

Aspectos controvertidos asociados a la aplicación de obligaciones de transparencia a sujetos privados

MANUEL PEREIRO CÁRCELES
Investigador postdoctoral VALi+D en Derecho administrativo

Sumario.

I. INTRODUCCIÓN: FUNCIÓN Y FINANCIACIÓN PÚBLICA COMO CRITERIOS RELEVANTES PARA LA APLICACIÓN DE SUJETOS PRIVADOS A OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA PÚBLICA. II. LOS DIFERENTES NIVELES DE SUJECCIÓN DE LAS ENTIDADES DE NATURALEZA PRIVADA QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS A LA LEY DE TRANSPARENCIA. III. LA APLICACIÓN DE OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA PÚBLICA A PERCEPTORES DE FONDOS PÚBLICOS. 1. Partidos políticos y organizaciones empresariales y sindicales. 2. Entidades privadas receptoras de fondos públicos. IV. LA SUJECCIÓN INDIRECTA DE ENTIDADES PRIVADAS A LA LEGISLACIÓN DE TRANSPARENCIA PÚBLICA: EL DEBER DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN. V. OPORTUNIDADES DE MEJORA DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA PÚBLICA APLICABLES A SUJETOS PRIVADOS. 1. ¿Es la aplicación directa de obligaciones de transparencia pública a sujetos privados un mecanismo eficiente y útil? 2. La necesidad de clarificación de algunos aspectos relativos a los perceptores privados de "ayudas y subvenciones públicas" 3. La inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo pasivo de las confesiones religiosas, y federaciones y ligas deportivas. 4. La extensión del derecho de acceso a los perceptores

privados de fondos públicos. **5.** Carencias en la articulación de elementos de control que coadyuven en la consecución de un mayor grado de cumplimiento de las obligaciones de transparencia pública. **6.** Una delimitación más precisa de los conceptos de potestad administrativa y servicio público. **7.** La exigencia de una regulación procedimental específica para el deber de suministro de información. **8.** Adaptación del derecho de acceso a los prestadores privados de la sociedad digital. **VI.** CONCLUSIÓN.

I. Introducción: función y financiación pública como criterios relevantes para la aplicación de sujetos privados a obligaciones de transparencia pública.

Desde que en 2013 la transparencia administrativa recibiese el impulso definitivo para su reconocimiento a través de la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública e información (en adelante, LTBG) ha sido su aplicación a poderes públicos y, más concretamente, a entidades de naturaleza administrativa, la que ha precisado de mayor atención por parte del legislador, de sus aplicadores y de los ciudadanos a los que se dirige esta medida. No puede ser de otra forma en la medida en que estamos ante obligaciones que configuran un auténtico régimen jurídico administrativo que se ha caracterizado tradicionalmente por una concepción estatutaria que fue tenazmente defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA¹, según la cual las normas de Derecho administrativo son fundamentalmente aplicables a Administraciones públicas.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón.: *Curso de Derecho administrativo I*, 19ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 66.

Las razones por las que estas obligaciones de transparencia administrativa se proyectan sobre los entes públicos son conocidas por todos. El derecho a saber o su especial vinculación con la democracia justifican que toda la información relativa a la configuración y desempeño de las instituciones públicas que se encuentran al servicio de los ciudadanos, de los que se deriva su legitimidad. En cierta forma, podríamos afirmar que las Administraciones pertenecen a los ciudadanos y, precisamente como manifestación de esta idea, estos tienen derecho a conocer de sus actuaciones. Y ello es precisamente lo que ha ocasionado no solo que a la aplicación de sus obligaciones de transparencia se le haya dedicado un mayor espacio en la regulación en la materia, sino un mayor uso de recursos destinados a garantizar su cumplimiento. La implantación de una transparencia real y efectiva tenía necesariamente que alcanzar primeramente su consolidación a través de su aplicación a las personas jurídico-públicas, antes de dirigir el foco a otro tipo de sujetos que también pudieran estar obligados por la normativa.

Sin embargo, las leyes de regulación de la transparencia acaecidas a partir de 2013 también incluyen una serie de previsiones relativas a la aplicación de obligaciones a sujetos que no constituyen entidades administrativas, sino que poseen una naturaleza privada. Y las razones que justifican esta aplicabilidad no se encuentran respaldadas con igual intensidad por ese derecho a saber y esa componente de legitimidad democrática que sí permea sobre la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas. En estos casos, los criterios que justifican su inclusión dentro del ámbito de aplicación de las leyes de transparencia son fundamentalmente dos: función y financiación pública.

Cuando hablamos de función pública como determinante de la aplicación de obligaciones de transparencia administrativa a los sujetos privados debemos hacerlo desde una interpretación amplia del concepto, pudiendo entenderse este como equivalente de potestad atribuida por Administraciones públicas, o también como sinónimo de servicio público. En cualquiera de los dos casos se coloca al sujeto privado prestador de la función en una situación de prevalencia y exclusividad respecto al resto de entidades privadas que justifica una mayor incidencia de las obligaciones administrativas en su actuación. La consecuencia inmediata acaba

siendo que muchos de estos sujetos mantengan una especial vinculación con entidades públicas que incluso puede llegar a ocasionar que en virtud de las funciones públicas que desarrollan se les acabe aplicando el régimen jurídico propio de las entidades del sector público, tal y como se prevé en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) o en algunas leyes autonómicas dedicadas al sector público.

El otro criterio que se ha utilizado para determinar la aplicabilidad a estos sujetos de obligaciones de naturaleza privada es el de la financiación pública. Conforme al enunciado principio "follow the money"², los ciudadanos tienen derecho a conocer qué uso y destino se da a los fondos públicos, y a que ello pueda ser objeto de control por parte de la opinión pública. Y es que no hay que olvidar que en última instancia el caudal público no es sino proveniente del bolsillo de los ciudadanos, lo que justifica un seguimiento del modo y los fines para los que aquel acaba siendo empleado.

Estos dos criterios, función y financiación pública, han servido como justificación para que las leyes de transparencia y, en particular, la LTBG dediquen un tratamiento diferenciado a los sujetos que integran su ámbito subjetivo según sus particularidades.

Estos dos criterios, función y financiación pública, han servido como justificación para que las leyes de transparencia y, en particular, la LTBG dediquen un tratamiento diferenciado a los sujetos que integran su ámbito subjetivo según sus particularidades³. La articulación de este régimen jurídico se realiza a través de la determinación de distintos niveles de aplicabilidad de las obligaciones de transparencia previstas en la norma -derecho de acceso y publicidad activa, principalmente-, así como de una gradación de su intensidad que trata de adecuarse -no siempre con éxito- a las características propias del tipo de entidad y a los fines que la transparencia trata de alcanzar al proyectarse sobre esos sujetos.

Cumplidos diez años desde la aprobación de la LTBG puede ser útil echar la vista atrás para identificar las principales cuestiones

² CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí.: "Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales", en Dolors CANALS I AMETLLER (ed.), *Datos, Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, pág. 102.

³ Estos criterios especificados inicialmente por BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 63 y 64, han sido objeto de un tratamiento más preciso en PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, págs. 44 a 48.

que se plantean en torno a la regulación de la transparencia aplicable a sujetos de naturaleza jurídico privada a efectos de discernir qué enseñanzas se pueden extraer de aquello y aventurar qué aspectos de mejora podrían ser tenidos en cuenta en el reto que se nos presenta por delante para afrontar la reforma o aprobación de una futura ley estatal de transparencia que suponga un avance respecto a la regulación actual.

II. Los diferentes niveles de sujeción de las entidades de naturaleza privada que ejercen funciones públicas a la ley de transparencia.

La LTBG no ha seguido un criterio uniforme para la aplicación de las normas de transparencia en todas las instituciones de naturaleza jurídico-privada, previendo tres medidas de implantación de la transparencia: obligaciones de publicidad activa; reconocimiento del derecho de acceso; y deberes de suministro de información a Administraciones públicas. El grado de aplicación de la Ley -es decir, la intensidad con que se aplican unas medidas u otras- dependerá de su encaje dentro del ámbito subjetivo indicado en los arts. 2 a 4 de la LTBG. A partir de aquí, es posible identificar dos modalidades de aplicación de las disposiciones de la LTBG:

- Una aplicación inmediata o directa de las previsiones relativas a la publicidad activa y/o al derecho de acceso -según el nivel de intensidad que proceda-. Las entidades señaladas en el ámbito subjetivo de la LTBG deben poner en marcha los mecanismos necesarios para cumplir con las obligaciones previstas, debiendo disponer de los medios suficientes para ello. En concreto, esta aplicación directa se prevé en los arts. 2 y 3 en el caso de la Ley estatal.

- Una aplicación mediata o indirecta de las previsiones de la LTBG a través del deber de suministro de información. El art. 4 LTBG establece este deber sobre determinadas entidades que deben facilitar información a las Administraciones de las que dependen o a las que se encuentran vinculadas, para que sean estas las que utilicen la información recibida con el objeto de cumplir las previsiones de la LTBG. En cierta forma, tal y como ha reconocido FERNÁNDEZ RAMOS se trata de una ampliación del ámbito objetivo de la Ley incorporando la información de interés público de estos sujetos a aquella que tienen a su disposición las entidades administrativas de las que dependen o a las que se encuentran vinculadas⁴. En lo que concierne a este deber de información existen importantes aspectos que han de ser dilucidados, tales como a quién corresponde delimitar los contornos de la información que se facilita -si al suministrador en su solicitud o al receptor- o de qué manera articular un régimen efectivo que garantice su cumplimiento.

Igualmente, la aplicabilidad o no de las disposiciones del derecho de acceso, así como el diferente grado de intensidad en la aplicación de las obligaciones de publicidad activa, dependerá del nivel de sujeción estipulado para cada uno de los entes listados en los arts. 2 a 4 de la LTBG. De aquí se deriva que los sujetos de naturaleza jurídico-privada previstos en la LTBG se ven afectados por tres niveles distintos de transparencia:

- Una aplicación total de las disposiciones relativas a publicidad activa y derecho de acceso. Constituye el nivel de aplicabilidad máximo de las leyes de transparencia. Conforme a lo dispuesto en el art. 2.2 de la LTBG quedan sometidas a la publicación activa de todos los contenidos previstos en la Ley, así como a la puesta en disposición de la información a los ciudadanos facilitando su derecho de

Los sujetos de naturaleza jurídico-privada previstos en la LTBG se ven afectados por tres niveles distintos de transparencia.

⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María.: *El derecho al acceso a la información pública en España*, 2ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pág. 151. Anteriormente en FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones", en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 121 a 124.

acceso. En este apartado entrarían no solo aquellas entidades a las que la Ley otorga la consideración de "Administraciones públicas" en sentido estricto, sino también ciertos sujetos de naturaleza privada por razón de la relevancia de las funciones de interés general que ejercen.

Así, dentro de esta categoría se incluyen las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social -art. 2.1.b) LTBG-, entidades de naturaleza privada integrantes del sector público administrativo en virtud de los arts. 2 y 3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a las que la reciente LCSP da incluso la consideración de "poder adjudicador". También han de cumplir con este alto grado de sujeción las Entidades de Derecho público -art. 2.1.d) LTBG-.

- Una aplicación parcial de las disposiciones relativas a publicidad activa y una aplicación total de las relativas al derecho de acceso. De esta categoría forman parte las Corporaciones de Derecho público -art. 2.1.e) LTBG-, las Sociedades mercantiles públicas -art. 2.1.g) LTBG- y las Fundaciones del Sector público -art. 2.1.h) LTBG, todas ellas entidades que poseen una cierta dimensión privada en su naturaleza jurídica y que no constituyen "Administraciones públicas" conforme al art. 2.2 LTBG. Estas entidades se encuentran obligadas a cumplir tanto con las previsiones de derecho de acceso como, con un menor grado de intensidad, con las de publicidad activa. Por consiguiente, los sujetos pertenecientes a este nivel, a los que sí son de aplicación los principios generales enunciados en el art. 5 LTBG, estarán sometidos a la observancia de un menor número de contenidos de obligatoria publicidad activa; en concreto, la información sobre estructura, organización y funciones prevista en el art. 6.1 LTBG y la información económica, presupuestaria y estadística prevista en el art. 8 LTBG en la medida en que los términos en que se concretan sus contenidos sean adaptables a sujetos que no constituyen puramente Administraciones públicas. También tanto las Corporaciones de Dere-

cho público como las Fundaciones del Sector público -no así las Sociedades mercantiles públicas- se encuentran obligadas por el art. 6 bis a la publicación de actividades de su inventario de actividades de tratamiento de datos.

Procede añadir aquí que se encontrarían incluidos en este nivel de aplicabilidad los sujetos mencionados en el art. 4 LTBG -personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas-, si bien de forma indirecta, a través de un deber de suministro de información al ente público al que se encuentren vinculados. Conforme se desprende del tenor literal del precepto, estos sujetos privados habrán de facilitar aquella información que sea necesaria para el cumplimiento por aquellos -los entes públicos que les realizan el requerimiento- de las obligaciones que se les prevé en ese título⁵. No obstante, la determinación del objeto de acceso o publicidad que se corresponde con la información propiamente perteneciente a estos sujetos privados continúa siendo una cuestión que no ha quedado claramente definida. En aquellos supuestos en los que en la legislación autonómica sí se ha incluido de forma expresa la aplicación de obligaciones de publicidad activa a sujetos que ejercen potestades administrativas o prestan servicios públicos existen menos dudas respecto a su sumisión directa en lo que se refiere a la difusión en abierto de sus propios contenidos⁶.

- Una aplicación exclusiva y parcial de las disposiciones re-

⁵ Así parece entenderse del tenor literal de la redacción del precepto ("*para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título*"), conforme a la interpretación del precepto que realiza BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUIHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 96.

⁶ Existen excepciones notables en cuanto a la imposición de obligaciones de publicidad activa a sujetos que ejercen potestades administrativas o prestan servicios públicos. Por ejemplo, las Leyes de transparencia de Navarra -art. 3.e)-, Aragón -art. 7-, y Castilla-La Mancha -art. 5.1 *in fine*- establecen esta obligación. Por su parte, la Ley de transparencia de Cataluña extiende esta obligación a cualesquiera adjudicatarios de contratos públicos -art. 3.5-. Asimismo, en lo que se refiere a las formas de participación de entidades privadas en los sistemas públicos, encontramos disposiciones similares en las leyes de Asturias -art. 3.2-, Región de Murcia -art. 6.2-, Andalucía -art. 5.2-, Islas Canarias -art. 3.2- y Comunidad de Madrid -art. 3.2-.

lativas a publicidad activa. Los sujetos estipulados en el art. 3 de la LTBG, es decir, partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicales y sujetos receptores de fondos públicos en una cuantía determinable no están obligados a instaurar mecanismos que faciliten el derecho de acceso a la información pública de la que disponen. De acuerdo con lo establecido en el Criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, relativo al alcance de las obligaciones de transparencia en las entidades privadas, a estos sujetos únicamente les serán aplicables la información relativa a su estructura, organización y funciones (art. 6 LTBG) y la información económica, presupuestaria y estadística del art. 8 LTBG en la medida en que sus términos puedan adaptarse a ellos, así como las previsiones del art. 5 LTBG con la excepción de la obligación de publicación periódica y actualizada de su actividad relativa al funcionamiento y control de su actividad pública, prevista en su apartado 1. Una exclusión, esta última, a mi juicio injustificada, que probablemente se deba, más que a razones materiales, a una falta de adecuación de este apartado a la introducción posterior de los sujetos del art. 3 en el ámbito subjetivo de la LTBG que se produjo durante la tramitación legislativa⁷.

En particular, en el presente artículo nos centraremos en los problemas interpretativos que surgen en la aplicación del régimen de transparencia administrativa a los sujetos previstos en el art. 3 LTBG, partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicales y beneficiarios de fondos públicos, y a los establecidos en el art. 4 LTBG, sujetos que ejercen potestades administrativas o desarrollan servicios públicos, a los que la normativa estatal únicamente ha sometido a un ejercicio indirecto de las medidas de derecho de acceso y publicidad activa.

⁷ No parece existir una razón de peso por la cual sea necesario recoger de forma expresa que la información publicada deba ser actualizada periódicamente cuando los obligados son el resto de los sujetos y no cuando se trata de entidades mencionadas en el art. 3 LTBG.

III. La aplicación de obligaciones de transparencia pública a perceptores de fondos públicos.

III.1. Partidos políticos y organizaciones empresariales y sindicales.

La sujeción de los partidos políticos y organizaciones empresariales y sindicales a la LTBG no estaba prevista inicialmente en el proyecto de Ley de transparencia que fuera presentado a las Cortes en 2012 para su tramitación; razón por la que muchas de sus disposiciones y, en concreto, las previsiones de publicidad activa no estaban adaptadas a esta tipología de sujetos. Sin embargo, el clima mediático que se suscitó ante conductas de carácter ilícito ocasionadas por problemas de financiación de partidos políticos derivó en la necesidad de reforzar la aplicación a estos del principio de transparencia a través de su inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley. Se trataba así de clarificar los ingresos que recibían, así como su uso y destino, en particular cuando estos tienen procedencia pública.

Si bien la sumisión de estos sujetos a la legislación de transparencia pública responde principalmente, además de a una vigorosa demanda social, al control de los fondos públicos que reciben -la mayor parte procedente de instituciones públicas-, no puede ignorarse la especial relevancia de sus atribuciones en nuestro sistema democrático. No ejercen propiamente funciones públicas, pero sí proveen al ejercicio de tales por los órganos estatales. Se trata de órganos que proyectan en la actividad estatal la voluntad popular que contribuyen a conformar a través de la integración de intereses de los ciudadanos en un régimen de pluralismo concurrente. Los partidos son, así, instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático (STC 48/2003, de 12 de marzo). Sin embargo, ello no significa que no estemos ante sujetos de naturaleza jurídico-privada que poseen un amplio margen de autonomía, pese a

la exigencia de que su organización y funcionamiento sean democráticos. Como ya declarase el Tribunal Constitucional en su Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, los partidos políticos *"no son órganos del Estado (...) (y) la trascendencia política de sus actuaciones... no altera su naturaleza (asociativa)"*.

Lo cierto es que los partidos políticos ya estaban sometidos a obligaciones de información previamente a la aprobación de las leyes de transparencia administrativa⁸. En la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos ya se introducen obligaciones de publicidad activa. De especial interés es la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos, que dentro de sus obligaciones contables incluye también previsiones de transparencia informativa que además fueron considerablemente ampliadas a través de las reformas operadas por la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, y la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos. Estas obligaciones consistían fundamentalmente en la publicación de información contable entre los que en la página web institucional del partido en el plazo de un mes a partir de su envío al Tribunal de Cuentas, así como del informe de fiscalización resultante que este emitiera, para lo que habrán tenido que pasar varios años. En concreto, la primera de estas leyes de reforma incluyó un apartado en el que obligaba a los partidos a publicar información relativa a los créditos que les habían sido concedidos, con especificación de las cuantías pendientes de amortización, el plazo, el tipo de interés, la entidad concedente y el importe otorgado, así como a las subvenciones recibidas y donaciones y legados superiores a 25.000 euros, con la concreta identidad del donante o legatario. Habría que preguntarse aquí, por tanto, si las obligaciones que establece la legislación de transparencia administrativa y más en concreto la LTBG actual suponen o no un verdadero salto cualitativo respecto a lo contemplado en la legislación sectorial, al menos en lo que se refiere a la información de índole económica⁹.

⁸ Para una aproximación a esta cuestión véase RUBIO NÚÑEZ, Rafael.: "Transparencia en los partidos políticos", *Tiempo de Paz*, nº 114, 2014, págs. 58 a 64.

⁹ BOIX PALOP considera que la aplicación de obligaciones de publicidad activa a los partidos políticos sin atender a restricciones cuantitativas crecientemente complejas sobre los ingresos de financiación es beneficiosa para ampliar el control social y reforzar la participación de estas entidades. BOIX PALOP, Andrés: "Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción: de los partidos del sistema a los partidos de los ciudadanos", en Ángeles JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 181 y ss.

No obstante, no puede negarse el importante valor simbólico, como mensaje, que la inclusión de los partidos políticos en el ámbito de aplicación de esta legislación tiene. No podemos considerar, sin embargo, que sus previsiones supongan un avance extraordinario en el control de la financiación de los partidos políticos, cuya mejora parece deberse principalmente a otros factores, pero una interpretación integrada de los cuerpos normativos que regulan esta cuestión, en que tuvieran especial prevalencia algunos de los principios previstos en el art. 5 LTBG podría constituir una vía de mejora en la publicidad informativa que llevan a cabo estas entidades. Hablamos, por tanto, de que las exigencias de accesibilidad, comprensibilidad, interoperabilidad y calidad de la información -también de reutilización, pero esta se califica, al menos en la legislación estatal, solo con carácter preferente- deberían ser exigibles también respecto a cualesquiera previsiones sectoriales de publicidad activa que pudiesen desarrollarse en la materia.

Cambiando ya de tipología, las organizaciones sindicales y patronales fueron los otros sujetos que se incluyeron también durante la tramitación legislativa de la LTBG en ese art. 3 que suponía la aplicación a estos exclusiva y parcialmente de obligaciones de publicidad activa. Quedaban, por tanto, excluidos, del régimen de derecho de acceso. También la razón que subyace bajo la inclusión de estos sujetos es la recepción de cuantiosos fondos públicos para su financiación, pero no debe olvidarse, también en este supuesto la relevancia que poseen las funciones con las que cumplen. Y es que, refiriéndose a los sindicatos, debe recordarse que *"no son únicamente asociaciones privadas representantes de sus afiliados"* (STC 13/1986, de 30 de enero), sino que sus decisiones se adoptan en el marco de sus negociaciones a todos los trabajadores del sector y no exclusivamente a los afiliados a las organizaciones. Esto determina que no solo se atribuyan legalmente a estas organizaciones funciones de defensa de los intereses particulares de los trabajos y empresarios ante los distintos órganos de la Administración, sino también la defensa de los intereses generales de los ciudadanos.

Respecto al alcance de aplicación de la LTBG, el legislador ha considerado que estos sujetos deben quedar sometidos a unos estándares mínimos de transparencia, los mismos que los parti-

dos políticos y otras entidades privadas receptoras de fondos públicos, de forma que se encuentran obligadas a cumplir con algunas obligaciones de carácter institucional (art. 6.1 LTBG) y económico-presupuestaria (art. 8 LTBG, en la medida en que sus contenidos no estén planteados en términos únicamente aplicables a las Administraciones públicas). Queda fuera la información de carácter jurídico u otra de carácter programático que sí se prevé para su publicación por otros sujetos. Por otra parte, estos sujetos se encuentran obligados también a cumplir con los principios generales del art. 5 LTBG, a excepción de los contemplados en su apartado 1 -actualización y periodicidad de la información-. El resultado es una gradación en la intensidad de la aplicación de obligaciones de publicidad activa a estos sujetos que los diferencia de unas Administraciones o entes públicos -también algunos entes con cierta dimensión privada- para los que se contempla un elenco de contenidos y exigencias de transparencia que es mayor. Posiblemente en este caso, al igual que se apuntará en relación con el resto de receptores privados de fondos públicos, habría sido más adecuado confeccionar un listado de contenidos expresamente pensado para estos sujetos, que no emplee términos organizacionales propios de las Administraciones públicas, de forma que no fuera necesario ejercer una labor interpretativa precepto por precepto para conocer si esa información ha de ser o no objeto de publicidad activa por parte de la entidad empresarial o sindical. A mi juicio esta sería una reforma beneficiosa si se pretende alcanzar un cumplimiento más efectivo de la normativa por estos sujetos, que redundaría en una mayor seguridad jurídica.

III.2. Entidades privadas receptoras de fondos públicos.

La incorporación de entidades privadas al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley que se realiza en el art. 3.2 LTBG supuso una variación en el criterio de referencia seguido en la delimitación de los sujetos obligados durante la tramitación del Proyecto de Ley, por lo que la regulación no fue diseñada inicialmente pensando en sus características. Junto a la función pública -entendido en sentido amplio- como criterio de aplicabilidad de las obligaciones de transparencia administrativa, se incorpora la financiación pública como otro elemento que permitía justificar que ciertos sujetos formaran parte del ámbito de aplicación de la

La incorporación de entidades privadas al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley que se realiza en el art. 3.2 LTBG supuso una variación en el criterio de referencia seguido en la delimitación de los sujetos obligados durante la tramitación del Proyecto de Ley, por lo que la regulación no fue diseñada inicialmente pensando en sus características.

norma. Y es en el caso de las entidades privadas receptoras de fondos públicos en el que más clara queda esta variación del criterio de aplicabilidad de la legislación, dado la menor dimensión pública -no inexistente- que se deriva de que se trate de entidades de carácter puramente privado cuyas actuaciones se desarrollan en mercados libres y competitivos.

No obstante, en la medida en que estas entidades -o sujetos- reciben financiación proveniente de fondos públicos, emerge el interés por conocer su origen, su uso o destino, y las cuantías que se reciben, en tanto que se trata de recursos económicos que en última instancia proceden de la recaudación tributaria a los ciudadanos. Pero también desde una perspectiva más general, de planificación económica, el conocimiento de todos estos datos en relación con el otorgamiento de ayudas y subvenciones puede ayudar a conocer si la asignación de esos fondos se está haciendo de forma correcta y no de manera parcial o arbitraria para fomentar actividades económicas que no responden al interés general o que son rentables en el mercado sin necesidad de recibir esas cantidades. La aplicación de obligaciones de publicidad activa a estos sujetos cuenta con el potencial de reforzar las cotas de transparencia, aunque una vez más con las distorsiones que genera la adaptación de los contenidos previstos para las entidades públicas, por no contar con una regulación que se amolde mejor a sus peculiaridades.

Principalmente, son dos las cuestiones en las que cabe hacer hincapié, en relación con este tipo de sujetos:

1) En primer lugar, se plantea si es idóneo o no que todos los sujetos privados que reciben cualquier tipo de ayuda pública queden obligados por la Ley, o si, en cambio, sería mejor tal y como prevén la LTBG y el resto de las leyes autonómicas en la materia, que solo quedasen recogidas bajo su ámbito de aplicación aquellas personas que recibiesen fondos públicos por encima de una cuantía determinable, y de qué manera hacerlo. Para afrontar esta cuestión se ha optado por un doble criterio de identificación de sujetos obligados consistente, por un lado, en el establecimiento de una cuantía fija mínima recibida por la entidad (100.000 euros en el caso de la LTBG) y, por otro, de la imposición de un porcentaje mínimo de la ayuda (40%) en rela-

ción con los ingresos anuales que tenga el sujeto, siempre y cuando la cuantía de la ayuda supere los 5.000 euros¹⁰. Con el establecimiento del primer criterio, de carácter absoluto, se trata de evitar que Administraciones públicas y sujetos obligados incurran en costes que son mayores a los beneficios derivados del incremento de la transparencia en estos supuestos. Con el segundo criterio, que posee un carácter relativo, se trata de garantizar que cumplan con estas obligaciones aquellas entidades cuya pervivencia en el mercado prácticamente se debe a la enorme cantidad de recursos públicos que obtiene para el ejercicio de su actividad¹¹. En cuanto a la imposición de un importe mínimo a partir del cual las disposiciones de la Ley resultan aplicables, esta encuentra su fundamento en que cualquier entidad privada que reciba fondos públicos en una cuantía reducida no tenga que verse obligada a afrontar los costes derivados de la puesta en marcha de los mecanismos para el cumplimiento de las obligaciones previstas. Lo cierto es que, conforme definiendo en mi obra "La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados", no se advierte que la selección de estas cuantías durante la tramitación parlamentaria se correspondiese con ningún tipo de evaluación previa técnica o económica¹². Más bien, el criterio seguido parece el de la designación "a ojo de buen cubero" de unos importes o porcentajes mínimos que al partido imperante en la Cámara le parecían suficientemente cuantiosos como para establecer exigencias de publicidad a entidades privadas.

Por otra parte, si lo que realmente se pretendía con la introducción de estos sujetos en el ámbito de aplicación de la Ley era transparentar todo el dinero público que reciben las personas privadas a través de ayudas y subvenciones podrían haberse incluido en el ámbito de aplicación cualesquiera receptores de fondos públicos con independencia de la cuantía. Bien es cierto que ante

¹⁰ Estas cifras han variado en muchas de las leyes autonómicas de transparencia, generalmente reduciendo los umbrales para la aplicación de las obligaciones de publicidad activa a estos sujetos.

¹¹ PEREIRO CÁRCELES, Manuel y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: "Artículo 3. Otros sujetos obligados", en Juan José Díez Sánchez y Ricardo García Macho (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Reus, Madrid, 2019, pág. 43.

¹² PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, págs. 70 y 71.

una eventual reforma habría que reflexionar debidamente sobre la conveniencia o no de eliminar estos límites, pero ello podría ahondar en una menor efectividad de la norma. Si ya en la actualidad el cumplimiento real de las previsiones de publicidad activa por parte de estas entidades es muy bajo, incrementar el número de sujetos obligados aún comprometería más su éxito, además de la mayor disposición de recursos que su adecuada realización y control exigiría.

Pensando en soliviantar este problema, la LTBG recoge una previsión, probablemente insuficiente, que contempla la puesta a disposición de medios electrónicos propios de *"la Administración pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas"* a entidades del tercer sector cuyo presupuesto no supere los 50.000 euros con el propósito de que los usen para dar cumplimiento a las disposiciones de la Ley¹³. Para ello será de utilidad consultar la Base de Datos Nacional de Subvenciones, medio electrónico que contiene información sobre todas las ayudas y subvenciones públicas procedentes de las distintas Administraciones públicas o entes integrantes del sector público institucional, incluidas las procedentes de fondos europeos.

En conexión con el régimen de control de ayudas y subvenciones del que disponemos en nuestro ordenamiento, otro de los aspectos en los que sería conveniente detenerse a la hora de decidir si mantenemos o no la imposición de obligaciones de transparencia a estos sujetos y si lo hacemos a partir de los límites económicos que el art. 3.2 LTBG plantea es si realmente no les estamos exigiendo que publiquen información que ya tienen en su poder las instituciones públicas por otras vías y que podría poner a disposición de la ciudadanía unilateralmente sin intervención de las entidades privadas. Bien es cierto que esta supresión dificultaría el seguimiento que la opinión pública quisiera hacer sobre la actividad de

13 Más ambiciosa era, en cambio, la enmienda que durante la tramitación legislativa plantearía el Grupo Parlamentario Catalán, en lo que se refiere a rebajar las exigencias de transparencia para estos sujetos. En concreto, propondría que se exceptuaran del ámbito de aplicación de la Ley a las entidades privadas sin ánimo de lucro que tuviesen un presupuesto inferior a 60.000 euros y que persiguiesen exclusivamente fines de interés social o cultural, en tanto que podía tratarse de entidades que podían carecer de los recursos mínimos para dar cumplimiento a las previsiones de la norma. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 90.

control y supervisión del manejo de esos fondos públicos que corresponde hacer a las instituciones públicas. Si la ayuda o subvención no es publicada en la Base de Datos Nacional de Subvenciones u otra equivalente ni en la página web de la entidad beneficiaria buenamente puede entenderse de vistas a la galería que esa asignación económica no existe. Sin embargo, sería conveniente, valorar hasta qué punto está justificado imponer esa carga al sujeto privado, cuando podría ser asumida por unas Administraciones públicas que disponen de la información que se requiere sobre las ayudas económicas que conceden, así como –presumiblemente– de las infraestructuras y recursos para publicar la información que corresponde acerca del resto de entidades obligadas en los portales de transparencia. Esta es una de las principales cuestiones a las que debería dar respuesta una eventual reforma del régimen jurídico de la transparencia aplicable a estos sujetos.

Por otra parte, independientemente de que el cumplimiento de las obligaciones corresponda a la entidad pública o a la privada, si el propósito fuese incrementar las exigencias de transparencia activa en el ejercicio de las potestades de fomento, sería conveniente, además de emplear una noción amplia de “ayudas y subvenciones públicas” que incluya cualquier atribución susceptible de ser cuantificada económicamente, que los contenidos de obligatoria publicación que se contemplen superen las previsiones de publicidad establecidas en la Base de Datos Nacional de Subvenciones, en el art. 18 LGS y en el Real Decreto 130/2019 que la desarrolla. De hecho, la obligación que la LTBG incluye en su art. 8.c) de publicar *las “subvenciones y ayudas públicas concedidas”* por las instituciones públicas concedentes es redundante tanto con la que se publica en la Base de Datos Nacional de Subvenciones como con la que se exige a las propias entidades privadas en la legislación de transparencia administrativa, por lo que sería conveniente revisar estas duplicidades. Además, como no podría ser de otro modo, una reconfiguración de las obligaciones de publicidad activa exigibles requerirá una aplicación restrictiva y proporcionada de los límites previstos en los arts. 14 y 15 LTBG, tratando de proteger no solo la difusión de datos personales, sino otros bienes e intereses jurídicos intrínsecamente unidos a la actividad económica como son los intereses industriales o comerciales, o el respeto del deber de confidencialidad.

2) En segundo lugar, habría de valorarse si la aplicación exclusiva de obligaciones de publicidad activa a estos sujetos se corresponde con la opción más idónea o no de concurrencia de los intereses en juego. El legislador, fundamentándose en razones políticas y económicas que sobrepasan el carácter jurídico de la cuestión¹⁴, decidió prescindir de la aplicación del derecho de acceso a estas entidades receptoras de fondos públicos, al igual que con partidos políticos y organizaciones empresariales y sindicales. Se priorizó la no imposición de mayores cargas burocráticas a entidades que, con carácter general, podrían tener dificultades para mantener su sostenibilidad financiera y que se habrían visto obligadas a establecer medios electrónicos para cumplir con las disposiciones de la Ley, lo que no siempre habría resultado posible debido a eventuales insuficiencias de recursos por parte de las entidades privadas.

Pero es que en relación con esta cuestión tampoco queda suficientemente claro qué contenidos de interés público habrían de ser objeto de un eventual derecho de acceso sin injerir en la esfera autónoma de organización y funcionamiento que poseen estas entidades privadas. Y es que téngase en cuenta que la información directamente relacionada con el uso de fondos económicos de procedencia pública -beneficiario, cuantía, finalidad-, sobre la que pueda recaer un interés público, ya se encontrará a disposición de la opinión pública mediante el ejercicio de la publicidad activa. No obstante, puede que aun así persista un interés legítimo de la ciudadanía en conocer qué clase de actividades desempeñan o qué remuneraciones reciben sus dirigentes, en tanto que se nutren de fondos públicos¹⁵. Piénsese, así, en el caso Bankia, en las elevadas indemnizaciones de sus altos cargos, en los usos que dieron en sus recursos económicos a través de las denominadas "tarjetas black" y la inyección total de 22.426 millones de euros que se realizó a la entidad; o en una asociación o fundación privada que promueva causas antidemocráticas, o atentatorias, contra la igualdad o los derechos humanos. Podría existir un interés general que va más allá del mero uso y destino de los fondos públicos, lo que justificaría también un incremento del control

¹⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 92.

¹⁵ PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pág. 210.

social de actuaciones ajenas a esa financiación procedente de las arcas de las instituciones. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse la complejidad de identificar el punto de intersección entre lo que debe quedar en el ámbito de lo público y lo que debe permanecer en la reserva por tratarse de información o actuaciones que forman parte de la esfera privada del sujeto. Probablemente la solución la proporcionará el caso concreto, a partir de la información que se solicita y de una aplicación proporcionada de aquellos límites que se contemplan en los arts. 14 y 15 LTBG que tratan de proteger intereses privados.

De todos modos, esta dificultad para discernir qué información podría ser de interés público para articular un régimen de derecho de acceso aplicable a estos sujetos no fue impedimento para que durante la tramitación parlamentaria se produjesen numerosas propuestas de aplicación del derecho de acceso a estos sujetos o de equiparación al nivel de aplicabilidad otorgado a los sujetos del art. 2.1 LTBG¹⁶. Afortunadamente, la doctrina fue algo más cauta, apuntando las dificultades que la extensión del derecho de acceso a estos sujetos podía suponer¹⁷. A su vez, en el panorama comparado, con la excepción de Sudáfrica y algún país pequeño más, en rara ocasión se ha aplicado el derecho de acceso a sujetos privados por el mero hecho de percibir ayudas o subvenciones públicas¹⁸. Y tampoco la legislación autonómica ha extendido la obligación de derecho de acceso de forma directa a los receptores privados de ayudas públicas, aunque sí se ha contemplado el deber de suministro de información en muchas de

16 Las enmiendas propuestas por los distintos grupos parlamentarios, que no fueron admitidas para la redacción final de la Ley pueden encontrarse en la cita 35 en PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p. 79.

17 BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 92. Entre las razones que apunta la autora se encuentran la notable adaptación de contenidos que requeriría la Ley para su incorporación, así como la exigencia de medios económicos y organizativos que ello supondría a las empresas para cumplir en plazo y forma con las previsiones. De igual manera estas dificultades fueron apuntadas por los expertos PENDÁS GARCÍA y DESCALZO GONZÁLEZ en sus comparecencias parlamentarias durante la tramitación de la LTBG. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional, X Legislatura, nº 301, 17 de abril de 2013, págs. 2 a 19.

18 ACKERMAN, Jhon M. y SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira.: *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, Cuadernos de transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México D.F. 2005, pág. 25.

ellas¹⁹. De especial interés es la previsión contenida en el art. 3.2 de la Ley de transparencia de Cataluña, según la cual el mecanismo del suministro de información sirve no solo para obtener información relativa a la percepción de fondos públicos, sino también las retribuciones de sus cargos directivos, siempre y cuando el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades realizadas por cuenta de las Administraciones públicas supere el veinticinco por ciento de su volumen general.

Una cuestión que sería conveniente que se dilucidara en relación con el art. 3.2 LTBG sería la de aclarar qué sucede si la procedencia de los fondos públicos a la hora de calcular las cuantías fijadas para condicionar la aplicabilidad de la norma proviene de Administraciones o entidades públicas distintas. En estos casos, a falta de previsión expresa de la norma habrá que atender al montante total recibido²⁰, aunque en las leyes autonómicas se plantea el problema de si para el cálculo se podrán tener en cuenta también las ayudas y subvenciones procedentes de entidades pertenecientes o vinculadas al sector público del Estado. También sería procedente que la ley estatal incluyese a las personas físicas como receptoras de fondos públicos obligadas a cumplir con las previsiones de publicidad activa, puesto que en el precepto solo se menciona a las entidades -personas jurídicas-. Pese a que la virtualidad de esta falta de previsión, tal y como apuntó BARRERO RODRÍGUEZ²¹, es mínima, pueden existir casos en que las personas físicas alcancen las cuantías de financiación pública señaladas en el precepto. Esta diferenciación de trato, en principio ilógica, podría tener incluso carácter de inconstitucional si se reconoce algún tipo de ánimo de lucro por parte del individuo persona física²².

¹⁹ Es el caso de las Leyes de transparencia de Galicia, Cantabria, Navarra, La Rioja, Aragón, Comunidad Valenciana, Región de Murcia, Andalucía o Castilla-La Mancha.

²⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 91.

²¹ *Ibidem*.

²² Me remito aquí a la STC 156/2021, de 16 de septiembre, que declaró inconstitucional el inciso "persona física" del art. 2.2 Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, por no haber incluido en su ámbito de aplicación a personas jurídicas cuando actúan sin ánimo de lucro desde una posición equiparable a la de cualquier consumidor.

En definitiva, una futura reforma legal que pretenda integrar adecuadamente la aplicación de las obligaciones de transparencia administrativa a sujetos privados habría de conllevar una intensa adaptación de muchos de los contenidos de la norma, ajustarse a las peculiaridades propias de las entidades privadas, de forma similar a como se ha previsto en el art. 10.1 del Decreto de transparencia de la Generalitat de Catalunya. Únicamente de esta manera se maximizará el alcance que la transparencia tiene cuando se proyecta sobre beneficiarios de fondos públicos, aportando más seguridad jurídica, en beneficio de un mayor grado de cumplimiento por parte de los operadores obligados.

IV. La sujeción indirecta de entidades privadas a la legislación de transparencia pública: el deber de suministro de información.

En el art. 4 de la LTBG se recoge un deber de suministrar información a la Administración por parte de "*las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas*" cuyo alcance real planteó dudas desde la misma aprobación de la norma.

Son diversos los aspectos en los que nos vamos a tener que detener en este apartado para identificar las carencias de que adolece este precepto. En primer lugar, es preciso señalar el papel de cajón de sastre que cumple, en tanto que establece que el deber de suministro de información recae sobre sujetos que no son los enumerados en los artículos anteriores. Y es que hay que recordar que en el listado de sujetos enunciado en los artículos precedentes existen personas físicas y jurídicas que desarrollan cometidos de este tipo, tal y como sucede con las Corporaciones de

Derecho público o las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por tanto, esta previsión constituye una ampliación un tanto indeterminada de los efectos que guarda la transparencia²³. El criterio que determina su aplicación es el de la función pública -potestad administrativa o servicio público- y no el de la financiación, tal y como hemos visto para las entidades que integraban el artículo anterior.

Sin embargo, la diferencia que existe entre los sujetos indicados en el artículo 2 LTBG y los previstos aquí radica en que mientras que aquellos se encuentran obligados de forma directa a cumplir con las disposiciones relativas al derecho de acceso y la publicidad activa, los sujetos recogidos en el art. 4 LTBG únicamente están obligados a cumplir un deber de suministro de información a la entidad requirente. Por consiguiente, su sujeción a las obligaciones de publicidad activa y derecho de acceso, si es que la hubiera -que no queda claro-, se ejercitaría de forma mediata o indirecta, es decir, a través de una petición al ente al que estos sujetos se encuentren vinculados o del que dependan. Ello supone que los recursos que estos sujetos habrán de emplear para dar satisfacción a las previsiones legislativas son menores que si hubieran tenido que articular un régimen de difusión activa de la información o si hubiesen tenido que establecer un sistema de recepción y respuesta de solicitudes de derecho de acceso de los ciudadanos.

No obstante, esta previsión otorga un tratamiento diferenciado de estos sujetos respecto a los incluidos en el art. 2 LTBG, algunos de ellos con una cierta dimensión privada pero que, por su especial relevancia, el legislador ha considerado que sí deben estar obligados a cumplir directamente con obligaciones de publicidad activa y derecho de acceso. Y ello pese a que la justificación de fondo de la sujeción de unos y otros a esta normativa sea la del ejercicio de una función pública, de especial relevancia, que está vedada en su realización a cualesquiera otros sujetos del ámbito privado. Por esta razón, algunos autores, como FERNÁNDEZ RAMOS, han defendido siempre que los sujetos incluidos dentro de este art. 4 LTBG deberían ser obligados directos al

²³ En palabras de SANTAMARÍA PASTOR en su comparecencia parlamentaria, esta sujeción al derecho de acceso "terminaría siendo aplicable a un montón de personas indeterminadas, buena parte de ellas pertenecientes al sector privado". *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión Constitucional, X Legislatura, nº 301, 17 de abril de 2013, págs. 30 y 31.

cumplimiento de las previsiones de publicidad activa y derecho de acceso, de igual modo que lo están los sujetos del art. 2 LTBG²⁴. Esta sujeción no sería novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (en adelante, LAIA) los incluye en su ámbito de aplicación bajo el concepto de "autoridad pública" -art. 2.4.1.d)- y, de hecho, así es como se preveía en la Proposición de Ley que presentase el Grupo Parlamentario Socialista para regular la transparencia en 2011²⁵. Además, esta es la opción adoptada mayoritariamente en el Derecho comparado europeo, tal y como se contempla en la Ley alemana de transparencia, que sujeta a entidades privadas que ejercen poderes o autoridad a la aplicabilidad directa de la Ley, o en la francesa, que se refiere en su ámbito de aplicación, en general, a aquellas entidades que ejercitan una misión de servicio público²⁶. También el CEADP recientemente suscrito por España exige que estos sujetos que ejercen funciones públicas estén sometidos a obligaciones de derecho de acceso.

Centrándonos en la regulación actual del art. 4 LTBG, la delimitación del ámbito subjetivo de este deber de información a sujetos "que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas" resulta acorde con los criterios que sigue la norma para justificar la imposición de obligaciones de transparencia administrativa, pero no está exenta de algunos problemas interpretativos. Aquí se emplean dos términos cuyo significado es verdaderamente difícil de determinar. Comenzando por el de potestades administrativas, este es entendido por algún autor como sinónimo de ejercicio de imperio o autoridad²⁷, mientras que para otros

24 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, págs. 247 y 248.

25 Incluso la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, anterior a la actual LTBG, recogía la aplicación directa de la norma a entidades que desarrollaran servicios públicos, aunque bien es cierto que del tenor literal de su art. 5 no queda muy claro que el acceso a los archivos y registros les resulte aplicable.

26 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones", en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 123.

27 *Ibidem*, págs. 121 a 124.

el concepto no requiere de tal matiz, actuando como sinónimo de cualquier función pública o administrativa, término que se ha empleado en algunas leyes autonómicas de transparencia en lugar del de potestad al referirse a los sujetos privados obligados a cumplir indirectamente con el derecho de acceso²⁸. Lo cierto es que ambos, potestad y función, son conceptos absolutamente genéricos, cuyo uso indistinto y plurívoco en nuestro ordenamiento no ha hecho sino generar más confusión para determinar sus contornos y conocer cuál es su alcance real en la práctica. No obstante, en mi obra, ya mencionada antes en relación con este tema, trato de delimitar unos listados aproximativos que tratan de identificar qué sujetos concretos serían los obligados por la normativa en virtud de las distintas concepciones que existen de potestad o función administrativa²⁹.

Tampoco resulta sencillo definir el significado de servicio público que se emplea en la legislación de transparencia. Existirían fundamentalmente dos posibilidades. Una primera, que se correspondería con entender que se está hablando de un servicio público en sentido estricto, es decir, como aquel que es declarado formalmente como tal, y una segunda, que se referiría a una acepción más amplia, en un sentido material, que incluiría las actividades declaradas como servicios de interés económico general -tal y como pudiera ser, por ejemplo, el sector del transporte urbano, telecomunicaciones, postal, audiovisual, mercado de valores...

Bajo mi consideración, es la primera acepción la que mejor casa con el art. 128.2 CE, que caracteriza al servicio público como una actividad excluida del libre mercado, de la que es titular la Administración pública en virtud de una norma con rango de Ley, y cuyo ejercicio se somete a sus potestades de control y supervisión. Además, esta es la acepción de servicio público que emplean la mayor parte de las leyes recientes, diferenciando el concepto de otros afines tales como los servicios no susceptibles de explotación económica o los ya mencionados servicios de interés

²⁸ Bajo esta acepción de potestad administrativa se encontraría GAMERO CASADO, Eduardo: "Delimitación conceptual de la potestad administrativa", en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pág. 104.

²⁹ PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, págs. 164 a 171.

económico general que actúan en mercados regulados en régimen de libre competencia³⁰.

Otro aspecto del presente precepto que debería ser objeto de aclaración -posiblemente la vía idónea sería a través del propicio desarrollo reglamentario- es la identificación de las entidades vinculadas o dependientes a las que los sujetos privados han de suministrar la información que se les requiere. Y es que hay casos en los que esa relación de vinculación o dependencia puede resultar difícil de identificar, lo que ocurre principalmente con las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de potestades administrativas. Por ello, en vistas de reducir la incertidumbre jurídica, y para un ejercicio más eficaz de este mecanismo, tal y como defiende FERNÁNDEZ RAMOS, lo oportuno sería obligar a cada Administración a publicar el listado de entidades vinculadas a estos efectos, también de forma similar a cómo se prevé en la LAIA³¹. En este sentido podría servir como modelo la experiencia del registro de transparencia que se regula en la Ley de la Comunidad de Madrid o el buscador de entidades privadas en el que se ha estado trabajando estos últimos años en la Generalitat Valenciana. Obviamente, para que el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información se dé con el menor grado de irregularidades posible será pertinente que este listado, en el que la inscripción no necesariamente debería tener carácter constitutivo, sea objeto de actualización continua³². Y para ello también sería necesario que el servicio de transparencia se ocupase con habitualidad de su mantenimiento.

Respecto a la entrega de la información al sujeto requirente existen más aspectos que habrían de ser tenidos en cuenta. Por una parte, el suministro de información no es realizado "de oficio" por parte de las entidades poseedoras de la misma, sino que serán las entidades a las que se encuentren vinculadas las que solicitarán la información que necesitan. Por otra, se plantea la

³⁰ *Ibidem*, p. 173.

³¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones", en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 126.

³² PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pág. 203.

En el caso de la publicidad activa, entendemos que estos sujetos no cuentan con contenidos propios de obligatoria publicación, salvo aquellos que la legislación obliga a publicar a la entidad requirente.

duda acerca de quién determina el alcance del objeto del derecho de acceso, que parece ser que sería el requirente. Si bien, habrá de ofrecerse siempre un trámite de audiencia al sujeto privado para que, con carácter previo a la resolución del derecho de acceso, pueda aducir aquellos intereses por los que la entrega de la información al ciudadano podría afectarle negativamente. En el caso de la publicidad activa, entendemos que estos sujetos no cuentan con contenidos propios de obligatoria publicación, salvo aquellos que la legislación obliga a publicar a la entidad requirente, en cuyo caso, para su ejercicio podría articular este mecanismo, pese a que se supone que dicha información ya debería constar en poder de las propias entidades públicas.

V. Oportunidades de mejora de la regulación actual de las obligaciones de transparencia pública aplicables a sujetos privados.

Ante una previsible reforma de la actual LTBG o incluso la Aprobación de una nueva Ley estatal, conforme se encuentra previsto en el vigente IV Plan de Gobierno Abierto³³, resulta más necesario que nunca identificar oportunidades de mejora que se pueden abrir de cara a conseguir una regulación más depurada y efectiva de las obligaciones de transparencia que afectan a sujetos privados. Una vez explicado el ámbito subjetivo pasivo de aplicación, conviene que nos detengamos en profundizar en algunos de los problemas principales que rodean la extensión de obligaciones de transparencia con vistas a realizar una serie de

³³ La Guía de Gobierno abierto, coordinada por el profesor MARTÍN DELGADO, puede consultarse aquí: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-10/a-942-guia-del-gobierno-abierto-int-corrregido.pdf> (última visita: 30/10/2023). Igualmente, los resultados de los seminarios celebrados en torno a este Plan en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales pueden encontrarse en BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

reflexiones que podrían ser de utilidad para el legislador en la articulación de un renovado régimen jurídico en la materia.

V.1. ¿Es la aplicación directa de obligaciones de transparencia pública a sujetos privados un mecanismo eficiente y útil?

Lo que se trata de resolver aquí es una cuestión que sirve de presupuesto para todas las demás: el sentido de la propia extensión de obligaciones de transparencia pública a sujetos privados. Su poco uso, en especial en lo relativo al suministro de información, pero también en cuanto a la consulta y comprobación de los datos que las entidades privadas difunden en sus portales web, puede constituir una prueba cuasi-definitiva de que estamos ante una regulación innecesaria, que no aporta un valor suficiente a la sociedad como para dedicarle mayor atención. Prueba de ello es que durante estos diez años de implantación de medidas previstas en la regulación de la transparencia pública la atención durante este tiempo se ha dirigido siempre a los sujetos públicos, siendo la extensión a los sujetos privados una cuestión residual que no conecta de forma tan intensa con la legitimidad que tienen los ciudadanos de conocer la información que manejan³⁴. Por tanto, la primera pregunta que ha de hacerse el legislador es si realmente tiene sentido mantener este régimen jurídico, si aporta algo y en caso de que no sea así ver de qué modo se podría articular para que estas obligaciones de información activa y el deber de suministro de información no queden en el vacío.

Si finalmente se decidiera apostar por su mantenimiento habría que conseguir potenciar su utilidad, tal vez dando un mayor foco a esta vía de expansión de la transparencia, de forma que su conocimiento sea mayor por parte de operadores sociales que podrían estar interesados en obtener información en manos de poderes privados (investigadores, expertos en *big data*, periodistas...). Lo idóneo sería que se dejase de tratar de una vía de uso residual para comenzar a tomar fuerza por sí misma. Sin embargo, ello sería difícil de articular, en especial en lo que se refiere a los sujetos que

³⁴ Lo que, sin embargo, no significa, que no existan fundamentos que justifiquen la imposición de obligaciones de transparencia pública en el caso de los sujetos privados: función y financiación pública, conforme se ha indicado al inicio del presente artículo.

prestan servicios públicos o ejercen funciones administrativas, en la medida en que la legislación no les reconoce de forma clara un objeto preciso de interés público, específico y autónomo del que adquieren sobre esos entes las propias entidades públicas.

Son muchos, por tanto, los argumentos que nos llevan a entender que parece razonable que el ejercicio del derecho de acceso sobre ayudas y subvenciones, contratos públicos, retribuciones... sea resuelto por las entidades públicas que en su labor de gestión, o de control y supervisión, poseen documentación sobre todos esos aspectos, salvo que quisiésemos asumir que la consecución de cualquier ayuda o subvención pasa definitivamente por un control social de la entidad en aspectos que van más allá de la mera financiación pública. Posiblemente, esta última sería una opción que podría no cumplir con unos cánones de proporcionalidad e incluso vulnerar la esfera de autonomía que en el caso de las actividades económicas y profesionales se atribuye a la libertad de empresa. Sin embargo, como también sabemos, se trata de un derecho constitucional muy voluble y el nivel de cargas u obligaciones que se impone a las empresas privadas en nuestro ordenamiento ya es considerablemente alto -no hay más que comprobar las existentes en la legislación en materia de protección de datos, entre otras-. Por ello nada obsta a que si la dirección política predominante así lo considerara se incrementasen las obligaciones de transparencia *ad infinitum*, respetando, eso sí, los límites constitucionales del derecho de acceso -no únicamente los previstos en el art. 105.b) CE³⁵, así como también otros que emerjan de otros preceptos constitucionales, en especial, de los previstos en el título I-. En cualquier caso, mi apuesta pasaría por un fortalecimiento de la transparencia de las entidades públicas en lo que se refiere no solo a su información, sino también respecto a la que manejan de sujetos privados, dando posibilidad de que estas aleguen siempre que existan intereses contrapuestos que quisiesen aducir ante un eventual ejercicio de derecho de acceso. En la medida en que los poderes públicos dispongan de la información y las infraestructuras necesarias para dar publicidad o acceso no se entiende muy bien hasta qué

³⁵ No se entrará aquí en esta cuestión porque sobrepasa el objetivo del presente estudio, pero sería factible analizar con profundidad si la mención constitucional a los archivos y registros administrativos que actúa como fundamento de las medidas de transparencia pública a las que se someten las entidades de naturaleza pública resulta también de aplicación a personas enteramente privadas.

punto existe un valor añadido lo suficientemente alto como para pedir que sean las propias entidades privadas las que ejerciten el derecho -y en caso de que lo hubiera que se justifique-.

V.2. La necesidad de clarificación de algunos aspectos relativos a los perceptores privados de "ayudas y subvenciones públicas".

Otro aspecto al que sería conveniente prestar especial atención es a si realmente la calificación de "ayudas y subvenciones" que se emplea hoy para identificar qué atribuciones económicas han de ser objeto de publicidad activa es lo suficientemente amplia como para aludir a todos esos beneficios económicos que los poderes públicos otorgan a las entidades privadas y que les suponen un beneficio diferenciado en relación con otros sujetos que operan libremente en el mercado. En el trabajo que contiene parte de mi tesis doctoral ya señalé que el concepto de "ayudas" que habría que emplear aquí sería más adecuado que se correspondiese con la noción que maneja el Derecho de la Unión Europea, en lugar de acudir a otra más restrictiva como la recogida en el art. 2 LGS³⁶. En mi opinión deberíamos conseguir que la transparencia no únicamente consista en publicar información sobre la subvención entendida en sentido estricto, sino que también sean tenidas en cuenta muchas otras actuaciones cuantificables económicamente en las que la intervención pública constituye de alguna forma una ventaja no ordinaria para el receptor. Aquí deberían incluirse beneficios y desgravaciones fiscales, ayudas crediticias, ayudas reales o en especie, o incluso un sinfín de ayudas indirectas también reconocidas por el Derecho de la UE: actividades públicas de propaganda o publicidad de productos o servicios privados, organización de exposiciones, foros y eventos a cargo de poderes públicos, aportaciones de capital a empresas privadas provenientes de entidades públicas u otras privadas controladas o financiadas por entes públicos, adquisición de bienes y servicios empresariales por parte de Administraciones, o la asistencia o prestación gratuita de servicios administrativos a uno o

³⁶ PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pág. 60.

varios sujetos privados³⁷. En este sentido, los criterios que emitiesen los organismos de transparencia y, en particular, el CTBG podrían ser de utilidad para identificar los distintos tipos de información que debieran ser objeto de conocimiento público. No obstante, es preciso reconocer la dificultad que existiría para cuantificar económicamente algunas de estas atribuciones patrimoniales o situaciones ventajosas que los poderes públicos ofrecen.

Pero existen más cuestiones que han de ser objeto de comentario aquí. También sería conveniente revisar la fijación de umbrales económicos mínimos que se requieren a quienes reciben fondos públicos para cumplir con las obligaciones de transparencia, procurando que estos se calculen no desde la más pura discrecionalidad, sino atendiendo a un más exhaustivo cálculo de costes y beneficios.

En cuanto a la determinación más precisa de quiénes están sujetos a esta norma, sería recomendable hacer un uso más avanzado de la información existente en cualesquiera bases de datos que registren estas ayudas y, en particular, en la Base de Datos Nacional de Subvenciones, sobre todo cuando se trate de identificar ayudas provenientes de una amplia gama de fuentes. Además, sería útil establecer un criterio claro para calcular el período de un año requerido para cumplir con los umbrales, ya sea tomando como referencia el año natural anterior o el ejercicio económico de la empresa.

De igual manera, en caso de una eventual reforma de la Ley – asumiendo que el régimen jurídico de extensión de obligaciones de transparencia pública a entidades privadas se mantuviera–, se debería obligar también a los sujetos privados a que cumplan con estándares mínimos de actualización, permanencia y accesibilidad de la información, requisitos que actualmente solo se aplican a las Administraciones públicas sin que exista a mi juicio una razón lo suficientemente intensa que justifique esta diferenciación. Y abogaría también por la elaboración de listados particulares de contenidos de publicidad activa que empleen términos adaptados a las peculiaridades de los sujetos de naturaleza

³⁷ *Ibidem*, págs. 60 y 61.

jurídico-privada³⁸, solventando los problemas de inseguridad respecto al ámbito objetivo de aplicación que corresponde cumplir a estos sujetos. No obstante, habría que ser cautelosos a la hora de establecer elencos amplios de contenidos de obligatoria publicación o, de lo contrario, se incrementaría la tasa de incumplimiento por parte de los sujetos obligados³⁹.

Por último, cabría plantearse el reconocimiento de más mecanismos de puesta a disposición de los sujetos privados de infraestructuras digitales que hubieran de ser facilitadas por las Administraciones públicas. El reparto de costes es más eficiente si es asumido por los poderes públicos, en tanto que estos cuentan con unos costes fijos ya cubiertos por el desarrollo de sus sistemas de información y portales de transparencia, mientras que su aplicación a entidades privadas, sobre todo a las de menor tamaño, puede suponer un coste de recursos económicos que podría actuar como freno para la realización efectiva de las previsiones contenidas en la Ley.

V.3. La inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo pasivo de las confesiones religiosas, y federaciones y ligas deportivas.

Sería conveniente que se resolviesen las dudas que pudieran existir respecto a la sujeción o no de las confesiones religiosas y federaciones deportivas, en tanto receptoras de fondos públicos a la legislación de transparencia pública. Por mi parte tengo claro que mientras cumplan los umbrales -lo cual no necesariamente tiene que darse en todos los casos, aunque sí en la mayoría- se trata de sujetos obligados a satisfacer las previsiones de publicidad activa. Y es que tanto federaciones y ligas deportivas como confesiones religiosas -incluida la Iglesia Católica- cumplen escrupulosamente con los requisitos establecidos en el artículo 3 LTBG y se configuran indubitadamente como entidades de naturaleza enteramente privada. Por consiguiente, se encuen-

³⁸ Muchas de las ideas aquí sugeridas ya han sido contempladas en *Ibidem*, esp. págs. 210 y 211.

³⁹ En este sentido se manifiesta COTINO HUESO, Lorenzo: "Quién, cómo y qué reformar de la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública", en Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 142 y 143, quien apunta este mismo problema, eso sí, en relación con los pequeños y medianos municipios.

tran sometidas a la Ley, incluso aunque no se les incluya expresamente, tal y como sí se ha hecho en la Ley andaluza de transparencia -lo que no obsta que su mención reciba una valoración positiva en aras de la seguridad jurídica-.

En lo que respecta a las federaciones deportivas, dada su similitud con las Corporaciones de Derecho público como entidades de tipo asociativo -o federativo- que ejercen funciones públicas en relación con sus integrantes, podría barajarse su asimilación a aquellas en lo que a la sujeción directa a obligaciones de transparencia pública se refiere⁴⁰, más si tenemos en cuenta las recientes polémicas producidas en relación con el uso de los fondos económicos de que han hecho uso algunos dirigentes de la Real Federación Española de Fútbol. Estos hechos de notoria actualidad no han hecho sino poner de relieve, además de la necesidad de un mayor control, un trascendente interés social en todo lo que concierne a la organización, funcionamiento, financiación y designación de cargos de estas entidades. En cualquier caso, para cumplir escrupulosamente con la equiparación en transparencia a las Corporaciones de Derecho público, esta debería limitarse a sus actuaciones sometidas al Derecho administrativo -de las que, en ningún caso, deberían quedar fuera las relativas al uso de fondos económicos procedentes de entidades públicas-.

V.4. La extensión del derecho de acceso a los perceptores privados de fondos públicos.

Esta cuestión ya ha sido analizada al comentar los problemas que planteaba la inclusión o no de estos sujetos en el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de transparencia. Procede, por tanto, aquí, alcanzar una conclusión con base en todo lo que anteriormente se ha señalado. A mi parecer, la extensión del derecho de acceso en el caso de los receptores privados de fondos públicos cuenta con varios obstáculos, como son su falta de idoneidad para cumplir con la función de auditabilidad que trata de tener la transparencia sobre los fondos públicos o la intromi-

⁴⁰ PEREIRO CÁRCELES, Manuel: "El alcance de las obligaciones de transparencia aplicables a las federaciones deportivas", *Especial Transparencia y Lucha contra la corrupción. Actualidad Administrativa*, 2019.

sión en la esfera de autonomía privada que poseen los sujetos privados. Desde una perspectiva más pragmática, puede que obligar a asumir la carga que el ejercicio del derecho de acceso supondría a empresas privadas no actúe como un incentivo adecuado para la dinamización económica que requieren los mercados. Posiblemente, la articulación de un apropiado régimen de publicidad activa que sea suficientemente amplio en cuanto a su objeto -con una acepción amplia de ayudas y subvenciones- puede ser suficiente para dar cabida a la función que pretende cumplir la transparencia.

Aquí cabría hacer mención también a qué pasa si una empresa o entidad se dedica a captar fondos públicos cuyo uso y destino específico justifica adecuadamente, pero se trata a su vez de una organización que promueve valores contrarios al interés público, fomenta actuaciones discriminatorias o incluso comete delitos. Puede existir un relativo interés público en conocer qué otras actividades desarrollan o en qué se gastan su dinero esas entidades que reciben cuantiosas cantidades de fondos públicos. En cualquier caso, la información relativa a esas actuaciones podría solicitarse al ente al que el sujeto privado se encuentre vinculado.

V.5. Carencias en la articulación de elementos de control que coadyuven en la consecución de un mayor grado de cumplimiento de las obligaciones de transparencia pública.

Ciertamente, el art. 9.3 LTBG prevé la infracción por incumplimiento reiterado -ojo a lo que ha de considerarse como reiterado- de las obligaciones de publicidad activa para aquellas entidades pertenecientes a la Administración General del Estado, pero esta resulta muy insuficiente para lograr un adecuado control del cumplimiento de obligaciones de publicidad activa. Algunas leyes autonómicas sí han previsto un régimen sancionador al respecto, pero su aplicación práctica ha sido nula, lo que de por sí nos habla de la baja efectividad que tiene la aplicación de sanciones a entidades públicas. En cierta forma no supone cosa distinta que castigarse a sí mismas, lo cual difícilmente va a tener lugar. Y, además, esas multas se pagarían con dinero que en última instancia procede de los contribuyentes. Sería de vital importancia que los organismos de transparencia, además de ser verdaderamente independientes, contasen

Sería de vital importancia que los organismos de transparencia contasen con potestades sancionadoras, no solo de incoación, de modo que pudieran tramitar y resolver expedientes sancionadores.

con potestades sancionadoras, no solo de incoación, de modo que pudieran tramitar y resolver expedientes sancionadores, en ejercicio de una labor de control *ex post* que sería de ayuda para mejorar los índices de cumplimiento de la norma.

Otra vía de control importante, aunque de naturaleza muy distinta, es la que se ejerce desde instituciones privadas ajenas al sector público. Durante muchos años entidades como Access Info o Transparencia Internacional han publicado informes que han tratado de empujar en la dirección de alcanzar unas mayores cotas de transparencia en nuestra sociedad, también en lo que se refiere a los sujetos privados. Así, durante varios años esta segunda organización estuvo publicando informes de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por parte de las entidades obligadas⁴¹.

Por su parte, algunos organismos de transparencia han prestado mayor atención a esta cuestión los últimos años. Es el caso del Comisionado de Transparencia de Canarias, que en 2019 pondría en marcha su aplicación T-Canaria, que lleva ya algunos años testeando el grado de cumplimiento de la ley, centrándose también en las previsiones de publicidad activa que deben cumplir perceptores de fondos públicos. En el ámbito estatal, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG), en colaboración con la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, crearía MESTA (Metodología de evaluación y seguimiento de la transparencia de la actividad pública), con la finalidad de medir el grado de aplicación de las previsiones de la LTBG a las Administraciones públicas, sociedades mercantiles públicas, partidos políticos y organizaciones empresariales y sindicales, aunque no se ocupó inicialmente de las entidades privadas que perciben fondos públicos. Recientemente, el CTBG ha llevado a cabo una evaluación de 82 empresas o entidades que reciben ayudas y subvenciones escogidas de la Base de Datos Nacional de Subvenciones y únicamente cumplen un 35% de ellas. En el mismo informe se indica que sus recomendaciones solo fueron aten-

⁴¹ El más reciente de ellos en 2016 es AMOEDO BARREIRO, Daniel: "Consecuencias legales y económicas de la Ley de Transparencia para empresas privadas que producen servicios públicos o que tienen contratos con el sector público", Transparency International España, 2016.

didadas por un 20% de entidades que las recibieron, lo que pone de manifiesto una vez más la necesidad de atribución de potestades sancionadoras a esta entidad, así como la regulación de medidas coercitivas en la ley estatal que favorezcan la satisfacción de las exigencias de transparencia⁴². La prueba es que el incumplimiento de obligaciones de publicidad activa por parte de estos sujetos privados es enormemente generalizado.

En cualquier caso, la puesta en marcha de este tipo de iniciativas merece una valoración positiva, y es clave si queremos verificar que las previsiones contempladas en las normas están siendo satisfechas. Permite, además, detectar fallos, anomalías o incumplimientos que pudieran servir como elemento condicionante para desplegar mecanismos de corrección -comenzando por un requerimiento de subsanación del incumplimiento-. Tecnologías como *blockchain*⁴³ o la inteligencia artificial, sorteado el problema de los sesgos que en su utilización se producen, serán de gran utilidad futura en la configuración de este tipo de herramientas.

En relación con el deber de suministro ni tan siquiera se contempla ninguna clase de control en la ley estatal. De hecho, en su momento, el Consejo de Estado, en su informe al Anteproyecto de Ley, ya se encargó, de señalar la falta de previsión de una sanción que castigara el incumplimiento de este deber de suministro de información, indicando que el carácter imperativo de la norma quedaba así en entredicho, a merced de la mera voluntad de los sujetos obligados⁴⁴. Si hay, en cambio, leyes autonómicas que han establecido cuadros de infracciones y sanciones por el incumplimiento del requerimiento de información. En la medida en que estas medidas coactivas actúan sobre sujetos privados, su operatividad puede ser mayor que en el caso de las entidades públicas, aunque lo cierto es que el uso residual o casi inexistente que se está dando a la figura del requerimiento de información hace que tampoco podamos alcanzar conclusiones definitivas sobre su utilidad.

⁴² Los resultados de este informe pueden consultarse en: https://www.consejodetransparencia.es/ct_Home/Actividad/Evaluaciones/2023/EPS.html (última visita: 30/10/2023).

⁴³ En relación con esta tecnología y su potencial aplicación en la difusión de contenidos de publicidad activa véase MUÑOZ CARMONA, Agustín.: *Implicaciones jurídicas del uso de blockchain en la Administración pública*, Trabajo Fin de Master, Universidad de Murcia, 2018, pág. 42. Disponible en web: <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/61679> (última visita: 30/10/2023).

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO: "Dictamen 707/2012, de 19 de julio" [Documento CE-D-2012-707].

Más efectivas pueden resultar, sin embargo, las multas coercitivas, que sin ninguna duda habrían de incorporarse en una futura reforma de la legislación estatal y cuya utilización en las leyes autonómicas está dando un mejor resultado para forzar el cumplimiento de sus previsiones. No obstante, su imposición solo debería proceder cuando exista una resolución firme que determine el incumplimiento de la obligación y haya transcurrido el plazo prestablecido para facilitar o publicar la referida información. Comunidad Valenciana -art. 5.3-, Región de Murcia -art. 7.3- o Navarra -art. 12.5- son algunas de las autonomías cuyas leyes han contemplado estas multas como medida para obligar a los sujetos privados a cumplir los requerimientos de información que reciban desde las Administraciones públicas.

V.6. Una delimitación más precisa de los conceptos de potestad administrativa y servicio público.

Establecer un significado claro de los términos "función" y "potestad administrativa" que utiliza la legislación de transparencia pública para identificar a los sujetos privados obligados al deber de suministro de información no constituye una tarea sencilla. Para este propósito, se pueden considerar dos opciones: la primera sería emplear el concepto de "función administrativa" o, mejor aún, "función pública", ya que es más amplio que el concepto de "potestad" y abarcaría un rango más amplio de aplicaciones de la transparencia. Esta ha sido la opción empleada por la legislación autonómica catalana o la valenciana. La segunda opción sería interpretar el término "potestad administrativa" de manera que no necesariamente implique el ejercicio de poder coercitivo, de modo que cualquier sujeto privado que actúe desde una posición de monopolio o privilegio esté obligado a cumplir con las disposiciones de la Ley.

En lo que se refiere a los sujetos privados que ofrecen servicios de carácter público, la principal cuestión en disputa se centra en si en la legislación de transparencia pública debe interpretarse el concepto de "servicio público" en un sentido subjetivo formal o en un sentido material que abarque los servicios de interés general. Desde mi perspectiva, la primera interpretación se ajusta mejor al significado actual de la noción de "servicio público" de

nuestro ordenamiento jurídico, tanto porque se alinea mejor con la reserva de ciertos servicios esenciales establecida en el art. 128.2 CE, como porque se adecua a la redefinición que la Unión Europea ha llevado a cabo en este ámbito⁴⁵. Por ello, la Ley estatal de transparencia debería explícitamente incluir en su ámbito de aplicación a las entidades que ofrecen servicios económicos de ámbito de interés general o universal –véase el art. 3.1.e) Ley de transparencia de Cataluña–, y admitir de forma expresa la inclusión de obligaciones de transparencia en los acuerdos celebrados para la prestación de servicios sociales, de igual manera que con éxito se ha contemplado en algunas leyes autonómicas.

V.7. La exigencia de una regulación procedimental específica para el deber de suministro de información.

En relación con el suministro de información sería conveniente dedicar esfuerzos a una mejor clarificación de los sujetos de los que dependen o a los que se vinculan los sujetos que ejercen funciones públicas, siendo en el caso de las entidades privadas colaboradoras de la Administración difícil de concretar cuál es su órgano matriz correspondiente. Para su determinación habrá que atender al mecanismo a través del que se haya ejercido esa atribución –un contrato, un convenio o un título habilitante como el autorizatorio⁴⁶– e identificar el sujeto responsable. Con vistas a un eficaz ejercicio del requerimiento se recomienda que una vez obtenida la información se elabore un listado de entidades vinculadas⁴⁷, de carácter no constitutivo, que arroje luz sobre a quienes corresponde realizar esas reclamaciones.

45 PEREIRO CÁRCELES, Manuel y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: "Comentarios al artículo 3", en Juan José Díez Sánchez y Ricardo García Macho (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Reus, Madrid, 2019, pág. 34.

46 En relación con los distintos instrumentos jurídicos que se emplean en la atribución de funciones públicas véase VILALTA REIXACH, Marc.: "La articulación jurídica del traslado del ejercicio de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras de la Administración", en Alfredo Galán Galán (dir.), *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 30 a 48.

47 FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: *El derecho al acceso a la información pública en España*, 2ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, págs. 153 y 154. En el mismo sentido, PEREIRO CÁRCELES, Manuel y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: "Comentarios al artículo 3", en Juan José Díez Sánchez y Ricardo García Macho (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Reus, Madrid, 2019, pág. 43.

Por otra parte, existen aspectos procedimentales del suministro de información que habrían de ser precisados. Se echa en falta un procedimiento reglado que concrete las condiciones de su ejercicio, una identificación de los medios a través de los cuales el suministrador puede dar respuesta, la determinación de plazos concretos y una regulación específica del trámite de audiencia no ya a particulares, sino al propio sujeto privado en caso de que no estuviera conforme con aquello que se le está solicitando por inmiscuirse en alguno de sus intereses privados⁴⁸.

V.8. Adaptación del derecho de acceso a los prestadores privados de la sociedad digital.

A priori, la sujeción indirecta al derecho de acceso de los sujetos privados que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas previo requerimiento de los poderes públicos merece una valoración positiva, dado que supone una asunción de los costes por parte de las entidades públicas, que ya disponen de la infraestructura y recursos, liberando a los sujetos privados de las cargas asociadas a su cumplimiento directo. No obstante, surgen dudas acerca de si en la sociedad digital actual, donde la información fluye con gran velocidad, la intermediación pública para el ejercicio del derecho de acceso supondría un obstáculo para un más eficaz control ciudadano de la actividad de los prestadores digitales privados⁴⁹. En cualquier caso, para que la sujeción directa al derecho de acceso a la información manejada por los prestadores digitales fuera posible sería recomendable que se adoptase una noción amplia de servicio público que permitiese incluir en el ámbito de aplicación a los intermediarios digitales. Sería conveniente también que se configurase un acceso a la información algorítmica que, sin facilitar el código fuente, al menos explique su lógica, y fomentar la aplicación del principio "transparencia por diseño" en la creación de aplicaciones informáticas que manejen estos sujetos.

⁴⁸ Una propuesta más completa de mejoras relativas al procedimiento del suministro de información puede encontrarse en PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 203-208.

⁴⁹ VALERO TORRIJOS, Julián: "El acceso y la reutilización de la información del sector público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica", en Isaac MARTÍN DELGADO (coord.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, págs. 449 y 450.

VI. Conclusión.

Las obligaciones de transparencia impuestas por la LTBG no solo recaen sobre las Administraciones territoriales clásicas, sino que su aplicación también afecta a entidades de naturaleza diversa tales como las Administraciones instrumentales, entidades de naturaleza jurídica público-privada y a sujetos privados que desarrollan potestades públicas o desarrollan servicios públicos.

Sin embargo, el alcance de la aplicación de estas medidas es diverso, identificándose tres niveles de protección: 1º) la aplicación total de las disposiciones de publicidad activa y de acceso a la información pública; 2º) la aplicación de las disposiciones de publicidad activa, pero no de las relativas al derecho de acceso; y 3º) la aplicación parcial de las medidas de publicidad activa. Como consecuencia de una tramitación de la norma que no preveía la inclusión de los sujetos de naturaleza privada, esta adecuación por niveles que se realiza resulta insuficiente para dar respuesta al control social que se pretende ejercer sobre entes que tienen naturaleza jurídica privada pero desarrollan funciones de interés general.

Por ello, un tratamiento específico en la propia LTBG o en sus respectivas normas reguladoras habría supuesto un mejor modo de adecuar los contenidos que tienen interés para ser objeto de publicidad activa. Una ampliación del derecho de acceso a algunos de estos sujetos, aun en perjuicio de la efectividad de la norma, constituiría una medida asumible desde el punto de vista jurídico, aunque probablemente sería difícil de articular por los sujetos privados en la práctica. En cualquier caso, una decisión al respecto requeriría un debate sosegado, así como un estudio con profundidad que llevara a configurar el marco normativo más adecuado para estos sujetos. Pero para lograrlo, tendría que mantenerse una voluntad política de revisión y mejora, en la línea que parece que se sigue en el actual IV Plan de Gobierno Abierto. Solo de esta manera será posible que fructifique una regulación de transparencia pública más avanzada, que tenga en cuenta también la información algorítmica y los distintos usos que los operadores so-

Una ampliación del derecho de acceso a algunos de estos sujetos, aun en perjuicio de la efectividad de la norma, constituiría una medida asumible desde el punto de vista jurídico, aunque probablemente sería difícil de articular por los sujetos privados en la práctica.

ciales podrían dar a la información, considerando también las potencialidades que existen en la aplicación de obligaciones de transparencia a los sujetos privados en los entornos digitales.

Bibliografía.

-ACKERMAN, John M. y SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira.: *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*, Cuadernos de transparencia, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México D.F, 2005.

-AMOEDO BARREIRO, Daniel: "Consecuencias legales y económicas de la Ley de Transparencia para empresas privadas que producen servicios públicos o que tienen contratos con el sector público", Transparency International España, 2016.

-BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: "Transparencia: ámbito subjetivo", en Emilio GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, págs. 63-96.

-BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022.

-BOIX PALOP, Andrés: "Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción: de los partidos del sistema a los partidos de los ciudadanos", en Ángeles JAREÑO LEAL (dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 161-195.

-CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: "Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales", en Dolors CANALS I AMETLLER (ed.), *Datos, Protección, Transparencia y Buena Regulación*, Documenta Universitaria, Girona, 2016, págs. 87-121.

-COTINO HUESO, Lorenzo: "Quién, cómo y qué reformar de la Ley

de transparencia y del derecho de acceso a la información pública", en Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, págs. 127 a 156.

-FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: *El derecho al acceso a la información pública en España*, 2ª ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

-FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, págs. 233 a 298.

-FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano: "El ámbito subjetivo de la normativa sobre transparencia del sector público. Problemas y disfunciones", en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 105 a 134.

-GAMERO CASADO, Eduardo: "Delimitación conceptual de la potestad administrativa", en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 50 a 151.

-GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo I*, 19ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020.

-MUÑOZ CARMONA, Agustín: *Implicaciones jurídicas del uso de blockchain en la Administración pública*, Trabajo Fin de Master, Universidad de Murcia, 2018.

-PEREIRO CÁRCELES, Manuel y DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: "Artículo 3. Otros sujetos obligados", en Juan José Díez SÁNCHEZ y Ricardo GARCÍA MACHO (eds.), *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, Reus, Madrid, 2019, págs. 30 a 45.

-PEREIRO CÁRCELES, Manuel: "El alcance de las obligaciones de transparencia aplicables a las federaciones deportivas", *Especial Transparencia y lucha contra la corrupción. Actualidad Administrativa*, 2019.

-PEREIRO CÁRCELES, Manuel: *La aplicación de obligaciones de transparencia pública a los sujetos privados*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

-RUBIO NÚÑEZ, Rafael: "Transparencia en los partidos políticos", *Tiempo de Paz*, nº 114, 2014, págs. 58 a 64.

-VALERO TORRIJOS, Julián: "El acceso y la reutilización de la información del sector público desde la perspectiva de la reforma de la Administración electrónica", en Isaac MARTÍN DELGADO (coord.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, págs. 433 a 458.

-VILALTA REIXACH, Marc: "La articulación jurídica del traslado del ejercicio de funciones públicas a las entidades privadas colaboradoras de la Administración", en Alfredo GALÁN GALÁN (dir.), *Entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 17 a 52.

Resumen.

La transformación del ámbito subjetivo del Derecho administrativo que se ha producido debido a la privatización de funciones públicas ha dado lugar a una regulación de la transparencia pública que alcanza a sujetos privados que reciben fondos públicos o participan en funciones administrativas. Este artículo trata de analizar de qué modo la legislación impone estas obligaciones a los sujetos privados, centrándose en los artículos 3 y 4 de la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. El objetivo es identificar la lógica que existe detrás de estas obligaciones y proponer posibles mejoras que fortalezcan el actual marco normativo, lo que se hace a través de

una disección de los sujetos privados obligados a cumplir con previsiones de publicidad activa o con un específico deber de suministro de información dirigido a otras entidades generalmente públicas.

PALABRAS CLAVE

Transparencia, publicidad activa, entidades privadas, subvenciones, potestad administrativa, servicio público, derecho de acceso, suministro de información, Gobierno Abierto.