

SUBGRUPO DE TRABAJO REFORMA DE LA LEY DE TRANSPARENCIA

OBSERVACIONES A LA PONENCIA SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO Y REGÍMENES ESPECIALES

Severiano Fernández Ramos

Suscribo todas las propuestas sobre las que no formulo observación alguna.

a) Artículo 2:

i) a v) -

vi)

La remisión a actividades sujetas a Derecho Administrativo es marcadamente formalista, cuando lo cierto es que el Convenio núm. 205 se refiere a funciones de carácter administrativo, que es una noción material, y empleada por algunas leyes autonómicas (Ley 1/2014 Andalucía –art. 3.2-; Ley 12/2014 R. Murcia –art. 5.2-). Sugiero que se revise en este sentido, o, al menos, se incluya una mención en todo caso a la materia de personal y contratación (tal como también hacen otras leyes autonómicas, como Ley 8/2015 Aragón –art. 4.2-; Ley 1/2016 Galicia –art. 3.1-; Ley Foral 5/2018 –art. 2.2-). Téngase en cuenta que existe ya una sentencia del Supremo (STS 204/2021, de 16 de febrero, recurso 216/2029) que ha efectuado una interpretación restrictiva del alcance de la transparencia en relación con la actividad parlamentaria.

La disposición adicional octava de la LTAIBG dispone lo siguiente: «el Congreso de los Diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas regularán en sus respectivos reglamentos la aplicación concreta de las disposiciones de esta Ley». Con todo, no es claro el alcance de la remisión contenida en esta disposición (¿pueden estos reglamentos añadir límites o causas de inadmisión no previstos en la Ley, o ampliar el plazo de resolución?), por lo que se sugiere una mayor claridad en la remisión.

La mención del Banco de España es perturbadora, pues rompe con la unidad de los órganos constitucionales y estatutarios, al tratarse de una entidad de derecho público sin relevancia constitucional. Además, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, «el Banco de España quedará sometido al ordenamiento jurídico-privado, salvo que actúe en el ejercicio de las potestades administrativas conferidas por ésta u otras leyes», por lo que la exclusión afecta, de manera absurda, a la actividad logística de esta Entidad, lo que carece de sentido, y no sucede con ninguna otra entidad del sector público. En consecuencia, propongo que se suprima la mención del Banco de España del ámbito subjetivo, sin perjuicio de que, en la ordenación de la reclamación previa, se pueda disponer que sus actuaciones no estén sujetas a la revisión del CTBG, que parecer ser el objetivo de incluir al Banco de España en el artículo 2.1.

También es cuestionable la inclusión en este apartado del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social: son órganos consultivos, no vinculados ni el poder legislativo ni al poder judicial, por lo que su sujeción a la Ley debería ser plena y no limitada. Cabe recordar que, en cumplimiento de la Directiva 2003/4, la Ley 27/2006 incluye expresamente a los «órganos públicos consultivos» en su integridad -art. 2.4.1.c)-. Y en este sentido se han expresado algunas leyes autonómicas, que incluyen plenamente en su ámbito de aplicación a los órganos autonómicos equivalentes al Consejo de Estado y al Consejo Económico y Social (Ley 1/2014 Andalucía –art. 3.1.b)-, Ley 12/2014 R. Murcia –art. 5.1.d)-; Ley 8/2015 Aragón –art. 4.1.b)-).

Por otro lado, el CGPJ no es el único órgano que ejerce funciones gubernativas relativas al poder judicial, sino que también lo hacen, con subordinación al CGPJ, las Salas de Gobierno del TS, Audiencia Nacional y TSJ (art. 104.2 LOPJ). Debe recordarse que el Convenio núm. 205 obliga a incluir en el ámbito subjetivo del derecho a las «autoridades judiciales» «en cuanto realizan funciones administrativas según la normativa nacional propia», sin perjuicio de que puedan incluir a las autoridades judiciales «en lo que concierne al resto de sus actividades». Es decir, lo que puede quedar fuera del ámbito de la Ley es únicamente la actuación de la «autoridades judiciales» que no sea de ejercicio de funciones administrativas. Por ello, sugiero que se extienda esta sujeción limitada al CGPJ “y a los órganos del Poder Judicial en ejercicio de funciones gubernativas”.

Asimismo, tal vez debería incluirse expresamente a la llamada Administración Electoral, así como al Ministerio Fiscal, pues existe ya una doctrina del CTBG favorable a ello.

En relación con las instituciones autonómicas “análogas” debería quedar claro que las CC AA no pueden extender este régimen de transparencia limitado a órganos con funciones diversas a los estatales enumerados taxativamente, pues hay leyes autonómicas que han incluido a otras instituciones, como los consejos audiovisuales.

vii) -

b) Artículo 3:

De entrada, el encaje de las entidades del artículo 3 en el Título I de la Ley relativo a la «Transparencia de la *actividad pública*», es distorsionador, pues la actividad de los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales no puede, en modo alguno, ser calificada de actividad “pública” en un sistema democrático. Incluso es forzado calificar como “pública” la actividad privada de las entidades de la letra b) por el simple hecho de que sea subvencionada. Por tanto, sugiero que se replantee la ubicación sistemática de este artículo.

Cuando el artículo 3.b) de la LTAIBG se refiere a: “Las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas”, tal como precisa la Ley en el artículo 4, el artículo 3 debería también especificar que ha de tratarse de “entidades privadas” distintas de las incluidas en el artículo 2.1, esto es, de las integradas en el sector público.

En el caso de las entidades privadas de la letra a) es evidente que las obligaciones tienen un carácter permanente (así, se expresa el borrador de Real Decreto de desarrollo de la LTAIBG de 2019). En cambio, en el caso de las entidades de la letra b) la vinculación a la Ley está condicionada al cumplimiento de unos umbrales de cuantía o de porcentaje de financiación, y tanto para el cómputo de las ayudas y subvenciones percibidas («que perciban durante el periodo de un año»), como del conjunto de los ingresos de la entidad («ingresos anuales»), la Ley usa como referencia el periodo de un año. De este modo, es perfectamente posible que una entidad se encuentre sujeta a la Ley un año y al siguiente quede liberada de dicha sujeción. Y en estos casos se suscitan dudas sobre los elementos temporales de su sujeción a la Ley: ¿a partir de qué momento deben cumplir las obligaciones de publicidad?, ¿a qué período de tiempo han de referirse?, y ¿durante cuánto tiempo deben mantenerse publicada la información? Así, relación a la primera cuestión, ¿a partir de qué fecha queda sujeta la entidad a la Ley?, se aprecian ya criterios dispares. Algunas normas optan por años naturales vencidos (Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell) y otras disponen que la obligación de publicación de la información comenzará «en el momento en que se conceda la ayuda o subvención» que determine que la suma total de ayudas recibidas hasta esa fecha supere el umbral fijado en la LTAIBG (borrador de Real Decreto de desarrollo de la LTAIBG de febrero de 2018). Por todo ello, se sugiere que la Ley aclare la vigencia temporal de sus obligaciones.

c) Artículo 4:

Cuando el artículo 4 se refiere a «Las personas físicas y jurídicas *distintas* de las referidas en los artículos anteriores», en realidad incurre en una inexactitud, pues parece incluir también a los sujetos del artículo 3, cuando lo cierto es que las categorías de sujetos privados de los artículos 3 y 4 no son excluyentes. Así, una entidad de las incluidas en el artículo 3 puede ser beneficiaria de subvenciones (y por ello estar sujeta a obligaciones de publicidad activa) y, además, prestar un servicio público (y, por este motivo, estar incluida en el artículo 4). Esta inexactitud fue ocasionada por la inserción tardía del actual artículo 3, pero ha sido corregida por algunas Leyes autonómicas (Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.1-; Ley 1/2016 Galicia –art. 4.1-). Por ello, se sugiere que la Ley se refiera a «Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en el artículo 2.1».

Sobre el ámbito de las entidades, se sugiere que la referencia a entidades “que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas” se complete con «servicios de interés general o universal», tal como efectúa alguna ley autonómica (Ley 19/2014 Cataluña –art. 3.1-).

Cuando el artículo 4 establece que las entidades antes indicadas «(...) estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren *vinculadas*» (expresión que repite el artículo art. 17.1), a falta de un contrato o acuerdo, no está claro a qué se refiere la Ley. ¿Cuándo se produce esa “vinculación”? ¿Bastan las normales competencias de control y de fiscalización que las autoridades públicas ejercen sobre las entidades privadas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas”? ¿Es necesario un título específico? Piénsese la tendencia actual de desaparición de los títulos de tipo concesional e, incluso, de las autorizaciones administrativas.

Para mayor claridad, sería de interés, que en el artículo 4 o en el artículo 12, relativo a la noción de información pública, se explicitara, tal como hacen algunas leyes autonómicas (Ley 8/2015 Aragón -art. 7.1-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 5.3-; Ley 19/2014 Cataluña –art. 3.2-; Ley 1/2016 Galicia –art. 24.1-), que se considera información pública la información en poder de tales entidades relativa a las actividades directamente relacionadas con las potestades públicas que ejerzan y los servicios públicos que gestionen.

Finalmente, la LTAIBG no ha tenido en cuenta cómo se integra el requerimiento de la entidad del art. 2.1 a la persona del art. 4 en el marco del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. De entrada, la LTAIBG no precisa un plazo para el cumplimiento de este requerimiento. Esta omisión ha sido subsanada por algunas leyes autonómicas, que suelen fijar un plazo de quince días y ciertamente puede ordenarse por vía reglamentaria.

Ahora bien, si la persona requerida no cumple el requerimiento en el plazo fijado, la LTAIBG no contempla tampoco la adopción de medida coercitiva alguna. Esta laguna ha sido cubierta por varias leyes autonómicas que autorizan la imposición de multas coercitivas. Pero en el caso del Estado debe recordarse que esta omisión no puede ser cubierta por vía reglamentaria, pues la imposición de multas coercitivas requiere de específica cobertura legal –art. 103.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común-. Por ello, se sugiere que la Ley ordene directamente este medio de ejecución forzosa.

d) Disposición adicional primera

i) Eliminar la referencia a los interesados en el primer apartado.

No comparto en absoluto esta propuesta, pues supondría resucitar la vieja exigencia de la Ley 30/1992 de que el procedimiento al que se refiere la información haya terminado, exigencia que critica la propia exposición de motivos de la LTAIBG. Sería un paso atrás absolutamente injustificable, cuando el mandato del IV Plan es el de profundizar en la transparencia pública.

iv) Delimitar expresamente y con carácter tasado los regímenes especiales.

Creo que esta propuesta no es realista, pues es inviable tratar de impedir al legislador futuro ordenar nuevos regímenes especiales. Lo que sí cabe exigir, cosa que no hace la Ley vigente, son dos cosas: a) Que los regímenes especiales de acceso a la información se establezcan en normas con rango de ley para poder desplazar las reglas generales de la LTAIBG. b) En todos los casos, y cualquiera que sea la normativa aplicable, será aplicable la reclamación especial establecida en la LTAIBG.

Este es el criterio loable de la Ley Foral 5/2018 (D. A. 7ª). Además, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha reiterado la exigencia de que los regímenes especiales de acceso a la información se ordenen en “normas con rango legal” (ej., STS 748/2020, de 11 de junio, R.C. núm. 577/2019).