



POSICIÓN DE LA CNC ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 25 de abril de 2012, ha decidido adoptar la siguiente posición en relación con el Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. en la medida en que el mismo supone una gran oportunidad para introducir determinadas medidas que redunden en un mejor funcionamiento competitivo de los mercados.

I. CONTENIDO

Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Se divide en dos Títulos: *Título I. Transparencia de la Actividad Pública* y *Título II. Buen Gobierno*, además de contar con tres Disposiciones adicionales y seis Disposiciones finales. El texto remitido a la CNC no se acompaña de memorias o informes justificativos.

Dentro de las actuaciones relativas a la transparencia en la actividad pública, además de establecerse un ámbito subjetivo muy amplio que englobaría a todos los entes integrantes del sector público, se diferencia entre tres tipos de información: institucional, de relevancia jurídica, y económico-presupuestaria. Además, se establecen los límites del derecho al acceso y se precisan las principales fases del procedimiento administrativo de solicitud de acceso a la información.

Dentro de las actuaciones relativas al **buen gobierno**, se contienen una serie de principios éticos y de actuación, se recogen las denominadas infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y las infracciones disciplinarias, así como sus respectivas sanciones.

Por último, en lo que se refiere al conjunto de Disposiciones adicionales y finales, destaca la modificación de tres leyes para adaptarlas a lo dispuesto en esta nueva norma: la ley 30/92 (régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común), la ley 5/2006 (conflictos de intereses de miembros del gobierno y altos cargos) y la ley 28/2006 (agencias estatales para mejora de los servicios públicos).

En particular, las observaciones que se plantean desde la CNC se refieren a los arts. 6, 7 y 10 del Anteproyecto, centrándose en el planteamiento de mejoras en la información relativa en primer lugar, a las licitaciones, los contratos y las encomiendas de gestión;

en segundo lugar, a las diferentes categorías de ayudas públicas de las que ofrecer información en el portal de la transparencia y por último, al acceso a la información recogida en el Anteproyecto por parte de los entes públicos con funciones fiscalizadoras.

II . OBSERVACIONES

Desde el punto de vista de la competencia, la iniciativa, en la medida en que pretende el aumento de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos para prevenir posibles ineficiencias o abusos, no puede **sino acogerse favorablemente. El aumento de transparencia, en los términos en que lo realiza el proyecto, ofrecerá en principio mayores garantías de un trato igualitario a todos los operadores económicos afectados por dichas decisiones administrativas** y contribuirá a un funcionamiento más eficiente de los mercados.

Por esta razón, la presente se considera una **gran oportunidad para introducir determinadas medidas adicionales** a las ya incluidas en el texto del Anteproyecto, medidas que irían en consonancia con el espíritu perseguido por la norma y que resultarían favorecedoras de la competencia y redundarían en un mejor funcionamiento de los mercados.

1. Sobre la información relativa a las licitaciones y los contratos públicos, los convenios entre entes o entidades públicos y con particulares, y las encomiendas de gestión, en materia de transparencia y control.

El artículo 6 del texto propuesto (*información económico-presupuestaria y estadística*) dispone expresamente lo siguiente en esta materia:

“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Los contratos adjudicados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.”

La información en este campo a efectos de transparencia y de control del cumplimiento de la normativa resulta de vital importancia para poder detectar indicios de posibles conductas anticompetitivas. Reconociendo lo positivo de la inclusión de este precepto, nuestra observación está destinada a **incrementar la profundidad y amplitud de la información estadística que recopilaría la entidad encargada de gestionar el portal (con independencia de que no toda la misma se haga pública), por las razones que siguen.**

En España, tal como se ha podido comprobar recientemente¹, el ámbito de la contratación pública es susceptible de albergar prácticas anticompetitivas, en detrimento de la Administración como contratante y del ciudadano como contribuyente y usuario de los servicios.

En este sentido, se ha comprobado que en otros países de nuestro entorno económico existe, en términos relativos, un mayor grado de detección de conductas colusorias, en particular de cárteles en licitaciones públicas, con el objeto de alterar el precio y las condiciones de licitación. Habida cuenta del elevado importe que suponen las licitaciones públicas sobre el PIB² así como del perjuicio que puede suponer para las AAPP y para los consumidores y usuarios de los servicios públicos³, es necesario profundizar en los mecanismos de detección de este tipo de conductas fraudulentas no solo porque ello facilitaría su identificación y, eventualmente sanción, sino por el potencial carácter disuasorio que dicha identificación podría conllevar.. Mucho más en un momento como el actual, en el que la contención del gasto público resulta prioritaria y la disciplina competitiva de los operadores concurrentes a licitaciones públicas se puede convertir en un instrumento muy útil a tal respecto.

¹ Por ejemplo, el [expediente S/226/10](#), LICITACIONES DE CARRETERAS, en el que la CNC ha impuesto una multa por valor de 47 millones de euros a 46 operadores del sector de mantenimiento y reparación de carreteras por coordinación en las ofertas presentadas a una serie de licitaciones de varias Administraciones.

² De acuerdo con los datos de la UE, el peso de la contratación pública en el PIB español se situaba en 2008 en un 14,9%

³ De acuerdo con las estimaciones de la OCDE, los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en alrededor de un 20%,

Así, por ejemplo, en materia de detección de cárteles en las licitaciones, la *Guía sobre contratación pública y competencia*, publicada por la CNC en 2011, ofrece en su parte tercera (titulada “La colusión entre oferentes a licitaciones”) una serie de indicios o indicadores de detección de conductas colusorias.

Las formas que pueden adoptar este tipo de conductas son variadas, y pueden encontrarse ejemplos en la referida Guía, que pretende servir de ayuda para los órganos de contratación en la detección de aquellos cárteles y otras conductas colusorias que puedan aparecer en los procedimientos de licitación cuya responsabilidad tengan atribuida. Tales órganos de contratación tienen, de acuerdo con la normativa nacional de contratación pública, el deber de poner en conocimiento de las autoridades de competencia relevantes cualesquiera indicios que pudieran identificar en este sentido (Disposición adicional vigésima tercera de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Sin embargo, en algunos casos, resulta verdaderamente difícil para los órganos de contratación, como demandantes de bienes y servicios, detectar este tipo de conductas. La característica fundamental en estos cárteles es el reparto de diversas licitaciones que son tratadas como “acuerdos comerciales” entre oferentes, que deberían competir en contrataciones públicas; reparto que se desarrolla a lo largo de períodos determinados y en ocasiones en varios ámbitos geográficos. En la medida en que la experiencia directa de los entes públicos no les proporciona una visión de conjunto suficientemente amplia de lo que está ocurriendo en el mercado en el que operan los licitadores, sino *únicamente lo que ocurre en relación con sus propias licitaciones*, los órganos de contratación ven enormemente dificultada la detección, no ya de conductas concretas sino de indicadores económicos que pudieran revelar, siquiera a nivel indiciario, una posible colusión entre operadores.

Igualmente, para las distintas autoridades de competencia en su labor investigadora, contar con este tipo de información, a través de bases de datos lo suficientemente potentes y amplias, resultaría sumamente positivo y facilitaría la proactividad en la actuación, máxime teniendo en cuenta la escasa capacidad de los órganos de contratación de detectar indicios al respecto.

En consecuencia, idealmente, y sin perjuicio del incremento de la sensibilidad de los órganos de contratación en este sentido y de sus propias obligaciones legales al respecto, la obtención y estudio de información agregada puede ser de suma utilidad.

En definitiva, **la información agregada y concisa sobre los licitadores, los adjudicatarios, los precios de adjudicación, la valoración final de las distintas ofertas (vencedoras o no), las posibles modificaciones sobrevenidas de los contratos o los operadores que subcontratan con los adjudicatarios y el importe de dicha subcontratación, obtenida a lo largo de un período de tiempo suficiente,** puede evidenciar la existencia de una práctica irregular por parte de los operadores, de forma que se obtenga un indicio sólido para poner en alerta a los servicios de investigación de la CNC. Derivado de este efecto, cabría también valorar cierto efecto disuasorio sobre estas conductas que la publicidad de dicha información podría ocasionar.

Adicionalmente, **en la actualidad están en tramitación en la UE dos propuestas de Directivas en materia de contratación pública⁴** que prevén la creación de mecanismos de alerta como los indicados, por lo que resultaría deseable poder avanzar en el establecimiento de este tipo de instrumentos ahora, cuando se va a crear un sistema de transparencia y control como los que se prevén en este APL.

Por otro lado, los procedimientos de licitación son relevantes a efectos de hacer efectivo el principio de transparencia en la labor de las Administraciones Públicas, y además, para controlar que su actividad se lleve a cabo sin que generen perjuicios a la competencia efectiva en los mercados de licitación pública. En paralelo a las licitaciones, la CNC viene detectando la **existencia de prácticas administrativas que, en determinadas ocasiones pueden generar perjuicios innecesarios o desproporcionados a la competencia** en este sector tan amplio. Nos referimos a los **convenios entre la Administración y personas, tanto físicas como jurídicas, de Derecho Público y de Derecho Privado** que, como tales convenios, **no ven su objeto sometido a procedimientos de licitación**. Asimismo, parte de estos convenios se concretan en encomiendas de gestión.

Para poder controlar que estos convenios se llevan a cabo en las condiciones que permite su exclusión del campo de aplicación de la legislación de contratación pública,

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública; y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; ambas propuestas aprobadas por la Comisión en fecha 20.12.2011, y cuya referencia se publicó en el DOUE el 5.4.2012.

el primer paso es conocer su existencia y su contenido. Sin ello, no resulta posible llevar a cabo una labor de control ordenada y sistemática.

Así, y adicionalmente a lo indicado, **se estima necesario incluir en el ámbito de recopilación estadística información de las encomiendas de gestión a medios propios realizadas por los distintos sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del APL.**

El hecho de que, además, en buena parte de los casos la realización de los trabajos sea subcontratada por el medio propio con terceras empresas ajenas al sector público, así como el que el precio que se paga por dichas encomiendas no siempre corresponda al de mercado, son factores que justificarían una mayor transparencia en relación con estas encomiendas.

Con base en todo lo anterior, se propone dar una redacción diferente a los apartados a) y b) del artículo 6 propuesto, que incluya, además, un apartado adicional, especialmente dedicado a estas encomiendas, con la siguiente redacción:

Artículo 6. Información económico-presupuestaria y estadística

“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

a) Los contratos adjudicados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, la identidad del adjudicatario y del resto de licitadores que hayan presentado ofertas, sus respectivas ofertas económicas y las puntuaciones finales obtenidas por todos ellos, así como las modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato, y, en su caso, la identidad de los subcontratistas, el importe y el porcentaje en volumen del contrato subcontratado.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, el plazo de duración, y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas, así como de sus modificaciones y, en su caso, la identidad de quienes lleven a cabo la realización de las prestaciones a que hubiere lugar.

Igualmente, se hará pública la información relativa a las encomiendas de gestión a medios propios o servicios técnicos de la Administración, con indicación del presupuesto, del objeto de la encomienda, de las obligaciones económicas, de la fijación de las mismas con respecto a qué tarifas, y de la realización, en su caso, de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, del procedimiento en virtud del cual se seleccionan y de los importes de adjudicación”.

2. Sobre la información relativa a ayudas públicas en materia de transparencia y control.

También desde la perspectiva de la defensa de la competencia, se hace necesario centralizar, a efectos de transparencia y de control, la información relevante relacionada con las ayudas públicas. En efecto, el artículo 6 del texto propuesto (*información económico-presupuestaria y estadística*) dispone expresamente lo siguiente en esta materia:

“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

- c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios. Se entienden incluidas las subvenciones y ayudas reguladas en la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.”*

La redacción del texto propuesto “entiende incluidas” las subvenciones y ayudas públicas contempladas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS). Esta redacción es confusa y no distingue si el ámbito de la información a publicar es exclusivamente la referida a subvenciones y ayudas recogidas en la LGS o éstas últimas son sólo una sub-categoría de dicho ámbito. **Sería conveniente que se hiciese mención en este apartado no sólo a las subvenciones y ayudas reguladas en la LGS, sino también al resto de ayudas públicas.**

Cabe recordar que la LGS no incluye a todas las ayudas públicas que presentarían afectación a la competencia (por ejemplo, la LGS no otorga carácter de subvención a los beneficios fiscales ni a las entregas dinerarias realizadas por las ayudas otorgadas por entidades públicas que se rijan por el Derecho privado) y sin embargo, tanto desde el punto de vista del Derecho comunitario (art. 107.1 TFUE) como del Derecho nacional de la competencia (art. 11 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia) estos tipos de ayudas son susceptibles de producir dicha afectación y por ello deben o pueden, según los casos, ser sometidas a un procedimiento de evaluación que determine la existencia de ventajas e inconvenientes en su concesión.

De esta forma, para que la información facilitada fuera realmente útil y transmitiera una imagen fiel del volumen de actos de gestión administrativa de repercusión económica o presupuestaria, se considera que dentro de las ayudas públicas deberían incluirse tanto las ayudas de Estado (notificadas a la Comisión Europea en virtud del art. 108.3 TFUE) como las denominadas ayudas exentas de notificación previa (reguladas por diversos Reglamentos comunitarios, el más importante el Reglamento CE 800/2008 de 6 de agosto de 2008) y las ayudas *de minimis* (reguladas también por diversos Reglamentos comunitarios, los más importantes el Reglamento CE 1998/2006 de 15 de diciembre de 2006 y el reciente Reglamento CE 360/2012 de 25 de abril de 2012).

Si en relación con los dos primeros grupos de ayudas (ayudas de Estado y ayudas exentas) existe información estadística elaborada anualmente como consecuencia de las obligaciones del Reino de España de envío de información a las autoridades comunitarias (en base al art. 21 del Reglamento CE 659/99 de 22 de marzo de 1999), respecto a las ayudas *de minimis* no existe información estadística, lo cual aumenta la pertinencia de contar con un mayor conocimiento acerca del volumen relativo a las mismas.

En principio, la identificación de las ayudas como ayudas *de minimis* debe realizarse por la propia entidad concedente, al identificarlas como tales en los instrumentos normativos por los que se aprueban éstas. Así, según dispone el art. 3.1 del Reglamento CE 1998/2006, cuando el Reino de España proponga conceder una ayuda *de minimis* a una empresa, deberá hacer referencia expresa del Reglamento comunitario que la regula, citando su título y la referencia de su publicación en el DOUE.

Sin duda alguna, la mejor forma de garantizar que se están respetando los límites que establecen los umbrales para su calificación como tal ayuda *de minimis* (responsabilidad que debe asumir el Reino de España) es **su tratamiento estadístico centralizado, que podría facilitarse estableciendo, bien en esta Ley o bien en su desarrollo reglamentario, los mecanismos para que las entidades que adoptasen este tipo de ayudas comunicasen la información que ya requiere el apartado c) del Artículo 6 al órgano encargado de gestionar el Portal de la Transparencia que establece el Artículo 7.**

Por otro lado, a este respecto, merece destacarse que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ya ha puesto en marcha bases de datos de ayudas de esta naturaleza en las materias objeto de competencias de dicho Departamento ministerial (agrícola, ganadero y pesquero), por lo que puede tomarse como referencia esta acertada iniciativa como punto de partida para su extensión a otras entidades.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, **se propone la siguiente redacción del art. 6:**

“Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

- c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios. Se entienden incluidas tanto las subvenciones y ayudas reguladas en la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones como las ayudas definidas por la normativa comunitaria de competencia como ayudas de Estado, ayudas exentas y ayudas de minimis.”*

3. Sobre la creación de una base de datos para poder hacer efectivos los mecanismos de alerta a efectos de control.

Abundando en todo lo argumentado anteriormente, sería deseable que **toda la información que sirviese de soporte a la base de datos** a que pudiesen acceder los ciudadanos interesados con las limitaciones indicadas en el APL, **fuese accesible, particular e íntegramente, a los órganos y entidades del sector público que ejercen legalmente funciones de control** sobre las actividades a las que los datos se refieren, entre las que se encontraría la CNC.

Para ello, se propone **clarificar la redacción, y explicitar con mayor concreción su capacidad de generar obligaciones para los órganos, organismos y entidades correspondientes**, a efectos de que se produzca una verdadera labor exhaustiva de recogida y, en su caso, publicación de la información relevante.

Así, se recomienda dar una **redacción como la que se propone a continuación:**

Artículo 7. Portal de la Transparencia

- 1. La Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia que permita el acceso de los ciudadanos a toda la información a la que se refieren los artículos anteriores.*
- 2. La información que sirva de base a este portal, debidamente ordenada y sistematizada, será íntegramente accesible, en particular, a los órganos, organismos o entidades del sector público que tengan legalmente atribuidas funciones o competencias de estudio, vigilancia, inspección, control y/o sanción sobre las materias a las que la mencionada información se refiere o bien sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. A estos efectos, especialmente en relación con los datos a los que se refiere el artículo 6, las distintas Administraciones Públicas se coordinarán para que los referidos datos*

- figuren de manera completa, sistemática y centralizada en un Portal Único de la Transparencia.
3. El Portal de la Transparencia incluirá la referida información en los términos en los que se establezca reglamentariamente, y mantendrá accesible al público en general la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia.
 4. La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local podrán adoptar otras medidas complementarias para el cumplimiento de las obligaciones de transparencia recogidas en este capítulo.

Por otro lado, en relación con el artículo 10 (Límites al derecho de acceso), la actual redacción del precepto señala lo siguiente:

“El derecho de acceso podrá ser restringido cuando la divulgación de la información suponga un perjuicio para:

- *La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.*
- *Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.*
- *Los intereses económicos y comerciales.*
- *La política económica y monetaria.*
- *El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.*
- *La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.*
- *La protección del medio ambiente.*

La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección perseguida”.

Cabe recordar a este respecto que si bien el art. 37 de la Ley 30/1992 señala que el derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a ciertos expedientes, entre los que se encuentran los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria, la redacción realizada en el art. 10 del APL parece ir más lejos.

En todo caso, la tipificación del art. 10 **se considera proporcionada.**