

## El proyecto de Ley de Transparencia: transparencia de la actividad pública y publicidad activa.

[BIB 2013\574](#)

**Francisco Javier Enériz Olaechea.**

Doctor en Derecho

**Publicación:** Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2013 parte Tribuna

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

### I. Introducción. La **transparencia** de la actividad pública

Pocas veces en los últimos tiempo ha adquirido la expresión « **transparencia** » tanta relevancia y tanto uso en prácticamente todos los ambientes. Es un término que se ha puesto de moda, que se repite como un «mantra», como si con su invocación se buscara la poción mágica, el bálsamo de Fierabrás, capaz de curar los, por desgracia, tan abundantes males de la corrupción política y de otros órdenes que manchan la geografía española de punta a punta.

**Transparencia** , sí. Para saber qué ha ocurrido. **Transparencia** , sí. Para prevenir antes que curar, y evitar que no vuelvan a repetirse en esta magnitud casos escandalosos de corruptelas de todo orden y condición y a todos los niveles, no solo públicos, sino financiero-bancarios o de partido. **Transparencia**, si, en fin, para devolver cuanto antes al anonadado ciudadano la confianza en el sistema democrático y en sus instituciones públicas.

Pero si el reclamo de « **transparencia** » se extiende como panacea para poner coto a tanto desmán, no parece que el proyecto de Ley «de **transparencia**, acceso a la información pública y buen gobierno» que el Gobierno ha remitido a las Cortes Generales, en su actual redacción, sea la mejor solución técnico-jurídica para dar satisfacción a esta sentida y extensa demanda social.

Bienvenida sea, desde luego, una ley de **transparencia** . Ahora bien, no deja de ser paradójico es que, si, como han anunciado nuestros dirigentes políticos, tantas ventajas promete una ley de **transparencia** , si, como se apunta en el preámbulo del anteproyecto, «los países con mayores niveles en materia de **transparencia** y normas de buen gobierno» cuentan con leyes como esta, ¿por qué se ha tardado tanto, no ya en remitir un proyecto de ley, sino en aprobarlo y aplicarlo?

Entre tanto, seguimos rigiéndonos, salvo contadas excepciones sectoriales (como el medio ambiente y por exigencia de la Unión Europea) o territoriales (como Navarra, donde hace un año se aprobó la primera ley de **transparencia** , aunque limitada a la Administración foral o autonómica), por el restrictivo e insuficiente artículo 37 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). A tenor de este precepto legal el derecho de acceso del ciudadano a registros y documentos administrativos solo procede cuando concurren los tres siguientes requisitos: a) los documentos formen parte de un expediente, b) obren en archivos administrativos, y c) correspondan a procedimientos administrativos terminados en la fecha de solicitud. O sea, como ocurre en realidad, hay que esperar a que el procedimiento esté concluido para intentar enterarse de algo, y eso si la autoridad competente se aviene a permitir el acceso al documento por considerar que la información está sujeta a Derecho administrativo, no lesiona el interés público o la seguridad pública, no hay perjuicios para terceros y no se perjudica la eficacia del funcionamiento de los

servicios públicos. Por tanto, el proyecto de Ley de **Transparencia** trata de cambiar las cosas, aunque otra cosa será que lo logre.

## II . El proyecto de ley de **transparencia**

Sea cual sea la realidad, lo cierto es que, por fin, en septiembre de 2012 llegó al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de **transparencia**, acceso a la información pública y buen gobierno.

Sin embargo, lejos de acelerarse su tramitación y aprobación, después de haberse anunciado con trompetas y timbales su aprobación por el Consejo de Ministros y su remisión a las Cortes Generales, el proyecto ha sufrido un notable parón en el Congreso de los Diputados, sin conocerse con exactitud las razones ciertas de este retraso y a la espera ahora de que expongan su parecer sobre el texto algunos expertos en la materia.

Hasta ahora se han dado algunos pasos más que en la Legislatura anterior. En esa, el Gobierno también anunció una ley de **transparencia** y acceso a la información pública. Incluso redactó un anteproyecto de ley, pero el texto no llegó siquiera a remitirse al Congreso de los Diputados por el adelanto electoral de noviembre de 2011. En cambio, en esa misma anterior legislatura, el grupo mayoritario de la oposición -hoy en el Gobierno- remitió en julio de 2011 una «proposición de ley relativa a la **transparencia**, acceso a la información pública y buen gobierno», que tampoco se debatió por la convocatoria de elecciones.

### 1 . El objeto del proyecto de Ley

Según su artículo 1, el objeto del proyecto de Ley de **Transparencia** es triple y responde al título de la ley: ampliar y reforzar la **transparencia** de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a la actividad pública y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Los tres objetivos requieren de precisiones. La primera que hablar de «ampliar y reforzar la **transparencia** » no deja de ser una verdad a medias, porque, a la vista de nuestro ordenamiento jurídico vigente, afirmar que hoy ya existe **transparencia** de la actividad pública no es cierto; la regla general es, precisamente, la contraria: la opacidad en la actividad pública y la dificultad para acceder a la información pública, que solo se conoce, en lo que se conoce, a través de los medios de comunicación. La segunda que la verdadera innovación jurídica está en el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, donde se anticipan las previsiones del Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, aunque con algunas previsiones tan nefastas y poco admisibles hoy como la del silencio administrativo negativo. La tercera que las obligaciones del buen gobierno y las consecuencias derivadas de su incumplimiento solo alcanzan a la Administración del Estado. La cuarta, que es positiva, es que la **transparencia**, el acceso a la información y el buen gobierno se proyectan sobre la «actividad pública», un concepto que es mucho más amplio y gratificante para el ciudadano que el limitado de la actividad administrativa que contempla hoy la [LRJPAC \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) y que esta restringe todavía más a los documentos administrativos que formen parte del expediente administrativo en un procedimiento administrativo finalizado y sujeto al Derecho Administrativo.

En el proyecto de Ley, la **transparencia** alcanza a cualquier aspecto de la actividad pública, en su concepto más amplio, por lo que se extiende a cualquier información, esté o no en un expediente administrativo, sin necesidad de que se relacione con un procedimiento administrativo y sin que tenga que estar sujeto al Derecho administrativo.

De ahí que el proyecto de Ley supere y modifique, con acierto, los artículos 35 h) y 37 de la LRJPAC, y reconozca un derecho universal de los ciudadanos a acceder a la información pública y a los archivos y registros administrativos (lo que es tanto como reconocer la mayor amplitud material y diferencia de la información pública respecto de los otros dos conceptos más limitados de archivos y

registros), cuyo ejercicio remite a lo que disponga esta nueva Ley, lo que es un paso adelante muy importante en la **transparencia** de la actividad pública.

No hay aquí colisión alguna con el artículo 105 b) de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) , que reenvía a la ley la regulación del acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. El proyecto de Ley de **Transparencia** reconoce este derecho, lo amplía en su contenido respecto a la vigente redacción de la LRJPAC y lo extiende a cualquier información relacionada con la actividad pública, más allá de lo estrictamente jurídico-administrativo. Es, pues, un avance notable y es obligado reconocerlo.

## 2 . El ámbito subjetivo del proyecto de Ley. Los que están dentro del proyecto

En el artículo 2 del proyecto de Ley se encuentra uno de los mayores caballos de batalla del texto y una de sus mayores críticas. El proyecto de Ley establece que las disposiciones sobre la **transparencia** en la actividad pública se aplicarán a tres grandes grupos:

El primero son *las Administraciones públicas* , concepto en el que entran todas las Administraciones, tanto las territoriales (estatal, autonómica y local), como institucionales derivadas o dependientes de las anteriores. La idea es sencilla: cualquier Administración pública, por el hecho de serlo, queda sujeta a lo dispuesto en el proyecto de Ley y, en definitiva, obligada a ser transparente.

El segundo comprende *determinadas entidades del sector público* , como las corporaciones de Derecho público cuando realicen actividades sujetas a Derecho administrativo y solo en esa parte de su actividad, las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación de las Administraciones públicas sea superior al 50 por cien, y las fundaciones del sector público. No quedan sujetos, pues, a las reglas de **transparencia** y publicidad activa los actos de las Corporaciones de Derecho Público que no sean administrativos, por lo que se excluyen los actos laborales, mercantiles o civiles, y eso plantea una dificultad y una crítica al texto de la disposición, pues indudablemente muchos actos sujetos al Derecho privado tienen relevancia pública y, por ello, se consideran «actividad pública» por su interés público: piénsese en contratos civiles, laborales, mercantiles, actos sobre los altos cargos, contabilidad, etcétera.

El tercer grupo integra *los órganos e instituciones constitucionales y, en su caso, de las Comunidades Autónomas* equivalentes, tales como las Cortes Generales (igual el Congreso de los Diputados que el Senado), el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, y las instituciones autonómicas análogas. Lo que se somete a la Ley de **Transparencia** es «lo relativo con sus actividades sujetas a Derecho administrativo», quedando las demás excluidas, entre ellas, las que integran su función constitucional o autonómica esencial.

## 3 . El doble grado de exigencia de la **transparencia**

El alcance del deber de **transparencia** que establece el proyecto de Ley no es igual para cada uno de estos tres grupos que hemos citado. Varía según la naturaleza jurídica de cada entidad, hasta el punto de que pueden distinguirse dos grados o niveles distintos de exigencia legal:

La *exigencia plena de **transparencia*** , que alcanza a toda la actividad pública de las Administraciones públicas y entidades de derecho público del primer grupo. Esta exigencia se traduce en que a estas Administraciones les son aplicables y exigibles los mandatos contenidos en los artículos 4, 5, 6 y 7.

La *exigencia menos plena de **transparencia***, que solo alcanza a la actividad administrativa, esto es, a aquellos actos y disposiciones que estén sujetos al Derecho administrativo (en materia de personal, contratación administrativa, administración o gestión de su patrimonio) de las instituciones constitucionales o autonómicas equivalentes. A estos órganos, instituciones y corporaciones solo les son exigibles los mandatos de los artículos 4 (principios generales), 5.1 (información institucional y

organizativa) y 7 (información económico, presupuestaria y estadística), sin que se vean nítidas las razones por las que no les puedan alcanzar algunos de los contenidos de los artículos 5.2 y 6, por ejemplo, planes y programas, evaluaciones, indicadores de actividad, instrucciones, circulares, respuestas a consultas, proyectos de reglamentos, memorias e informes u otros documentos.

No queda claro en el proyecto de ley, y debería aclararse durante la tramitación legislativa, cuál de los dos grados anteriores de exigencia de la **transparencia** es aplicable a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público: si el completo, igual que una Administración pública (son entes instrumentales de la Administración bajo el ropaje del Derecho privado), o el parcial, igual que una corporación de derecho público (que puede realizar tanto actos de Derecho público como de Derecho privado). En mi criterio, en la medida en que no son «Administraciones públicas» *stricto sensu*, sino sociedades mercantiles y fundaciones insertas en el sector público que realizan determinadas funciones que guardan relación, directa o indirecta, con lo público o con alguna relevancia pública, quedan sujetas a las exigencias de **transparencia** al igual que una corporación de derecho público.

#### 4 . La **transparencia** y la **publicidad activa** de las **Administraciones públicas**

Ya se ha dicho que todas las Administraciones públicas, sin excepción, están obligadas a cumplir las disposiciones de publicidad activa que establecen los artículos 4 a 7 del proyecto de Ley de **Transparencia**.

El legislador habla de «publicidad activa» por contraposición al término «publicidad pasiva», aunque este último no se emplee en el texto del proyecto de Ley. La primera expresión da idea del deber legal que tiene la Administración de publicar una determinada información que la Ley fija de antemano y de actuar positivamente para ello, poniendo los medios instrumentales y los contenidos materiales que sea menester para que los ciudadanos puedan conocer esa información a través de internet, al margen de que un ciudadano solicite esa información. Hay, en consecuencia, en la actividad pública un deber de actuar por parte de la Administración hacia una pluralidad indeterminada de ciudadanos. En cambio, la «publicidad pasiva» se identifica con el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. En este segundo supuesto, la Administración adopta inicialmente un papel de espera, una posición pasiva frente al ciudadano, y es el ciudadano el que tiene un derecho para actuar y solicitar la información que desee, mediante la presentación de la correspondiente solicitud, dirigida al órgano administrativo o entidad que posea la información (artículo 14.1 del proyecto de Ley). Es, a la vista de esa petición individual de información que presenta el ciudadano, cuando la Administración ha de resolver, conforme a Derecho, acerca de si concede o deniega el acceso a la información y notificar la resolución al solicitante (artículo 17.1).

La publicidad activa obliga a difundir de forma permanente la información que sea más relevante para garantizar la **transparencia** de la actividad de la Administración o institución pública. El cumplimiento de este deber de publicidad activa por cada Administración o institución se efectúa a través de sus correspondientes sedes electrónicas y páginas de web. Estamos, por tanto, ante una información accesible electrónicamente.

La información que se publique ha de ser clara, estructurada y entendible por los interesados, y ha de responder a los principios de accesibilidad, interoperabilidad, calidad, reutilización, identificación y localización. Como es lógico, y aunque no se diga en el texto del proyecto, dicha información también ha de ser veraz, esto es, contrastada y tenida por cierta, y, en caso necesario, rectificadora para que lo sea.

Para que no se publique sólo aquello que se quiere y, por el contrario, no se publique lo que no se quiere, ha de ser la Ley la que determine el contenido mínimo de la publicidad activa, esto es, de la información pública que se considera más relevante para los ciudadanos. Así, el proyecto de Ley obliga a las Administraciones públicas a facilitar el acceso a los ciudadanos a tres tipos de contenidos de información, que se mencionan en los artículos 5 a 7:

A) La *información institucional, organizativa y de planificación*, que consiste en el deber de

publicar información relativa a sus funciones, la normativa que les es de aplicación, su estructura orgánica y la identificación de los responsables de sus diferentes órganos. También se incluye aquí la publicación de los planes y programas anuales y plurianuales y los resultados alcanzados, junto con los indicadores de medida y su valoración.

B) La *información de relevancia jurídica*, que supone el deber de publicar las circulares, instrucciones o respuestas a consultas que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos, los anteproyectos de disposiciones legislativas y reglamentarias (una vez que se hayan solicitado los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes), las memorias e informes de los expedientes de elaboración de textos normativos, y los documentos que legalmente deban someterse a información pública durante su tramitación.

c) La *información económica, presupuestaria y estadística*, que conlleva el deber de hacer pública la información de los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria referida a: contratos, convenios, subvenciones o ayudas públicas concedidas, presupuestos con su estado de ejecución por partidas presupuestarias, cuentas anuales, informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por órganos externos, retribuciones anuales de los altos cargos y máximos responsables, indemnizaciones percibidas con ocasión del abandono del cargo, resoluciones sobre compatibilidad o incompatibilidad de actividades privadas que se realicen por miembros del gobierno y altos cargos, declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales, e información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

Sin lugar a dudas, desde el punto de vista del control de la actividad administrativa por los ciudadanos y por los medios de comunicación social, esta última información, la económica-presupuestaria, se presenta como la de mayor interés y es la que, en realidad, permite un mejor y mayor conocimiento del gasto público por parte de los gobernantes.

En su artículo 8, el proyecto de Ley faculta a la Administración General del Estado para crear y desarrollar un Portal de la **Transparencia**, dependiente del Ministerio de la Presidencia, dirigido a facilitar el acceso de los ciudadanos a «toda» esta información, así como a la información que se solicite con mayor frecuencia por estos. Se trata de un portal web que pretende servir de canal de publicación de toda la información a que obliga el proyecto de Ley, y que se concibe como «un único punto de acceso», para que cualquier ciudadano, de cualquier punto de España, pueda obtener toda la información disponible. Sin embargo, el propósito de universalidad, globalidad y complitud de información se viene al traste desde el momento en que el legislador se ve obligado a reconocer que este Portal no es legislación básica y, por lo tanto, no es obligatorio para las Administraciones e instituciones autonómicas, aunque sí lo será para las restantes Administraciones públicas (disposición final octava). Sin embargo, conviene insistir en que toda Administración pública, sea estatal, autonómica, local, institucional o corporativa, tiene el deber de publicar la información a que se refieren los artículos 5 a 7 en sus sedes electrónicas y páginas web, y este deber sí que es legislación básica y, por tanto, de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas.

Es suficiente comparar la información relacionada en los artículos 5, 6 y 7 del proyecto de Ley con la que exige publicar activamente el artículo 13 de la [Ley Foral 11/2012, de 21 de junio \(LNA 2012, 178, 227\)](#), de la **Transparencia** del Gobierno Abierto, de la Comunidad Foral de Navarra, para concluir que, en términos generales, la ley navarra es más generosa y amplia, o, cuando menos, más detallada en su descripción que el actual proyecto de ley estatal. Por tanto, tras esa comparación, se puede concluir que todavía queda un amplio margen de mejora del proyecto de Ley para incrementar el contenido de la información de las Administraciones públicas que ha de hacerse pública, y es de esperar que en el debate parlamentario se dé ese incremento.

## 5 . La **transparencia** y la publicidad de los órganos constitucionales del Estado

La inclusión en el artículo 2.1, letra f), del proyecto de Ley del «Congreso de los Diputados, el Senado el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las

instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo» plantea una duda de primer orden e importantes consecuencias.

Constitucionalmente, ¿deben estar estas instituciones en el ámbito subjetivo de una futura Ley de **Transparencia**? O dicho de otro modo, ¿respetaría esta ley, si llega a aprobarse, por su rango de ley ordinaria, las exigencias constitucionales de regulación por ley orgánica de los órganos constitucionales a los que se aplica? Y, dado el Estado autonómico en que vivimos, ¿respetaría esta Ley, si llega a aprobarse, la competencia que han asumido estatutariamente las Comunidades Autónomas para regular sus propias instituciones de autogobierno o aquellas otras que puedan crear conforme a su potestad de autoorganización y sean equivalentes a las institucionales constitucionales mencionadas?

Como se ha dicho, el proyecto de Ley de **Transparencia** solo somete a la **transparencia** de la actividad pública de estas instituciones «lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo». De esta manera, la **transparencia** de la actividad pública no se predica en modo alguno del ejercicio de la función institucional o principal que tengan encomendados estos órganos constitucionales o estatutarios. Con ello, el legislador quiere respetar la función constitucional de estas instituciones o sus equivalentes autonómicos. Se trata de instituciones constitucionales o autonómicas de autogobierno. No son, pues, Administraciones públicas, ni puede considerárselas nunca como tales, ni siquiera legislativamente, ni equipararse con ellas. Lo relevante de estas instituciones, constitucionales o autonómicas, es que forman parte del Poder Legislativo (como las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas), del Poder Judicial (como su Consejo General), o constituyen órganos de la más alta magistratura (como el Tribunal Constitucional) o son fiscalizadores al más alto nivel de la actividad institucional (como el Tribunal de Cuentas o el Consejo de Estado). El hecho de que realicen actos y disposiciones en materia de personal, administración o gestión patrimonial y de que la juridicidad de estos actos esté sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, para que no haya espacios de impunidad en un estado de Derecho, y así lo reflejen los artículos 58 y 74 de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y 10.1 y 12.1 de la [LJCA \(RCL 1998, 1741\)](#), no convierte a todas estas instituciones u órganos en Administraciones públicas, ni los inserta en el Poder Ejecutivo, como erróneamente se cree a veces.

No deja de ser paradójico que cuando, en julio de 2011, el Partido Popular presentó la Proposición de Ley relativa a la **transparencia**, acceso a la información pública y buen gobierno (quien presentó la proposición fue la actual Vicepresidenta del Gobierno), el ámbito de aplicación de la proposición lo fueran la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de esas Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas (artículo 2). Sin embargo, ahora el Gobierno incluye a instituciones y órganos constitucionales y equivalentes en el proyecto de Ley y ello no deja de plantear dudas acerca de la constitucionalidad de esta inclusión cuando se trata de órganos cuya regulación es, en su mayoría, objeto de ley orgánica o de reglamentos que requieren mayoría absoluta o, en el caso de los órganos autonómicos, su regulación se rige por lo que dispongan los Estatutos de Autonomía y las leyes autonómicas que se dicten en su desarrollo.

Si se lee detenidamente el proyecto de Ley, estas instituciones quedan obligadas a publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la **transparencia** de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (artículo 4.1).

Ahora bien, en el caso del Congreso de los Diputados y del Senado, por ser cámaras del Poder Legislativo, creo que debería ser su Reglamento el que regulase la **transparencia** de su actividad pública, incluida la puramente administrativa, puesto que el artículo 72.1 de la Constitución remite a esta fuente normativa la regulación del funcionamiento interno de las cámaras, cuya aprobación requiere mayoría absoluta en la votación final sobre la finalidad del texto. Además, este precepto reconoce la potestad de cada Cámara de aprobar su respectivo presupuesto, la aprobación del Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Como poder legislativo y separado de otros que son, no se compadece bien tampoco con su naturaleza e independencia que el Congreso de los

Diputados y el Senado tengan que publicar su actividad «administrativa» de contratación, presupuestos, cuentas anuales, retribuciones de sus responsables, cesantías, compatibilidades y estadísticas en un portal del Ministerio de la Presidencia. Pudiera ser que, de aprobarse este artículo 2.1 f) del proyecto de Ley tal como está, por ser una ley ordinaria, no respetase la autonomía del Congreso y del Senado, por muy loable que pueda ser el propósito de aplicar a su actividad administrativa los principios de **transparencia** y publicidad activa, y, en consecuencia, que esta disposición no se ajuste a las previsiones de la Constitución.

Algo muy similar ocurre con el Consejo General del Poder Judicial. Es el órgano de gobierno del Poder Judicial, como dispone el artículo 122.2 de la Constitución. Este precepto constitucional remite a una Ley Orgánica el estatuto de este órgano constitucional y sus funciones. Parece lógico, en términos constitucionales, que sea la Ley Orgánica del Poder Judicial la que establezca las exigencias de **transparencia** y publicidad de su actividad pública, si quiera sea de la sujeta al Derecho administrativo.

El Tribunal Constitucional se configura como un órgano constitucional cuyo funcionamiento y estatuto de sus miembros demanda el artículo 165 de la Constitución que sea regulado por una ley orgánica. También parece lógico que sea la [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional \(RCL 1979, 2383\)](#) la que recoja las exigencias de **transparencia** y publicidad de su actividad pública, que afecta, entre otros aspectos, a sus contratos, convenios, retribuciones de sus máximos responsables, incompatibilidades y estadísticas.

El Consejo de Estado también es un órgano constitucional, que se configura como órgano consultivo del Gobierno y cuya composición y competencia es objeto de Ley Orgánica (artículo 107 CE). El Defensor del Pueblo es, asimismo, un órgano constitucional -comisionado de las Cortes Generales- que se regula por una ley orgánica (artículo 54 CE). Y lo mismo ha de afirmarse del Tribunal de Cuentas, órgano constitucional que se califica como el supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público, dependiente de las Cortes Generales y que actúa por delegación de ellas en el examen y comprobación de las cuentas generales del Estado, cuyos miembros gozan de la misma independencia e inamovilidad e incompatibilidades que los jueces, y cuya Ley Orgánica regula su composición, organización y funciones (artículo 136).

En definitiva, estamos ante órganos constitucionales cuya regulación, en lo que atañe a su organización, funciones, composición, estatuto de sus miembros, inamovibilidades incompatibilidades de estos, presupuestos, control de fiscalización o estadísticas para la evaluación del cumplimiento y calidad de los servicios públicos de su competencia, son materia propia de las correspondientes leyes orgánicas que los regulan. Por eso, no parece que respete el principio de reserva ley orgánica establecido para su garantía institucional que una ley ordinaria someta imperativamente a publicidad parte de su actividad económica, presupuestaria y estadística, además del mandato general del artículo 4.1 («los sujetos enumerados...publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la **transparencia** de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública»), incluyendo la publicidad de las retribuciones de sus miembros o máximos responsables.

Por tanto, siendo loable, y deseable, el objetivo de **transparencia** y publicidad de la actividad de estas instituciones constitucionales que el proyecto de ley persigue, pero, a la vista de que la naturaleza de este texto es la de una ley ordinaria, lo más prudente sería excluir a estas instituciones constitucionales del proyecto de Ley de **transparencia** y que sea cada Ley Orgánica de la respectiva institución la que recoja el principio de **transparencia** de su actividad pública, incluida la administrativa, y las normas para reflejarla e imponer la publicidad actividad de aquellos aspectos que se considere de mayor interés público, con las especialidades que procedan en razón de la distinta función que cada uno de estos órganos constitucionales realiza. Con ello, se conseguiría en la práctica el mismo resultado y se evitaría el riesgo de una posible declaración de inconstitucionalidad del artículo 2.1 f) del proyecto de Ley por no haberse respetado el principio de reserva de ley orgánica.

Puede alegarse en contra de esta postura que el artículo 2.1 f) del proyecto de Ley de

**Transparencia** solo somete a **transparencia**y publicidad activa (y únicamente en lo que atañe a la información económica, presupuestaria y estadística) la actividad de estas instituciones que se sujeta al Derecho administrativo. Pero tal razón no es, a mi juicio, suficiente. Como se ha dicho, no estamos ante Administraciones públicas, sino ante instituciones constitucionales, y su actividad pública, incluida la sujeta a Derecho administrativo, ha de regirse, a mi juicio, por una ley orgánica. No es posible jurídicamente admitir una doble diferenciación de naturaleza y actividad en estas instituciones, como parece postular el proyecto de ley, de modo que, por un lado, queda la naturaleza de la institución como un órgano constitucional sujeto al Derecho constitucional en lo que es su función constitucional, que sería objeto de ley orgánica, y por otro lado, aparece una suerte de Administración pública sujeta al Derecho administrativo en lo que son actos y disposiciones de personal, administración o gestión de su patrimonio, y, por tanto, objeto de ley ordinaria. Puede admitirse que exista una doble función, pero lo que no puede admitirse es una doble naturaleza, como institución constitucional unas veces y Administración pública otras, pues no es así. Solo hay una naturaleza jurídica, y es la propia de una institución constitucional, por lo que ha de prevalecer la regulación, tanto de la institución, como de su actividad con relevancia pública, mediante ley orgánica.

Es verdad que la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en su desarrollo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han diferenciado los actos y disposiciones sujetos al Derecho Administrativo de estas instituciones constitucionales y autonómicas equivalentes de los actos propios de su función institucional, sujetando los primeros al control de los jueces contencioso-administrativos y dejando los segundos libres de ese control judicial por tratarse de actos políticos. Pero esta diferencia no niega lo dicho, sino que, a mi juicio, ratifica lo hasta ahora dicho: que ha de ser una Ley Orgánica, por aplicación de la reserva de ley orgánica, la que establezca esa diferenciación, que tal distinción se limita solo a determinados actos y que tal regulación solo obedece al concreto punto de la competencia del órgano judicial al que se atribuye el control sobre la juridicidad de los actos de personal y administración, con el fin de que no haya ángulos oscuros en el Estado del Derecho donde no alcance la justicia administrativa.

En el caso del proyecto de ley de la **Transparencia**, se trata de un proyecto de Ley ordinaria que contiene una regulación parcial, pero extensa de la actividad de estas instituciones constitucionales y autonómicas (el artículo 4.1, con carácter general, y toda la actividad concreta del artículo 7), que penetra en aspectos de la organización, el estatuto de sus miembros, sus presupuestos o su estadística (incluso en este caso para valorar el cumplimiento y la calidad de los servicios públicos de su competencia), y cuyos preceptos obligan incluso a publicar esa actividad en una página web del Ministerio de la Presidencia.

Precisamente, en la medida en que el artículo 8 del proyecto de Ley de **Transparencia** establece el deber de que la información de los órganos constitucionales del Estado figure en un Portal de la **Transparencia**, dependiente del Ministerio de la Presidencia, y este deber alcanza por igual a órganos del Poder Legislativo que del Poder Judicial, que al Tribunal Constitucional o al Consejo de Estado, pudiera ser contrario a la Constitución por no respetar el principio de separación de poderes y la autonomía garantizada a tales órganos constitucionales.

No ocurre igual con el Consejo Económico y Social, que, aunque se trata de un órgano previsto en la Constitución para el asesoramiento y la colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la planificación de la actividad económica general que impulse el Gobierno, su composición y funciones se remiten a una ley ordinaria (artículo 131 CE).

## **6 . La **transparencia** y la publicidad de las instituciones de autogobierno de las Comunidades Autónomas**

En el caso de las instituciones de autogobierno de las Comunidades Autónomas equiparadas a las Cortes Generales, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo, tampoco parece que el proyecto de ley de **Transparencia** respete sus competencias. Como es sabido, todos los Estatutos de Autonomía han atribuido a las Comunidades Autónomas la competencia para regular la organización de sus instituciones de autogobierno, como permite el artículo 148.1.1º de la

Constitución. De ahí que, por ser las citadas instituciones de autogobierno y no Administraciones públicas, su régimen jurídico y sus deberes, entre ellos los de **transparencia** y publicidad de su actividad administrativa, deban ser objeto de las respectivas leyes autonómicas y no de una ley ordinaria estatal.

A estas instituciones autonómicas con funciones análogas a las de las instituciones constitucionales tampoco puede aplicársele la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común del artículo 149.1.18 CE, pues, perdón por la insistencia, no son Administraciones públicas, sino instituciones de autogobierno, muchas de ellas insertas en el Poder Legislativo (Parlamento, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas...). Cuestión distinta es que determinados actos -pero solo unos pocos actos- se sujeten al Derecho administrativo, lo cual no da pie al Estado a poder obligar a instituciones autonómicas a publicar la actividad suya a que se refiere el artículo 7 del proyecto de Ley de **Transparencia**.

### **7 . Los que no están en el ámbito del proyecto de Ley de **Transparencia** : la Casa del Rey, los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas, las entidades y personas subvencionadas**

Los graves casos de corrupción conocidos por la opinión pública han llevado a debatir socialmente, cada vez con mayor fuerza, si deberían quedar incluidos en el ámbito del proyecto de Ley de **Transparencia** otras instituciones o agentes públicos o con presencia pública o social. En concreto, se ha hablado de incluir la Casa del Rey, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, la Iglesia católica y, ya con un carácter más amplio, cualquier entidad que reciba subvenciones o ayudas públicas de los poderes públicos a partir de un determinado importe.

Donde más problemas surgen es en el caso del Rey. La Constitución señala que el Rey recibe de los presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente esa cantidad (artículo 65.1). También señala que el Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa (artículo 65.2). Además, no puede olvidarse que la persona del Rey no está sujeta a responsabilidad (artículo 56.3). Por tanto, conforme a estos preceptos constitucionales, no puede imponerse al Rey ninguna obligación jurídica de someterse a un deber de **transparencia** o publicidad de su actividad económica. Como tampoco puede imponerse esa obligación en el resto de actividades relacionadas con la Casa del Rey. El Rey goza, por mor de la Constitución, de discrecionalidad en el gasto en su sentido más amplio y en el nombramiento y cese de su personal, además de irresponsabilidad administrativa. De ahí que, a mi juicio, si el proyecto de Ley de **Transparencia** incluyera la Casa del Rey y el Rey entre los sujetos obligados a la **transparencia** y a la publicidad, tal exigencia podría ser contraria a la Constitución. Cuestión distinta es que el Rey y su Casa deseen voluntariamente someterse a determinados principios de **transparencia** y publicidad de su actividad, pero sin que esta sea exigible como mandato jurídico.

En cuanto a los otros sujetos, desde luego que no existe obstáculo constitucional alguno para someter su actividad a unas reglas de **transparencia** y publicidad, siempre que se haga por ley, esta tenga el rango adecuado, se respete la Constitución y no se alteren ni condicionen indebidamente las funciones constitucionales de estas entidades.

En el caso de los partidos políticos, los sindicatos o las asociaciones empresariales, la Constitución reconoce que su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y a la ley (artículos 6 y 7). Por tanto, gozan de libertad para ejercer su actividad política, sindical y de representación de los intereses empresariales, respectivamente, pero ello no les exime de cumplir la ley. Y por estar subordinados a la ley, esta puede incorporar determinadas reglas vinculadas a la **transparencia** y a la publicidad de sus actividades, si bien respetando los derechos que la Constitución reconoce, entre ellos los derechos a no ser obligados a declarar sobre su ideología o creencias, a la intimidad personal y familiar, al honor, a la propia imagen, a la protección de datos de carácter personal, a no ser obligado a afiliarse a un sindicato, etcétera. Para ello, no se precisa una ley orgánica, sino que es suficiente con una ley ordinaria.

Cuestión más difícil es la de la Iglesia Católica y otras confesiones religiosas. La aplicación de los principios de **transparencia** y de publicidad a su actividad habría de hacerse por el legislador respetando determinadas normas: no puede hacerse en contra de los acuerdos de cooperación suscritos entre ellas y el Estado, ni pueden suponer dichas **transparencia** y publicidad restricción o lesión de la libertad religiosa y de culto que reconoce el artículo 16 de la Constitución, ni pueden desconocer lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, ni los demás derechos constitucionales reconocidos. Y solo podría hacerse en la medida en que fueran receptoras de fondos públicos, presupuestaria o fiscalmente, pues sin este elemento de apoyo público no cabe hablar de información pública o con relevancia pública y en esa proporción. Por ello, a mi juicio, para más seguridad jurídica, sería aconsejable que cualquier pretensión de aplicar, total o parcialmente, los principios y reglas de la **transparencia** y de la publicidad activa a su actividad administrativa o no religiosa, debiera quedar regulada en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y no en una ley ordinaria, extremando que la regulación de la materia afectada no supusiera interferencia sobre su libertad religiosa.

Finalmente, en el caso de entidades o personas que han recibido subvenciones o ayudas públicas, incluidos beneficios fiscales, a partir de una determinada cuantía, nada impide que una ley ordinaria recoja reglas para garantizar la **transparencia** y la publicidad de su actividad, siempre que esta actividad tenga interés o relevancia pública o social y la materia cuya información se requiera publicar o hacer transparente guarde relación con la actividad subvencionada o con la actividad de la entidad o persona subvenida (convenios, contratos, otras subvenciones, retribuciones de sus principales responsables, estadísticas, presupuestos, contabilidades, auditorías e informes de fiscalización, etcétera). Quien recibe una subvención pública puede verse sometido a soportar una carga jurídica, la de dar a conocer a la ciudadanía parte de su actividad y organización, que libremente acepta con la obtención del dinero público, y en esa publicidad no hay vulneración de derechos constitucionales si tal carga está prevista en una norma con rango legal, responde a una finalidad legítima, se hace con proporcionalidad entre lo que se recibe y lo que ha de hacerse público, y con todas las garantías pertinentes (entre ellas, la veracidad de los datos) para quienes puedan verse afectados por la publicidad.