



INFORME PROYECTOS NORMATIVOS IPN 2/2013 – ANTEPROYECTO DE LEY DE RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO

Pleno:

D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente
D. Fernando Cachafeiro García, vocal

En Santiago de Compostela, a 17 de julio de 2013.

Vista la solicitud de informe del Anteproyecto de Ley de racionalización del sector público autonómico, remitido por la Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio de la Consellería de Facenda, de la Xunta de Galicia, del 12 de julio de 2013, el Pleno del Consello Galego da Competencia, con la composición expresada en la cabecera de este informe y siendo relator D. Francisco Hernández Rodríguez, presidente, acordó emitir el presente Informe, según lo dispuesto en los artículos. 7.1 a) y c) de la Ley 1/2011, del 28 de febrero, reguladora del Consello Galego da Competencia (LRCGC).

I. ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio del 2013, la Secretaría Xeral Técnica e do Patrimonio da Consellería de Facenda, de la Xunta de Galicia, remitió al Consello Galego da Competencia copia del Anteproyecto de Ley de racionalización del sector público autonómico, para que emita el Informe previsto con carácter preceptivo en el art. 7 a) y c) de la LCGC.

El art. 7 de la LCGC regula las funciones consultivas de este organismo. En su letra a) el mencionado artículo dispone que el Consello Galego da Competencia (CGC) dictaminará de modo preceptivo, no vinculante, sobre “los anteproyectos de ley por los que se modifique o derogue, total o parcialmente, este texto legal (la LCGC)”. En cumplimiento de dicha disposición, la primera parte del presente informe alude a las disposiciones del Anteproyecto de Ley de racionalización del sector público autonómico (Anteproyecto) que afectan directamente a la Ley reguladora de nuestro organismo.

Por otro lado, la letra c) del art. 7 de la LCGC prevé que el Consello Galego da Competencia emitirá igualmente informe, preceptivo y no vinculante, “sobre los anteproyectos de ley y proyectos de otras disposiciones autonómicas de carácter general que puedan tener algún efecto sobre la competencia efectiva en los mercados”. En virtud de dicha norma, la segunda parte de este informe se dedica al impacto que puede tener el Anteproyecto sobre la competencia efectiva en los mercados.



II. EL INSTITUTO GALEGO DE CONSUMO E DA COMPETENCIA

1. Planteamiento

El capítulo II del Título V del Anteproyecto de Ley contempla la creación del Instituto Galego de Consumo e da Competencia integrará a los actuales Consello Galego da Competencia e Instituto Galego de Consumo.

El Consello Galego da Competencia considera que la fusión de este organismo con el Instituto Galego de Consumo (IGC), siguiendo la línea de los países más avanzados de nuestro entorno, tiene sentido por diversas razones:

a) IGC y CGC comparten el mismo fin, la defensa de los intereses de los consumidores. El IGC se encarga de las conductas de los empresarios en sus relaciones con los consumidores, mientras que el CGC vigila las conductas entre empresarios o de éstos con los consumidores, que alteran la competencia en el mercado, perjudicando a los consumidores en términos de precios más altos, peores productos o menos innovación.

b) IGC y CGC comparten esfuerzos en materia de detección, investigación y –en su caso– sanción de conductas empresariales contrarias a los intereses de los consumidores. La fusión produciría indudables sinergias al evitar duplicidades en sus actuaciones.

c) La normativa vigente tiende hacia una convergencia: consumo y competencia ya no son comportamientos estancos sino que hoy se regulan de manera unitaria. Por ejemplo, la Directiva sobre prácticas comerciales desleales con consumidores, ha sido incorporada por nuestro legislador en la Ley de competencia desleal y no en la Ley de defensa consumidores y usuarios. Así pues, tiene sentido un organismo que pueda aplicar ampliamente la legislación en la materia.

d) La fusión tiene sentido desde un punto de vista presupuestario. Se eliminarían dos organismos autónomos y se sustituiría por uno nuevo con un tamaño más reducido.

2. El Instituto Galego de Consumo e da Competencia y la Comisión Galega de Defensa da Competencia

El capítulo II del Título V del Anteproyecto de Ley prevé que el futuro Instituto Galego de Consumo e da Competencia disponga de un organismo colegiado permanente, de naturaleza independiente, con competencias para aplicar la Ley 15/2007 de defensa de la Competencia (LDC), al que se denomina Comisión Galega de Defensa da Competencia.

El Consello Galego da Competencia entiende que esta estructura es necesaria toda vez que, como indicamos en el apartado siguiente, el organismo que se



encargue de aplicar la Ley de defensa de la competencia ha de ser necesariamente independiente, mientras que dicha naturaleza no es preceptiva cuando se trata de aplicar el resto de la normativa relevante a estos efectos.

Por este motivo, entendemos que sería conveniente que el Anteproyecto aclarase que la Comisión Galega de Defensa da Competencia tendrá como función aplicar la Ley de defensa de la competencia en nuestra Comunidad Autónoma, pues de lo contrario se corre el riesgo de que no queden ni siquiera esbozadas las diferencias y la razón de ser del futuro Instituto y Comisión.

Se recomienda incluir en el texto del Anteproyecto que la Comisión Galega de Defensa da Competencia tendrá como función aplicar la Ley de defensa de la competencia.

3. Independencia

El organismo autonómico con competencias para aplicar la Ley de defensa de la competencia ha de ser, por imperativo legal, independiente.

El tenor literal del Anteproyecto de Ley recoge esta exigencia legal al indicar, en el párrafo 1º del artículo 1, que la futura Comisión Galega de Defensa da Competencia, como organismo encuadrado en el Instituto Galego de Consumo e Competencia, se configurará como “órgano colegiado independiente”.

El Decreto del Consello de la Xunta que desarrolle dicho precepto legal deberá, en consecuencia, incluir las cláusulas habituales para garantizar la independencia del organismo, entre las que cabe invocar las que actualmente preservan la independencia funcional del Consello Galego da Competencia, a saber: a) nombramiento y mandato, b) causas de cese; c) incompatibilidades; y d) control parlamentario.

Se recomienda mantener en el texto del Anteproyecto la naturaleza “independiente” de la futura Comisión encargada de aplicar la Ley de defensa de la competencia.

4. Funciones sancionadoras

La futura Comisión Galega de Defensa da Competencia ha de ser competente para realizar las funciones propias de una autoridad de competencia y que se plasman, de un lado, en la investigación y sanción de las conductas prohibidas por la legislación de competencia (funciones ejecutivas) y, de otro, en la promoción de la competencia (funciones consultivas).

No existe ninguna autoridad de competencia en nuestro entorno que realice únicamente funciones consultivas. La limitación de las funciones de la futura Comisión Galega de Defensa da Competencia a la esfera de la emisión de



informes supondría una gravísima mutilación del organismo, que se vería privado de sus armas más efectivas para garantizar la competencia en los mercados.

Con estos antecedentes, sorprende que el párrafo 1º del artículo 41 del Anteproyecto, después de afirmar que por decreto se detallarán las funciones específicas que desempeñará la futura Comisión Galega de Defensa da Competencia, indica que dicho organismo se configura como órgano “de carácter ... consultivo”. A nuestro modo de ver, la anterior afirmación resulta desafortunada por cuanto parece dar a entender que la Comisión Galega de Defensa da Competencia tiene naturaleza meramente consultiva y no puede -por lo tanto- aplicar los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de defensa de la competencia, como viene haciendo hasta la fecha el Consello Galego da Competencia.

Además, el actual tenor del art. 41.2 del Anteproyecto resulta incompatible con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 40 del texto que venimos comentando en el que se indica que el Instituto Galego de Consumo e Competencia tiene como fines generales y objetivos básicos “la garantía, promoción y preservación de una competencia efectiva de los mercados en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia”. Pues bien, sin competencias sancionadoras es imposible garantizar la competencia en los mercados, en beneficio de los consumidores, como indican la OCDE y los organismos internacionales y lo acredita la ausencia de autoridades de competencia meramente consultivas en los países desarrollados.

Se recomienda suprimir en el texto del Anteproyecto la mención a la naturaleza “consultiva” de la futura Comisión Galega de Defensa da Competencia.

5. Sinergias

La futura Comisión Galega de Defensa da Competencia ha de ser un órgano no sólo independiente, sino también competente, integrado por profesionales con amplia experiencia en la materia.

A tenor de la composición de la Comisión Galega de Defensa da Competencia, formado por profesionales con amplios conocimientos técnicos, entendemos que en el decreto se le pueden asignar no sólo competencia en aquellas materias que necesariamente tiene que resolver dada su naturaleza independiente (es decir, los expedientes que resultan de la aplicación de la Ley de defensa de la competencia), sino también otras conexas derivadas de la Ley de competencia desleal.

En efecto, la proyectada Comisión aplicará los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de defensa de la competencia, tal y como establece la Ley 1/2002 de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, en aplicación de la ya mencionada doctrina del Tribunal Constitucional. Pero también podría ser competente para aplicar los artículos 4, 5, 7 y 8 y el capítulo III de la Ley de competencia desleal (artículos. 19



al 31) que regulan las denominadas “prácticas comerciales desleales con los consumidores” (vid. art. 19 LCD) para cuya represión son competentes las autoridades de consumo.

Aunque el Anteproyecto de Ley deja a un ulterior desarrollo reglamentario la concreción de las funciones concretas de la futura Comisión, las anteriores consideraciones nos llevar a recomendar un cambio en la denominación de la futura Comisión Galega de Defensa da Competencia para aludir más genéricamente al término “competencia”, que incluya las dos disciplinas jurídicas de la “defensa de la competencia” y la “competencia desleal”.

Se propone la denominación “Comisión Galega da Competencia”.

En virtud de todo lo anterior,

Se propone la siguiente redacción del párrafo 1º del art. 41 del Anteproyecto de Ley:

“1. Mediante decreto del Consello da Xunta de Galicia se procederá a su creación, así como la aprobación de los estatutos que detallen las funciones específicas que desarrollará, en los cuales se establecerá, expresamente, la configuración de la Comisión Galega da Competencia como órgano colegiado independiente, de carácter permanente, con competencia para aplicar la Ley 15/2007 de defensa de la competencia en Galicia, según los criterios establecidos por la Ley 1/2002 de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia”.

III. EFECTOS DEL ANTEPROYECTO SOBRE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

1. Consideraciones generales

El Anteproyecto de Ley contiene una amplia batería de instrumentos dirigidos a optimizar los recursos públicos y la eficacia en la gestión de la Administración pública autonómica.

El Consello Galego da Competencia comparte los dos principios básicos que guían el Anteproyecto de Ley objeto del presente informe: la racionalización, simplificación y reducción de estructuras administrativas, desde el reconocimiento de los títulos competenciales de la Constitución Española y del Estatuto de Autonomía.

En primer lugar, entendemos que la Administración pública debe hacer un esfuerzo de racionalización, que le permita prestar servicios de calidad a un menor coste, simplificando estructuras administrativas y evitando duplicidades.



Asimismo, este esfuerzo racionalizador debe efectuarse con el máximo respeto al marco competencial previsto en la Constitución Española y en el Estatuto de Autonomía de Galicia. Recuérdese, en este sentido, que la Constitución Española asigna en exclusiva a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de consumo y mercado interior son competencia de Galicia y que el Tribunal Constitucional ha consagrado la competencia ejecutiva de las comunidades autónomas para aplicar la Ley de defensa de la competencia (STC nº 208/1999, 11 de noviembre de 1999).

2. Fomento de la competencia en la contratación pública (Título II)

2.1. Iniciativa legislativa

El Título II del Anteproyecto prevé una serie de medidas de racionalización y reducción de costes en las licitaciones públicas autonómicas. El Consello Galego da Competencia es un firme partidario de las iniciativas públicas destinadas a mejorar la eficiencia, ya sea en el sector privado, o en el propio ámbito de la Administración.

Acogemos con especial interés las medidas dirigidas a garantizar el principio de concurrencia en la administración pública, entre las que destacan la necesidad de solicitar varias ofertas también nos contratos menores por encima de una determinada cuantía. La posibilidad de optar entre varias ofertas permitirá que la Administración se beneficie de la competencia entre los oferentes, en precios y tras condiciones.

En la misma línea, el reforzamiento de las normas de transparencia en la contratación incentivará la participación de potenciales licitadores en la contratación, repitiéndose la ecuación “más competencia, mejores precios” para la Administración.

2.2. El papel del Consello Galego da Competencia: prevención del fraude en la contratación pública

El Consello Galego da Competencia quiere dejar constancia del esfuerzo que viene realizando hasta la fecha para proteger la competencia en el ámbito de la contratación pública. Como acabamos de indicar, es conveniente que las administraciones públicas –al igual que los operadores privados- recurran a un proceso de licitación pública para obtener una mejor relación calidad-precio en los bienes o servicios que contratan. La competencia garantiza precios bajos y/o mejores bienes y servicio, permitiendo que recursos públicos queden liberados para su uso en otros bienes y servicios.

Ahora bien, el proceso competitivo sólo permite alcanzar mejores precios y productos cuando las empresas compiten realmente, es decir, establecen sus términos y condiciones honestamente y de forma independiente. Por el contrario, si las empresas que concurren a la licitación pública conspiran en secreto para



subir los precios o reducir la calidad de los productos o servicios para los compradores que desean adquirir productos o servicios a través de un proceso de licitación, la licitación pública queda desvirtuada, produciéndose el fenómeno que se conoce como “bid rigging”.

Pues bien, el bid rigging u ofertas colusorias constituye una conducta que está prohibida por la Ley de defensa de la competencia. Las autoridades de defensa de la competencia estamos plenamente comprometidas en la lucha contra esta práctica que detraen recursos de la Administración y de los contribuyentes, disminuyen la confianza del público en el proceso competitivo, y socavan los beneficios de un mercado competitivo. Por lo que respecta a la Administración general del Estado, la Comisión Nacional de la Competencia ha impuesto severas sanciones a los licitadores en la contratación de obras relacionadas con el mantenimiento de carreteras (Resolución de 19 de octubre de 2011, Expte. S/0226/10–Licitaciones de carreteras y de 26 de Octubre de 2011 (Expte. S/0192/09–Asfaltos).

En el ámbito autonómico, la Autoridad Vasca de la Competencia acaba de sancionar una oferta colusoria en una reciente resolución de 21 de mayo de 2013 (Expte. 05/2012, Concurso Pinosolo).

En lo que atañe al Consello Galego da Competencia, aunque no puede descartarse la apertura de un expediente sancionador en el futuro, nuestra actividad principal en este ámbito ha estado relacionada con la prevención. Así, por un lado, en los últimos meses se han venido manteniendo reuniones con vicesecretarios, subdirectores generales y jefes de servicio con competencia en materia de contratación pública, de todas las consellerías y del SERGAS, con el fin de ayudarles a prevenir la concertación de aprobar pautas de actuación comunes para prevenir la concertación de ofertas en las licitaciones públicas. Por otro lado, en fechas próximas esperamos firmar un convenio con el Fiscal Jefe de Galicia para colaborar en la prevención del fraude en la contratación pública.

2.3. Obligación de notificar indicios de infracciones a la Ley de defensa de la competencia en el proceso de contratación

La legislación estatal encomienda la lucha contra las prácticas anticompetitivas en el ámbito de la contratación pública a las autoridades de defensa de la competencia. Al nivel estatal dicha función aparece expresamente establecida en la Disposición Adicional Vigésima Tercera del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público ("Prácticas contrarias á libre competencia"). Conforme a la misma:

“Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recursos especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la



competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

La Disposición Final 2ª, apartado 3º del propio Texto Refundido señala expresamente que la Disposición Adicional 23ª no tiene carácter básico. En consecuencia, solamente resulta vinculante para el sector público estatal, no así para el autonómico.

Por lo tanto, entendemos que para que la defensa de la competencia en la contratación pública sea operativa en Galicia, es imprescindible que se recoja en la futura Ley de racionalización del sector público autonómico un precepto con idéntico o similar estilo.

En virtud de lo anterior,

Se propone que se añada un nuevo párrafo al artículo 22 del Anteproyecto, con el siguiente tenor literal:

"Os órganos de contratación, la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia y los órganos competentes para resolver el recurso especial referido artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de contratos do sector público notificarán a la Comisión Galega de Defensa da Competencia cualquier hecho de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia no proceso de contratación".

3. Mejora de la calidad normativa (Título III)

El Consello Galego da Competencia se felicita por el camino emprendido por la Xunta de Galicia con el objetivo de potenciar la racionalización, simplificación y mejora de la calidad normativa, en la línea más avanzada que se conoce como Better Regulation.

Sobre el particular, el artículo 5 de la Ley de economía sostenible impone a las administraciones públicas el deber de impulsar instrumentos de análisis previo de sus iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que éstas produzcan. En consonancia con lo anterior, el Anteproyecto de Ley objeto del presente informe dispone que el Consello da Xunta de Galicia deberá aprobar “unas directrices de técnica normativa” (art. 37 b).

En la Unión Europea, el Impact Assessment Board dependiente de la Presidencia de la Comisión, ha publicado unas Directrices para evaluar el impacto de las



iniciativas normativas (2009). Siguiendo estas pautas, en el ámbito de la Administración general del Estado, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria de análisis de impacto normativo, precisa el contenido de los estudios sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, dedicando especial atención a la valoración del impacto económico de las propuestas, entendido como “un concepto más amplio que la estimación del coste presupuestario y haciendo hincapié en el impacto sobre la competencia” (Exp. Mot. Ley).

Consiguientemente, las directrices que en el futuro apruebe el Consello da Xunta deberán incluir también una mención a la necesidad de examinar el impacto de las normas sobre la competencia en el mercado. A la hora de realizar este análisis, puede servir de orientación Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos (2009) publicada por la Comisión Nacional de la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de la competencia que actualmente tiene reconocida la autoridad de competencia para emitir informes, preceptivos no vinculantes, respecto de las disposiciones autonómicas de carácter general susceptibles de afectar la competencia en los mercados, que hoy recoge el ya mencionado art. 7 c) de la LCGC.

En virtud de lo anterior,

Se propone la siguiente redacción del párrafo 1º del art. 37 del Anteproyecto de Ley:

“1. En todas las iniciativas normativas se justificará su adecuación a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia y se valorará su incidencia sobre el funcionamiento competitivo de los mercados”.



IV. CONCLUSIONES

El Consello Galego da Competencia valora positivamente los siguientes aspectos del Anteproyecto: a) promoción de la competencia en la contratación, b) la mejora normativa, y c) la fusión del Instituto Galego de Consumo y del Consello Galego da Competencia.

Con todo, es preciso garantizar la independencia del futuro organismo que aplique la Ley de defensa de la competencia en nuestra Comunidad. Asimismo, ha de tratarse de un organismo eficiente, con recursos efectivos para defender la competencia, la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores. Por ello, no puede ser un organismo meramente consultivo, sino también ejecutivo.

Finalmente, creemos que ha de tener amplias funciones, en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal. De ahí que resulte más adecuada la denominación "Comisión Galega da Competencia".

Las anteriores consideraciones del Consello Galego da Competencia se plasman en tres recomendaciones concretas:

I. Se propone la siguiente redacción del párrafo 1º del art. 41 del Anteproyecto de Ley:

"1. Mediante decreto del Consello da Xunta de Galicia se procederá a su creación, así como la aprobación de los estatutos que detallen las funciones específicas que desarrollará, en los cuales se establecerá, expresamente, la configuración de la Comisión Galega da Competencia como órgano colegiado independiente, de carácter permanente, con competencia para aplicar la Ley 15/2007 de defensa de la competencia en Galicia, según los criterios establecidos por la Ley 1/2002 de coordinación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia".

II. Se propone que se añada un nuevo párrafo al artículo 22 del Anteproyecto, con el siguiente tenor literal:

"Os órganos de contratación, la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia y los órganos competentes para resolver el recurso especial referido artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de contratos do sector público notificarán a la Comisión Galega de Defensa da Competencia cualquier hecho de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia no proceso de contratación".



III. Se propone la siguiente redacción del párrafo 1º del art. 37 del Anteproyecto de Ley:

“1. En todas las iniciativas normativas se justificará su adecuación a los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia y se valorará su incidencia sobre el funcionamiento competitivo de los mercados”.