

Transparencia y empresas públicas

Emilio Guichot Reina

Catedrático acreditado de Derecho administrativo
Universidad de Sevilla
eguichot@us.es

1.- El diferente grado de aplicación de la LTBG a los diferentes sujetos obligados: las empresas públicas, menos obligaciones que las Administraciones públicas y más que las empresas privadas

La LTBG se aplica con distinto alcance en función del tipo de entidad. A nuestros efectos, interesa tan sólo retener que existen cuatro niveles de obligaciones:

Aplicación íntegra de la ley a las entidades de derecho público incluidas las entidades públicas empresariales

Las Administraciones territoriales y a todas las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las entidades públicas empresariales, están plenamente sometidas a todas las determinaciones de la LTBG, tanto en materia de publicidad activa como pasiva.

Aplicación parcial de la publicidad activa y total de la publicidad pasiva a las sociedades mercantiles y fundaciones públicas

Las sociedades mercantiles públicas (esto es, “en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100”) – entidades que no están incluidas en el ámbito subjetivo del CEADP ni de muchas de las leyes de acceso a la información en el Derecho comparado– están también sometidas a la LTBG, sin limitación, además, a las que desarrollen actividades públicas, incluyendo, pues, también a las de carácter industrial o mercantil. Nótese que no ha acogido el concepto, más amplio, de “poder adjudicador” del artículo 3.1.h) LCSP. Lo mismo ocurre con las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones, que son, en el ámbito estatal, las previstas en el artículo 44

de la Ley 30/1994, de Fundaciones, esto es, las “que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal” o las “que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más del 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. Se caracterizan además por el dato de que la mayoría de los miembros de sus patronatos ha de ser designada por una entidad del sector público y deben satisfacer actividades relacionadas con el ámbito competencial de dicha entidad. Forman parte del sector público (arts. 3.3 LGP y 2.3.1.f) LCSP y están sujetas a un régimen jurídico singular integrado por normas tanto de Derecho Público como de Derecho Privado. Cabe plantearse si el resto de fundaciones bajo el control de la Administración ha de entenderse incluido también en este concepto. Tanto sociedades mercantiles como fundaciones de capital mayoritariamente públicos están sometidas a las normas de publicidad activa y pasiva, pero con una salvedad respecto a la primera. La LTBG establece expresamente que no tienen la consideración de Administración Pública (artículo 2.2) y por ende, no han de publicar activamente aquellas informaciones que la Ley refiere de forma expresa a las Administraciones Públicas, en concreto, la relacionada con planes y programas (artículo 6.2) y la de relevancia jurídica (artículo 7).

Aplicación parcial de la publicidad activa a las entidades de capital privado que reciben fondos públicos

Junto a este criterio de incluir a todo el sector público, durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, y fruto de la presión social expresada en la consulta ciudadana, en los medios de comunicación y en la comparecencia de expertos, se abrió camino la idea de que todo el que recibe fondos públicos ha de dar cuenta de su uso. El principio fue generalmente aceptado, centrándose el debate en si las obligaciones de transparencia de entidades privadas que se nutren de fondos públicos debían regularse en la LT o en sus respectivas normas reguladoras. La marea de la transparencia y la oportunidad temporal hizo que finalmente se optara por la primera alternativa, eso sí, tan sólo respecto de la llamada “publicidad activa” (sin que frente a estas entidades se reconozca un derecho general de acceso a la información). De este

modo, se incorporó un nuevo artículo, el actual 3, que incluyó también a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales y las *entidades privadas* (parece que se excluyen las personas físicas) *que perciban durante el periodo de un año (parece que ha de entenderse como natural) ayudas o subvenciones públicas (parece que ha de entenderse del conjunto de administraciones, incluida la europea) en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 por ciento del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen, como mínimo, la cantidad de 5.000 euros.* Ahora bien, la incorporación de este artículo se llevó a cabo sin adaptar la dicción de los preceptos que regulan la publicidad activa, pensada, como revelan claramente los términos empleados, para su aplicación a entidades del sector público. Esto plantea el problema de determinar cuáles de las materias sometidas a publicidad activa les son de aplicación. Hay que descartar que lo sean aquéllas que la LT refiere específicamente a las Administraciones Públicas, máxime cuando el art. 2.2 define este concepto a sus efectos. Lo más cuestionable es si todas las demás materias sometidas a publicidad activa les son de aplicación, puesto que, como decimos, algunas tienen un claro referente a organizaciones públicas. A mi juicio, del sentido de la norma, dedicada al acceso a la información pública, y de su literalidad se desprende que lo único a lo que obliga la LT a las entidades privadas es a publicar información relativa a contratos, convenios y subvenciones públicas. A este respecto, el art. 8.2 dispone que “los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública.”. Hasta ahí, pues, resulta incuestionable que los contratos, convenios y subvenciones a publicar son los abonados con fondos públicos. Pero, ¿y el resto de las informaciones?

Criterio interpretativo del Consejo de Transparencia de la aplicación a las entidades privadas de la Ley de Transparencia

El CTBG, en su Criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo de 2015, sobre el alcance de las obligaciones de transparencia de las entidades privadas, ha interpretado que deben cumplir los principios generales de la publicidad activa, dar información sobre su estructura, organización y funciones (artículo 6.19 y también sobre la totalidad de materias del artículo 8.

Aplicación indirecta a los sujetos privados que prestan servicios públicos e ejercen potestades administrativas

Por último, el artículo 4 completa la regulación legal del ámbito de aplicación de la norma con la previsión de las *personas físicas y jurídicas distintas de las anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas* deben suministrar información previo requerimiento a la Administración a la que se encuentren vinculadas, para que éstas, a su vez, cumplan con las obligaciones de publicidad activa y pasiva que les incumben. Se plantea la importante cuestión de cuál es el alcance del concepto de “servicio público” aquí manejado, si estricto, esto es, relativo a actividades formalmente declaradas como tales, reservadas al Estado y prestadas, en su caso, mediante gestión indirecta, o bien equivalente a cualquier actividad que sea de interés general y sobre la que la Administración ejerza facultades de control o tutela, en particular, los servicios de interés económico general. Del contexto parece desprenderse más bien lo primero. La obligación de ofrecer la información requerida se extiende, como determina el artículo 4.1 *in fine* “a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”, lo que supone dejar la determinación de este extremo a la voluntad contractual de forma que me parece injustificada. Adviértase que la LTBG no prevé las consecuencias del incumplimiento de este deber.

2.- Los límites a la transparencia y el acceso a la información: en especial, el secreto comercial y la protección de datos personales

El listado exhaustivo de límites

La LTBG ha optado por establecer un listado de bienes cuya posible afectación en caso de concederse el acceso puede limitar el derecho en su artículo 14. Son los siguientes:

a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente. El listado del artículo 14 se complementa con un artículo posterior, el 15, dedicado al derecho a la intimidad y la protección de datos como límite, que comentaremos más adelante. Se trata de límites que exceden, como puede notarse, de los contemplados en el artículo 105 de la Constitución, todos los cuales conectan con un bien constitucional (bien que la política monetaria no sea ya competencia nacional). La LTBG parece acoger un sistema de lista cerrada (como podría deducirse de la dicción empleada (“[...] podrá ser restringido cuando [...]”).

La necesidad de su aplicación al caso mediante ponderación y no por bloques de materias. La posibilidad de prevalencia del interés público o privado superior

La formulación de los límites es indiscutiblemente abstracta, pero que, en mi opinión, no cuenta con alternativa razonable, pues la realidad es tan proteica que el intento de una definición en positivo resulta un esfuerzo vano abocado al fracaso. Se trata de un campo abonado para la permanente y gradual tarea de perfilar la ponderación a que en cada particular supuesto haya de llegarse a ejercer por los sujetos obligados, en primer término, por la autoridad independiente de control, en segundo y destacado lugar, y por los tribunales, que tienen la última palabra. Su aplicación está sometida al test del perjuicio. Además, permite que incluso en los casos en que el acceso suponga un perjuicio para los bienes en cuestión pueda prevalecer el interés público o privado en conocer la información si éste es juzgado “superior”. Aparece aquí como clave de bóveda el principio de ponderación. La referencia al “interés privado superior” es

contraria a principios bien asentados y muy generalizados en el Derecho supranacional y comparado, y supone un grave desconocimiento del fundamento del derecho de acceso, que no es un derecho instrumental al servicio de la protección de otros derechos, sino un derecho autónomo al servicio de la transparencia, la participación y el control de la actuación pública, conectado con el Estado democrático y, por ende, al margen de cualquier distinción en función de la motivación que pueda tener el solicitante (que, por ello mismo, no exige).

El acceso parcial

El principio de maximización del derecho lleva a que las restricciones tengan el mínimo alcance necesario, lo que conecta con el principio de acceso parcial, conforme al cual en los casos en que la aplicación de alguno de los límites no afecte a la totalidad de la información se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido, en cuyo caso, deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.

Las relaciones entre transparencia y protección de datos

Un artículo específico se dedica a la relación entre transparencia y protección de datos, que presenta múltiples perfiles. Las solicitudes de información que contengan datos personales de terceros se regían por la LTBG y sólo en el caso de que los únicos datos contenidos sean los del propio solicitante de información sería de aplicación la normativa sobre protección de datos. En el caso de contener datos especialmente protegidos (categoría acuñada en la normativa sobre protección de datos) la regla es la denegación del acceso salvo consentimiento expreso y por escrito del afectado. En los demás casos, prevalece *ex lege* de la transparencia a los datos relacionados con la organización, el funcionamiento o actividad pública del órgano cuando sean “meramente identificativos”. Se trata de una transposición mimética de lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que tiene otra finalidad, cual es la de excluir directamente esos datos de su ámbito de aplicación. El

apartado siguiente contempla un criterio general de ponderación de la publicidad de información que no contiene datos especialmente protegidos. La LTBG dispone que no es de aplicación el límite de la protección de datos cuando éstos se encuentran disociados (lo que tautológico, por cuanto en ese caso la información deja de contener de ser datos personales), y que al tratamiento posterior de la información personal obtenida le será de aplicación la normativa sobre protección de datos (si bien no está de más recordar que dicha normativa tiene como presupuesto la integración de los datos en ficheros y su tratamiento, es decir que, fuera de esos presupuestos, no cabe invocar la normativa sobre protección de datos para impedir la divulgación general por el solicitante de información de la obtenida conforme a la LTBG). A sugerencia de la AEPD se añadió al proyecto de LTBG lo que se convirtió en la disposición adicional quinta sobre colaboración con la AEPD, que prevé que el CTBG y la AEPD adopten conjuntamente las resoluciones que sean necesarias a fin de determinar los criterios de aplicación de estas reglas, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma, de conformidad con lo dispuesto en la LTBG y en la LOPD.

Criterios interpretativos del Consejo de Transparencia sobre las relaciones entre transparencia y protección de datos

El CTBG, junto con la AEPD, ha adoptado hasta la fecha tres criterios interpretativos sobre los límites:

-El 1/2015, de 24 de junio de 2015, gira en torno al “alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios”, en el que viene a concluir que respecto del conjunto de informaciones señaladas, excluyendo las retribuciones, son datos meramente identificativos que deben facilitarse a los solicitantes de información salvo que concurra respecto de algún empleado público alguna situación específica (p. ej., amenazas para su integridad); y

que, respecto de las retribuciones, incluyendo complemento de productividad, que no son ya datos meramente identificativos, deben facilitarse cuando se traten de personal eventual de asesoramiento y especial confianza, personal directivo y personal no directivo de libre designación hasta nivel 28, en cómputo anual y en términos íntegros, sin incluir deducciones ni desglose de conceptos retributivos, y a salvo de nuevo de situaciones especiales que hagan que prevalezca la reserva.

-El 2/2015, de 24 de junio de 2015, sobre “aplicación de los límites al derecho de acceso a la información”, básicamente reitera lo establecido en la LTBG.

-El 4/2015, de 23 de julio de 2015, sobre “publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita”, concluye que al ser ambos elementos datos personales no especialmente protegidos ni meramente identificativos, es necesaria una ponderación, que le lleva a determinar que no es necesaria la inclusión del número del DNI en la publicidad ni la firma manuscrita que, en el caso de pertenecer a titulares de órganos administrativo, se puede sustituir por una constancia de que el original ha sido efectivamente firmado.

3.- Las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la unificación del control en la jurisdicción contencioso administrativa

Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, del sujeto ante el que se presentó la solicitud), sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una reclamación potestativa ante una autoridad independiente, de la que se hablará más adelante. Se trata de una reclamación sustitutiva de los recursos administrativos, allí donde cupieran (pues no todos los sujetos obligados son Administración pública ni se rigen por la Ley de procedimiento administrativo, como es el caso de las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público). El plazo para interponerla es de un mes, sin distinción entre decisiones expresas o presuntas. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución es de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada, lo cual, por las razones antes dicha respecto de las solicitudes, me parece

razonable. Las resoluciones, además de ser notificadas a los interesados y una vez que ésta se haya producido, se publicarán “previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos en que se establezca reglamentariamente”, previsión que me parece afortunada pues el conocimiento de los criterios interpretativos resulta esencial en una materia tan abierta como ésta. Se dispone también, en esta línea, la comunicación de las resoluciones a los Defensores del Pueblo respectivos y la elaboración y presentación de Memorias anuales.

4.- El régimen sancionador

Es un dato contrastado el elevado porcentaje de solicitudes de información que, bajo el régimen anterior, quedaron sin respuesta. Curiosamente, por aplicación de las reglas de la LRJAP-PAC, regía en estos casos el silencio positivo, pero se combinaron mezcla de poco empeño en los demandantes de información, obstáculos en forma de tiempo y dinero para obtener por vía judicial una información en muchos casos desprovista de valor por el paso del tiempo y en ocasiones un deficiente entendimiento de las reglas del silencio por los propios tribunales contencioso-administrativos. Cuando se tramitó el anteproyecto de ley de transparencia, una de las reclamaciones de los expertos mediáticas y ciudadanas más repetidas fue la previsión de sanciones en caso de incumplimiento, sobre todo para compensar la poca disuasión de incumplimientos propia del silencio negativo. La LTBG es muy parca en lo que se refiere al régimen sancionador por el incumplimiento de sus previsiones. Tan sólo, y ante las críticas que suscitó durante la tramitación pre-parlamentaria y parlamentaria a ausencia de previsión de sanciones, castiga como infracción grave a los efectos de la normativa de régimen disciplinario los incumplimientos reiterados de las obligaciones de publicidad activa (art. 9.3) o de la obligación de resolver en plazo las solicitudes de acceso (art. 20.6). Por contraste, algunas leyes autonómicas han cubierto esta laguna, regulando extensamente un régimen de sanciones disciplinarias de altos cargos y personal al servicio de las Administraciones públicas, y administrativas de los sujetos privados sometidos a la normativa sobre transparencia.

Anexo: resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que afectan a entidades públicas empresariales y a sociedades mercantiles de capital público (objeto de comentario y debate en clase)

- Resolución 63/2015, de 2 de julio, entidad Pública empresarial RED.ES
- Resolución 84/2015, de 17 de junio, Sociedad Estatal para la Gestión de la Innovación y las Tecnologías Turísticas, S. A. (SEGITTUR)
- Resolución 87/2015, de 1 de julio, Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR)
- Resolución 105/2015, de 9 de julio de 2015, RTVE, S. A,
- Resolución 110/2015, de 13 de julio, Entidad Estatal Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo (EETPFE)
- Resolución 148/2015, de 20 de julio de 2015, Instituto de Crédito Oficial (ICO)
- Resolución 168/2015, de 29 de julio de 2015, Renfe Cercanías y Renfe FEVE
- Resolución 186/2015, de 9 de septiembre, empresa Pública Correos, S. A.
- Resolución 203/2015, de 24 de septiembre, RTVE, S. A.
- Resolución 219/2015, de 16 de octubre de 2015, Grupo de Empresas de Transformación Agraria, Sociedades Anónimas, TRAGSA