

Expediente N° 226/2020
Informe N.º 10/2020

**CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
Y BUEN GOBIERNO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

COMISIÓN EJECUTIVA

Sres.:

Presidente: D. Ricardo García Macho

Vocales:

D^a. Emilia Bolinches Ribera

D. Lorenzo Cotino Hueso

D. Carlos Flores Juberías

Dña. Sofía García Solís

En Valencia, a 22 de diciembre de 2020

ASUNTO: Informe sobre consulta de la Dirección General de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno relativa a la obligación de suministro de información por los adjudicatarios de contratos públicos.

En respuesta a la consulta formulada por la Dirección General de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno, mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2020 por registro departamental ante el Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la Comisión Ejecutiva de este Consejo emite el siguiente **INFORME**:

ANTECEDENTES

El día 20 de noviembre de 2020 se presentó por parte de la Dirección General de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno solicitud de informe al Consejo de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana (en lo sucesivo CTCV) en relación con una cuestión sobre la aplicación de la legislación sobre transparencia a todos los adjudicatarios de contratos públicos en el que se hacía constar lo siguiente:

“La dirección general de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno, en virtud de sus competencias, ha elaborado y distribuido en el ámbito de la Generalitat una Guía sobre las obligaciones de transparencia de las entidades privadas y la inclusión de cláusulas de transparencia en las subvenciones y la contratación pública (la cual se adjunta). Esta guía es un recurso de apoyo para facilitar la aplicación de la ley, dirigido a aclarar posibles dudas sobre qué entidades están obligadas, cuáles son sus obligaciones y en qué términos. Asimismo, es una guía de apoyo a los órganos administrativos gestores de contratos públicos y subvenciones, puesto que también se incluyen posibles ejemplos de cláusulas de transparencia para su inclusión en bases y convocatorias de subvenciones y en pliegos de contratos públicos. Estas cláusulas van dirigidas a garantizar el conocimiento y el cumplimiento de las obligaciones de transparencia por parte de aquellas entidades que, por su condición de perceptores de fondos públicos o para realizar funciones públicas, se encuentran debidamente obligados en un reforzamiento de la transparencia en su actividad.

Después de su difusión, ha surgido una duda en relación con la obligación de suministro de información que tienen todos los adjudicatarios de contratos públicos, y que está prevista en la normativa vigente en materia de transparencia, artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el artículo 3.5 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, y el artículo 5.2 del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell de desarrollo de la ley.

Arte. 3.5 de la Ley 2/2015, de 2 de abril: Las personas físicas y jurídicas (diferentes de los anteriores supuestos) que prestan servicios públicos o ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas están obligadas a suministrar a la administración, organismo o entidad pública valenciana a la cual se encuentran vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria porque estos cumplan sus obligaciones de transparencia. ¿esta obligación se extiende también a los adjudicatarios de contratos públicos.

Apartado 2 del artículo 5 del Decreto 105/2017, 28 de julio:

A estos efectos, todos los contratos que se celebran al amparo de la legislación vigente en materia de contratos del sector público, tendrán que incluir expresamente esta obligación y prever los medios por los cuales las personas adjudicatarias suministrarán la información incluida en el apartado 1.a de el artículo 9 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, y los mecanismos de control y seguimiento del cumplimiento de esta obligación.

Por lo expuesto anteriormente,

SOLICITAMOS

Que se emita informe respecto a las siguientes cuestiones:

PRIMERO. Todos los adjudicatarios de contratos públicos tienen la obligación de suministro de información? O por el contrario, hay que interpretar el artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre y el artículo 3.5 de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de manera restrictiva entendiendo que únicamente aquellos contratistas que prestan servicios públicos o ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas tienen la obligación de suministro de información?

SEGUNDO. Se tendría que incluir esta obligación en los pliegos de los contratos?

La consulta plantea que una vez publicada la guía sobre las obligaciones de transparencia de las entidades privadas y las cláusulas de transparencia en subvenciones y contratos han surgido dudas respecto del apartado 3 de dicha guía, que hace referencia a entidades o personas obligadas por contratos públicos o conciertos, incluyendo en su apartado 2 como personas obligadas al suministro de información, no solo a aquellas personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas, tal y como se establece en el artículo 3.5 de la Ley 2/2015, sino que dicha obligación se ha hecho extensiva a todos las personas adjudicatarias de contratos del sector público, siendo precisamente en este apartado en el que surgen las dudas interpretativas.

En concreto, se solicita informe respecto de las siguientes cuestiones:

Primero.- Si todos los adjudicatarios de contratos públicos tienen la obligación de suministro de información o por el contrario cabe interpretar el artículo 4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre y el artículo 3.5 de la Ley 2/2015 de manera restrictiva de forma que únicamente aquellos contratistas que presten servicios públicos o ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas tienen la obligación de suministro de información.

Segundo.- Si debería incluirse dicha obligación en los pliegos de los contratos.

A la vista de estos antecedentes y basándonos en la competencia atribuida en el art. 42 d) de la Ley 2/2015 y en el art. 82 e) del Decreto 105/2017, de 28 de julio, del Consell, de desarrollo de la Ley 2/2015, este Consejo da respuesta a la consulta planteada según la siguiente argumentación:

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Cabe analizar en primer lugar los apartados 4 y 5 del artículo 3 de la Ley 2/2015 que establece la sujeción de los sujetos privados a las obligaciones de transparencia establecidas en la legislación básica, en función del tipo de actividad que desarrollan, distinguiendo las siguientes:

4. *“las entidades privadas o personas jurídicas **que presten servicios públicos**. Estas obligaciones se incluirán en las normas reguladoras de los conciertos y otras formas de participación o gestión en sus pliegos o documentos contractuales análogos que correspondan.”*

5. *“las personas físicas o jurídicas, distintas de las referidas en los artículos anteriores, **que presten servicios públicos o ejerzan funciones delegadas de control, u otro tipo de funciones administrativas estarán obligadas, estarán obligadas a suministrar a la administración, organismo o entidad de los previstos en el artículo 2.1 al que se encuentran vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en la ley.**”*

Así, podemos entender que, en la medida en que un sujeto privado, a través de un contrato con la administración pública, está realizando una actividad que lleva implícito el ejercicio de poderes normalmente reservados a la administración pública, es lo que motiva ese deber de sometimiento a controles similares a los de la administración.

Por tanto del citado texto se desprende que dichas obligaciones solo resultan aplicables a los sujetos privados que ejerzan funciones administrativas que hayan sido otorgadas por las entidades obligadas del artículo 2 de la Ley 2/2015.

Visto lo cual y a la luz del análisis realizado de los preceptos aplicables no podemos considerar sujeto obligado a todos los adjudicatarios de contratos del sector público, sino exclusivamente a aquéllos que establece la ley 2/2015 en su artículo 3.

SEGUNDO.- En cuanto al artículo 5 del Decreto, el título del mismo ya determina a quién va dirigido *“Aplicación a los sujetos obligados al suministro de información”*, que no son otros que los mencionados por la ley, y en ella en ningún caso se menciona a todos los adjudicatarios de contratos como sujetos obligados, sino que en el artículo 5.1 limita el ámbito subjetivo de aplicación de la obligación a *“las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el apartado 5 del artículo 3 de la ley 2/2015.”*

Ahora bien, el Decreto sí ha venido a **concretar**, por un lado los plazos y forma en que debe ser cumplida dicha obligación de suministro de información (puesto que el apartado 5 del artículo 3 de la ley solo hacía referencia a la necesidad de requerimiento, pero no había establecido ni plazo, ni obligación de inclusión de dicha obligación en los pliegos o documentos contractuales), estableciendo al efecto un plazo de 15 días y la necesidad de requerimiento al efecto del organismo o entidad a la que se encuentran vinculados. Y por otro lado ha querido el legislador, tal como se menciona en su apartado 2, *“a dichos efectos”* garantizar el cumplimiento de dicha obligación incluyéndola expresamente en **todos los contratos** que se celebren **con dichos adjudicatarios**.

Visto lo anteriormente expuesto, debemos determinar que no se desprende que la obligación de suministro de obligación limitada por la ley a los sujetos obligados del artículo 3.5 de la ley 2/2015, haya sido extendida a todos los adjudicatarios de contratos del sector público, tal y como ha interpretado la Dirección General de Transparencia, Atención a la Ciudadanía y Buen Gobierno, independientemente del objeto o tipología del contrato, sino que, a la vista de lo dispuesto, el objeto del contrato deberá encuadrarse dentro del tipo normativo del apartado 3.4 y 3.5 de la Ley 2/2015. Recalcamos por tanto la necesidad de que estos sujetos privados obligados, lo son en función de la tipología del contrato, limitándose o restringiéndose dicha obligación a aquellos contratos cuyo objeto pueda encuadrarse en la prestación de un servicio público o cuando como consecuencia del mismo se ejerzan funciones delegadas de control u otro tipo de funciones administrativas.

Parece lógico que en estos supuestos los niveles de exigencia respecto de las obligaciones de transparencia de los sujetos privados sean claramente más elevados puesto que se trata de servicios esenciales para el interés general que son prestados por entidades privadas y que en muchos casos son financiados por los poderes públicos, bien de manera directa a cargo de los presupuestos públicos o bien de manera indirecta por medio de derecho especiales.

Cabe mencionar el informe N.º 7/2019 Expediente N.º 72/2018 emitido por este CTCV, respecto de las obligaciones de transparencia de la empresa concesinaria AVANQUA, según el cual : *“la administración a la que se halla vinculada la adjudicataria pueda requerir información a la concesionaria, en este caso no en ejercicio de un derecho de acceso, sino en el ejercicio propio de las potestades que le asisten en el marco de una relación contractual”*. De este modo, la capacidad de requerir información por parte de la administración estaría enmarcada dentro de las estipulaciones que se proveen en el contrato suscrito.

De este modo, queda evidenciado que la protección de los operadores privados que actúan en el mercado de la contratación pública, debe garantizarse. La normativa de transparencia debe interpretarse por tanto, en el sentido del claro respeto a los intereses públicos, pero en equilibrio también con otros derechos dignos de protección. Así pues, de un lado se debe facilitar que se pueda llevar a término una labor de intervención y control de las actuaciones públicas, por parte de los particulares que lo consideren oportuno, es por ello, que ni siquiera se exige unas motivaciones de las solicitudes de derecho de acceso a la información; pero no es menos cierto, que no pueden conculcarse con ello los intereses particulares de los operadores privados, que también mantienen derechos como operadores privado, puesto que entender la normativa de transparencia de otro modo desincentivaría la participación de las empresas privadas en los procedimientos de contratación pública. Por el hecho de participar en procesos de concurrencia pública y cumplir con todos los controles de legalidad que establece la normativa específica del procedimiento, no puede colocarse per se a dichas empresas en su posición comercial a largo plazo, puesto que su vinculación con la Administración pública es eventual, pero su posicionamiento en un sector competitivo es una cuestión a largo plazo y que puede afectar a su trayectoria comercial, si todas sus actuaciones –sin sujeción a límites- son objeto de escrutinio basándose en la normativa de transparencia.

La normativa de transparencia valenciana, en concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 2/2015 señala en su apartado IV ese juego de equilibrios entre los intereses públicos y privados, en los siguientes términos: “El derecho de libre acceso a la información pública tiene una configuración diferente porque se trata de acceder no a la información que la administración ha hecho pública por ella misma o tiene el deber de hacerlo, sino a cualquier otra, siempre que tal acceso no este limitado; por lo que se regulan con detalle tales supuestos. En ocasiones será necesario realizar un ejercicio de ponderación de los intereses en juego y justificar el interés superior en la publicidad de la información. En ocasiones solo será posible el acceso parcial a la información y, en otras, la protección de los datos personales impedirá el acceso; por lo que se regulan con detalle todas estas cuestiones, teniendo en cuenta la ponderación de los otros derechos que puedan concurrir”.

Respecto del segundo de los puntos que merecen una consideración está el hecho de que al supuesto concreto, es de aplicación la reciente Ley de Secretos Empresariales, Ley 12/2019 de 20 de febrero de 2019. En la Exposición de motivos se recoge la motivación de la norma, que no es otra, que regularizar en el ordenamiento jurídico español, una cuestión que ya lleva años en el contexto comunitario siendo digna de consideración. En concreto, la Exposición recalca: “La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger

información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

Esta clara exposición debe ser tenida en consideración a la hora de ponderar los intereses públicos dignos de protección y por los que vela la normativa de transparencia, como punto delimitador del derecho de acceso a la información pública. La normativa de transparencia tiene como objetivo la búsqueda de un nuevo control de fiscalización de los poderes públicos, pero este loable objetivo, no puede ser tergiversado para conculcar reglas de la competencia, en tanto que posibles competidores puedan acceder a información de operadores privados que en un momento concreto deciden participar en procesos de concurrencia pública en el marco de la contratación administrativa.

El Art. 1.2 de la Ley 12/2019 de secretos empresariales, delimita su objeto a que “La protección se dispensa al titular de un secreto empresarial, que es cualquier persona física o jurídica que legítimamente ejerza el control sobre el mismo, y se extiende frente a cualquier modalidad de obtención, utilización o revelación de la información constitutiva de aquel que resulte ilícita o tenga un origen ilícito con arreglo a lo previsto en esta ley”.

TERCERO.- Por tanto, una vez delimitado el ámbito de aplicación de la normativa de transparencia valenciana debemos también considerar lo establecido en el art. 4 de la Ley estatal -básica en este punto-, Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en lo sucesivo Ley 19/2013). El citado Art. 4 de la Ley 19/2013 señala las obligaciones de suministrar información de: *“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 art. 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellos de las obligaciones previstas en este título. Esta obligación se extenderá a los adjudicatarios de contratos del sector público en los términos previstos en el respectivo contrato”.*

Así pues, las obligaciones exigibles en materia de transparencia estarán determinadas, por los términos del contrato en aplicación de la Ley 19/2013, pero la inclusión expresa de dicha obligación en los contratos celebrados al amparo de la legislación vigente en materia de contratos del sector público, tal y como hemos visto, solo resulta obligatoria para los contratos celebrados con los sujetos privados anteriormente mencionados, es decir, las personas físicas o jurídicas a las que se refieren los apartados 4 y 5 de la ley 2/2015.

Es cuanto se ha de informar a los efectos oportunos por los miembros de la Comisión Ejecutiva del Consejo de Transparencia.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA, ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**



Ricardo García Macho