

ALEGACIONES DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACIA SOBRE EL BORRADOR DE REGLAMENTO LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y BUEN GOBIERNO

Actualmente se encuentra en plazo de audiencia e información pública (hasta el 31 de mayo de 2018) el borrador del Reglamento de la LTAIBG.

PRIMERO.- AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El borrador del Reglamento de desarrollo de la ley de Transparencia, Acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG) dedica un apartado específico a las obligaciones de transparencia activa de las Corporaciones de Derecho Público de ámbito estatal.

Por tanto, lo primero que hay que señalar es que el Reglamento limita su aplicación a este tipo de Corporaciones, por lo que, según su propio tenor literal, no se aplica a los distintos Colegios de Abogados al no tener ámbito estatal, pero sí al Consejo General de la Abogacía.

A juicio del CGAE esta restricción que no se encuentra recogida en el articulado de la LTAIBG supone una clara extralimitación reglamentaria, sin perjuicio de que la normativa autonómica que se ha ido aprobando ha contemplado (en ocasiones expresamente) la aplicación de la ley a las Corporaciones de Derecho público de su respectivo ámbito territorial.

No obstante lo anterior, la existencia de esta normativa autonómica no excluye ni mucho menos la aplicación de la ley estatal a estas entidades máxime si se tiene en cuenta que todavía hay CCAA que no han aprobado la correspondiente ley de transparencia, como la Comunidad de Madrid, por ejemplo, y que en todo caso en materia de transparencia la norma que se aplica siempre es la que establece el régimen de transparencia más amplio.

Efectivamente, el art. 2 de la LTAIPBG en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación de la norma es muy claro al establecer lo siguiente:

“1. Las disposiciones de este título se aplicarán a:

(...)

e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.

(...)”

Cosa distinta es que para determinar las obligaciones de transparencia existentes para las Corporaciones de Derecho Público de ámbito territorial limitado o no estatal (en nuestro caso los distintos Colegios de Abogados) haya que tener presente la normativa autonómica aprobada, máxime si se tiene en cuenta que de conformidad con el art.5.2 de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno “Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.” Sin embargo lo que el Reglamento no puede hacer es excluir de su ámbito de aplicación a estas Corporaciones de

Derecho Público de ámbito territorial limitado, máxime como cuando veremos en algunas CCAA todavía no se ha aprobado una ley de transparencia como ocurre por ejemplo con la Comunidad Autónoma de Madrid lo que dejaría al Colegio de Abogados de Madrid fuera del ámbito de aplicación de la LTAIBG.

Efectivamente, una cosa es que la normativa autonómica sea más favorable en cuanto a la transparencia que la estatal y por tanto resulte de aplicación preferente y otra cosa distinta es que se excluya la aplicación de la normativa estatal por vía reglamentaria. Así por ejemplo la Ley de transparencia de Castilla-la Mancha (Ley 4/2016 de 15 de diciembre) aunque parte de la misma premisa que la ley estatal (al considerar en su art.4. f) como sujetos obligados de la Ley “f) Las corporaciones de derecho público cuya demarcación esté comprendida en el territorio de Castilla-La Mancha, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo) recoge las obligaciones de transparencia activa en sus arts. 9 a 22 de forma mucho más extensa y detallada que en la Ley 19/2013 refiriéndose a “los sujetos del art.4.1” entre cuales están incluidas las Corporaciones de Derecho Público.

Por tanto consideramos que el proyecto de Reglamento de la LTAIBG no puede restringir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

SEGUNDO.- OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA. INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES DE LOS ARTS. 14 Y 15.

El art.6 del proyecto de Reglamento establece que “Serán de aplicación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa reguladas en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo, los límites al derecho de acceso a la información pública regulados en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.”

El art.6 del proyecto de Reglamento establece que “Serán de aplicación al cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa reguladas en las secciones 2ª, 3ª y 4ª de este capítulo, los límites al derecho de acceso a la información pública regulados en los artículos 14 y 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.”.

La Ley dispone en el art. 5 3 de la LTAIBG dispone que “Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.”

Pues bien, entendemos que el precepto reglamentario puede suponer una aplicación extensiva de los límites establecidos en los arts.14 y 15 en la medida en que los mismos se refieren fundamentalmente al derecho de transparencia pasiva dado que se recogen en el capítulo III de la misma (dedicado a la regulación del derecho de acceso a la información pública) siendo también avalada por la interpretación sistemática y por la lectura de la Exposición de Motivos.

En ese sentido, la lectura de la Exposición de Motivos es muy clarificadora al señalar que: “El capítulo III configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información –derivado de lo dispuesto en la Constitución Española– o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos. En todo caso, los límites previstos

se aplicarán atendiendo a un test de daño (del interés que se salvaguarda con el límite) y de interés público en la divulgación (que en el caso concreto no prevalezca el interés público en la divulgación de la información) y de forma proporcionada y limitada por su objeto y finalidad. Asimismo, dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios. Así, por un lado, en la medida en que la información afecte directamente a la organización o actividad pública del órgano prevalecerá el acceso, mientras que, por otro, se protegen –como no puede ser de otra manera– los datos que la normativa califica como especialmente protegidos, para cuyo acceso se requerirá, con carácter general, el consentimiento de su titular.

Por lo expuesto entendemos que este precepto reglamentario debe de ser objeto de una interpretación acorde con lo dispuesto en el art.5.3 teniendo en cuenta que las obligaciones de transparencia activa son establecidas directamente por el propio legislador por lo que se supone que ya ha realizado la ponderación de intereses en juego que se derivan de los jurídicos protegidos por los límites de los arts.14 y 15 por lo que no se precisa reiterarlos de nuevo mediante la aplicación del denominado “test del daño”.

TERCERO.- OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA ACTIVA DE LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO.

El borrador de Reglamento incluye en el art. 11 de su Sección 3ª bajo el epígrafe “Obligaciones de publicidad activa de las corporaciones de derecho público” una interpretación reglamentaria de las obligaciones contenidas con carácter general en los arts. 6, 7 y 8 de la ITAIBG en relación con las Corporaciones de Derecho Público lo que constituye una importante novedad

En concreto el precepto dispone lo siguiente:

“Las corporaciones de derecho público de ámbito estatal publicarán **como mínimo** la siguiente información:

1. Funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como su estructura organizativa en los términos del artículo 6 de la ley 19/2013, de 9 de diciembre.
2. La siguiente información económica y presupuestaria:
 - a. Los contratos celebrados conforme a la normativa de contratación pública, en su condición de poder adjudicador, con indicación de los extremos señalados en el artículo 8.1 a de la ley 19/2013 de 9 de diciembre
 - b. La relación de los convenios y encomiendas de gestión o encargos suscritos en el ejercicio de las funciones públicas que le hayan sido conferidas con indicación de los extremos señalados en el artículo 8.1. b de la ley 19/2013, de 9 de diciembre.
 - c. Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad.

- d. Los presupuestos, con descripción de las principales partidas e información actualizada y comprensible de su estado de ejecución
 - e. Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.
 - f. Las retribuciones anuales y en su caso, las indemnizaciones percibidas con ocasión del abandono del cargo por sus máximos responsables.
 - g. Aquella información que resulte relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y el control de la actividad pública.
3. A los efectos de las obligaciones de publicidad activa previstas tendrán la consideración de máximos responsables, los decanos y presidentes de los colegios profesionales y órganos similares de los consejos generales.”

Este precepto especifica respecto a las Corporaciones de Derecho público estatales las obligaciones de transparencia activa recogidas en los arts. 6, 7 y 8 de la Ley consagrando una interpretación de las reglas generales contenidas en la Ley habida cuenta de las dificultades interpretativas que se habían suscitado y que han dado lugar a sendos informes de la Comisión Jurídica del CGAE sobre el alcance que debe darse a las obligaciones de transparencia activa contenidas con carácter general en los arts. 6, 7 y 8 de la LTAIBG en el caso de Corporaciones de Derecho público dado que sólo se encuentran sometidas a la ley en cuanto a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo sin perjuicio de que con carácter voluntario puedan ampliar la información pública que proporcionan.

Pues bien, no hay nada que alegar a lo establecido en el apartado 11.1 respecto a la necesidad de informar acerca de funciones, normativa de aplicación y organización de las Corporaciones. Sin embargo pueden hacerse algunas precisiones respecto al apartado 2 referido a la información económica y presupuestaria. La primera es que dicho apartado no distingue entre la información que debe de proporcionarse en supuestos en que no hay obligación legal de información al no tratarse de supuestos de actuaciones sujetas al Derecho Administrativo. Esto es lo que ocurre por ejemplo con la obligación de informar acerca de los presupuestos, las cuentas anuales y los informes de auditoría de cuentas puesto que sin perjuicio de que sea procedente facilitar esta información la base no puede ser una obligación legal inexistente y menos por vía reglamentaria.

Analizando separadamente los distintos apartados, hay que señalar que en cuanto a los contratos que se celebren por una Corporación de Derecho Público el tenor literal del art.8 de la LTAIBG recuerda que debe de proporcionarse la información referida a todos los contratos sujetos a la normativa sobre contratación pública con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos.

Frente a esta regla general del art. 8.1 de la Ley el borrador de reglamento precisa que la información deberá referirse a todos los contratos celebrados conforme a la normativa de contratación pública, en su condición de poder adjudicador, con indicación de los extremos señalados en el artículo 8.1 a de la ley 19/2013 de 9 de diciembre.

Pues bien, según el art. 3.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 son Poderes Adjudicadores a efectos de dicha ley las Corporaciones de Derecho Público siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el apartado d) que se refiere a “ Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.”

Como puede apreciarse, no parece fácil que las Corporaciones de Derecho Público pueden llegar a tener la condición de Poder Adjudicador por lo que según el borrador de Reglamento los contratos que celebren no estarán sometidos a las obligaciones de transparencia en la medida en que al no ser Poderes Adjudicadores esos contratos tampoco quedan sometidos a la legislación sobre contratación pública. A nuestro juicio por esa razón sería más correcto precisar que la obligación del art. 8.1 de la LTAIBG se refiere únicamente a aquellos contratos que celebren las Corporaciones de Derecho Público que estén sujetos a la normativa sobre contratación pública

Por lo que se refiere a los convenios, encomiendas de gestión y encargos el borrador de reglamento precisa que se refiere únicamente a los que le hayan sido conferidos en virtud de las funciones públicas que desarrollan por lo que entendemos que es correcto. Lo mismo cabe decir respecto de la obligación de transparencia relativa a subvenciones o ayudas públicas.

Sin embargo consideramos que el borrador de Reglamento contiene una extralimitación al imponer obligaciones de transparencia activa más allá de lo establecido por la LTAIBG en lo que se refiere a las obligaciones de publicidad activa respecto de los presupuestos (con descripción de las principales partidas e información actualizada y comprensible de su estado de ejecución), las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan y las retribuciones anuales y en su caso, las indemnizaciones percibidas con ocasión del abandono del cargo por sus máximos responsables.

Efectivamente, estas obligaciones por imperativo de la ley solo se refieren a las actuaciones de la Corporación sujetas a Derecho Administrativo. Así lo recogen también las resoluciones del Consejo General de Transparencia y Buen Gobierno dado que el sometimiento de las Corporaciones de Derecho Público al ámbito de aplicación de la ley de transparencia se justifica precisamente por las finalidades preeminentemente públicas que ostentan, por las prerrogativas públicas que ejercen y por el carácter de actos administrativos que se derivan de la actividad colegial en sus decisiones sujetas al Derecho administrativo,

Es cierto que en el caso de instrumentos como los presupuestos o los informes de auditoría no es fácil realizar esa distinción en la medida en que pueden contemplar tanto ingresos de Derecho Privado (típicamente las cuotas de los colegiados) como subvenciones finalistas procedentes de las Administraciones Públicas (compensación por derecho de asistencia jurídica gratuita por ejemplo). Lo mismo cabe decir de los gastos. Y sin duda los principios de buena gestión y de rendición de cuentas aconsejan la transparencia en estas cuestiones, lo que también es una obligación de los Colegios Profesionales según su ley reguladora. Pero ello no

obsta a considerar que el borrador de Reglamento se extralimita en este apartado al realizar una interpretación que va más allá de lo que permite la ley reguladora por lo que entendemos que debería hacerse una referencia a que esta obligación de publicidad activa solo se refiere a las actuaciones sujetas a Derecho Administrativo.

Basta comparar el tenor del precepto reglamentario con el tenor literal del art. 8.1 d) de la Ley para apreciar que la obligación legal se refiere a las Administraciones Públicas al señalar que hay que proporcionar información de “d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución **y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.**”

A nuestro juicio no puede admitirse una trasposición de este precepto legal en vía reglamentaria que omita simplemente la parte final relativa a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera para sostener su aplicación sin más a las Corporaciones de Derecho Público.

Recordemos además que la STS de 28 de febrero de 2012 ya ha establecido en relación con los presupuestos de las Corporaciones de Derecho Público que estos no integran funciones públicas de manera que los fondos colegiales no solo financian funciones públicas sino también publicaciones, cursos de formación, páginas web, asesoramientos de diversa naturaleza y otros servicios de naturaleza privada. Siempre según esta jurisprudencia los acuerdos económicos y patrimoniales de los Colegios Profesionales tienen una evidente naturaleza privada y que no se incardinan en los denominados "actos adoptados en ejercicio de funciones públicas" del artículo 2, letra c) de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa hasta el punto de que la Jurisprudencia del Orden civil ha declarado que es competente para conocer sobre cuestiones de naturaleza privada de los Colegios Profesionales.

“Mutatis mutandis” lo mismo cabe decir de las auditorías e informes de fiscalización externos que recaigan sobre las cuentas.

Con respecto a las retribuciones e indemnizaciones de los máximos responsables hay que señalar que de nuevo el borrador de reglamento se extralimita al regular la obligación de transparencia activa de los máximos responsables de las Corporaciones de Derecho Público. En este caso la extralimitación se contiene, a nuestro juicio, en la determinación de quienes son esos altos cargos a efectos de las obligaciones de publicidad activa “decanos y presidentes de los colegios profesionales y órganos similares de los Consejos Generales”. Además de la incongruencia de referirse indistintamente a los máximos responsables de colegios y corporaciones profesionales de ámbito no nacional (a los que se supone que el borrador de reglamento no se aplica) y nacional entendemos que el borrador de Reglamento de la ley de transparencia no puede determinar –ni siquiera a los efectos de la transparencia activa– quienes son los máximos responsables de estas Corporaciones de Derecho Público sino que serán sus propias normas las que lo establecerán en cada caso. Dicho de otra forma, la obligación de transparencia activa se aplicará a esos máximos responsables que serán en cada caso los que determine su normativa específica. Recordemos que el texto de la LTAIBG habla solo de la publicidad activa de las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título (entre las que se encuentran las Corporaciones de Derecho Público).

Otra cosa es que este tipo de información u otra adicional se puede recabar en base a lo dispuesto en la propia Ley de Colegios Profesionales o se puede proporcionar voluntariamente por las Corporaciones afectadas pero entendemos que esto no es óbice para sostener que el borrador del Reglamento de la LTAIBG no debe de contener precisiones o interpretaciones que van más allá de lo previsto en la propia Ley.

Lucas Blanco Rey

Director de los Servicios Jurídicos

Abogacía Española