

La transparencia de los sujetos privados que ejercen potestades o prestan servicios públicos

[28/06/2024](#) - [Estudios y Comentarios](#)

La Ley 19/2013 de Transparencia obliga a las personas materialmente privadas que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas a suministrar a la entidad del sector público a la que se encuentren vinculadas la información necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia. El precepto, pese a su brevedad, suscita múltiples cuestiones, pero la más relevante es si nos encontramos ante un deber legal de colaboración de carácter meramente instrumental o, por el contrario, puede afirmarse que las entidades privadas en cuestión están también sujetas al principio de transparencia pública.

Severiano Fernández Ramos es Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Cádiz

El artículo se publicó en el número 66 de la Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, mayo 2024)

THE TRANSPARENCY OF PRIVATE SUBJECTS THAT EXERCISE POWERS OR PROVIDE PUBLIC SERVICES

ABSTRACT: Law 19/2013 on Transparency obliges private entities providing public services or exercising administrative powers to provide the public sector entity to which they are linked with the information necessary to comply with their transparency obligations. The precept, despite its brevity, raises many questions, the most relevant being if whether we are dealing with a legal duty of collaboration of a merely instrumental nature or, on the contrary, it can be stated that the private entities in question are also subject to the principle of public transparency.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y Buen gobierno (LTBG)(1), se caracteriza por presentar un ámbito de aplicación amplísimo, incluyendo en su artículo 2 no solo a las Administraciones públicas, sino también a las entidades jurídico-privadas que forman parte del sector público, así como a determinados órganos ajenos a la condición subjetiva de Administraciones públicas(2). Pero, además, la LTBG extiende en sus artículos 3 y 4 su aplicación a determinados sujetos privados, en el sentido material, esto es, no integrantes del sector público. Esta ampliación puede ser problemática, pues tales sujetos privados no pierden su naturaleza privada(3).

Por ello es necesario cuestionarse, en primer lugar, cuál es el fundamento de la sujeción de estas personas y entidades privadas a obligaciones de transparencia de interés general, más allá naturalmente del mero positivismo o arbitrio legal. En segundo lugar, debemos preguntarnos cuál debe ser el alcance de dicha sujeción, es decir, si una sujeción completa, tanto al derecho de acceso a la información pública como a los deberes legales de publicidad activa, o una sujeción parcial y en tal caso en qué medida. Y, por último, cómo debe ser esta sujeción, esto es, si directa o por intermediación de una entidad del sector público y, en tal caso, como debe articularse esta intermediación.

En este trabajo me ocuparé exclusivamente de los sujetos previstos en el artículo 4 LTBG, el cual establece

que las <<personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este Título>>.

De entrada, debe realizarse una precisión previa respecto a la ordenación legal de este deber de suministro de información, pues en la medida en que limita el ámbito de libre disposición de las informaciones de determinados sujetos privados (aquellas informaciones directamente relacionadas con el ejercicio de las funciones públicas encomendadas), al tiempo que impone una carga de colaboración con las Administraciones públicas (el cumplimiento del requerimiento de información), debemos convenir que, en respeto al principio de legalidad, tal ordenación debe estar contenida esencialmente en normas con rango de ley, de tal modo que los reglamentos que desarrollen las leyes de transparencia en este punto deben ceñirse a la clásica función reglamentaria de complemento estricto de la ley(4).

Asimismo, sin entrar ahora en los problemas interpretativos que plantea este artículo (y que se tratan más adelante), puede afirmarse que la sujeción a la leyes de transparencia pública de entidades materialmente privadas que ejercen funciones públicas nos remite a un problema clásico del Derecho Administrativo, esto es cómo afrontar el fenómeno del ejercicio privado de funciones públicas(5).

Pensemos, p. ej., en el instituto de la responsabilidad patrimonial. Aun cuando, la Ley (antes la Ley 30/1992 y ahora la LRJSP) refiere la aplicación del sistema objetivo de responsabilidad extracontractual a las Administraciones públicas en sentido subjetivo, lo cierto es que la Constitución (art. 106.2) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sin diferenciar si tales servicios públicos son ejecutados directamente por la Administración o por un tercero en su nombre(6), lo que lleva a la doctrina a propugnar que debe mantenerse que el régimen sustantivo de responsabilidad ante terceros por daños en la en la gestión de los servicios públicos sea idéntico tanto si son imputables a la Administración, como si lo son al contratista. La justificación no es otra que también es este caso nos encontramos ante una <<actividad administrativa>> (si bien gestionada indirectamente), <<por lo que parece claro que el perjudicado no debe verse afectado en su protección frente al daño por una decisión organizativa de la Administración como es la alternativa entre gestión directa e indirecta>>(7).

Una concepción de los derechos de los ciudadanos ante la actividad pública que se centre en el aspecto subjetivo (y, menos aún, subjetivo-formal) corre el riesgo de vaciarse progresivamente de contenido, ante la creciente presencia de sujetos privados que ejercen o colaboran en el ejercicio de funciones públicas y en la prestación de servicios esenciales. Y este es justamente el mismo problema que se trata de afrontar en el ámbito de la transparencia pública: evitar que una mera decisión organizatoria, como es la de optar por una fórmula de gestión "indirecta" del servicio, permita eludir el ejercicio del derecho de acceso a la información (8).

Como ha señalara el Sindic de Catalunya, <<lo que debería ser relevante a los efectos de la aplicación de la normativa reguladora del derecho de acceso es que la información haga referencia a actividad pública, entendida en sentido amplio, con independencia de que esté en posesión de un sujeto público o privado. Y si determinada información de relevancia pública no puede ser accesible, debe ser por razones objetivas y motivadas, porque exista una excepción al acceso, no por razón del ente o la persona que posee esta información>>(9).

En tal sentido, en Derecho comparado es común que las leyes de transparencia y acceso a la información pública no circunscriban su aplicación al ámbito estricto de los poderes públicos, sino que, siguiendo criterios diversos y de forma más limitada, amplíen su ámbito subjetivo a determinadas personas materialmente privadas, en el sentido de no integradas en el sector público(10).

En nuestro ordenamiento, el primer precedente de un precepto similar al que nos ocupa se encuentra en la derogada Ley 38/1995, de 12 de diciembre, de acceso a la información medioambiental(11). En la actualidad, 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, declara –art. 2.4.2- que tienen la condición de <<autoridad pública>> , a los solos efectos de lo previsto en los Títulos I y II de dicha Ley (es decir, del

derecho de acceso a la información medioambiental), las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior(12). Asimismo, pueden anotarse algunos precedentes inmediatos a la LTBG en la legislación autonómica(13).

Pero, sobre todo, al tratarse ya de una norma vigente en nuestro ordenamiento, debe tenerse en cuenta que el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos administrativos, hecho en Tromsø el 18 de junio de 2009, califica directamente como <<autoridades públicas>> a <<las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa>>, sin perjuicio de que si una Parte lo desea considere <<también>> como <<autoridades públicas>> a <<personas naturales o jurídicas que realizan funciones públicas o actúan financiadas con fondos públicos, según la normativa nacional propia>>(14). Sobre la compatibilidad de la LTBG con el Convenio de Tromsø se volverá más adelante.

2. DELIMITACIÓN DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

2.1. Precisiones iniciales

La LTBG refiere el artículo 4 a las <<personas físicas y jurídicas () que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas>>. Como puede verse se trata de dos nociones bien diversas, pero que estimamos comparten una base común: ha tratarse de una actividad que deba calificarse como <<actividad pública>>, aun cuando esté desempeñada por sujetos privados, y no como una actividad privada, aun cuando pueda ser de interés general(15). De hecho, no olvidemos que el Título II de la LTBG lleva por rótulo la <<Transparencia de la actividad pública>>, por lo que la inclusión en su ámbito de aplicación de estas entidades materialmente privadas que ejercen funciones públicas es plenamente coherente con el diseño de la ley básica.

A este respecto, el Consejo de Estado señaló que el fundamento de esta obligación de facilitar a las Administraciones públicas determinada información <<deriva de la especial vinculación de estos sujetos con la Administración –llegando en algunos casos a configurarse como una auténtica relación especial de sujeción-, así como de la naturaleza de las actividades que realizan y de las potestades que pueden llegar a ejercer. Estas circunstancias justifican que se les imponga la referida obligación de colaboración>>(16). Más aún, cabría incluso pensar que la transparencia de la actuación es aún más necesaria en los casos en los que la función pública es desarrollada, en lugar de por una Administración pública (integrada por funcionarios públicos y sujeta a específicos deberes de objetividad) por un sujeto privado, sometido a otros condicionantes, como la rentabilidad de la prestación y, en su caso, la competencia en el mercado(17).

De otro lado, debe anotarse que la Ley admite expresamente que pueda tratarse tanto de personas jurídicas como físicas. De este modo, la LTBG es coherente con la normativa sobre contratación pública, que constituye uno de los principales mecanismos para asignar a sujetos privados funciones públicas en sentido amplio (art. 65.1 LCSP). Asimismo, cabe recordar que la citada Ley 27/2006 incluye expresamente a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles(18). Y, sobre todo, el Convenio núm. 205 del Consejo de Europa de acceso a los documentos públicos califica directamente como <<autoridades públicas>> a <<las personas naturales o jurídicas>> cuando ejercen como una autoridad administrativa, sin perjuicio de que si una Parte lo desea considere también como <<autoridades públicas>> a <<personas naturales o jurídicas>> que realizan funciones públicas.

Finalmente, debe señalarse que en la tramitación parlamentaria de la Ley este precepto pasó del artículo 3 al vigente artículo 4, interponiéndose el actual artículo 3 (<<Otros sujetos obligados>>)(19). El resultado es que la redacción del artículo 4, al permanecer intacta, incurre en una inexactitud sobrevenida cuando habla de <<personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores>>. En efecto, esta redacción tenía sentido cuando este precepto se ubicaba tras el artículo 2, en el sentido de referirse a sujetos privados distintos a los sujetos formalmente privados pero integrados en el sector público, y ya incluidos en el artículo 2.1. Pero al referirse en plural a <<personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores>>, parece incluir también a los sujetos del artículo 3, cuando lo cierto es que las categorías de sujetos privados de los artículos 3 y 4 no son excluyentes(20). Así, una entidad puede ser beneficiaria de subvenciones (y por ello estar sujeta a obligaciones de publicidad activa del artículo 3) y, además, prestar un servicio público (y, por este motivo, estar incluida en el artículo 4). No obstante, se trata

de una inexactitud que ha sido corregida por algunas leyes autonómicas(21).

2.2. Las personas que presten servicios públicos

En relación con la prestación de servicios públicos, debe recordarse que el Tribunal Constitucional (STC 35/1983) declaró tempranamente que la noción de poder público <<no es sin duda coincidente con la de servicio público, pero lo 'público' establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título -autorización, concesión, etc.- que hace posible su prestación, en una *especial relación de dependencia* respecto de los poderes públicos>>. Ahora bien, como es sobradamente conocido, la noción de servicio público es extraordinariamente vaga(22). El propio Consejo de Estado señaló que debería aclararse el sentido o alcance que ha de darse al concepto de servicio público, dada la heterogénea variedad de actividades y supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de esta expresión(23).

En mi opinión, en la medida en que en estos casos nos encontramos ante actividades prestacionales, en las que puede (y, de hecho, será lo ordinario) estar ausente cualquier nota de ejercicio de potestad pública (para lo cual existe ya el otro supuesto previsto en el artículo 4), con objeto de delimitar estas actividades de aquellas otras actividades prevalentemente privadas, aun cuando puedan ser también de interés general, debería quedar clara la titularidad de la actividad por la Administración pública. Ahora bien, ello no significa que la prestación del servicio se reserve en exclusiva a la Administración, lo que supondría excluir a todos los servicios públicos no monopolizados por el poder público (como los de salud, educación y servicios sociales, entre otros), precisamente aquellos de cuya calidad depende en gran medida el Estado Social postulado por la Constitución(24).

Lo único exigible es que la Administración sea la responsable de la prestación en favor de la ciudadanía, bien porque así se establece por ley (p. ej., los servicios mínimos municipales ordenados en la legislación de régimen local, o las declaraciones establecidas en la legislación sectorial en materia de salud, educación o servicios sociales)(25) o bien porque la propia Administración asuma la actividad como propia –arts. 284.2 y 312 LCSP-, de tal manera que <<el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública>> (tal como se expresa la exposición de motivos de la LCSP). Es decir, lo relevante es que, en estos supuestos, el sujeto privado que presta el servicio actúa por encargo de la Administración, de modo que aunque la prestación no la efectúe directamente la Administración, sino un particular, debemos concluir que seguimos en presencia de una <<actividad pública>>(26).

Los supuestos más claros son los de los contratistas de prestaciones de servicio público, ya sea mediante el contrato de servicios o de concesiones de servicios o de obra, pero también caben otras fórmulas, como los convenios o los conciertos (ya sean estos calificados legalmente como contratos administrativos especiales o como instrumentos no contractuales, lo cual es indiferente a nuestros efectos)(27). Asimismo, cabe también la posibilidad, como se ha señalado antes, de que la calificación de la actividad como de servicio público sea realizada directamente por la ley, sin que pueda hablarse en rigor de un servicio de titularidad de una Administración(28).

Ahora bien, la exigencia de que se trate de una actividad pública nos lleva a descartar de la aplicación directa del artículo 4 LTBG los supuestos de los llamados servicios públicos impropios, así como de los <<servicios económicos de interés general>>, en la medida en que se trata inicialmente de una actividad privada, aun cuando se declare de interés general y, por ello, esté sujeta a una especial intervención administrativa(29). Con todo, esto no impide que las personas privadas que desarrollan tales servicios de interés general no puedan estar sujetos a determinadas obligaciones de transparencia, pero no por su condición de prestador de un servicio público, sino en virtud de otros títulos, como puedan ser la percepción de fondos públicos o el ejercicio de potestades administrativas(30).

2.3. Las personas que ejerzan potestades administrativas

En relación con el <<ejercicio de potestades administrativas>>, y sin entrar en profundas cuestiones dogmáticas que excederían del objeto de este trabajo, deben realizarse dos precisiones(31). De un lado, debe celebrarse que la LTBG se exprese con corrección, pues habla de <<ejercicio>> de potestades administrativas, puesto que la <<titularidad>> de las mismas debe quedar, en todo caso, reservada a la Administración(32). De otro lado, debe recordarse que la LRJSP (art. 113) formula la distinción entre el

<<ejercicio de potestades administrativas>>, susceptible de atribución excepcional a entidades jurídico-privadas, y las <<facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública>>, las cuales en ningún caso pueden ser atribuidas a tales entidades, de tal manera que habrá que entender que la primera noción es más amplia, y acoge desde luego a la segunda(33).

Esta precisión podría ser relevante, pues lo que prohíbe la LCSP (arts. 17 y 284.1) es la contratación de actividades <<que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos>>, es decir, la noción más estricta, de tal modo que podría defenderse que es viable externalizar el ejercicio de potestades administrativas (noción más amplia), siempre que no comporten ejercicio de autoridad (noción más estricta) (34).

Sin embargo, y dejando de lado que el artículo 113 LRJSP no es una norma básica, lo cierto es que este precepto condiciona la atribución <<excepcional>> a sociedades mercantiles estatales del <<ejercicio de potestades administrativas>>, a que tal atribución se efectúe <<por ley>>(35). Y parece lógico pensar que si la LRJSP configura la atribución a entidades jurídico-privadas del sector público como un supuesto excepcional que requiere de una expresa habilitación legal, a pesar de la dependencia directa de estas entidades de la Administración, con mayor razón será necesaria dicha habilitación en norma con rango de ley para encomendar tales funciones a entidades del sector privado(36).

De hecho, a pesar de que un sector de la doctrina ha tratado de reconducir la reserva de funciones en exclusiva al personal funcionario ordenada en el TREBEP (art. 9.2) al ámbito estricto de las funciones de autoridad, parece muy forzado y artificial pretender ver una distinción entre la participación (no ya solo directa, sino también indirecta) en “el ejercicio de las potestades *públicas*”, ámbito que el TREBEP reserva al estatuto funcional, y el “ejercicio de las potestades *administrativas*”, que la LRJSP admitiría encomendar a entidades jurídico-privadas(37).

Más aún, desde la reforma de la LRBRL efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se sustituyó el precepto según el cual en ningún caso podrán prestarse *por gestión indirecta* ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, por la remisión al artículo 9.2 TREBEP, <<en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos>> (art. 85.2). Por tanto, debe entenderse que la reserva al estatuto funcional del TREBEP no solo se limita a ordenar, en el ámbito interno de las Administraciones públicas, la asignación de funciones entre las distintas categorías de personal a su servicio (funcionarios, laborales, eventuales), sino que incide también sobre la posible atribución del ejercicio de potestades públicas a entidades instrumentales del sector público, tal como tiene ya establecido la jurisprudencia(38), y, con mayor razón, sobre las operaciones de externalización(39).

Pues bien, dejando de lado la cuestión de la naturaleza de las facultades de policía de los concesionarios de servicios públicos (pues al fin y al cabo se integran en la gestión del servicio público, ya incluida en la cláusula de prestación de un servicio público del art. 4 LTBG)(40), en general, la jurisprudencia viene admitiendo a las Administraciones públicas la externalización de funciones de asistencia, colaboración o apoyo en la tramitación de procedimientos administrativos y ejecución de actos de autoridad, sin que esta colaboración pueda sustituir, no ya a los órganos administrativos en la competencia irrenunciable para adoptar la resolución (art. 8.1 LRJSP), sino tampoco a los funcionarios públicos en la adopción de los actos jurídicos de instrucción, pues una participación sustantiva en los procedimientos administrativos (todos, aun cuando no comporten ejercicio de autoridad estricto *sensu*) supone también el ejercicio de potestades administrativas(41).

En tales casos de externalización de funciones de asistencia, colaboración o apoyo en la tramitación de procedimientos administrativos, entiendo que nos encontramos ante la colaboración privada en el ejercicio de una potestad administrativa y, por ello, sujeta al artículo 4 LTBG. Esto es relevante pues es dudoso que los contratos de servicios en los que comúnmente se plasma este tipo de colaboración puedan calificarse como contratos de gestión de un servicio público, en la medida en que la destinataria directa de la prestación es la propia Administración y, por ello, estas actuaciones quedarían fuera la cláusula del artículo 4 LTBG de <<prestación de servicios públicos>>(42).

Sin embargo, parece evidente que esta colaboración privada en el ejercicio de potestades administrativas debe estar, con no menor motivo que la prestación de servicios públicos, sujeta a la transparencia pública,

debido a su potencial afectación de los derechos e intereses de la ciudadanía. Si la LTBG exige que la ciudadanía pueda acceder a la información relativa a la tramitación de los procedimientos mediante los cuales se ejercen las potestades administrativas, con mayor razón cuando parte de esa tramitación no la realiza el sujeto constitucionalmente configurado para ello, sino un sujeto materialmente privado.

Más allá de esta colaboración en tareas auxiliares o de apoyo en el ejercicio de la potestades administrativas, la atribución del ejercicio en sentido propio del ejercicio de potestades administrativas requiere de específica habilitación legal, que sería el primer requisito a cumplir(43). Y en la medida en que la noción de ejercicio de potestad pública incluye, como se ha dicho, a la de ejercicio estricto de *imperium*, no es tan necesario, a nuestros efectos, determinar en cada caso cuándo estamos ante un supuesto u otro(44).

En tal sentido, en el ordenamiento existen múltiples ejemplos de habilitación legal a personas y entidades privadas, a través de los más diversos títulos, para el desempeño de funciones públicas, en las que con mayor o menor intensidad se ejercen potestades públicas. Dejando de lado el caso de las Corporaciones de derecho público, debido a su singularidad (pues formalmente son entidades de derecho público) y a que presentan un tratamiento diferenciado en la LTBG –art. 2.1.e)-(45), baste recordar el supuesto clásico de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, incluidos expresamente en la noción de autoridad pública de la Ley 27/2006 –art. 2.4.1.d)-(46).

Pero también habría que incluir en este ámbito a unas entidades tan significadas como las federaciones deportivas, las cuales, aun cuando son calificadas como entidades privadas de naturaleza asociativa (a diferencia de las Corporaciones de Derecho Público), tienen encomendadas por ley <<funciones públicas delegadas de carácter administrativo>>, que se ejercen bajo la tutela de la Administración (arts. 43.2 y 50 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte)(47).

Asimismo, también debe considerarse ejercicio de funciones públicas la actividad de las entidades colaboradoras en materia de subvenciones, pues actúan <<en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención>> (art. 12.1 LGS), realizando múltiples funciones de naturaleza indudablemente pública(48).

Pero, sobre todo, debido a su extraordinaria expansión, debe tenerse en cuenta el proteico universo de personas y entidades colaboradoras con la Administración en el desempeño de funciones de comprobación, control y certificación. Este sería el caso destacado de los organismos de control (o también llamados de evaluación de la conformidad) en el campo de la seguridad industrial, pues tales sujetos, en virtud de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, comprueban el cumplimiento por parte de las instalaciones, equipos, actividades y productos industriales de las exigencias en materia de seguridad industrial establecidas con carácter obligatorio en los reglamentos de seguridad, y su actuación es susceptible de revisión por la Administración pública(49). En cambio, la llamada infraestructura acreditable para la calidad (entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras, laboratorios de calibración industrial), en la medida en que se rigen por especificaciones técnicas no vinculantes (la llamada <<normalización>>), que desarrollan tareas de control técnico de carácter voluntario y no se contempla la revisión de su actuación por la Administración, debe descartarse que tales entidades ejerzan potestades públicas, de modo que no se trataría de una actividad pública, sino privada(50).

En general, debido a la extraordinaria diversidad de regulaciones sectoriales en los múltiples ámbitos de colaboración privada en funciones de control, habrá de analizarse cada supuesto para determinar, en función de diversas circunstancias, como son el alcance jurídico de las funciones a desarrollar (entre otras, su carácter obligatorio o voluntario) y de las competencias que se reservan a la Administración (p. ej., de revisión de la actuación de la entidad privada), si nos encontramos ante el ejercicio de una potestad pública (sujeta, por tanto, al artículo 4 LTBG) o una simple actividad privada (excluida de la obligación contenida en dicho precepto)(51).

2.4. Las determinaciones de la legislación autonómica

Algunas leyes autonómicas contienen precisiones adicionales para acotar estas entidades privadas. Así, en algunos casos a las expresiones de la LTBG se añade a personas que <<ejercen funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas>>(52). Al emplearse como noción global (<<u otro tipo>>) el <<ejercicio de funciones administrativas>>, puede entenderse que estas normas se mantienen en el

círculo de actividades de la LTBG.

Por su parte, la Ley 19/2014 Cataluña –art. 3.1- añade a personas físicas o jurídicas que realizan actividades calificadas legalmente como <<servicios de interés general o universal>>(53). En la medida en que, como se ha señalado antes, estos servicios no entran en la cláusula de servicio público del artículo 4 LTBG, con esta disposición se amplía el ámbito subjetivo de la obligación de suministro de información(54). Lo cierto es que, como señala la doctrina, es evidente la posición de supremacía que detentan los operadores económicos en sus relaciones con los usuarios de estos servicios de interés general, en la medida en que no todo servicio de interés general constituye un servicio público en sentido propio(55).

El problema es si esta ampliación es o no conforme a la LTBG. En mi opinión, esta extensión será legítima exclusivamente en el ámbito de los servicios de interés general respecto de los cuales la Comunidad Autónoma ostente competencias normativas(56). Todo ello sin perjuicio de que las leyes del sector puedan establecer obligaciones de transparencia específicas para las entidades prestadoras de estos servicios de interés general(57).

3. ALCANCE DE LA SUJECCIÓN A LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA

3.1. ¿Sujeción sustantiva o formal a las leyes de transparencia?

Recordemos una vez más el tenor literal del artículo 4 LTBG: <<Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria *para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título*>>.

En la medida en que la referencia a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas es en femenino (estarán <<obligadas>>), parece que <<aquéllos>> a los que se refiere la Ley son <<la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1>>(58). De este modo, el artículo 4 LTBG vendría únicamente a imponer a los sujetos privados que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas un deber instrumental de colaboración para que los sujetos del sector público puedan cumplir con sus obligaciones de transparencia, tanto activa como pasiva(59). Por tanto, tales sujetos privados no serían en propiedad sujetos obligados por las normas de transparencia, sino meros colaboradores para garantizar la transparencia de los sujetos del sector público, a través de la imposición de un deber de suministro de información de naturaleza meramente instrumental(60).

En mi opinión, sin desconocer esta significación primaria del deber de suministro de información del art. 4 LTBG, en el caso específico de las personas privadas que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas es preciso realizar una interpretación sistemática de la LTBG, debido a la naturaleza pública de la actividad que desarrollan tales sujetos privados, sin perder de vista que la rúbrica del Título II de la LTBG es la <<Transparencia de la actividad pública>>.

Así, recordemos que la definición de <<información pública>> contenida en el artículo 13 de la Ley está referida a las informaciones <<que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones>>. Y, por si existiese alguna duda, recordemos que el artículo art. 17.1 de la LTBG dispone que cuando se trate de *información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas*, <<la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas>>.

Por tanto, de la LTBG se infiere que la información en poder de los sujetos privados que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas es *información pública*, como así se han manifestado tanto el CTBG como la GAIP(61). Y esta es una diferencia sustancial respecto a los demás adjudicatarios de contratos del sector público también contemplados en el artículo 4 LTBG (tal como se verá más adelante).

En este sentido, de modo más explícito, la Ley 1/2016 Galicia, tras reproducir el artículo 13 LTBG, añade: <<Asimismo, se considera información pública la producida por las entidades que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, en los términos contemplados en el artículo 4>> –art. 24.1-, criterio

seguido por la Ley Foral 5/2018: <<se considera, asimismo, información pública aquella cuya autoría o propiedad se atribuye a otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas o funciones públicas, siempre que haya sido generada u obtenida en el ejercicio de una *actividad pública*>> –art. 4.c)-(62). O, desde otra perspectiva, también la Ley Foral 5/2018 –arts. 3.d) y 12.1- incluye expresamente a estos sujetos privados entre los sujetos obligados por las normas de transparencia, y no solo para el cumplimiento de un deber legal de colaboración con los sujetos del sector público(63).

En este sentido, debe señalarse que las leyes autonómicas sobre archivos y patrimonio documental declaran que los documentos de las personas privadas físicas o jurídicas gestoras de servicios o funciones públicas, en cuanto a los documentos generados en la prestación de dichos servicios o funciones, son de *titularidad pública*(64).

En definitiva, las personas privadas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas desarrollan una *actividad pública* y, por ello, la información derivada de la misma debe ser considerada también <<información pública>>, lo que supone extender el círculo de sujetos obligados, si quiera indirectamente, más allá de un mero deber instrumental de colaboración, pues, al fin y al cabo, se ordena la inicial accesibilidad de una información generada u obtenida por los sujetos privados, no por las Administraciones públicas(65).

3.2. Sujeción indirecta a las normas de transparencia

El aspecto más característico de las personas sujetas al artículo 4 LTBG es que la sujeción a las reglas de transparencia es indirecta, por interposición de una entidad del sector público. De acuerdo con el artículo art. 17.1 de la LTBG, introducido en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, cuando se trate de *información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas*, <<la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren *vinculadas*>>(66).

De este modo, de la inteligencia conjunta de los artículos 17.1 (la solicitud debe dirigirse a la Administración o entidad de vinculación) y 4 (previo requerimiento), se infiere que la sujeción de las personas privadas del artículo 4 al derecho de acceso a la información pública no es directa, sino por intermediación de la entidad del artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, y a la cual debe dirigirse el solicitante.

En este punto, la LTBG viene a seguir el criterio de la derogada Ley 38/1995, de 12 de diciembre, de acceso a la información medioambiental, según la cual los empresarios, individuales o sociales, que gestionen servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, <<están obligados a facilitar la información relativa al medio ambiente que la Administración pública titular del servicio les solicite, a los efectos de que ésta pueda cumplir con las obligaciones determinadas en esta Ley>> –art. 2.2-. Sin embargo, este criterio fue modificado por la posterior 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, la cual –como se señaló antes- considera –art. 2.4.2º- <<*autoridades públicas*>> directamente a <<las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior (es decir, las Administraciones Públicas)>>(67).

Esta opción legal por una sujeción indirecta ha sido objeto de cierta controversia doctrinal. Según algunos autores, estos sujetos privados deberían estar sometidos a la Ley de modo directo, sin intermediación. Al soslayarse la intermediación de la entidad del sector público es cierto que se evita la complejidad adicional para el ejercicio del derecho de acceso que supone identificar a tal entidad, pues –como se verá más adelante- no siempre es claro determinar a qué entidad del sector público se encuentra <<vinculada>> cada persona privada que ejerce potestades o presta servicios públicos(68).

Sin embargo, esta intermediación puede considerarse razonable, pues es la Administración titular de la potestad o del servicio público la más idónea y objetiva para decidir sobre las peticiones de acceso, que además pueden afectar a terceros diversos del propio sujeto privado que ejerce las funciones públicas. A este argumento debe añadirse la anomalía que supondría someter a un sujeto materialmente privado a la

aplicación de un procedimiento administrativo, al cual es por completo ajeno (registro administrativo de la solicitud, trámites de audiencia a terceros concernidos, resolución unilateral, silencio administrativo). Todo ello sin tener en cuenta que la reclamación ante el órgano independiente (que garantizaría la intervención de un órgano administrativo) es potestativa, de modo que nada impediría al solicitante acudir directamente ante los tribunales, sin que se hubiese podido pronunciar sobre el asunto órgano administrativo alguno(69).

Ahora bien, debe recordarse que el Convenio de Tromsø (art. 1.2.a) califica como <<autoridad pública>> a las personas físicas o jurídicas, <<en la medida en que ejerzan una autoridad administrativa>>(70), sin perjuicio de que las Partes puedan incluir también a las personas físicas o jurídicas, en la medida en que desempeñen <<funciones públicas>> (posibilidad de la que no ha hecho uso el Reino de España). Recordemos también que, de acuerdo con el Convenio de Tromsø (art. 2), cada Parte garantizará a toda persona, sin discriminación alguna, el derecho a acceder, a solicitud propia, a documentos públicos en poder de autoridades públicas. ¿Significa esto que, si bien la sujeción indirecta de las personas que presten servicios públicos es conforme al Convenio, no lo es la de las que ejercen potestades administrativas, en la medida en que pueda entenderse que <<ejercen una autoridad administrativa>>? En tal caso, habría que entender que la LTBG incurre en este punto en una inconstitucionalidad mediata sobrevenida.

En mi opinión, y sin entrar en la controversia de la distinción entre ejercicio de potestad y ejercicio de autoridad, es dudoso que deba extraerse tal conclusión. Lo cierto es que tales entidades están obligadas por el derecho de acceso, con la única peculiaridad de que la solicitud debe realizarse a otro sujeto al que están vinculadas, lo cual puede considerarse una determinación procedimental, además justificada -como se ha señalado antes-, por lo que puede afirmarse que la LTBG no incumple en este punto lo dispuesto en el Convenio de Tromsø(71).

Cabe, por último, preguntarse si las Comunidades Autónomas están o no facultadas para cambiar el criterio de la LTBG e imponer una sujeción directa de las entidades. De entrada, debe señalarse que buena parte de las Comunidades Autónomas han incluido a las federaciones deportivas junto a las corporaciones de derecho público, lo que supone su sujeción directa a la ley(72). No obstante, respecto al resto de personas que ejercen funciones públicas, si bien la mayoría de las leyes autonómicas ha mantenido el criterio de la Ley estatal, debe observarse que en algunas leyes autonómicas se prevé que el cumplimiento de las obligaciones legales de transparencia por parte de estos sujetos privados podrá exigirse no solo a través de la Administración a la que estén vinculadas, sino también directamente(73). En todo caso, entiendo que no sería correcto imponer una suerte de reclamación previa ante la Administración, pues ello supondría dilatar el acceso a la reclamación ante el órgano de garantía, lo que sería incompatible con la ley básica.

3.3. Alcance de la sujeción a las normas de transparencia pública

3.3.1. Sujeción parcial al derecho de acceso a la información pública

Como es lógico, no toda la información en poder de estas personas privadas es información <<pública>>. Si en relación con las Corporaciones de Derecho Público, a pesar de que se trata formalmente de entidades jurídico-públicas, la propia LTBG –art. 2.1.e)-, con buen criterio, únicamente considera información pública la relativa al ejercicio de funciones públicas, con mayor razón habrá que entender aplicable este criterio para estas otras entidades formalmente privadas y, además, ajenas al sector público.

Así, el artículo 13 delimita la noción de información pública a aquella elaborada o adquirida <<en el ejercicio de sus funciones>>, funciones que en este caso deben entenderse relativas a las funciones públicas a las que se refiere el artículo 4. Más aún, algunas leyes autonómicas precisan que estas personas están obligadas a las normas en materia de transparencia <<respecto de la información relativa a las actividades directamente relacionadas con las potestades públicas que ejerzan y los servicios públicos que gestionen>> (74).

Por tanto, queda al margen de la aplicación de las obligaciones de transparencia derivadas de la LTAIBG la información en poder de la entidad privada no vinculada al desempeño de la potestad o servicio público, como pueda ser la información relativa a su propia organización y secretos comerciales, así como la vinculada a los servicios que la entidad pueda prestar a otros sujetos privados(75). Como ha señalado con su acostumbrado acierto la GAIP, <<Este criterio es especialmente apropiado en aquellas empresas privadas

que prestan servicios públicos no como su única actividad, sino como una actividad parcial, al lado de otras prestaciones o producciones dirigidas al mercado; en estos casos, que son bastante habituales, es del todo coherente que la transparencia se proyecte únicamente sobre las actividades de la empresa privada relacionadas directamente con la prestación de servicios públicos y se respete la privacidad de la información sobre el resto de sus actividades. Y es que la información de estas empresas que se puede calificar de información pública y, en consecuencia, estar sujeta a las obligaciones de transparencia y de acceso a la información pública, es la relacionada directamente con la prestación del servicio público, mientras que el resto de información de la empresa, vista su condición de privada, se tiene que considerar como información no pública, privada>>(76).

3.3.2. No sujeción básica a las reglas de publicidad activa

Del artículo 4 LTBG no se desprende sujeción alguna de las personas privadas a las obligaciones de publicidad activa(77). Lo cual no significa que no puedan estar sometidos a las mismas, pero en tal caso será por aplicación del artículo 3 LTBG, pues las categorías de sujetos privados de los artículos 3 y 4 no son excluyentes. Inicialmente, este diseño es coherente, pues las obligaciones de publicidad activa de la LTBG, más allá de generalidades, como la relativa a la estructura organizativa, son difícilmente aplicables a estos sujetos. A lo sumo, podría ser de aplicación la obligación relativa a la <<información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente>> -art. 8.1.i)-, pero puede entenderse que tal obligación es de la entidad del sector público a la que se encuentre vinculada y para su satisfacción se ordena precisamente el deber legal de suministro de información.

Lo cierto es que imponer de modo indiscriminado la publicidad de otras informaciones, como las retribuciones percibidas por los máximos responsables de las entidades puede ser desproporcionado, pues en algunos casos se trata de actividades que se ejercen en régimen de mercado (como sucede con los organismos de control) y en otros la actividad pública (p. ej., de prestación de servicio público) puede ser solo una parte, incluso minoritaria, de la actividad en su conjunto de la entidad(78).

Ahora bien, se suscita la cuestión de si las Comunidades Autónomas pueden imponer a estas entidades obligaciones de publicidad activa. De hecho, en relación con las federaciones deportivas, como se ha señalado antes, algunas leyes autonómicas las han incluido junto con las corporaciones de derecho público, lo que supone su sujeción a las obligaciones de publicidad activa, naturalmente en su ámbito de aplicación (79). En mi opinión, dado que la ley básica no impide esta posibilidad y debido a la extraordinaria dosificación de las obligaciones de publicidad activa por parte del legislador, no habría reparos para ello, sobre todo, en relación con las personas que prestan servicios públicos directos a la ciudadanía (como las gestoras del servicio de abastecimiento de agua potable, o de servicios de salud). Asimismo, nada impide que la legislación sectorial imponga obligaciones adicionales de publicidad activa, como sucede también con las federaciones deportivas(80).

Con carácter más amplio, la Ley 1/2014 de Andalucía (art. 5.2) dispuso que las normas reguladoras de los conciertos y otras formas de participación de entidades privadas en los sistemas públicos de educación y deportes, sanidad y servicios sociales establecerán aquellas obligaciones de publicidad activa, de entre las que establece la ley, que deban cumplir estas entidades para colaborar en la prestación de estos servicios sufragados con fondos públicos(81). Y, como sucede con la obligación de suministro de información, estas obligaciones deberán incluirse en los pliegos o documentos contractuales equivalentes que correspondan. Asimismo, este precepto de la Ley 1/2014 de Andalucía ha sido adoptado por una buena parte de las Leyes autonómicas posteriores(82). Con todo, no parece que esta obligación de incluir en los pliegos los deberes de publicidad activa se esté cumpliendo(83), lo que no deja de ser sorprendente, pues –como es bien sabido– los pliegos de los contratos deben ser informados preceptivamente por la correspondiente asesoría jurídica.

Por su parte, la Ley 19/2014 Cataluña (art. 3.2) ordena a estos sujetos privados a informar a la Administración responsable de las retribuciones percibidas por los cargos directivos <<si el volumen de negocio de la empresa vinculado a actividades realizadas por cuenta de las administraciones públicas supera el veinticinco por ciento del volumen general de la empresa>>. Se trataría de una obligación de publicidad activa indirecta, pues deberá ser la Administración responsable la que publique esta información(84). Además, la GAIP interpreta que las llamadas <<sociedades vinculadas>> (concepto propio del ordenamiento catalán) estarían incluidas en el artículo 3.1.b) Ley 19/2014 Cataluña(85), con la consecuencia

de serle de aplicación las obligaciones de publicidad activa(86).

4. EL DEBER LEGAL DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

4.1. El sujeto competente para su exigencia

El artículo 4 LTBG establece: <<() estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren *vinculadas*>>. Y, en el mismo sentido, el artículo 17.1 LTBG ordena: <<Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren *vinculadas*>>.

De entrada, la LTAIBG no se refiere exclusivamente a las Administraciones Públicas en sentido estricto –art. 2.2-, sino también al resto de los órganos y entidades previstas en el artículo 2.1. Ahora bien, la noción de vinculación se ha venido utilizando por el legislador administrativo para referirse a entidades del sector público(87). Pero no es una noción que tenga tradición para referirse a entidades del sector privado. Por tanto, la primera dificultad estriba en determinar a qué entidad del sector público se encuentra <<vinculada>> cada persona privada que ejerce potestades o presta servicios públicos.

Parece claro que, en caso de existir una relación contractual con una Administración, órgano o entidad del sector público, como sucede en el caso de los concesionarios de servicios públicos, está perfectamente determinada la vinculación de la persona privada. Y, de hecho, este supuesto está expresamente previsto en la LTBG, tal como se verá más adelante. También es clara la vinculación cuando existe otro tipo instrumento bilateral entre la persona privada y la entidad pública. Este sería el caso, p. ej., de los convenios que deben suscribir las Administraciones públicas con las entidades colaboradoras en materia de subvenciones (art. 16 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Asimismo, en el ámbito universitario, existe un supuesto similar relativo a los centros universitarios de titularidad privada adscritos a una Universidad pública, pues prestan un innegable servicio público y se encuentran legalmente <<vinculados>> a una entidad pública del artículo 2.1 LTBG (la Universidad pública de adscripción), mediante el necesario convenio de adscripción (art. 42 Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario)(88).

Ahora bien, el problema surge cuando no existe una relación bilateral entre la entidad pública y la entidad privada que ejerce funciones públicas. En determinados casos en los que es la ley la que asigna las funciones públicas a personas privadas, la ley también determina la Administración de referencia. Así, p. ej., en relación con los Notarios, la norma atribuye a la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública competencias para inspeccionar y revisar sus actuaciones(89). De modo similar, respecto a las federaciones deportivas, se establece que las funciones públicas de carácter administrativo de las federaciones deportivas españolas se ejercen bajo la tutela del Consejo Superior de Deportes (art. 50 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte)(90).

Con todo, existen otros supuestos en los que es más difícil identificar una Administración de <<tutela>> o similar a la que vincular la actuación de la entidad privada. Este sería el caso de las Universidades privadas, pues si bien parece evidente que prestan el mismo servicio público que las públicas (el servicio público de educación superior universitaria, según art. 2.1 Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario), sin embargo, y a diferencia de los centros adscritos antes mencionados, las universidades privadas no están adscritas a Universidad pública alguna. Al contrario, la LOSU (art. 3.1) declara que las Universidades (sin distinción) desarrollan sus funciones en régimen de autonomía. Ciertamente, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma la supervisión y control periódico del cumplimiento por las universidades privadas de los requisitos exigidos para su reconocimiento, y que en casos extremos puede ser causa de revocación de la autorización de inicio de actividades académicas (art. 4.2 LOSU). La cuestión es, por tanto, si esta competencia para autorizar el funcionamiento y ejercer un control de legalidad, ¿es suficiente para determinar la <<vinculación>> de la Universidad privada a la Administración autonómica correspondiente?(91)

Pero, sobre todo, en otros muchos casos, como los antes señalados de ejercicio de funciones públicas de control y certificación, los tradicionales modelos de concesiones y autorizaciones están siendo sustituidos, por impulso de la Directiva de Servicios, por simples comunicaciones previas o declaraciones responsables. Así, el régimen de autorización para la habilitación de los organismos de control en materia de seguridad

industrial, ordenado inicialmente en la Ley 21/1992 de Industria, fue reemplazado mediante Ley 32/2014, por una declaración responsable ante la autoridad competente en materia de industria donde el organismo de control acceda a la actividad. Y esta declaración responsable habilita al organismo de control para desarrollar la actividad para la que ha sido acreditado en todo el territorio español (art. 15.4). Además, la supervisión de estos organismos de control se reparte entre la autoridad de “origen” (ante la que presentó la declaración responsable) y las autoridades de “destino” (aquellas donde desarrolla sus actuaciones)(92).

Es evidente que todo ello puede ocasionar serias incertidumbres acerca de cuál es en cada caso la Administración competente a la que el solicitante debe dirigirse para solicitar la información. Por ello, habría sido oportuno introducir un precepto que obligara a cada Administración u órgano público publicar (y mantener actualizado) el listado de entidades vinculadas al mismo, a efectos de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En tal sentido, puede recordarse que ya la Ley 27/2006, de 18 de julio, obliga a las Administraciones a elaborar listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que obre en su poder, las cuales se harán públicamente accesibles -art. 5.1.c)-(93). Desafortunadamente, aun cuando las leyes autonómicas han ampliado considerablemente las obligaciones de publicidad activa contenidas en la LTBG, sin embargo, han omitido toda referencia sobre este punto(94). Todo ello sin perjuicio de que la entidad privada, en la medida en que pueda ser considerada sujeto obligado, debería considerarse obligada, en virtud del Convenio de Tromsø, a informar al solicitante de la autoridad competente para tramitar la solicitud(95).

4.2. El requerimiento del suministro de información

Recordemos una vez más que el artículo 4 LTBG establece: <<Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, *previo requerimiento*>>(96).

De este modo, el requerimiento puede ser formulado con objeto de que la entidad del sector público pueda cumplir sus propias obligaciones de publicidad activa, como sucede destacadamente con la obligación relativa a la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia –art. 8.1.i)-, o bien otras obligaciones de transparencia que hayan podido incluirse en los pliegos u otros instrumentos contractuales(97). En tal caso, la potestad de requerimiento se ejercerá de forma autónoma al margen de un procedimiento.

Ahora bien, recordemos también que el artículo 17.1 LTBG ordena: <<Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas>>. De este modo, en el caso de que el requerimiento tenga origen en una solicitud de acceso a información pública, el requerimiento se inserta en el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso.

Sin embargo, desafortunadamente, la LTBG no ha tenido en cuenta cómo se integra el requerimiento de información por parte de la entidad del sector público en el marco del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. De entrada, la LTBG no precisa un plazo para el cumplimiento de este requerimiento. Y es determinante es importante, pues dado que el requerimiento se dirige a una entidad privada no parece que pueda ser de aplicación el plazo supletorio de la LPAC para la emisión de informes (art. 80.2)(98). Con todo, esta omisión por parte de la LTBG ha sido subsanada por la mayoría de las leyes autonómicas, que fijan un plazo que oscila entre quince y diez días(99). Asimismo, nada impide que pueda fijarse en una norma reglamentaria o incluso en un instrumento contractual(100).

Pero, sea cuál sea el plazo, la cuestión principal es que, el punto de partida de la LTBG en el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso es que la competencia para resolver las solicitudes corresponde al órgano o entidad que posea la información (art. 17.1), regla de la cual el supuesto del artículo 4 sería una excepción. Y dado que la Administración o entidad de vinculación tiene un plazo de un mes para resolver la solicitud que se computa <<desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver>> (art. 20.1), surge de inmediato la cuestión de si ese plazo para cumplir el requerimiento suspende o no el cómputo del plazo para resolver.

En mi opinión, el requerimiento debería suspender dicho plazo, pues al fin y al cabo en este caso el órgano competente para resolver no tiene en su poder la información solicitada, por lo que difícilmente puede valorar su accesibilidad. Y es posible encontrar un apoyo en el LTBG a esta suspensión. Así, el artículo 19.3 Ley establece lo siguiente: <<Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, *así como de la suspensión del plazo para dictar resolución* hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación>>. Es decir, en la medida en que la persona o entidad privada que posee la información no es el solicitante, ni tampoco la autoridad que resuelve, puede considerarse como tercero potencialmente afectado, por lo que sería de aplicación el precepto transcrito(101).

De otro lado, no determina la LTBG los términos en que debe producirse el requerimiento al sujeto privado. En principio, no parece necesario que la Administración deba trasladar al sujeto privado la solicitud en su integridad (con la identidad del solicitante), sino exclusivamente el objeto de la misma, pues no corresponde a aquél sujeto resolver la petición(102).

Asimismo, la aplicación del artículo 19.3 LTBG presenta una virtualidad adicional, pues posibilita que la persona privada del artículo 4 pueda formular, al tiempo que cumple el requerimiento, las alegaciones que estime pertinentes, en el bien entendido que, de no formularse alegaciones por el sujeto obligado del artículo 4 LTBG en el momento de cumplir el requerimiento, ello no impide que le deba ser aplicado el trámite de audiencia a terceros, en la medida en que este sujeto no es el solicitante ni la autoridad que resuelve(103).

Así, en el caso de los sujetos obligados del artículo 4 LTBG pueden ser relevantes determinados límites generales, como los intereses comerciales tanto de la persona privada actuante en ejercicio de funciones públicas como los intereses comerciales y los datos personales de terceros. Así, p. ej., los organismos de control en materia de seguridad industrial están obligados a adoptar las medidas oportunas para salvaguardar, a todos los niveles de su organización, la confidencialidad de la información obtenida durante el desempeño de sus actividades y el incumplimiento de esta obligación puede ser considerado como causa de revocación de la habilitación(104). Y, al margen de que la Administración imponga o no tal medida, lo cierto es que el mercado sin duda penalizará la actuación del organismo en cuestión. Ahora bien, debe precisarse que esta confidencialidad está referida a la información obtenida de terceros por la entidad colaboradora, pero no alcanza a los informes y certificaciones emitidos por la misma(105).

De otro lado, además de los límites legales generales, en el caso específico de estos sujetos obligados del artículo 4 LTBG las alegaciones pueden responder a dos motivos adicionales:

- Quela entidad del sector público que formula el requerimiento no sea competente para ello, por no considerarse la persona privada <<vinculada>> a ella.
- Queda información solicitada no esté (directamente) vinculada a las funciones públicas que desempeña, es decir, que, en rigor, no se trate de información pública(106).

En todo caso, debe advertirse que el sujeto obligado no dispone de un derecho de veto(107). El requerimiento es un <<acto ejecutivo>> y como tal debe cumplirse. Es decir, la persona requerida debe remitir, en todo caso, la información a la entidad correspondiente, adjuntando las alegaciones que estime oportunas. Y si, finalmente, el procedimiento es resuelto en contra de las pretensiones del sujeto obligado del artículo 4, debe entenderse que se aplicará el efecto suspensivo previsto en la LTBG para terceros afectados –art. 22.2-(108).

De otro lado, cabe demandarse si la facultad de requerimiento de información está o no limitada por el tiempo. Recordemos que el artículo 4 establece que las <<personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores *que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas* estarán obligadas a suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se *encuentren vinculadas*, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este Título>>. Del tenor literal del precepto parecería desprenderse que la obligación de suministro de información solo es vigente en tanto se ejerzan las potestades o presten los servicios públicos. Sin embargo, en la medida en que esta obligación está subordinada al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, de acuerdo con el artículo 17.1 LTBG,

y como el Tribunal Supremo ha manifestado (STS 306/2020, de 3 de marzo), este derecho no está sujeto a un límite temporal, por lo que debe entenderse que también es ejercitable respecto a informaciones generadas o recibidas en el ejercicio de potestades o prestación de servicios públicos una vez finalizadas dichas actividades(109).

Cuestión distinta es que la información en cuestión se encuentre o no aún disponible, pues el ordenamiento no impone con carácter general a los sujetos privados reglas sobre conservación de la documentación, aunque sí existen algunas reglas en determinados ámbitos(110) o bien en algunos ordenamientos territoriales(111). En cualquier caso, y con independencia de que el sujeto privado pueda alegar la inexistencia (por eliminación) de la información en cuestión, el artículo 4 LTBG se revela como una norma muy oportuna, pues, en general, una vez finalizada la relación contractual, la Administración no dispondrá de otras facultades para recabar la información. Y, por la misma razón, sería oportuno establecer por norma básica un deber mínimo de conservación de la información directamente vinculada al ejercicio de las funciones públicas, una vez finalizado el mismo, lo que supondría al mismo tiempo un fijar un límite temporal al ejercicio de la potestad de requerimiento de información(112).

4.3. El incumplimiento del requerimiento

De entrada, y, con independencia de las posibles medidas de ejecución forzosa o, incluso, sancionadoras, que la entidad competente pudiera adoptar, desde la perspectiva del solicitante de acceso a la información, debe entenderse que tras el vencimiento del plazo fijado para cumplir el requerimiento se reanuda el cómputo del plazo de resolución y notificación, pues en otro caso podrían producirse actuaciones fraudulentas en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, en el caso de que la persona requerida no cumpla el requerimiento en el plazo fijado, la LTBG no contempla la adopción de medida coercitiva alguna. La omisión es sorprendente, pues ante un supuesto similar ya la Ley 27/2006, de 18 de julio, contempló la posibilidad de acordar la imposición de multas coercitivas (art. 21.2). Además, en la medida en que el ejercicio de este medio de coerción está sujeto a una reserva formal de ley (art. 103.1 LPAC), esta omisión no puede ser subsanada por el desarrollo reglamentario de la ley. No obstante, varias leyes autonómicas sí autorizan expresamente la imposición de multas coercitivas(113). Cuestión distinta es que, como es lógico, solo podrán recurrir a este medio de ejecución forzosa aquellos sujetos del artículo 2.1 LTBG que, de acuerdo con su naturaleza y régimen jurídico, puedan aplicarlas(114).

De otro lado, como es notorio, la LTBG carece de régimen sancionador en materia de transparencia (sí, desde luego, en relación con el llamado pomposamente buen gobierno). Y ello a pesar de que el Consejo de Estado puso de manifiesto que el texto legal no regulaba las consecuencias que el incumplimiento de esta obligación puede conllevar; <<la determinación de tales consecuencias resulta importante no solo para evitar quiebras del principio de seguridad jurídica, sino también para reforzar el carácter imperativo del deber de suministro de información, que podría verse desvirtuado si no se sancionara de algún modo la falta de colaboración prevista en este apartado. Se trata, en definitiva, de cuestiones que deben ser abordadas, siquiera de manera abstracta y general, en el anteproyecto, a fin de proporcionar los criterios necesarios para un eventual desarrollo reglamentario>>(115).

Por su parte, varias leyes autonómicas sí han previsto un régimen sancionador en esta materia. Y al tratarse de infracciones cometidas por sujetos privados, las leyes autonómicas las tipifican con infracciones administrativas propiamente dichas (no disciplinarias), pudiendo señalarse las variantes siguientes de infracciones de mayor a menor gravedad:

- El incumplimiento de la obligación de suministro de información que haya sido reclamada como consecuencia de un requerimiento del órgano de garantía o para dar cumplimiento a una resolución del mismo en materia de acceso, y que se suele calificar como muy grave(116).
- Lafalta de contestación al requerimiento de información, que se suele calificar como falta grave(117).
- El suministro de la información incumpliendo las exigencias derivadas del principio de veracidad, calificado como grave(118).

El retraso injustificado en el suministro de la información o el suministro parcial o en condiciones distintas de las reclamadas, son acciones tipificadas como faltas leves(119).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con algunas leyes autonómicas, las infracciones graves y muy graves podrán comportar el reintegro total o parcial de la subvención concedida o, si procede, la resolución del contrato, concierto o vínculo establecido(120). Por lo demás, la competencia para sancionar en estos casos se atribuye a la Administración o entidad a la que se encuentre vinculada la persona infractora o por la entidad titular del servicio público, que es la que, al fin y al cabo, formula el requerimiento(121).

5. LA EXTENSION DEL DEBER LEGAL DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN A OTROS SUJETOS PRIVADOS

5.1. Los adjudicatarios de contratos del sector público

5.1.1. Justificación y alcance de la extensión del deber de suministro de información

El propio artículo 4 LTBG termina con la siguiente oración: <<Esta obligación (de suministrar información) se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato>>(122).

Dejando por ahora de lado el condicionante final (<<en los términos previstos en el respectivo contrato>>), lo cierto es que aquellos contratos que comporten la gestión de servicios públicos, como son las concesiones de obras y servicios y determinados contratos de servicios, así como otros contratos atípicos (como los conciertos), ya están incluidos en la referencia del mismo precepto a personas que <<presten servicios públicos>>. Además, se ha defendido que, aun cuando el objeto del contrato no consista en la gestión de un servicio público, en la medida en que pueda suponer la colaboración en el ejercicio de potestades administrativas, también debe entenderse incluido en la cláusula anterior.

Pero la LTBG declara <<extender>> la obligación de suministro de información a los adjudicatarios de contratos del sector público, sin distinción. Y lo cierto es que el objeto de la gran mayoría de los contratos públicos no es la gestión de un servicio público en sentido estricto, sino que tienen un carácter instrumental (así sucede con todos los contratos de obra y suministros y, en la práctica, la inmensa mayoría de los contratos de servicios). Ahora bien, si en el caso de contratos que tienen por objeto la prestación de servicios públicos nos encontramos, como se ha dicho, ante una innegable <<actividad pública>>, aun cuando gestionada indirectamente, por lo que parece claro que el ciudadano no debe verse afectado por una decisión organizativa de la Administración como es la alternativa entre gestión directa e indirecta, no puede decirse lo mismo en los demás contratos, pues se trata de *actividades empresariales* del contratista que normalmente en nada se distinguen exteriormente por el hecho de que su cliente sea la Administración o un sujeto privado (123), más aún si se tiene presente que la extensión se aplica (pues la LTBG no distingue) a contratos de entidades del sector público que no son Administraciones públicas y ni siquiera poder adjudicador.

Ante ello cabe cuestionarse ¿cuál sería el fundamento de esta extensión? A este respecto, el CTBG parece inferir esta obligación en la medida en que los contratistas gestionan de los fondos públicos(124). Sin embargo, debe señalarse que, a diferencia de los que sucede con las ayudas y subvenciones públicas, estos fondos públicos se asignan en el marco de un contrato oneroso y adjudicado tendencialmente en régimen de mercado. Por todo ello, si en el caso de las ayudas y subvenciones públicas más adelante se defiende que la actividad de la entidad beneficiaria sigue siendo privada, con mayor razón en el caso de las personas adjudicatarias de un contrato que no suponga prestación de servicios públicos ni colaboración en el ejercicio de potestades administrativas(125).

Ahora bien, recordemos que el artículo art. 17.1 de la LTBG dispone que cuando se trate de información en posesión *de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas*, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas. Por tanto, la remisión no es en general a los sujetos obligados por la deber de suministro del artículo 4, sino específicamente a los sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, por lo que no se extiende la noción de información pública a la relacionada con la ejecución de los contratos del sector público que no suponga prestación de servicios públicos o ejercicio de potestades administrativas(126).

En consecuencia, entiendo que la extensión del deber de suministro de información en este contexto de adjudicatarios de contratos públicos se aplica exclusivamente al deber de suministro de información con la finalidad de que la entidad del sector público que adjudicó el contrato pueda cumplir con sus propias obligaciones de transparencia. Pero esta extensión no supone en modo alguno una ampliación del objeto del derecho de acceso a la información pública.

Así, el deber legal de suministro de información permite que la entidad del sector público que adjudicó el contrato pueda cumplir con sus obligaciones de publicidad activa en relación a su actividad contractual(127). Pero, además, y a diferencia de las ayudas y subvenciones públicas (tal como se verá seguidamente), la obligación de suministro de información puede ser instrumental para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública ante la entidad del sector público. Piénsese en determinados contratos de servicios que tienen por objeto la producción de información (p. ej., la elaboración de un informe, una encuesta u otro documento) o su gestión (p. ej., la conservación y gestión de información del sujeto público en un archivo o repositorio). En tales casos, se puede afirmar que el contratista posee la información pública <<por cuenta>> del adjudicador. Dicho de otro modo, aun cuando la entidad adjudicadora no posea materialmente la información, sí puede afirmarse que es titular de la misma y para recabarla sirve la obligación de suministro de la información(128).

5.1.2. Aplicación de la obligación legal de suministro de la información

En cuanto al inciso final, <<en los términos previstos en el respectivo contrato>>, ya en su dictamen al proyecto de ley el Consejo de Estado sugirió su modificación: <<Una previsión de estas características permitiría dejar a la voluntad de las partes la regulación concreta de esta obligación, pudiendo llegar a quedar desplazadas las previsiones contenidas en el anteproyecto y, con ello, modificarse por vía contractual los deberes de publicidad activa que la Ley impone. En consecuencia, se estima que sería más conforme con el espíritu de la norma disponer que la obligación prevista en este apartado “se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el artículo 6 de esta Ley y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público”>>. Sin embargo, esta sugerencia no fue atendida (129). No obstante, este criterio sí se ha plasmado en algunas Leyes autonómicas, que establecen que los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento contractual equivalente <<especificarán dicha obligación>>, de modo que queda claro el carácter imperativo de esta determinación(130).

En todo caso, parece obvio que el contrato no puede excluir el deber legal de suministro de información, sino a lo sumo modular los aspectos accesorios de su cumplimiento. Así, el CTBG ha declarado que, <<a pesar de la ausencia de una cláusula específica en el contrato que desarrolle la obligación de transparencia de los adjudicatarios de contratos respecto de las solicitudes de información que reciban los organismos públicos con los que hayan formalizado un contrato, no es menos cierto que la intencionalidad de la Ley es permitir que se pueda acceder a información relativa o que afecte a las entidades y organismos incluidos en su ámbito de aplicación generada u obtenida en ejecución de contratos que hayan firmado>>(131).

5.2. Los beneficiarios de subvenciones

El Convenio del Consejo de Europa de Tromsø prevé que cada Parte podrá declarar que la definición de los términos <<autoridades públicas>> incluye a las personas físicas o jurídicas en la medida en que (desempeñen funciones públicas o) <<funcionen gracias a fondos públicos>> (art. 1.2.a). No obstante, el instrumento de ratificación por el Reino de España del Convenio de Tromsø no incluye esta ampliación de la noción de autoridad pública(132).

Por su parte, la LTBG no incluyó a las personas beneficiarias de subvenciones en el artículo 4, sino en el artículo 3, esto es, como sujetas a obligaciones de publicidad activa, pero no al derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, algunas leyes autonómicas han optado por extender la obligación de suministro de información a las entidades beneficiarias de subvenciones.

En este sentido, fue precursora la Ley 19/2014 de Cataluña –art. 3.1.d)-, la cual incluye en su ámbito de aplicación a las personas físicas o jurídicas <<que perciben fondos públicos para funcionar o para llevar a cabo sus actividades por cualquier título jurídico>>, añadiendo que el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley debe hacerlo efectiva la Administración responsable (al igual que las personas físicas o jurídicas que ejercen funciones públicas o potestades administrativas, que prestan servicios públicos)(133). Y

este criterio ha sido seguido por otras leyes autonómicas, para lo cual se suele establecer que las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, las resoluciones de concesión o los convenios que instrumenten la concesión de subvenciones, recogerán de forma expresa esta obligación(134).

Ciertamente, la aportación de fondos públicos sin contraprestación directa para fines de interés general ha sido un criterio clásico en Derecho Administrativo para justificar la intervención de la Administración. Baste recordar que ya la Ley de Beneficencia de 1849 consideraba como establecimientos <<públicos>> los costeados con fondos públicos (art. 1). Asimismo, es innegable que la gestión de los fondos públicos forma parte del núcleo de la rendición de cuentas a la que sirve el principio de transparencia (exposición de motivos de la LTBG).

Ahora bien, el simple hecho de que una entidad privada perciba ayudas o subvenciones públicas no convierte su actividad en pública. Debe recordarse que la Ley de Contratos del Sector Público sujeta a ciertas reglas de derecho público a determinados contratos celebrados por particulares subvencionados, pero solo cuando esta financiación pública sea por un importe superior a un 50% (art. 23). Y, en este sentido, no puede pasarse por alto que el propio Convenio de Tromsø se refiere a entidades que <<funcionen gracias a fondos públicos>>, lo que supone que la aportación tenga un peso determinante en el funcionamiento de la entidad.

Sin embargo, las leyes autonómicas que extienden el deber de información lo hacen de forma indiscriminada, lo que puede suponer un exceso. Por ello, se ha señalado, con razón, su falta de idoneidad para cumplir con la función de auditabilidad que trata de tener la transparencia sobre los fondos públicos o la intromisión en la esfera de autonomía privada que poseen los sujetos privados(135).

En mi opinión, puede ser razonable imponer de forma proporcionada a las entidades beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas determinados deberes de publicidad activa, tal como efectúa la propia LTBG (art. 3), pero sería excesivo entender que la actividad en razón a la que se percibe la ayuda está sujeta al derecho de acceso a la información pública, pues es una actividad privada y, en consecuencia, la información relativa a la misma en poder de la entidad es también información de naturaleza privada. Por todo ello, entiendo que la extensión del deber de suministro de información en este contexto, al igual que sucede con los adjudicatarios de contratos del sector público, no supone una extensión del objeto del derecho de acceso a la información pública, sino que su finalidad es instrumental, en el sentido de que se limita a garantizar que la entidad del sector público que otorgó la ayuda puede cumplir con sus obligaciones de publicidad activa en relación a su actividad subvencional(136).

6. CONCLUSIONES

El artículo 4 LTBG contempla dos supuestos muy diversos de personas y entidades materialmente privadas, en el sentido de ajenas al sector público: de una parte, las personas y entidades privadas que ejercen potestades o prestan servicios públicos; y, de otra parte, las personas y entidades privadas que desarrollan una actividad privada (que no comporta ejercicio de potestades ni prestación de servicios públicos) por cuenta de una entidad del sector público. Y en este trabajo se ha defendido el diverso alcance de sujeción de la Ley de Transparencia de unos y otros sujetos privados.

De un lado, la sujeción de las personas y entidades privadas que ejercen potestades o prestan servicios públicos nos remite al problema clásico del Derecho Administrativo del fenómeno del ejercicio privado de funciones públicas. A tal efecto, el planteamiento no puede ser otro que postular que los derechos de ciudadanía no sean menoscabados porque el legislador o la Administración, en el plano de la gestión, decida encomendar a sujetos privados la realización de funciones públicas. En nuestro caso, la accesibilidad o no de la información relativa al desempeño de tales funciones públicas deberá depender de razones objetivas, en el sentido de exista un límite o excepción legal al acceso, pero no por razón de la naturaleza privada de la entidad que detente la información.

A esta finalidad atiende el artículo 4 de la Ley de Transparencia al obligar a las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. No obstante, se trata de un precepto de redacción confusa, plagada de conceptos indeterminados y que, además, incurre en alguna inexactitud, todo lo cual sin duda repercute negativamente en su efectividad.

En relación con la delimitación de las personas que <<prestan servicios públicos>>, se ha defendido que

para poder hablar de servicio público debe tratarse de una prestación en favor de la ciudadanía de la cual la Administración sea no tanto titular como responsable, bien porque así se establece por ley o bien porque la propia Administración asuma la actividad como propia. Y, a tal efecto, es irrelevante el instrumento legal para encomendar la prestación al sujeto privado (contrato, convenio, concierto). Ahora bien, esta delimitación lleva a descartar la aplicación directa del artículo 4 LTBG a los <<servicios económicos de interés general>>, pues se trata de actividades esencialmente privadas, aun cuando sean de interés general.

Por su parte, respecto a la delimitación de las personas que <<ejercen potestades administrativas>>, la jurisprudencia viene admitiendo a las Administraciones públicas la externalización de funciones de asistencia, colaboración o apoyo en la tramitación de procedimientos administrativos y ejecución de actos de autoridad, las cuales puede defenderse que constituyen una colaboración privada en el ejercicio de una potestad administrativa a efectos del artículo 4 LTBG. De este modo, aun cuando los contratos en los que se plasme dicha colaboración no puedan calificarse de contratos de gestión de un servicio público, en la medida en que la destinataria directa de la prestación es la propia Administración, tal actividad de colaboración en el desempeño de potestades administrativas debe igualmente entenderse sujeta al principio transparencia.

Más allá de esta colaboración en tareas auxiliares o de apoyo en el ejercicio de las potestades administrativas, la atribución del ejercicio en sentido propio del ejercicio de potestades administrativas requiere de específica habilitación legal. En tal sentido, en el ordenamiento existen múltiples ejemplos de habilitación legal a personas y entidades privadas, a través de los más diversos títulos, para el desempeño de funciones públicas, en las que con mayor o menor intensidad se ejercen potestades públicas, como son los casos de las federaciones deportivas o de las entidades colaboradoras en materia de subvenciones.

Pero, sobre todo, debido a su creciente expansión, deben tenerse en cuenta los casos de entidades colaboradoras con la Administración en el desempeño de funciones de comprobación, control y certificación. Con todo, debido a la extraordinaria diversidad de regulaciones sectoriales en los múltiples ámbitos de colaboración privada en funciones de control, es necesario analizar cada supuesto para determinar, en función de diversas circunstancias, como son el alcance jurídico de las funciones a desarrollar (como su carácter obligatorio o voluntario) y de las competencias que se reservan a la Administración (p. ej., de revisión de la actuación de la entidad privada), si nos encontramos ante el ejercicio de una actividad pública sujeta a la LTBG.

De otro lado, se ha defendido que, si bien la finalidad primaria del deber de suministro de información del art. 4 LTBG es garantizar que los sujetos del sector público puedan cumplir con sus obligaciones de transparencia, de una interpretación sistemática de la LTBG (rúbrica del Título II <<Transparencia de la actividad pública>>, noción de información pública del art. 13 y regla relativa al ejercicio del derecho de acceso del art. 17.1), se desprende que, en el caso específico de las personas privadas que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, la información en su poder relativa al desempeño de tales funciones públicas es también *información pública*, lo que supone incluir a tales sujetos en el ámbito de obligados por las normas de transparencia, más allá de la sujeción a un mero deber instrumental de colaboración.

Por el contrario, la *extensión* del deber de suministro de información que formula la propia LTBG respecto a los adjudicatarios de contratos del sector públicos (adicionalmente a aquellos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas), al tratarse de una actividad privada empresarial, se considera que dicha extensión del deber legal tiene una finalidad estrictamente instrumental, en el sentido de que se limita a garantizar que la entidad del sector público que otorgó la ayuda puede cumplir con sus obligaciones de transparencia. E igual conclusión se propone respecto de la extensión que algunas leyes autonómicas realizan del deber de suministro de información respecto a los beneficiarios de ayudas públicas, pues la actividad de las entidades privadas, aun financiada con fondos públicos, sigue siendo una actividad esencialmente privada.

El aspecto más característico de las personas sujetas al artículo 4 LTBG es que la sujeción a las reglas de transparencia es indirecta, por interposición de una entidad del sector público. Esta opción legal por una sujeción indirecta ha sido objeto de cierta controversia doctrinal. Sin embargo, esta intermediación parece razonable, pues puede convenirse que es la Administración titular de la potestad o del servicio público la más idónea y objetiva para decidir sobre las peticiones de acceso, que además pueden afectar a terceros diversos del propio sujeto privado que ejerce las funciones públicas. A este argumento debe añadirse la anomalía que

supondría someter a un sujeto materialmente privado a la aplicación de un procedimiento administrativo. Con todo, debe advertirse que en algunas leyes autonómicas se prevé que el cumplimiento de las obligaciones legales de transparencia por estas entidades privadas podrá exigirse no solo a través de la Administración a la que estén vinculadas, sino también directamente.

En todo caso, la sujeción de estas personas a las normas en materia de transparencia se ciñe exclusivamente a la información relativa a las actividades *directamente* relacionadas con las potestades públicas que ejerzan y los servicios públicos que gestionen, de modo que el resto, como la información relativa a su propia organización o la vinculada a los servicios que la entidad pueda prestar a otros sujetos privados, es información perfectamente privada de la persona.

Asimismo, del artículo 4 LTBG no se desprende una sujeción, ni siquiera indirecta, de estas entidades privadas a las obligaciones de publicidad activa. Lo cierto es que imponer determinados deberes publicidad activa (como las retribuciones percibidas por los máximos responsables de las entidades) puede ser desproporcionado, pues puede tratarse de actividades que se ejercen en régimen de mercado (como sucede con los organismos de control) o bien la prestación de servicio público puede constituir tan solo una parte minoritaria de la actividad en su conjunto de la entidad. En todo caso, las leyes autonómicas pueden ordenar a estos sujetos obligaciones proporcionadas de publicidad activa, como así sucede, si bien su aplicación efectiva parece dudosa.

En cuanto al requerimiento de información, la entidad del sector público a la que se encuentra vinculado el sujeto privado que detenta la información puede utilizar la potestad de requerimiento para el cumplimiento de sus propias obligaciones de publicidad activa, como sucede destacadamente con la obligación relativa a la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

Ahora bien, donde mayor virtualidad presenta el requerimiento es en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la información pública. En este ámbito, de entrada, puede existir cierta dificultad para determinar a qué entidad del sector público se encuentra <<vinculada>> cada persona privada que ejerce potestades o presta servicios públicos. Así, si bien es clara la vinculación cuando existe un instrumento bilateral entre la persona privada y la entidad del sector público (contrato, convenio), en otros muchos casos, como los antes señalados de ejercicio de funciones públicas de control y certificación, los instrumentos de habilitación para su ejercicio tradicionales (concesiones y autorizaciones) están siendo sustituidos, por impulso de la Directiva de Servicios, por simples comunicaciones previas o declaraciones responsables, todo lo cual supone un innegable elemento de incertidumbre.

Pero, sobre todo, desafortunadamente, la LTBG no ha tenido en cuenta cómo se integra el requerimiento de información por parte de la entidad del sector público en el marco del procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información pública. La LTBG ni siquiera fija un plazo para su cumplimiento, si bien esta determinación puede precisarse mediante normas reglamentarias e, incluso, otro tipo de instrumentos. Asimismo, debe admitirse la posibilidad de que el sujeto privado formule alegaciones al requerimiento de información, las cuales podrán responder, además de a los límites legales generales (intereses comerciales, datos personales), a dos motivos adicionales: que la entidad del sector público que formula el requerimiento no sea competente para ello, por no estar la persona privada <<vinculada>> a ella; y que la información solicitada no esté (directamente) vinculada a las funciones públicas que desempeña, es decir, que, en rigor, no se trate de información pública.

De este modo, para hacer efectivo el acceso a la información en poder de estas entidades privadas el solicitante debe superar tres exigencias legales cumulativas y plagadas de indeterminación:

- primero, que la entidad en poder de la información a la que se pretende acceder pueda calificarse de prestadora de un servicio público o que ejerza potestades administrativas;
- segundo, que la información en cuestión esté (directamente) vinculada al desempeño de las mencionadas funciones públicas por la entidad; y
- tercero, que dicha entidad pueda considerarse <<vinculada>> al sujeto al que se dirige la solicitud.

Por todo ello, sería importante que en una eventual reforma de Ley de Transparencia se aclarara el distinto nivel de vinculación de ambas categorías de sujetos privados incluidos en el artículo 4 LTBG. Y ello no por un prurito académico, sino por una razón práctica, pues si bien en el caso de que los contratistas sin más cualificación la ciudadanía no precisa conocer su identificación, pues su papel es exclusivamente instrumental respecto a las entidades públicas, por el contrario, es necesario que la ciudadanía pueda conocer qué entidades privadas ejercen funciones públicas y, en consecuencia, tienen en su poder información pública que puede ser solicitada por los ciudadanos, así como cuál es la entidad pública de referencia a la que deben dirigirse para solicitar esa información.

Y para facilitar esta doble identificación de la entidad privada que ejerce funciones públicas y de la entidad pública a la que se vincula, a efectos de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, habría sido oportuno introducir un precepto que obligara a cada Administración u órgano público publicar (y mantener actualizado) el listado de entidades vinculadas al mismo.

Finalmente, en el caso de que la persona requerida incumpla el requerimiento en el plazo fijado, la LTBG no contempla la adopción de medida coercitiva o sancionadora alguna, aspectos estos que sí han sido subsanados por algunas leyes autonómicas (si bien con algún retroceso notorio).

BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO BARREIRO, José Daniel (2017): <<Consecuencias legales y económicas de las Ley de Transparencia para empresas privadas que producen servicios públicos o que tienen contratos con el sector público>>, Transparencia Internacional España.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción: (2014): <<Transparencia: ámbito subjetivo>>, en VV AA (Guichot: Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 63-96.

BERTAZZO, S. (2017): <<El acceso a la información ambiental en la Unión Europea. La normativa general y los aspectos relevantes para el derecho al agua>>, *Revista General de Derecho Administrativo* N° 46.

BLANES CLIMENT, Miguel A. (2014): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CANALS AMETLLER, Dolors (2003): *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada.

- (2021): <<El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado>>, en *La potestad administrativa*, obra colectiva dirigida por E. Gamero Casado, Tirant lo Blanch.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2010): <<La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?>>, *DA. Revista Documentación Administrativa*, n° 286-287, pp. 297-334.

CARRILLO DONAIRE, Juan A. (2000): *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2016): “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, pp. 87-121.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2002): *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Comares, Granada.

-(2018): <<Un análisis de los sujetos privados obligados a suministrar información en la ley de transparencia>>, *RITI, Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n° 8.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano – PÉREZ MONGUIÓ, José M^a (2020): *El derecho de acceso a la información pública en España*, 2^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.

-(2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.

GALÁN GALÁN, Alfredo - PRIETO ROMERO, Cayetano (Dirs.) (2010): *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens Editorial, Barcelona.

GALICIA MANGAS, Francisco Javier (2022): “Colaboración público privada en el ejercicio de labores inspectoras: algunos problemas jurídicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 58, pp. 128-153.

GAMERO CASADO, Eduardo (2021a): <<Delimitación conceptual de la potestad administrativa>>, en *La potestad administrativa*, obra colectiva dirigida por E. Gamero Casado, Tirant lo Blanch, 2021.

- (2021b) <<Ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con personalidad de Derecho Privado>>, en *La potestad administrativa*, obra colectiva dirigida por E. Gamero Casado, Tirant lo Blanch, 2021.

- (2021c) <<El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público>>, en *La potestad administrativa*, obra colectiva dirigida por E. Gamero Casado, Tirant lo Blanch, 2021.

GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, Álvaro (2022a): *Transparencia administrativa sin Administración*, Aranzadi, Cizur Menor.

- (2022b): <<La aplicación de la Ley de Transparencia a los sujetos puramente privados: el alcance del deber de suministrar información>>, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61.

- (2023): <<El acceso a la información de los colegios profesionales>>, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 59, pp. 119-145.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2018): “Régimen de habilitación y control administrativo de los agentes colaboradores externos en materia industrial, medioambiental y de eficiencia energética”, *RArAP*, nº 51, pp. 18-64.

GUICHOT, Emilio (2014): <<La aplicación de la Ley Andaluza de transparencia en las entidades locales>>, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 90, pp. 15-55.

HORGUÉ BAENA, Concepción: (1998): <<La responsabilidad del contratista Por daños causados a terceros En la ejecución de los contratos administrativos>>, *RAP*, núm. 147.

HUERGO LORA, Alejandro (2023): <<Responsabilidad patrimonial por daños causados en la ejecución de contratos y concesiones administrativas. Situación actual y propuestas de mejora>>, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 20,

ITUREN i OLIVER, Albert (2005): “El derecho de acceso a la información ambiental: Notas y reflexiones”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 8.

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2000): *La seguridad de los productos industriales: régimen jurídico-administrativo y protección de los consumidores*, Junta de Andalucía, Madrid.

LAGUNA PAZ, Juan C. (2011): <<Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación>>, en *RAP*, núm. 185.

Oficina Antifraude de Cataluña (2014): <<Derecho de acceso a la información pública y transparencia>>, Colección de Estudios IntegriCat, núm. 4.

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

-(2023b): <<Aspectos controvertidos asociados a la aplicación de obligaciones de transparencia a sujetos

privados>>, *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 68, pp. 187-229.

-(2019): <<El alcance de las obligaciones de transparencia aplicables a las federaciones deportivas>>, *Actualidad Administrativa*, Especial <<Transparencia y lucha contra la corrupción>>.

REBOLLO PUIG, Manuel (2000): <<La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos>>, *Derecho y Salud*, vol. n.º 8, n.º 1

SAINZ MORENO, Fernando (1983): <<Ejercicio privado de funciones públicas>>, *RAP* nº 100-102.

SÁNCHEZ DE DIEGO, Manuel (2017): <<Entidades privadas obligadas a suministrar información>>, en Troncoso Reigada, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas, Madrid, pp. 436-452.

SINDIC DE CATALUÑA: *El derecho de acceso a la información pública*, Informe extraordinario, marzo de 2012.

TRONCOSO REIGADA, Antonio: (1999): <<Dogmática administrativa y Derecho constitucional: el caso del servicio público>>, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, pp. 87-164.

VELASCO CABALLERO, Francisco (2014): <<Sujetos privados en las comunicaciones previas y las declaraciones responsables para el control municipal de actividades económicas>>, *REDA*, núm. 165.

NOTAS:

(1). Otras abreviaturas utilizadas: LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LGS: Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; LOSU: Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; TREBEP: Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

(2). La extensión de la LTBG a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público puede estimarse coherente con la LPAC, la cual introdujo –art. 2.2.b)-, como es conocido, una novedad de calado, al declarar que las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la LPAC <<en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas>>. En mi opinión, cuando una entidad de este tipo es constreñida a instruir y a resolver una solicitud de acceso a información pública en su poder, actúa ejercitando una potestad administrativa, entendida en el sentido no circunscrito al ejercicio de autoridad, tal como ha defendido convincentemente E. GAMERO CASADO (2021a). Sobre la transparencia de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, véase A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 97 y ss.).

(3). A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 3).

(4). Como señala A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 8), son comprensibles los reparos a facilitar información por las entidades privadas que desarrollan sus actividades en el mercado, en la medida en que tratan de evitar que, a través del derecho de acceso, sus competidores obtengan una ventaja empresarial. Asimismo, como señala el mismo autor, incluso en aquellos casos en que la entidad privada no se oponga a la entrega de la información solicitada, al considerar que no afecta a sus derechos e intereses, deberá destinar unos recursos a una labor que, en principio, no le reporta beneficio alguno.

(5). Véase desde el clásico trabajo de F. SAINZ MORENO (1983); a los posteriores, D. CANALS AMETLLER (2003); A. GALÁN GALÁN, Y C. PRIETO ROMERO (2010). Como ha señalado M. REBOLLO PUIG (2000: 29), estos sujetos privados que ejercen funciones públicas, aunque se sujetan en general a un régimen de Derecho privado, quedan también sometidos en aspectos concretos a normas iguales o similares a las que rigen para la Administración.

(6). Así, C. HORGUÉ BAENA (1998: 364). Más abiertamente, M. REBOLLO PUIG (2000: 21-33), defiende

que el régimen sustantivo de la responsabilidad del gestor privado de servicios públicos deben aplicarse reglas iguales a las que rigen para la Administración, pues no tendría ningún sentido que la situación jurídica del perjudicado y su nivel de protección y garantías cambiara según la modalidad elegida discrecionalmente por la Administración para un determinado servicio público, lo que supondría un irrazonable sacrificio del principio de igualdad.

(7). Así, A. HUERGO LORA (2023: 28).

(8). Así, la GAIP (Resolución 480/2022, de 9 de junio) ha declarado: <<no es menos cierto que la externalización de actividades públicas no puede ser el pretexto para debilitar los requerimientos legales de transparencia y de accesibilidad a la información pública>>. Como señala también, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 10), se trata de precaver que la mera externalización de actividades públicas suponga un sacrificio o un menor contenido del ámbito material del derecho de acceso a la información.

(9). SINDIC DE CATALUÑA (2012: 26).

(10). Los criterios seguidos en Derecho comparado para delimitar las entidades privadas sujetas a la Ley son muy diversos, pero básicamente pueden reconducirse a dos: el ejercicio de poderes o autoridad (Alemania), y el ejercicio de una misión de servicio público, con independencia de si se dispone o no de potestades públicas (Francia, criterio seguido por múltiples países europeos y latinoamericanos). Por su parte, en Portugal, la <<Lei n.º 26/2016 de 22 de agosto, de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos>>, incluye en su ámbito subjetivo, entre otros, a <<Outras entidades no exercício de funções materialmente administrativas ou de poderes públicos, nomeadamente as que são titulares de concessões ou de delegações de serviços públicos>> (art. 4.1).

(11). Según esta Ley –art. 2.2-, los empresarios, individuales o sociales, que gestionen servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas, <<están obligados a facilitar la información relativa al medio ambiente que la Administración pública titular del servicio les solicite, a los efectos de que ésta pueda cumplir con las obligaciones determinadas en esta Ley>>.

(12). El art. 2.4.2 de la Ley 27/2006 se limita a recoger con mejor técnica el apartado c) del art. 2.2 de la Directiva 2003/4 (<<cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de una entidad o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) o b)>>). Sobre este precepto el TJUE ha declarado que esta tercera categoría residual de autoridad pública abarca toda entidad que no determina con autonomía real la forma de ejercer las funciones que se le han atribuido en el ámbito del medio ambiente, puesto que una autoridad pública comprendida en el artículo 2.2, letras a) o b), de la Directiva puede influir de forma decisiva en la acción de dicha entidad en el referido ámbito (<<bajo la autoridad>>). STJUE (Gran Sala) de 19 diciembre 2013, asunto C-279/12, considerandos 68 y 69. Y, como señala S. BERTAZZO (2017: 15), se viene entendiendo que el concepto de <<bajo la autoridad>> excede las normales labores de fiscalización que las autoridades públicas ejercen sobre las empresas privadas y, en particular, sobre las actividades autorizadas y hace referencia a poderes de intervención bastante incisivos en la misma estructura y gestión de la entidad privada.

(13). Así, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, establece –art. 2- que la Ley es aplicable a las personas físicas o jurídicas privadas que gestionen servicios públicos mediante cualquiera de las modalidades de gestión de servicios públicos previstas en derecho, eso sí, respecto al ejercicio de los servicios públicos –art. 2-. Y más adelante reconoce el derecho de las personas usuarias a acceder a toda la información que obre en poder de la concesionaria y sea necesaria para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio –art. 30-. Por su parte, la ya derogada Ley 11/2012 Foral de Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra –art. 2.2- declaró que las personas físicas y jurídicas, que presten servicios públicos bajo su autoridad, ajustarán su actividad de servicio público a los principios rectores de esta Ley Foral, añadiendo: <<y, además, estarán obligadas a suministrar a la Administración a la que se encuentren vinculadas toda la información necesaria para el cumplimiento por ésta de las obligaciones previstas en esta Ley, todo ello sin perjuicio de lo que dispongan sus normas reguladoras>>.

(14). Respecto a esta cuestión, el Memorándum explicativo elaborado por el Consejo de Europa señala que los redactores del Convenio fueron conscientes de que no había una noción común entre los Estados miembros sobre qué hay que entender como ejercicio de funciones públicas, a los efectos de la sujeción al derecho de acceso, con notables diferencias de un país a otro, lo que hacía difícil incluir un concepto en el Convenio compatible con todas estas concepciones y con la tradición de cada sistema jurídico. Por este motivo, la inclusión de entes o de personas que ejerzan funciones públicas y la propia noción de funciones o actividades públicas son decisiones que el Convenio remite al legislador interno.

(15). Por ello no se comparte el criterio de M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 170) de incluir a entidades privadas sin más cualificación, como las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública.

(16). Consejo de Estado, Dictamen 707/2012, de 19 de julio.

(17). Como señala A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 11), la transparencia se torna de esta forma en un mecanismo especialmente útil para que los ciudadanos fiscalicen la correcta prestación del servicio público a cargo del sujeto puramente privado que, en la realización de la tarea pública, está sometido a la tensión de dos fuerzas de distinto signo, de un lado, la maximización de los beneficios que persigue la entidad mercantil privada y, de otro, el mantenimiento de la calidad del servicio prestado.

(18). Pero también en coherencia con otras previsiones del ordenamiento, como en la Ley 21/1992, de Industria, que permite que los organismos de control sean <<personas físicas o jurídicas>> (art. 15.1).

(19). El inciso <<distintas de las referidas en los artículos anteriores>> fue introducido en el Senado, a partir de la enmienda núm. 240 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado. BOCG, Senado, núm. 248, 11 de octubre de 2013.

(20). Así, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 245).

(21). Así, la Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.1- se refiere a <<Las personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en el artículo anterior>>, artículo 3, que es el equivalente al artículo 2 de la LTAIBG. Y la Ley 1/2016 Galicia –art. 4.1- se refiere a las personas físicas o jurídicas distintas de las indicadas en el artículo 3.1. Igualmente, la Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 5.1- se refiere expresamente a los sujetos del artículo 3.

(22). Sobre ello, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 249-256). Así, en la propia Francia, Pierre DEVOLVÉ (<<Service public et libertés publiques>>, RFDA, núm. 1, 1985) consideró el servicio público como una mera etiqueta, susceptible de darse a actividades diversas, por voluntad de los poderes públicos. Igualmente, en Italia, Salvatore CATTANEO (<<Servizi pubblici>>, Enciclopedia Diritto Italiano, Giuffrè, XLII, 1990, p. 355) observó cómo la noción de servicio público corría ya el riesgo de reducirse a una expresión solo aproximativamente descriptiva de cierta realidad de la vida administrativa o de usarse con significados mutables en cada contexto. Y, en nuestro país, A. TRONCOSO REIGADA (1999: 163) anunció la práctica extinción de la categoría del servicio público (lo que no ha sucedido, por ahora).

(23). Según el Consejo de Estado, entre las personas que han de entenderse incluidas en el precepto legal se encuentran los concesionarios, se encuentran las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (que sin embargo están incluidas en el artículo 2.1 de la LTBG) o los Consorcios (?), así como los farmacéuticos y demás personas que encajen en la amplia caracterización que este apartado realiza. Sobre esta cuestión también llamaron la atención diversos académicos en sus comparecencias durante la tramitación parlamentaria de la ley. Véase M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 171-172).

(24). Por ello se discrepa de la noción estricta de servicio público que parece defender M. PEREIRO CÁRCELES (2023b: 223), al restringir este supuesto prestación de servicio público al de servicios (económicos) esenciales que hayan sido objeto de reserva en virtud del art. 128.2 CE. En todo caso, en mi opinión, esta interpretación restrictiva no es adecuada a la Ley. De las tres nociones de servicio público (amplísima, amplia y estricta) que enunciara hace años Juan Miguel DE LA CUETARA (La actividad de la Administración, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 132 y ss.), soy partidario de seguir la propuesta del propio autor a favor de la noción amplia (en realidad, intermedia), noción vinculada no tanto a la idea de titularidad (que el autor considera no debe predicarse de una actividad), como de responsabilidad del servicio, en el sentido de asunción de la responsabilidad de garantiza la prestación, lo cual se efectuaría con la declaración de

competencia administrativa (pp. 138 y 149). Este es también el criterio de A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 255).

(25). Así, p. ej., la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, establece que las prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales tendrán la consideración de <<servicio público>> (art. 28.6). Pero en otros casos, aun cuando no se explicita, se infiere rectamente de la norma. Así, p. ej., el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, y que debe garantizar la atención integral y la continuidad de la asistencia prestada a los usuarios, establece que esta cartera se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, <<propios o concertados>>.

(26). Debe precisarse que la declaración por parte de la Administración de la asunción de la actividad como propia prevista en la LCSP, a nuestros efectos (y a otros, como la responsabilidad patrimonial), carece de un carácter constitutivo, pues su ausencia no es determinante para que nos encontremos ante una actividad de servicio público: lo fundamental será que el objeto de contratación u otro instrumento de externalización sean prestaciones en favor de la comunidad, y no instrumentales de la Administración. De lo contrario, la Administración podría eludir el alcance de la transparencia pública (a de su responsabilidad frente a terceros) con el cómodo expediente de omitir la asunción formal del servicio público.

(27). Así, el Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, de la Generalidad de Cataluña, se refiere a personas que presten servicios públicos, titularidad de las administraciones públicas, ya sean prestados mediante formas contractuales o no contractuales de financiación (art. 8.1). A título de ejemplo, el Consejo de Transparencia de Aragón, Resolución 14/2020, de 15 de junio, se pronunció sobre su supuesto de información relativa a un servicio externalizado por parte del Ayuntamiento de Huesca, mediante contrato del <<Servicio de Asistencia Técnica y colaboración en materia de cobro de multas derivadas del servicio de la ORA>>.

(28). Como sucede con la educación superior universitaria, que es calificada en todo caso como servicio público por el art. 2.1 Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, con independencia de que se preste por una Universidad pública o privada.

(29). Como señalara A. TRONCOSO REIGADA (1999: 162), los servicios de interés económico general se caracterizan —y se diferencian de los servicios públicos tradicionales— porque la actividad no es de titularidad pública, sino que es ejercida por los particulares en régimen de libertad. Así, p. ej., el Reglamento (CE) 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, define el transporte público de viajeros como <<servicios de transporte de viajeros de interés económico general ofrecidos a los usuarios sin discriminación y de forma continua>> [artículo 2.a)]. Sin embargo, en nuestro país, solo una parte de estos servicios pueden catalogarse de servicio público, de acuerdo con la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, como es el caso del transporte por carretera de uso general (art. 71). De modo similar, en relación con los servicios audiovisuales, la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, declara que el servicio de comunicación audiovisual televisivo es un servicio de interés general (art. 16.1), pero la misma ley determina cuándo este servicio adquiere la condición de servicio público, por tratarse de un servicio esencial de interés económico general (art. 50). En este sentido, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 256).

(30). Así, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 258).

(31). Para una completa exposición de las posiciones doctrinales, véase A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 262 y ss.).

(32). Véase E. GAMERO CASADO (2021a: 104-106), donde se señala que los sujetos privados pueden ejercer potestades administrativas, pero su titularidad queda retenida por la Administración, quien despliega sobre ellos facultades de supervisión y tutela.

(33). Véase E. GAMERO CASADO (2021b: 396-397).

(34). Se diferencia así entre potestades administrativas que implican el ejercicio de imperium, es decir, un

poder coercitivo, y aquellas otras de cuyo ejercicio se derivan efectos favorables para los ciudadanos (como, p. ej., la potestad subvencional). Ahora bien, siendo esto cierto, desde la perspectiva de la cesión a los particulares del ejercicio de las potestades administrativas, si con esta distinción quiere afirmarse que no es viable el ejercicio de las primeras, pero sí de las segundas, debe advertirse que también en relación con las potestades que inicialmente generan situaciones beneficiosas para los particulares son evidentes los riesgos para el interés público y el principio de igualdad. Cabe, en tal sentido, recordar que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece que la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas (art. 28.6). Y esta regla entiendo que plasma un principio general que debería extenderse a la asignación de todo recurso público (ya sea prestación económica o de servicio).

(35). Todo ello sin mencionar la contradicción en la que incurre la propia LRJSP –art. 128.2-, al establecer que las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas, si se repara que las fundaciones, por mandato constitucional –art. 34.1 CE- sólo pueden perseguir << fines de interés general >> (que la Ley 50/2002 define –art. 3-) y, además, no pueden tener ánimo de lucro –art. 2-, exigencias que no se imponen en modo alguno a las sociedades mercantiles del sector público. De hecho, como es bien sabido, la LCSP atribuye a las fundaciones del sector público en todo caso la condición de poder adjudicador. Y, por lo demás, nada impide que la LRJSP, como sucedió con todas sus predecesoras al tratarse de una simple ley general, pueda verse desplazada por leyes singulares posteriores.

(36). Tampoco estimo que pueda considerarse el artículo 4 LTBG como habilitante para que entidades privadas ejerzan potestades administrativas, pues su funcionalidad se limita a ordenar que, si el ordenamiento permite que tales entidades privadas ejerzan potestades administrativas, deberán sujetarse a lo estipulado en el mismo. A lo sumo, puede interpretarse como una confirmación de la idea de que el legislador no excluye esta posibilidad.

(37). En este sentido, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 278). Si bien el autor (280) defiende que el art. 9.2 TREBEP debe interpretarse en el sentido que reserva las potestades que suponen ejercicio de autoridad.

(38). A este respecto, es paradigmática la conocida STS 1160/2020, de 14 de septiembre (recurso 5442/2019), en la que el Tribunal Supremo anuló la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana por haberse tramitado el procedimiento por una sociedad mercantil del sector público (TRAGSATEC, S.A.), invadiendo la reserva al personal funcionario (en idéntico sentido se expresa la posterior STSJ Andalucía 1402/2022, de 19 de octubre, rec. 657/2020).

(39). Así, se ha apuntado lo llamativamente paradójico que resulta no permitir a entidades privadas del sector público lo que sí se permite a entidades privadas del sector privado. Véase E. GAMERO CASADO (2021c: 487-489).

(40). Sobre esta cuestión, véase A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 291-295), quien señala con acierto que tales facultades de policía son accesorias o complementarias a la prestación del servicio, que es su actividad principal.

(41). Véase E. GAMERO CASADO (2021a: 100), quien señala la naturaleza de garantía primaria del procedimiento legamente establecido. Así, esta prohibición de la contratación de actividades << que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos >> ha servido, p. ej., para anular determinados contratos de servicio << de colaboración y asistencia para la inspección de tributos municipales >>, por considerar el tribunal que el objeto contractual << no se limitaba a tareas de apoyo, ejecución y asistencia técnica u otras que no comporten la producción de actos administrativos, sino que invadían competencias propias del ejercicio de la autoridad, inherente a las funciones de Inspección >>. Así, la SSTSJ País Vasco (Bilbao) 625/2015, de 14 de diciembre (recurso 519/2015) y 4/2016, de 19 de enero (recurso 554/2015). Véase A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022a: 287-288).

(42). Recordemos que el art. 312 LCSP habla de contratos de servicios que conlleven << prestaciones directas a favor de la ciudadanía >>.

(43). Sobre la reserva de ley para trasladar funciones públicas a entidades privadas existe una práctica unanimidad doctrinal. Véanse, entre otros, F. SAÍNZ MORENO (1983: 1177); S. FERNÁNDEZ RAMOS (2002: 525-526); J. CANTERO MARTÍNEZ (2010: 328); D. CANALS AMETLIER (2021: 358-359).

(44). Así, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 156-163), si bien realiza un documentado intento de diferenciar entre potestad y función administrativa, acaba formulando un listado de sujetos privados que ejercen potestades administrativas o funciones públicas.

(45). Sobre las Corporaciones de Derecho Público, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2023).

(46). Desde la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, los Notarios contribuyen a la seguridad jurídica dando fe pública de contratos y demás actos extrajudiciales, y sus actuaciones pueden ser revisadas por la Administración, a través de la Dirección General competente. En cambio, discrepo sobre la inclusión por parte de M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 166) de otros profesionales, como profesores de centros privados en la medida en que califican a los alumnos. En mi opinión, se trata de una actividad exclusivamente técnica, no de una función pública, y, de hecho, está excluida de la excepción del art. 45 TFUE, de modo que no cabe su reserva a los nacionales, tal como ha declarado el TJUE (sentencia de 27 de noviembre de 1991, asunto C-4/91). E igualmente se podría decir de los árbitros de Derecho privado: es un contrato estrictamente privado.

(47). Así, p. ej., la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, declara que tendrá carácter de función pública de ámbito administrativo el acto o resolución por el que se concede o se deniega la expedición de la licencia deportiva –art. 50.c)-. Por su parte de M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 167) incluye aquí, creo que acertadamente, otras entidades como las de acreditación o las entidades urbanísticas colaboradoras en la gestión del proceso de transformación del suelo. Más discutible es, en mi opinión, a los organismos de normalización.

(48). Así, la Ley General de Subvenciones permite confiar en las entidades colaboradoras (que pueden ser particulares), no ya solo actuaciones de colaboración en la gestión de la subvención, sino incluso la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras (art. 12.1). En este sentido, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 169).

(49). En este sentido, F. VELASCO CABALLERO (2014), califica a los organismos de control como agentes de la Administración. Sobre los organismos de control en materia de seguridad industrial, vid. M. IZQUIERDO CARRASCO (2000: 375 y ss.); J. A. CARRILLO DONAIRE (2000); D. CANALS AMETLLER (2021: 319 y ss.); F. J. GALICIA MANGAS (2022: 128-153).

(50). Véase Capítulo III del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial. En este sentido, A. ITUREN i OLIVER (2005: 107-108). Más dudosa es la cuestión respecto a los verificadores medioambientales, pues si de un lado el Real Decreto 2200/1995 los sitúa en la infraestructura acreditable para la seguridad industrial, su finalidad se centra en la aplicación del Reglamento EMAS [Reglamento (CE) N.º 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009], relativo a la participación <<voluntaria>> de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales. Además, no se han establecido mecanismos de control por la Administración pública respecto de la actividad que realizan estos verificadores. A favor de la tesis del ejercicio de funciones públicas por los verificadores medioambientales se pronunció D. CANALS I AMETLLER (2003: 187 y ss.); M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 169). Pero otros autores han negado que la actividad del verificador conlleve ejercicio de funciones públicas, Véase J. C. LAGUNA PAZ (2011: 99 y 105).

(51). Así, p. ej., no parece que pueda calificarse como de ejercicio de potestades administrativas la actividad de certificación de eficiencia energética de los edificios. Véase I. GONZÁLEZ RÍOS (2018). Por el contrario, respecto a las entidades colaboradoras de la Administración municipal en la verificación de las actuaciones urbanísticas, reguladas por el Decreto 62/2020, de 15 de mayo, del Consell de la C. Valenciana, se establece que el certificado de conformidad emitido por la entidad surtirá los efectos que la normativa aplicable atribuye a la concesión de la licencia municipal y se podrá hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada (art. 5), por lo que se trata de un ejercicio de potestad pública. Por su parte, F. VELASCO CABALLERO (2014) propone hasta cinco indicadores para

determinar la naturaleza pública o privada de la actuación de la entidad (o si sirve a la Administración o al mercado): el carácter voluntario u obligatorio de obtener una certificación de conformidad (de entidad colaboradora) para la apertura o inicio de la actividad; el régimen jurídico de los certificados de conformidad; el control de una Administración pública sobre la actividad certificante; la naturaleza pública o privada de las tarifas a percibir por la entidad certificante por su actividad de comprobación (ya sea prestación patrimonial de carácter público o precio privado); y el tipo de responsabilidad patrimonial de la entidad colaboradora.

(52). Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.1-; Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 5.1-.

(53). Esta ampliación parece tener origen en el informe del Sindic de Catalunya (2012: 27), en el que se declaró partidario de la inclusión de la información en poder de las empresas privadas que prestan servicios esenciales o de interés general, <<sin perjuicio de que, en estos supuestos, pueda ser necesario establecer limitaciones específicas, siempre y cuando sean razonables y justificadas y tomen como punto de partida la regla general de libre acceso a la información relacionada con una concepción amplia de actividad pública>>. Opinión que reiteró en su comparecencia en la Comisión Constitucional, DSCD, X Legislatura, 2013, núm. 308, p. 24. Por su parte, la Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 5.1- se refiere <<servicios de interés económico general>>.

(54). En este sentido, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 177).

(55). D. CANALS AMETLIER (2021: 336). Además, con la finalidad de justificar esta exigencia de transparencia, la Oficina Antifraude de Catalunya (2013: 104) adujo, no solo la necesidad de una protección adecuada de los consumidores y usuarios, sino también a que, a menudo, el prestador recibe compensaciones por el coste adicional que supone el cumplimiento de una misión de servicio público.

(56). Así, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 177). En otro trabajo, M. PEREIRO CÁRCELES (2023b: 223), se manifiesta partidario de introducir esta noción en la ley básica estatal

(57). Así, la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, establece que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma deberán hacer accesibles en los respectivos sitios web corporativos, de una forma fácilmente comprensible y en formato electrónico y reutilizable, en la lengua oficial del Estado y en las lenguas oficiales de las Comunidades Autónomas, una serie de informaciones relativas al régimen de propiedad (art. 42). Curiosamente, la Ley añade que esta publicidad es sin perjuicio de la ordenada, entre otras normas, por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Pero esta norma sólo es de aplicación en función de la titularidad del medio por una entidad del sector público o de la naturaleza de la prestación como de servicios público.

(58). Así, lo entienden BARRERO RODRÍGUEZ (2014: 96); SÁNCHEZ DE DIEGO (2017: 447). No obstante, algunas leyes autonómicas han sustituido <<aquellos>> por <<aquellas>> (como referido a las personas y entidades que ejercen las funciones públicas): Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.1-; Ley 12/2014 R. Murcia –art. 7.1-.

(59). Alguna norma limita la funcionalidad del requerimiento para el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa. P. ej., Norma Foral Diputación Foral de Gipuzkoa 4/2019, de 11 de marzo, de Buen Gobierno en el marco de la gobernanza pública foral (art. 2.4).

(60). En contra de la configuración del deber legal del artículo 4 como meramente instrumental, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 177).

(61). CTBG Resolución territorial 575/2018, y GAIP Resolución 51/2018, entre otras.

(62). Cabe mencionar también la Ordenanza de Transparencia de Madrid de 27 de julio de 2016, la cual considera información pública, a los efectos del derecho de acceso a la información pública, <<los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos enumerados en los artículos 2 y 3.2, que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, sin importar la fecha en que se haya generado la información>> (art. 19), debiendo precisar que los sujetos enumerados en el art. 3.2 son las personas que presten servicios públicos de titularidad municipal

o ejerzan potestades administrativas.

(63). Y, en el mismo sentido, deben añadirse las leyes autonómicas que prevén que el cumplimiento de las obligaciones de transparencia de los sujetos privados pueda exigirse no solo a través de la Administración a la que estén vinculadas, sino también directamente, lo que evidencia su naturaleza de sujetos pasivos de las normas de transparencia. Ley 8/2015 Aragón -art. 7.1-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 5.3-; Ley Foral 5/2018 –art. 12.1-.

(64). Así, la Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía (art. 9.2.m). Y en los mismos términos se expresa la Ley 5/2022, de 23 de junio, de Gestión Documental Integral y Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 4.2.m); que añade que los documentos producidos y acumulados en el ejercicio de las funciones relacionadas con la gestión de los servicios públicos mediante prestadores o prestadoras tienen la consideración de documentación de titularidad pública (art. 10.2). Por su parte, la Ley 6/2022, de 5 de agosto, de archivos y gestión documental de las Illes Balears, declara como tales a los documentos de titularidad pública los de <<Las personas y las entidades privadas que ejercen funciones públicas, en cuanto a estas funciones>> (art. 10.1.j). Asimismo, la Ley 7/2014, de 26 de septiembre, de archivos y documentos de Galicia, refiere la titularidad pública a <<Los de las personas físicas o jurídicas gestoras de servicios públicos de ámbito gallego, en cuanto a los documentos generados en la prestación de dichos servicios>> (art. 5.2.l). O, en fin, la Ley 6/2023, de 30 de marzo, de Archivos y Documentos de la Comunidad de Madrid, se refiere a los documentos de <<las personas privadas físicas o jurídicas gestoras de servicios públicos radicadas en la Comunidad de Madrid, en cuanto a los documentos generados en la prestación de dichos servicios>> (art. 70.o).

(65). A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 16) apunta que el art. 17.1 se refiere a información <<en posesión>>, de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, mientras que el art. 13 se refiere a información en <<poder>> de los sujetos obligados, de tal modo que este supuesto la información está en posesión del sujeto privado pero en poder de la entidad del sector público, precisamente gracias a la potestad de requerimiento.

(66). El texto tiene origen en la enmienda núm. 409 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso. BOCG, Congreso, Serie A Núm. 19-3 2 de julio de 2013, pp. 220. No obstante, en la enmienda se establecía que la <<solicitud se podrá dirigir también a la Administración, organismo o entidad>>, mientras que en el texto aprobado en el dictamen del Comisión del Congreso la solicitud debe dirigirse necesariamente a dicha Administración o entidad. BOCG, Congreso, Serie A Núm. 19-5, 9 de septiembre de 2013, p. 13. En todo caso, lo cierto es que, ya antes, el Consejo de Estado (Dictamen 707/2012, de 19 de julio) había apuntado que la Ley atribuye a las “unidades de información” la función de “recabar y difundir la información a la que se refiere el capítulo I del título I de esta ley”, cabe pensar que son estos órganos los que han de solicitar la remisión de la referida información.

(67). En esta línea puede anotarse que la Proposición de Ley de transparencia y acceso a la información pública que presentó el Grupo Socialista en diciembre de 2011 incluía en su ámbito de aplicación a las <<personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas>>. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie B, 27 de diciembre de 2011, núm. 10-1.

(68). M. A. BLANES CLIMENT (2014: 251). Yo mismo me he expresado en tales términos en otros trabajos: S FERNÁNDEZ RAMOS – J. M^a PÉREZ (2014: 88).

(69). Así, E. GICHOT (2014: 24). En este sentido, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 8) señala que, desde la perspectiva del control de la Administración, que es la finalidad perseguida por la LTE, tiene sentido que el sujeto pasivo del derecho de acceso sea la Administración, y no el sujeto privado cuya sumisión a la LTE tiene un carácter instrumental. También esta línea, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 193) valora positivamente la opción del legislador, que considera que es una opción menos invasiva, que descarga a las personas privadas de desarrollar una infraestructura que dé respuesta al ciudadano ante cualquier solicitud de ejercicio del derecho de acceso. Asimismo, en otro trabajo, M. PEREIRO CÁRCELES (2023b: 214) señala que una sujeción directa 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.

(70). La traducción oficial es algo confusa, por redundante. Tal vez, habría sido más claro decir cuando ejercen <<como>> una autoridad administrativa.

(71). Ciertamente el art. 5.2 del Convenio de Tromsø establece que toda autoridad pública que esté en posesión de un documento público dará curso a la solicitud de acceso al mismo. Pero seguidamente añade que, si la autoridad pública <<no está autorizada a tramitar dicha solicitud>>, orientará la solicitud o al solicitante, en la medida de lo posible, hacia la autoridad pública competente. Por lo que el Convenio admite que una autoridad que posea la información pueda no estar autorizada para resolver la solicitud, que es justamente lo que sucedería en este caso.

(72). Desde la Ley 1/2014 de Andalucía –art. 3.1.h)-, hasta la Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 3.1.f)-.

(73). Ley 8/2015 Aragón -art. 7.1-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 5.3-; Ley Foral 5/2018 –art. 12.1-. Ya la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, ordenó garantizar el derecho de los usuarios a acceder a toda la información que obre en poder de la concesionaria y sea necesaria para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio. Quedan excluidos los documentos que afecten a la intimidad de las personas y los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, como también, en general, aquellos que estén protegidos por la normativa en materia de protección de datos de carácter personal –art. 20.d)-.

(74). Ley 8/2015 Aragón -art. 7.1-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 5.3-; Ley Foral 5/2018 –art. 12.1-. Por su parte, la Ley 19/2014 Cataluña –art. 3.2- establece que, a tal efecto, las personas y entidades privadas deben informar a la Administración de las actividades directamente relacionadas con el ejercicio de funciones públicas, la gestión de servicios públicos y la percepción de fondos públicos, y de las actividades que permanezcan dentro de la supervisión y el control de la Administración en el caso de servicios de interés general o universal. Esta exigencia de una vinculación <<directa>> recuerda al requisito legal de la afectación <<directa>> de bienes al servicio público para su consideración como bienes demaniales (art. 4 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales).

(75). Así, E. GUICHOT (2014: 24).

(76). GAIP, Dictamen nº 1/2020, Consulta general sobre acceso a las cuentas de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente privado que gestionan concesiones de servicios públicos y el régimen jurídico que se les aplica.

(77). En este sentido, J. A. AMOEDO BARREIRO (2017: 59); A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 6).

(78). M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 187) apunta que habría sido conveniente que la LTBG hubiese precisado mejor el alcance de la obligación de suministro de información, aclarando si comprende obligaciones de publicidad activa.

(79). Ley 1/2014 Andalucía –art. 3.1.h)-, Ley 12/2014 R. Murcia –art. 5.1.i)-; Ley 8/2015 Aragón –art. 4.1.g)-; Ley Foral 5/2018 –art. 2.3-; Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 3.1-. En cambio, es cuestionable la inclusión por parte de algunas leyes autonómicas de los clubes deportivos, los cuales no tienen asignadas funciones públicas.

(80). Así, la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (la referencia debería ser al artículo 4), las federaciones deportivas españolas y las ligas profesionales harán público en sus páginas web una amplia serie de informaciones (art. 61), que van más allá incluso de lo establecido para las Administraciones públicas en la LTBG, pues se incluyen, entre otras informaciones, las actas de la asamblea general y extractos de las actas de las reuniones de la junta directiva y de la comisión delegada, si la hubiere; los informes sobre el grado de cumplimiento de los códigos de buen gobierno y las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte.

(81). M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 188) señala que no queda claro el alcance que las leyes otorgan a esta normativa reguladora v a los instrumentos no normativos para concretar los contenidos de publicidad activa

que corresponden en cada supuesto. Como señalada acertadamente este autor, la principal virtualidad de dichos preceptos es actuar como mecanismo de habilitación legal.

(82). Ley 8/2015 Aragón -art. 7.2-; Ley 12/2014 R. Murcia -art. 6.2-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha -art. 5.3-; Ley 8/2018 Asturias -art. 3.2-; Ley Foral 5/2018 -art. 12.2-. Asimismo, en relación con las entidades locales, la Ley 1/2014 de Andalucía (art. 5.3) dispuso que, además de la obligación de suministro de información, las empresas prestadoras de servicios públicos locales en régimen de gestión indirecta deberán cumplir con las obligaciones de publicidad activa, de entre las previstas en esta ley, que se determinen reglamentariamente para hacer efectivo el principio de transparencia financiera y en la gestión de los servicios locales de interés general (Principio previsto en el artículo 27.8 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. que tendrán el carácter de comunes y mínimas y podrán ser complementadas con otras por las entidades locales. Las ordenanzas reguladoras de la prestación del servicio público y los pliegos o documentos equivalentes habrán de recoger dichas obligaciones de publicidad activa. Con todo, lo cierto es que, a pesar del tiempo ya transcurrido, tales normas reglamentarias no han llegado a aprobarse (ni están en la agenda normativa).

(83). Véanse, p. ej., los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la segunda contratación bajo el régimen de concierto social de la prestación de la atención infantil temprana en Andalucía mediante procedimiento abierto. Expediente: 77/2021 (CONTR/2021/707843). O, p. ej., el Concierto de plazas para la prestación de los servicios de Atención Residencial, Centro de Día y Centro de Día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía (Expediente: CA-15/2018).

(84). Como ha señalado la GAIP (Dictamen nº 1/2020, antes citado), esta previsión significa que cuando en la empresa privada prestadora de servicios públicos esta actividad alcanza un volumen significativo, las obligaciones de transparencia no se limitan a las cuestiones directamente relacionadas con la prestación de los servicios públicos, sino que se proyectan también a aspectos estructurales de la empresa, singularmente este de la retribución del personal directivo, cuestión que a menudo se ha revelado de evidente interés público. Con todo, debe señalarse que el mismo dictamen considera que el nivel de aplicación de las modalidades de transparencia a estas entidades privadas es similar al requerido a las Administraciones públicas, <<ya que tienen que facilitar la información relacionada directamente con el servicio público que presta a fin de que la Administración competente pueda cumplir tanto las obligaciones de publicidad activa, como las relacionadas con el ejercicio del derecho de acceso a la información pública>>. No obstante, a renglón seguido, reconoce que en la medida en que el artículo 3.2 de la Ley 19/2014 no incluye entre las obligaciones de información que establece la de estados contables y de cuentas anuales de las empresas a las cuales se refiere este precepto, no sería de aplicación.

(85). El concepto de sociedad vinculada se encuentra en el artículo 1.c) del Decreto legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana, que define en los siguientes términos el concepto de sociedad vinculada a los efectos del sector público de la Generalitat: <<Esta Ley se aplica (...) a las sociedades civiles o mercantiles vinculadas a la Generalitat, es decir, las que son gestoras de servicios públicos cuya titularidad ostente la Generalitat o las que han suscrito convenios con la misma, y en las que ésta posea la facultad de designar todos o una parte de los órganos de dirección o participa directa o indirectamente en ellos, como mínimo, en un 5% del capital social>>. De este modo, la figura de las sociedades vinculadas se determina por la concurrencia acumulativa de los dos elementos siguientes: participación mínima, directa o indirecta, de la Generalitat en un 5% de su capital (o facultad de intervenir en la designación de los órganos de dirección), por un lado, y ser gestoras de servicios públicos de la Generalitat, por el otro. Desde la lógica de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, para la GAIP (Resolución 78/2019, sobre la Reclamación 512/2018), tiene todo el sentido considerar este tipo de empresas vinculadas como administraciones públicas a estos efectos, y su información como pública.

(86). Según la GAIP (Dictamen nº 1/2020, antes citado), la condición de sociedades vinculadas hace que la inclusión de estas sociedades en el artículo 3.1 LTAIPBG sea mucho más intensa que la que correspondería meramente a personas jurídicas que prestan un servicio público, ya que comporta que se les apliquen directamente las obligaciones de esta Ley, y no mediante el mecanismo indirecto de su artículo 3.2.

(87). Ya la derogada Ley 30/1992 (art. 2.2) se refería a Entidades de Derecho Público con personalidad

jurídica propia <<vinculadas>> o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Y la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, se refiere tanto a entidades de derecho público como de derecho privado <<vinculadas>> o dependientes de las Administraciones Públicas [art. 2.2.a) y b)].

(88). La propia LOSU (art. 42.3) remarca que los centros podrán tener naturaleza pública o privada. En estos convenios se plasma el sistema de vinculación jurídica, académica y administrativa del centro con la Universidad.

(89). Decreto de 2 junio de 1944 por el que se aprueba el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (art. 313).

(90). Por su parte, la legislación autonómica establece una regla similar respecto a las federaciones deportivas autonómicas, de modo que las funciones públicas de carácter administrativo se ejercen bajo la tutela de la Administración pública de la Comunidad Autónoma (p. j., art. 66.1 Ley 1/2019 Canarias).

(91). Véase S. FERNÁNDEZ RAMOS (2022), <<Universidad y transparencia: los sujetos obligados>>, núm. 14, pp. 34-35.

(92). Todo ello conforme al art. 21 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, al que se remite el art. 16.3 Ley 21/1992 de Industria.

(93). De modo más específico, el Decreto 334/2012, de 17 de julio, por el que se regulan las entidades colaboradoras en materia de Calidad Ambiental en la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que la consejería competente en materia de calidad ambiental elaborará una lista oficial, de acuerdo con el Registro, actualizada permanentemente, de las entidades colaboradoras que actúen en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con indicación de sus diferentes ámbitos y actividades de actuación, que se publicará en la página web de la Consejería competente en materia de medio ambiente (art. 9).

(94). Como señala M. PEREIRO CÁRCELES (2023b: 223) se trataría de un listado no constitutivo. Asimismo, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 203) apunta la posibilidad de utilizar los registros de transparencia que existan en algunas Comunidades Autónomas. Por su parte, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 23) sugiere que sea el propio sujeto privado el que informe al ciudadano de cuál es la entidad pública a la que se encuentra vinculada, si bien el propio autor admite que se trata de una interpretación que va más allá de la letra del precepto y que, además, impone una nueva carga a la entidad privada.

(95). El Convenio de Tromsø (art. 5.2), tras establecer que toda autoridad pública que esté en posesión de un documento público dará curso a la solicitud de acceso al mismo, añade que, si la autoridad pública no está autorizada a tramitar dicha solicitud, orientará la solicitud o al solicitante, en la medida de lo posible, hacia la autoridad pública competente.

(96). El condicionante del previo requerimiento fue, a su vez, introducido en el Proyecto de Ley tras el dictamen del Consejo de Estado, el cual había apuntado la conveniencia de aclarar si esa información debe proporcionarse motu proprio o previo requerimiento del sujeto que haya de recibirla. En cambio, durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Socialista formuló una enmienda (núm. 448) en la que propuso la supresión del inciso <<previo requerimiento>>, por entender que la ley no debe de condicionar la obligación de suministrar información de los prestadores de servicios públicos a un requerimiento previo y concreto de la administración. BOCG, Congreso, Serie A Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, p. 238.

(97). A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 12-13) señala que el acceso a esta información por la propia Administración cumple diversos propósitos públicos, entre ellos, de forma significativa, permite que la Administración pueda valorar la oportunidad o acierto de la externalización e, incluso, disponer de los datos relevantes para evaluar una eventual recuperación de la gestión directa del concreto servicio público o de la función pública encomendada. Con todo, el propio autor (2022b: 14) señala que el artículo 4 LTBG limita la obligación de suministrar información a aquella que es necesaria para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia que la norma impone a la Administración, <<lo que parece excluir otras razones que pueda perseguir la Administración con su petición de información, por ejemplo, para decidir sobre una posible

remunicipalización>>.

(98). M. PEREIRO CÁRCELES (202a3: 205) apunta la posible aplicación analógica del plazo de 15 días del artículo 19.3, si bien reconoce que este plazo se refiere a la aplicación directa del derecho de acceso.

(99). Así, la Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.1- establece que el requerimiento debe atenderse en un plazo de quince días, sin perjuicio de los plazos que puedan establecer las entidades locales en ejercicio de su autonomía. La Ley 12/2014 R. Murcia –art. 7.1- y la Ley 8/2015 Aragón –art. 7.1- imponen también un plazo de 15 días, pero sin contemplar la posibilidad de su modulación. La Ley 4/2016 Castilla-La Mancha –art. 6.1- refiere el plazo exclusivamente a los adjudicatarios de contratos del sector público. La Ley 1/2018 de Cantabria sigue el criterio de la Ley andaluza, pero especificando que se trata de 15 días hábiles (art. 6.1), plazo que sigue también el Decreto 105/2017 Consell C. Valenciana (art. 5.1). Por su parte, el Decreto 7/2016 Castilla y León –art. 4.3- fija un plazo de 10 días. Asimismo, el Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, de la Generalidad de Cataluña, establece que si el título jurídico que establezca el ejercicio de funciones públicas o potestades administrativas, la prestación de servicios públicos, no indica otro plazo la información requerida se deberá facilitar en el plazo de diez días hábiles desde la recepción del requerimiento de la administración pública o entidad del sector público relacionada o vinculada, mediante una declaración responsable o la entrega de documentos justificativos de las actividades (art. 8.3).

(100). La Ordenanza tipo de Transparencia de la FEMP de 28 de noviembre de 2023 fija un plazo de 15 días.

(101). Así, M. SÁNCHEZ DE DIEGO (2017: 448); A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 24).

(102). S. FERNANDEZ RAMOS (2018: 7), criterio ratificado por GAIP, Resolución 78/2019, de 8 de febrero. En este sentido, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 207).

(103). Así, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 25), quien precisa que del precepto se deduce que los sujetos puramente privados no ostentan la condición de terceros de forma automática, por el mero hecho de estar obligados al suministro de la información, sino únicamente en aquellos supuestos en que la información solicitada, afectando negativamente a sus derechos e intereses, pueda vulnerar alguno de los límites al derecho de acceso.

(104). Arts. 45.1 y 47 Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial. Así, la Ley 8/2012, de 23 de noviembre, de la C. Valenciana, por la que se regulan los organismos de certificación administrativa, establece que estos organismos deberán garantizar la confidencialidad respecto de la información que obtengan en el desarrollo y ejecución de sus funciones. E, incluso, se añade que el incumplimiento de esta obligación será considerada como causa de revocación de la inscripción en el Registro previsto en esta norma (art. 15).

(105). Así, el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, establece que los organismos de control deberán facilitar a las Administraciones Públicas competentes para su habilitación y control la información que éstas les puedan requerir en relación con sus obligaciones (art. 45.2). Y la antes citada Ley 8/2012, de 23 de noviembre, de la C. Valenciana, establece que los OCA remitirán a la conselleria competente en materia de espectáculos, y al ayuntamiento de la localidad en cuyo término municipal se ubique el establecimiento certificado, la siguiente información: con carácter mensual, copia de las certificaciones emitidas y, en su caso, los informes de aquellos establecimientos cuyo resultado haya sido desfavorable (art. 14).

(106). Como señala, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 18), la LTBG no obliga a los sujetos privados a suministrar a la Administración cualquier clase de información sino únicamente la que, en rigor, es información pública, es decir, aquella que versa sobre las actividades directamente relacionadas con las tareas públicas desarrolladas.

(107). Así, GAIP, Resolución 78/2019, de 8 de febrero. En este sentido, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 24 y 27). Con todo, pueden suscitarse supuestos límite, en los cuales cumplir el requerimiento de suministro de información podría comportar una autoinculpación, lo que eliminaría la antijuridicidad de la conducta.

(108). En este sentido, M. PEREIRO CÁRCELES (2023a: 207), quien señala que solo de esta manera se garantiza que el sujeto privado no vea frustrado su derecho a la defensa de sus derechos e intereses por un acceso anticipado a la información que podría ser improcedente. Igualmente, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 27), quien apunta el problema que se plantea puesto la LTBG no articula ningún mecanismo para que la Administración tenga conocimiento de la eventual interposición de un recurso contra la resolución que reconoce el acceso a la información.

(109). Eso sí, como señala A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 20), con el límite temporal que comporta que esta obligación de suministro de información no debe tener efecto retroactivo en relación con la entrada en vigor de la propia LTBG.

(110). Así, el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, establece que los organismos de control deberán conservar para su posible consulta, durante el plazo de diez años, los expedientes, documentación y datos de los controles realizados (art. 45.1).

(111). En el País Vasco, la Ley 5/2022, de 23 de junio, de Gestión Documental Integral y Patrimonio Documental de la Comunidad Autónoma, tras declarar que los documentos producidos y acumulados en el ejercicio de las funciones relacionadas con la gestión de los servicios públicos mediante prestadores o prestadoras tienen la consideración de documentación de titularidad pública, añade: <<En el supuesto de cese de la actividad de prestación de servicios públicos por parte de algún prestador o prestadora, todos los documentos de titularidad pública, así como la información contenida en los sistemas de información utilizados en la prestación del servicio, serán entregados, a la entidad pública para la que se prestaban dichos servicios. Esta entrega de documentos y de información se realizará en salvaguarda del interés público>> (art. 10.3). Con todo, debe señalarse que se trata de una regla reciente y no generalizada en la legislación de archivos.

(112). Así, A. GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ (2022b: 20) señala que no es razonable que el deber de suministrar de información se extienda sine die, por lo que quizás lo más adecuado sería que la LTBG fijase un determinado plazo a partir de la finalización de las actividades públicas en el cual el sujeto privado se encuentre obligado por este deber especial de colaboración con la Administración.

(113). De acuerdo con la Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.4-, <<Las administraciones públicas andaluzas podrán acordar, previo apercibimiento y audiencia al interesado, la imposición de multas coercitivas una vez transcurrido el plazo conferido en el requerimiento sin que el mismo hubiera sido atendido. La multa, de 100 a 1.000 euros, será reiterada por períodos de quince días hasta el cumplimiento. El total de la multa no podrá exceder del 5% del importe del contrato, subvención o instrumento administrativo que habilite para el ejercicio de las funciones públicas o la prestación de los servicios. Si en dicho instrumento no figurara una cuantía concreta, la multa no excederá de 3.000 euros. Para la determinación del importe se atenderá a la gravedad del incumplimiento y al principio de proporcionalidad, entre otros>>. De modo similar, Ley 12/2014 R. Murcia –art. 7.3- Ley 8/2015 Aragón –art. 7.4-, Ley 1/2016 Galicia –art. 4.4-, y Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 6.2-. También la Ordenanza tipo de Transparencia de la FEMP contempla la imposición de multas coercitivas, si bien es dudoso si una Ordenanza municipal puede cumplir la reserva formal de ley en esta materia.

(114). Se trata de una precisión contenida expresamente en el frustrado Proyecto de Ley de Castilla y León de 2021 (art. 4.3). El texto añadía que la imposición de multas coercitivas será incompatible, en su caso, con las penalidades o figuras equivalentes que se haya previsto imponer en el contrato o instrumento que corresponda por el incumplimiento del deber de suministro de información. La competencia para la imposición de la multa coercitiva corresponderá al mismo órgano que deba efectuar el requerimiento de suministro de información.

(115). Consejo de Estado, Dictamen 707/2012, de 19 de julio. Por su parte, la modificación de la LTBG incluida en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 20 de septiembre de 2016, ya contemplaba la posibilidad de imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento del requerimiento. BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, núm. 33-1, 23-9-2016.

(116). Ley 1/2014 Andalucía –art. 53.1-, Ley 12/2014 R. Murcia –art. 47–; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 70.1-, Ley 1/2018 Cantabria –art. 46.1-. La Ley 12/2014 Canarias –art. 69.1.B)- y la Ley 8/2018 Asturias –art. 21.1- y Ley 10/2019 C. Madrid –art. 85.1-, exigen para la calificación como muy grave que el incumplimiento sea reiterado más de tres veces, en un periodo de dos años, el incumplimiento dos veces, como grave, y una sola vez, como leve. Y la Ley Foral 5/2018 –art. 57.1- exige que se haya desatendido en más de cuatro ocasiones, en un periodo de dos años, el requerimiento expreso del órgano de garantía.

(117). Ley 1/2014 Andalucía –art. 53.2-; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 70.2-. En cambio, la Ley 1/2018 Cantabria –art. 46.1- califica esta infracción como muy grave.

(118). Ley 1/2014 Andalucía –art. 53.2-, Ley Foral 5/2018 –art. 57.2-; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 70.2-. La Ley 1/2018 Cantabria –art. 46.2- exige que se trate de un incumplimiento de forma relevante.

(119). Ley 1/2014 Andalucía –art. 53.3-, Ley 10/2019 C. Madrid –art. 81.3- (derogado por la Ley 16/2023, de 27 de diciembre), Ley Foral 5/2018 –art. 57.3-; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 70.3-. La Ley 1/2018 Cantabria –art. 46.3- exige que se trate de un retraso reiterado en el suministro de la información.

(120). P. ej., Ley 1/2014 Andalucía –art. 56.2-, que califica esta medida de sanción accesoria; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 72.2-.

(121). P. ej., Ley 1/2014 Andalucía –art. 58.2-; Ley 1/2022 C. Valenciana -art. 75.4-. En este punto puede plantearse un problema en el caso de sujetos privados vinculados a órganos o entidades que carecen de la condición de Administración pública. En tales casos debe señalarse que por mucha competencia que atribuyan las leyes de transparencia tales órganos y entidades no pueden ejercer una potestad sancionadora de la que no disponen. Esta laguna deberá subsanarse mediante penalidades a introducir en los correspondientes documentos contractuales.

(122). La referencia a los adjudicatarios de contratos del sector público se incluyó en el Anteproyecto tras la consulta pública de marzo de 2012, a sugerencia del Observatorio de la Contratación Pública. En este sentido, ya se había expresado alguna Ley comparada, como en el caso de Eslovenia.

(123). Así, A. HUERGO LORA (2023: 28).

(124). CTBG, Resolución 442/2019, de 16 de septiembre de 2019: “() aquellas entidades que formalicen contratos con entidades públicas () han de asumir los estrictos controles y, en este caso, los niveles de transparencia, exigidos a la actuación de dichas entidades y, por lo tanto, a la gestión de los fondos públicos que las mismas realizan. Estas exigencias de transparencia han de ser respetadas, por lo tanto, por la entidad que realiza la contratación, pero también asumidas y respetadas por la entidad con la que se formaliza el contrato”

(125). Pretender lo contrario no solo sería una intromisión en la esfera privada de los contratistas, sino que podría suponer un riesgo para el propio mercado de la contratación pública, en la medida en que las empresas rehusaran participar en el mismo para no verse expuestas.

(126). Esta diversidad de tratamiento es meridiana en la Ley Foral 5/2018, en la cual por un lado se incluyen en el elenco de sujetos obligados por las normas de transparencia a las personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas –art. 3.e)-, llegando a establecer que el cumplimiento de tales obligaciones podrá exigirse directamente –art. 12.1-, y, de otro lado, la obligación de los adjudicatarios de contratos del sector público de suministrar a las entidades del sector público a las que se encuentren vinculadas, << toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellas (las entidades del sector público) de las obligaciones previstas en este título, obligación que deberá hacerse constar expresamente en el respectivo contrato >> –art. 12.3-, deber que se extiende en los mismos términos a los beneficiarios de subvenciones –art. 12.4-.

(127). Es cierto que la LTBG –art. 8.1.a)- y la LCSP –art. 63- se limitan a ordenar casi exclusivamente informaciones relacionadas con el procedimiento de adjudicación, pero como sucedía con las subvenciones públicas, algunas leyes autonómicas establecen obligaciones adicionales sobre la ejecución de los contratos públicos. Así, la Ley Foral 5/2018 obliga a dar publicidad a la información sobre la cesión del contrato y la

subcontratación, detallando la identidad de los cesionarios o subcontratistas, el importe y el porcentaje del volumen de cada contrato que ha sido subcontratado (art. 23.1).

(128). Recuérdesse 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, reconoce el derecho a acceder a la información ambiental <<que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre>>, al tiempo que entiende por <<información poseída en nombre de las autoridades públicas>>, la información ambiental que obra físicamente en poder de una persona jurídica o física en nombre de una autoridad pública (arts. 3.1.a y 2.6).

(129). En este sentido, durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Socialista formuló una enmienda (núm. 449) en la que propuso que los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento contractual equivalente <<especificarán>> los términos en que deberá cumplirse dicha obligación. BOCG, Congreso, Serie A Núm. 19-3 2 de julio de 2013, p. 238.

(130). Así, Ley 1/2014 Andalucía –art. 4.2-; Ley 4/2016 Castilla- La Mancha –art. 6.1-; Ley 1/2018 de Cantabria –art. 6.2-. Y, de modo más amplio, la Ley 1/2016 Galicia –art. 4.3-, se refiere a <<la documentación contractual o los negocios jurídicos que instrumenten la prestación de los servicios públicos o el ejercicio de potestades públicas>>. De modo similar,

(131). R/0377/2016, 15 de noviembre de 2016, sobre determinados prestadores de servicios a RENFE. Asimismo, el borrador de Real Decreto de desarrollo de la LTAIBG de febrero de 2018, contemplaba lo siguiente (art. 2.4): <<En los conciertos, contratos o instrumentos en los que se articule la relación con el organismo o entidad correspondiente, deberán concretarse las obligaciones de suministro de información que deban cumplirse, así como los mecanismos de control y seguimiento. La falta de concreción de los extremos señalados en el concierto, contrato o instrumento correspondiente, no eximirá de la obligación de suministrar la información que fuera necesaria para un correcto cumplimiento de las obligaciones previstas en la ley 19/2013, de 9 de diciembre>>.

(132). BOE 23 de octubre de 2023.

(133). El Decreto 8/2021, de 9 de febrero, sobre la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, de la Generalidad de Cataluña, precisa que se entiende por fondos públicos cualquier forma de aportación de fondos públicos sin contraprestación directa, provenientes de cualquier administración pública, siempre que tengan carácter corriente, sean destinados a financiar gastos de funcionamiento de la persona receptora y se consignen en el capítulo 4 del presupuesto de gasto. En ningún caso se entiende comprendida en este supuesto la percepción de fondos públicos por una persona física con motivo de sus circunstancias personales de especial vulnerabilidad social (art. 8.1).

(134). Ley 12/2014 R. Murcia –art. 7.2-; Ley 1/2016 Galicia –art. 4.2-; Ley 1/2018 Cantabria –art. 6.2 -; Ley Foral 5/2018 –art. 12.4-; Ley 1/2022 C. Valenciana –art. 5.1-, que precisa que la no inclusión en las bases reguladoras o resoluciones de esta obligación no exime de su cumplimiento. Además, según la Ley 1/2018 Cantabria –art. 28.6-, las bases reguladoras, las resoluciones de concesión o los convenios que instrumenten la concesión de subvenciones o ayudas públicas, deberán incluir la obligación de comunicar por las personas jurídicas beneficiarias de subvenciones o ayudas públicas por importe mínimo de 10.000 euros, las retribuciones anuales e indemnizaciones de los titulares de los órganos de administración o dirección, tales como presidente, secretario general, gerente, tesorero y director técnico, al efecto de hacerlas públicas. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la revocación de las ayudas o subvenciones y, en su caso, el reintegro de las cantidades percibidas.

(135). Véase M. PEREIRO CÁRCELES (2023b: 219), quien añade que, 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. En tal sentido, el autor es de la opinión, que comparto, según la cual la articulación de un apropiado régimen de publicidad activa 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.

(136). La LTBG –art. 8.1.c)- se limita a ordenar la publicación de las subvenciones y ayudas públicas

concedidas (para lo cual es obviamente innecesario el deber de suministro de información), pero algunas leyes autonómicas establecen obligaciones adicionales sobre la gestión de las ayudas. Así, la Ley Foral 5/2018 obliga a dar publicidad al procedimiento de gestión y justificación y rendición de cuentas de la subvención (art. 26.1).