre los derechos de los ciudadanos que enumera el actual artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos, a identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, a obtener información y orientación o al acceso a registros y archivos, que desarrolla con más detalle el artículo 37, entre otros.

² Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del pasado día 7 de septiembre de 2012.

³ L. Cosculluela Montaner y M. López Benítez: *Derecho Público Económico*, Cuarta edición, Madrid, 2011, pág. 27.

no puede ser considerado un valor en sí mismo, sino un marco de actuaciones económicas en el que se afirman valores. Pero los valores se definen y garantizan por reglas jurídicas previas: constitucionales, legislativas o reglamentarias. Y es la defensa de estos valores el fin que persigue la actuación del Poder Público en el mercado. Y es también la afirmación jurídica de tales valores la que configura el que se denomina régimen de economía de mercado. Por tanto la economía de mercado sí incorpora valores que se plasman en una serie de principios generales. Valores que, en primer lugar, se conectan a la afirmación del régimen de libertades en el ámbito económico, y al reconocimiento de las consecuencias que se derivan de la garantía del derecho de propiedad de los medios de producción, por lo que, como ya hemos dicho, el régimen político del Estado de Derecho es presupuesto necesario de la economía de mercado (...). El problema en la actualidad es que el mercado se ha globalizado, y por tanto las formas políticas clásicas ya no sirven para afirmar y garantizar esos valores, porque el mercado les trasciende; pero las organizaciones internacionales, muy deficientemente por ahora, tienden a recomponer la presencia del Poder (...).

Por razones casi ontológicas, para el mundo del Derecho la total desaparición de la regulación económica, en particular para los administrativistas, nunca ha sido una hipótesis razonable. Si nos atenemos a nuestro Derecho positivo, por otra parte, habría que concluir que semejante planteamiento sería directamente inconstitucional⁴

Pero las circunstancias acucian cada día más la formulación de las ideas y de las instituciones que superen la brecha, nada inocente, que se abre ante nuestros ojos, lo que plantea algunas de las cuestiones más interesantes del Derecho público moderno. ¿Cómo reducir las exenciones al control del Derecho derivadas de la mundialización económica? ¿Cómo reproducir en el plano supranacional las estructuras del Derecho público heredadas de la Revolución Francesa y consolidadas en el moderno Estado social y democrático Derecho? ¿Qué reformas institucionales son precisas y cómo hemos de acometerlas?

«Las reglas del Derecho —escribía José Castillejo⁵— prescriben acciones o abstenciones que se consideran

necesarias para la convivencia social, es decir, ordenan el respeto y el auxilio que unos hombres se deben a otros a fin de hacer posible la vida de los débiles y más fecunda y especializada la actividad de todos... En todo caso las reglas del Derecho son la resultante de fuerzas contrapuestas, fermentaciones e internos conflictos de la sociedad en que se producen...».

Esas fermentaciones se orientan hoy hacia una redefinición de las fronteras entre lo público y lo privado, al mismo tiempo que se estimulan las fórmulas colaborativas. En este plano de discusión se situarían los debates en torno a la necesidad y a la justificación, también desde el análisis económico del Derecho, de las Administraciones públicas, de su número y de sus diferentes formas de personificación (en nuestro caso, Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, Agencias, Organismos Autónomos, etc.); los debates en torno a una distribución de competencias clara y racional entre las diferentes Administraciones públicas, que evite duplicidades e ineficiencias en la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos; los debates en torno a la internacionalización de los procedimientos y las competencias de las Administraciones públicas, etc. Pero esto no es lo que importa, o al menos no lo único que importa o que debería importar, desde la perspectiva de las empresas que operan en los mercados, que es la queremos adoptar ahora por razones metodológicas.

Más bien estas batallas tienden a oscurecer en alguna medida la cuestión de la transparencia, la responsabilidad y la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas. Porque es lo cierto que, cualquiera que sea el número de las Administraciones públicas existentes y la forma en que se coordinan u organicen sus competencias, lo importante en el día a día de su relación con la empresa es su estatuto jurídico, es decir, los poderes que ostenten y como los ejerzan. Porque el estatuto tradicional de nuestras Administraciones, como personas jurídicamente prevalentes, se muestra inadecuado ante determinadas realidades actuales, tendiendo a resultar abusivo e ineficiente en algunos aspectos, por lo que es necesario repensarlo a la luz, entre otras cosas, de la transparencia, la responsabilidad y la eficacia, tan predicadas como, en ocasiones, poco practicadas.

Las empresas trabajan en un mercado global cada vez más competitivo y se relacionan cotidianamente con las diferentes Administraciones públicas existentes al menos en tres aspectos: (i) son objeto del ejercicio de potestades administrativas deriva-

⁴ Baste transcribir ahora el artículo 38 CE, que dice: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

⁵ J. Castillejo: *Historia del Derecho Romano*, Madrid, 2004, págs. 5 y 6.

das de relaciones de sujeción general (relaciones tributarias, expropiaciones, sanciones...), (ii) contratan con las Administraciones públicas u obtienen de ellas derechos de contenido patrimonial (concesiones, autorizaciones...) y (iii) ven condicionada su actividad material por las regulaciones administrativas de su propio campo de actividad, los mercados financieros, del transporte, de las telecomunicaciones, de la industria sanitaria, de la industria de la defensa, del urbanismo, etc.

En resumen, como hemos dicho en otras ocasiones, no hay libertad ni economía de mercado sin Estado, Estado de Derecho, claro es. Ahora bien, ¿quiere eso decir que las Administraciones públicas pueden autojustificar con su mera existencia el estatuto de poder que las caracteriza? Evidentemente, no. Porque la cuestión no es Administración sí o Administración no; la cuestión es qué clase de Administración, qué poderes y qué deberes deben derivarse de su posición jurídica. Lo que nos conduce a la reflexión sobre la segunda de las insuficiencias enunciadas, que —esta sí— es de vital importancia cotidiana para nuestras empresas, su competitividad y su eficiencia.

LA INSUFICIENCIA DE LA AUTOJUSTIFICACIÓN DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Administración es para nosotros un poder jurídico, cuya actuación se articula en torno a los llamados principio de legalidad y principio de ejecutividad de los actos administrativos. De conformidad con el principio de legalidad, la Administración solo puede hacer lo que la ley le permite y solo puede hacerlo siguiendo el procedimiento que la ley establece para ello. Este principio de vinculación positiva a la ley, constitucionalmente consagrado⁶, supone que si la Administración se separa de la ley su actuación puede adolecer de desviación de poder o incurrir en una vía de hecho jurídicamente reprochable, que su actuación puede

adolecer *lato sensu* de un vicio jurídico causante de la nulidad o la anulabilidad de sus actos. Precisamente porque la Administración solo puede actuar de acuerdo con la ley se presume que lo hace, y la consecuencia lógica de tal presunción es el principio de ejecutividad de los actos administrativos. La ejecutividad supone en la práctica que la Administración puede imponer *prima facie* sus actos a los particulares, como poder jurídico que es, en este caso a las empresas. De forma que si un particular debe acudir necesariamente a un juez para actuar su propio derecho, so pena de incurrir en delito por ejercicio arbitrario del mismo, la Administración por sí y ante sí declara lo que es Derecho y lo ejecuta. El control judicial es para la Administración un control *ex post facto* y la jurisdicción contencioso-administrativa es por definición una jurisdicción revisora.

Esta sucinta síntesis —no hace falta más para nuestro propósito— resume la base del estatuto jurídico de la Administración pública entre nosotros y muestra la ventaja posicional que aquella disfruta, fundada en la presunción de legalidad de sus actos al servicio del interés general, pero con consecuencias prácticas negativas o abusivas hoy a la luz de las necesidades de una economía competitiva. ¿Cómo afecta el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la posición jurídica de la Administración? ¿Cuál es su contenido más relevante?

EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

El Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, **Ley de transparencia**), que se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes (Congreso de los Diputados)* del pasado día 7 de septiembre de 2012, consta de veintinueve artículos, cinco disposiciones adicionales y nueve finales.

Señalar la mala calidad técnica de nuestra legislación es ya casi una cláusula de estilo entre nosotros, pero no queda más remedio que ponerlo de manifiesto una vez más⁷. Nos limitaremos solo a enfatizar algunos rasgos llamativos: (i) A pesar de que,

⁶ Artículo 9.1 CE: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Artículo 103.1 CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Artículo 106.1 CE: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican».

⁷ Así lo hace el Consejo de Estado (http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2012-707).

como ya ha puesto de manifiesto algún comentarista⁸, el texto del proyecto de ley parece restringirse al modesto y burocrático mundo del expediente administrativo, buscando anclaje antes en el artículo 105 b) CE que en otros de mayor ambición como el artículo 20, relativo a la libertad de expresión e información, su exposición de motivos habla de que «La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política». Desde el modesto punto de vista que ahora interesa ya nos conformaríamos con que lo fueran del día al día administrativo; (ii) Subyace cierta y confusa idea de la relación entre lo económico y lo jurídico, como dos mundos paralelos que no se tocasen. Como ejemplo valga la sorprendente distinción de los artículos 6 y 7 del proyecto entre «información de relevancia jurídica» e «información de relevancia, económica, presupuestaria y estadística». ¿Debemos entender que la información económica, presupuestaria y estadística no es de relevancia jurídica? ¿Debemos entender que en una ley puede haber elementos que no se consideren desde al menos alguna perspectiva jurídica?; (iii) Leyes las tenemos por arrobadas, decía Joaquín Costa, lo importante es que se apliquen. Pues bien, en el proyecto se leen cosas como las siguientes: la exposición de motivos habla, refiriéndose al artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), de «resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica»; el artículo 23, Principios éticos y de actuación, nada menos, empieza diciendo que «Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de este Título observarán en el ejercicio de sus funciones lo dispuesto en la Constitución Española y en el resto del ordenamiento jurídico y promoverán el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas». ¿Era necesaria una nueva ley para decir estas obviedades? ¿Es que es posible otra cosa? ¿No bastaba para cumplir el objetivo con hacer cumplir la legislación vigente sin más? Claro que uno se queda ya definitivamente perplejo cuando inmediatamente lee la disposición adicional segunda, Revisión y simplificación normativa, que dice para empezar que «Todas las Administraciones Públicas habrán de acometer una revisión, simplificación y, en su caso, una consolidación normativa de sus ordenamientos jurídi-

cos. Para ello, habrán de efectuar los correspondientes estudios, derogar las normas que hayan quedado obsoletas y determinar, en su caso, la necesidad de introducir modificaciones, novedades o proponer la elaboración de un texto refundido, de conformidad con las previsiones constitucionales y legales sobre competencia y procedimiento a seguir, según el rango de las normas que queden afectadas». Además de enterarnos con sorpresa de que ahora los ordenamientos jurídicos son de las Administraciones públicas y no de los ciudadanos, de forma que aquellas podrán revisarlos, simplificarlos y consolidarlos (es de esperar que el legislador quiera referirse a los reglamentos, lo cual parece deducirse de que más adelante parece exigir el cumplimiento de las previsiones constitucionales en orden a elaborar textos refundidos, aunque no es seguro con semejante redacción), resulta enfatizado que antes de introducir novedades habrán de efectuar los correspondientes estudios, se supone que para saber si son necesarias o no. ¿Alguien ha estudiado si la Ley de transparencia, al menos en su redacción actual, es necesaria o añade algo nuevo, antes de ponerla en circulación?

En todo caso, descendiendo ya al contenido concreto de la norma, son tres las cuestiones que expresamente aborda la Ley de Transparencia, según su exposición de motivos y su artículo 1.º: (i) el incremento y refuerzo de la transparencia en la actividad pública, mediante el establecimiento de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas; (ii) reconocimiento y garantía del acceso a la información, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y (iii) la determinación de las obligaciones de buen gobierno que atañen a los responsables públicos y de las consecuencias de su incumplimiento, lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad, dice la exposición de motivos, para todos los que desarrollen actividades de naturaleza pública.

Todo ello para contribuir a «la implantación de una cultura de la transparencia (...). La ley por lo tanto, no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos». Es de agradecer, por lo menos, la humildad del legislador.

Nos parece que desde el punto de vista que deliberadamente hemos adoptado las novedades más importantes se encuentran, con todo, en el título I de la Ley que es el que se refiere a la transparencia

8 E. de la Nuez: «¿Una ley gatopardesca?», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 45, septiembre-octubre 2012, págs. 9 a 15, en particular pág. 10.

en la actividad pública. El título II, relativo al llamado buen gobierno es, en el mejor de los casos, un recuelo de obviedades cuyo valor fundamental está en la tipificación de las infracciones y sus correspondientes sanciones y plazos de prescripción de unas y otras. Es posible que, incluso si no se mejora en la tramitación parlamentaria el farragoso, repetitivo y hasta disparatado texto, que es lo más probable (por ejemplo, «Ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público, el patrimonio de las Administraciones o la imagen que debe tener la sociedad respecto a sus responsables públicos (...). No aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración pública correspondiente»). No hace falta ser adivino para vaticinar lo que puede ocurrir con una tipificación tan imprecisa cuando llegue la hora de la verdad del caso concreto), lo que aparezca publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, en su caso, sirva para perseguir con algo más de eficacia determinadas conductas. Ojalá, habrá que verlo. Una lectura sosegada del artículo 23, al que antes hicimos una mínima referencia, bastará para hacerse una idea de lo que solo dejamos apuntado críticamente.

En cuanto al título primero, al margen de la ya reseñada falta de ambición del texto sobre el significado de la transparencia, debe acogerse, sin embargo, como algo positivo en sí mismo. El esfuerzo del legislador —recordemos en todo caso que hablamos siempre del proyecto de Ley de transparencia tal y como aparece publicado en el *Boletín Oficial del Congreso*— va orientado en una buena dirección, aunque sea insuficiente en algunos aspectos.

El ámbito subjetivo de aplicación de la transparencia es amplio, tal y como lo recoge el artículo 2.1, y sustancialmente concordante con lo previsto en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público del año 2011 (en adelante **TRLCSP**). Es decir, engloba a todo el sector público y no solo a las Administraciones públicas en sentido estricto.

Debemos llamar la atención inmediatamente sobre la previsión del artículo 3 en relación con los sujetos obligados a suministrar información, porque establece una amplia obligación de cooperación

que puede suponer un trabajo y un coste importante para todas las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, obligación de colaboración que se puede extender a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato. Esto convierte la transparencia en un mecanismo a dos bandas: la Administración suministra la información, pero la recibe de quien la gestiona, que puede ser una empresa o un particular que ve así incrementado el coste de sus actividades, además de crearse un título de intervención administrativa nuevo para obtener más información de las empresas privadas que contratan con el sector público, que puede entrar en conflicto con otras regulaciones, además de ser en sí misma una nueva carga jurídica y económica llamativa en el contexto actual. Pues si de lo que se trata es de que la Administración sea transparente, lo lógico es que ella misma establezca las medidas necesarias para gestionar y ofrecer la información, no de que se establezca un nuevo «hay que hacer», con su correspondiente coste de gestión y económico, a cargo de las empresas. Se trata de un nuevo entendimiento del papel de la Administración como prestadora de servicios públicos muy alejado del modelo clásico que el proyecto comentado recoge.

En todo caso la articulación de la transparencia se organiza a través de un mecanismo de publicidad activa, según la cual los sujetos obligados a ello conforme al artículo 2, deberán publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante (otro concepto jurídico indeterminado) para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. La ley regula qué información y cómo se ha de hacer pública.

En cuanto al qué, los artículos 5, 6 y 7 agrupan en tres bloques de materias lo que debe publicarse: (i) lo que llama información institucional, organizativa y de planificación (organigramas, funciones, planes y programas anuales y plurianuales, con concreción de actividades, medios y plazos previstos para su puesta en práctica, indicadores de medida y valoración, grado de cumplimiento); (ii) lo que llama información de relevancia jurídica (directrices, circulares, instrucciones, acuerdos o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos, que supongan interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos; anteproyectos normativos —Leyes y Reales Decretos Legislativos, que se publicarán en el momento en que se soliciten los dictá-

menes que resulten preceptivos o, de no estar previstos aquellos en el de su aprobación; proyectos de reglamentos, cuya publicación en el momento de solicitar los dictámenes que resulten preceptivos no supondrá necesariamente la apertura de un trámite de audiencia pública—); las memorias o informes correspondientes a la elaboración de textos normativos, en particular las memorias de análisis de impacto normativo de los proyectos y los documentos que hayan de ser sometidos a un período de información pública de acuerdo con la legislación vigente); y (iii) lo que llama información económica, presupuestaria y estadística (todos los contratos formalizados, con sus datos, y el porcentaje de los adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público; los convenios suscritos y sus compromisos económicos; las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo y beneficiarios; los presupuestos y su estado de ejecución; las cuentas anuales, los informes de auditoría y de fiscalización externa; las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y las resoluciones dictadas por la Oficina de buen Gobierno y Conflictos de Intereses sobre compatibilidades; las declaraciones anuales de bienes y actividades y la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos).

¿Cómo se hace pública esa información? A través de las sedes electrónicas y páginas webs y de manera clara, estructurada y entendible por los interesados. Habiendo de establecerse mecanismos para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización (artículo 4) y a través del Portal de la Transparencia (artículo 8).

Por último, la Ley de Transparencia regula el derecho de acceso a la información, configurándolo de manera restrictiva y vinculada al expediente administrativo, ex artículo 105 b) CE, como ya hemos dicho.

No se puede negar que la conceptualización del derecho a la información que luce en el artículo 10 es amplia: «Se entiende por información pública los contenidos o documentos que obren en poder de cualesquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Pero el texto pone inmediatamente las cosas en su sitio, que es el de las grandes declaraciones seguidas de condicionamientos a la operatividad de lo declarado, cuando en el artículo 11 establece los límites al acceso y permite restringirlo cuando acce-

der a la información suponga un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en el proceso o la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente. Valga decir, de momento, que como mínimo se hará necesaria una interpretación razonable de las restricciones, que sin duda están en muchos casos justificadas, si no queremos que la declaración de transparencia se quede en nada. Se podría formular la cuestión de otra forma: si realmente las limitaciones están justificadas, y realmente pensamos que pueden estarlo en muchos casos, por qué no se aborda sin complejos un concepto mismo de transparencia más matizado. Suponemos que no se hace porque exigiría un trabajo previo que requiere tiempo, sosiego y precisión, todo ello ajeno a las urgencias políticas, pero ya hemos dicho, y lo repetimos muy críticamente, que la forma en que estamos legislando en España en los últimos años es manifiestamente mejorable.

Es verdad que la restricción del acceso deberá ser motivada (artículo 11.2 y 17.2), pero no lo es menos que cuando sencillamente la Administración no responda el silencio es negativo (artículo 17.4) y que todo el procedimiento del ejercicio del derecho a la información peca de una concepción clásica, muy burocratizada, hasta el punto que, sin perjuicio de reconocerse la impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones que se adopten, se contempla una vía administrativa de reclamación, otra más (menos mal que potestativa) con carácter previo (artículo 21)⁹. Volvemos al círculo vicioso derivado de la prevalencia de la posición jurídica de la Administración, que en la práctica supone una restricción operativa insalvable. Pido la información, ni me contestan, debo recurrir, aun obviando la vía administrativa el pleito se prolonga durante años, con el consiguiente

⁹ Ello cuando la doctrina viene cuestionando hace tiempo la validez y la funcionalidad de la vía administrativa tal y como hoy está configurada entre nosotros frente al acceso directo al juez. Véase, por ejemplo y por todos, J. A. Santamaría Pastor: *Principios de Derecho Administrativo General*, reimpresión, Madrid, 2006, Tomo II, págs. 623 a 628.

perjuicio, y más si no soy capaz de obtener unas medidas cautelares medianamente razonables.

A modo de conclusión cabría decir que es poco discutible la conveniencia y oportunidad de una nueva regulación en materia de transparencia administrativa. No es muy razonable, a nuestro juicio, la mezcla con las reglas de buen gobierno que sistemáticamente encajan mejor en otras normas ya vigentes que bastaría con reformar. En todo caso, la redacción actual del texto es técnicamente mejorable, ojalá la tramitación parlamentaria consiga perfeccionarlo. Por último, el valor que, en todo caso también, representa la futura nueva norma es el de enfatizar que la transparencia administrativa es absolutamente imprescindible para un funcionamiento institucional y económico correcto; al mismo tiempo que su texto, sea cual fuere, supondrá una herramienta a disposición de los jueces para ir aquilatando sus contenidos.

No parece necesario ahora detenerse en un análisis minucioso de los detalles del procedimiento, por cuanto el texto ha de variar a lo largo de la tramitación parlamentaria, obviamente, y nuestro objetivo es tan solo hacer un repaso general de las medidas de reforma en marcha.

Lo que sí parece conveniente para fijar una imagen del estado actual de ese proceso de reformas es hacer una mención, aunque sea también breve, a las omisiones a las que nos referimos al principio como susceptibles de denuncia.

LO QUE RESTA POR HACER

Es evidente que la Ley de Transparencia, incluso con independencia de las limitaciones y críticas que le hemos formulado, es un buen paso adelante. Pero no resuelve la cuestión central, de la que no es más que otro elemento, la cuestión de la redefinición del estatuto jurídico prevalente de la Administración pública para adecuarlo a la altura de los tiempos. Y muy particularmente para adecuarlo a las necesidades de unas empresas que han de trabajar con transparencia, responsabilidad y eficiencia ellas mismas. Se me dirá que ¿por qué la Administración ha de acomodar su forma de hacer a las necesidades de las empresas? Por lo menos, por dos razones: en primer lugar, porque son las empresas las que crean riqueza; el papel de la Administración es hoy complementario de conformidad con la redefinición entre el campo de lo público y lo privado al que antes hacíamos referencia; y, en segundo lugar, porque la propia Administración ejercerá

mucho mejor las funciones regulatorias que le son propias e inalienables en la medida en que modernice su forma de ver y de hacer las cosas.

No quiero extenderme, solo me referiré a un ejemplo de singular actualidad. La cuestión clásica de la inembargabilidad de los caudales públicos, uno de los privilegios («*El viejo y resistente privilegium fisci de la inembargabilidad de los bienes y caudales públicos*», lo llaman Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰) de la prevalencia administrativa que mejor ilustran lo que queda por cambiar.

La cuestión, sin necesidad de entrar ahora en mayores precisiones, creo que puede formularse en los siguientes términos. Si la contención del déficit público es un objetivo macroeconómico de primera magnitud, hasta el punto de haber motivado nada menos que una reforma del artículo 135 CE y la aprobación de varias leyes al respecto, si incluso ha sido necesario establecer un mecanismo singular para articular un sistema de pago a proveedores de las Administraciones públicas que veían peligrar sus créditos con las correspondientes consecuencias económicas para sus empresas, ¿no sería útil, lógico y provechoso replantearse los límites del privilegio de la inembargabilidad de los bienes y caudales públicos?

Dejamos formulada la cuestión como ejemplo de lo que queda por hacer y desde luego no resuelve la Ley de Transparencia. Tampoco era su objetivo, pero resulta sorprendente la cantidad de iniciativas legislativas que se ponen en marcha sin que por ello se acometan los problemas reales y contrastados.

Somos conscientes de la dificultad técnica que entraña la solución de la cuestión propuesta (artículo 132 de la CE), pero es una dificultad fácilmente salvable si hay voluntad de hacerlo. Podrá decirse que si se permite sin límite la embargabilidad, al menos de los caudales públicos, el colapso financiero de la Administración sería total, dado el nivel de créditos pendientes. Pero se nos ocurre que el dato es más un síntoma de lo que ocurre que un obstáculo, que se podría resolver técnicamente de diferentes maneras. Lo que no tiene sentido es la inmovilidad institucional. Las disfunciones derivadas de un estatuto administrativo alejado de los problemas reales del tiempo de hoy generan deslegitimación de la actuación administrativa, ineficiencia en las empresas y desequilibrios macroeconómicos.

¹⁰ E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez: *Curso de Derecho Administrativo*, II, undécima edición, Madrid, 2008, pág. 675.