



Expedient núm. 226/2020
Informe núm. 10/2020

CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN DE LA COMUNITAT VALENCIANA

COMISSIÓ EXECUTIVA

President:

Sr. Ricardo García Macho

Vocals:

Sra. Emilia Bolinches Ribera

Sr. Lorenzo Cotino Hueso

Sr. Carlos Flores Juberías

Sra. Sofía García Solís

València, 22 de desembre de 2020

ASSUMPTE: informe sobre consulta de la Direcció General de Transparència, Atenció a la Ciutadania i Bon Govern relativa a l'obligació de subministrament d'informació pels adjudicataris de contractes públics.

En resposta a la consulta formulada per la Direcció General de Transparència, Atenció a la Ciutadania i Bon Govern, mitjançant l'escrit presentat el 20 de novembre de 2020 per Registre Departamental davant el Consell de Transparència, Accés a la Informació Pública i Bon Govern, la comissió executiva d'aquest consell emet el següent **INFORME**:

ANTECEDENTS

El dia 20 de novembre de 2020, la Direcció General de Transparència, Atenció a la Ciutadania i Bon Govern va presentar una sol·licitud d'informe al Consell de Transparència, Accés a la Informació i Bon Govern de la Comunitat Valenciana (en endavant, CTCV) en relació amb una qüestió sobre l'aplicació de la legislació sobre transparència a tots els adjudicataris de contractes públics en el qual es feia constar el següent:

“La Direcció General de Transparència, Atenció a la Ciutadania i Bon Govern, en virtut de les seues competències, ha elaborat i distribuït en l'àmbit de la Generalitat una guia sobre les obligacions de transparència de les entitats privades i la inclusió de clàusules de transparència en les subvencions i la contractació pública (la qual s'hi adjunta). Aquesta guia és un recurs de suport per a facilitar l'aplicació de la llei, dirigit a aclarir possibles dubtes sobre quines entitats estan obligades, quines són les seues obligacions i en quins termes. Així mateix, és una guia de suport als òrgans administratius gestors de contractes públics i subvencions, ja que també s'inclouen possibles exemples de clàusules de transparència per a la inclusió en bases i convocatòries de subvencions i en plecs de contractes públics. Aquestes clàusules van dirigides a garantir el coneixement i el compliment de les obligacions de transparència per part d'aquelles entitats que, per la seua condició de perceptors de fons públics o per a realitzar funcions públiques, estan degudament obligats en un reforçament de la transparència en la seua activitat.

Després de la seua difusió, ha sorgit un dubte en relació amb l'obligació de subministrament d'informació que tenen tots els adjudicataris de contractes públics, i que està previst en la normativa vigent en matèria de transparència, article 4 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, l'article 3.5 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, de transparència, bon govern i participació ciutadana de la Comunitat Valenciana, i l'article 5.2 del Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desenvolupament de la llei.

Article 3.5 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril: les persones físiques i jurídiques (diferents dels anteriors casos) que presten serveis públics o exercisquen funcions delegades de control o un altre tipus de funcions administratives estan obligades a subministrar a l'Administració, organisme o entitat pública valenciana a la qual estan vinculades, amb requeriment previ, tota la informació necessària perquè aquests compleixen les seues obligacions de transparència. Aquesta obligació s'estén també als adjudicataris de contractes públics?

Apartat 2, de l'article 5, del Decret 105/2017, de 28 de juliol:

A aquest efecte, tots els contractes que es formalitzen a l'empara de la legislació vigent en matèria de contractes del sector públic hauran d'incloure expressament aquesta obligació i preveure els mitjans pels quals les persones adjudicatàries subministraran la informació inclosa en l'apartat 1.a de l'article 9 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, i els mecanismes de control i seguiment del compliment d'aquesta obligació.

Per tot el que s'ha exposat anteriorment,

SOL·LICITEM

Que s'emeta informe respecte a les qüestions següents:

PRIMER. Tots els adjudicataris de contractes públics tenen l'obligació de subministrament d'informació? o, al contrari, cal interpretar l'article 4 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre i l'article 3.5 de la Llei 2/2015, de 2 d'abril, de manera restrictiva i entendre que únicament aquells contractistes que presten serveis públics o exercisquen funcions delegades de control o un altre tipus de funcions administratives tenen l'obligació de subministrament d'informació?

SEGON. S'hauria d'incloure aquesta obligació en els plecs dels contractes?"

La consulta planteja que una vegada publicada la guia sobre les obligacions de transparència de les entitats privades i les clàusules de transparència en subvencions i contractes han sorgit dubtes respecte de l'apartat 3 d'aquesta guia, que fa referència a entitats o persones obligades per contractes públics o concerts, incloent-hi, en l'apartat 2, com a persones obligades al subministrament d'informació, no sols a aquelles persones físiques o jurídiques que presten serveis públics o exercisquen funcions delegades de control o un altre tipus de funcions administratives, tal com s'estableix en l'article 3.5 de la Llei 2/2015, sinó que aquesta obligació s'ha fet extensiva a totes les persones adjudicatàries de contractes del sector públic, i és precisament en aquest apartat en el qual sorgeixen els dubtes interpretatius.

En concret, se sol·licita informe respecte de les qüestions següents:

Primer. Si tots els adjudicataris de contractes públics tenen l'obligació de subministrament d'informació o per contra cal interpretar l'article 4 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre i l'article 3.5 de la Llei 2/2015 de manera restrictiva, de manera que únicament aquells contractistes que presten serveis públics o exercisquen funcions delegades de control o un altre tipus de funcions administratives tenen l'obligació de subministrament d'informació.

Segon. Si s'hauria d'incloure aquesta obligació en els plecs dels contractes.

A la vista d'aquests antecedents i basant-nos en la competència atribuïda en l'article 42.d de la Llei 2/2015 i en l'article 82.e del Decret 105/2017, de 28 de juliol, del Consell, de desenvolupament de la Llei 2/2015, aquest consell dona resposta a la consulta plantejada segons la argumentació següent:

FONAMENTACIÓ JURÍDICA

PRIMER. Cal analitzar en primer lloc els apartats 4 i 5 de l'article 3 de la Llei 2/2015, la qual estableix la subjecció dels subjectes privats a les obligacions de transparència establides en la legislació bàsica, en funció del tipus d'activitat que desenvolupen, i es distingeixen les següents:

4. “les entitats privades o persones jurídiques **que presten serveis públics**. Aquestes obligacions s'inclouran en les normes reguladores dels concerts i altres maneres de participació o gestió en els seus plecs o documents contractuals anàlegs que corresponguen.”

5. “les persones físiques o jurídiques, diferents de les esmentades en els articles anteriors, **que presten serveis públics o exercisquen funcions delegades de control, o un altre tipus de funcions administratives, estaran obligades a subministrar a l'Administració**, organisme o entitat dels previstos en l'article 2.1 al qual estan vinculades, amb requeriment previ, tota la informació necessària per al compliment per aquells de les obligacions previstes en la llei.”

Així, podem entendre que, en la mesura en què un subjecte privat, a través d'un contracte amb l'Administració pública, realitza una activitat que porta implícit l'exercici de poders normalment reservats a l'Administració pública, és el que motiva aqueix deure de sotmetiment a controls similars als de l'Administració.

Per tant, d'aquest text es desprén que aquestes obligacions només són aplicables als subjectes privats que exercisquen funcions administratives que hagen sigut atorgades per les entitats obligades de l'article 2 de la Llei 2/2015.

Vist això i en vista de l'anàlisi realitzada dels preceptes aplicables no podem considerar subjecte obligat tots els adjudicataris de contractes del sector públic, sinó exclusivament aquells que estableix la Llei 2/2015 en l'article 3.

SEGON. Quant a l'article 5 del Decret, el títol d'aquest ja determina a qui va dirigit “Aplicació **als subjectes obligats al subministrament d'informació**”, que són els esmentats per la llei, i en aquesta en cap cas s'esmenten tots els adjudicataris de contractes com a subjectes obligats, sinó que en l'article 5.1 limita l'àmbit subjectiu d'aplicació de l'obligació a “les persones físiques i jurídiques a les quals fa referència l'apartat 5 de l'article 3 de la Llei 2/2015.”

Ara bé, el Decret sí que ha **concretat**, d'una banda els terminis i la forma en què ha de ser complida aquesta obligació de subministrament d'informació (ja que l'apartat 5 de l'article 3 de la llei només feia referència a la necessitat de requeriment, però no havia establert ni termini, ni obligació d'inclusió d'aquesta obligació en els plecs o documents contractuals), i estableix a aquest efecte un termini de 15 dies i la necessitat de requeriment a aquest efecte de l'organisme o entitat a la qual estan vinculats. I, d'altra banda, ha volgut el legislador, tal com s'esmenta en l'apartat 2, “a aquests efectes” garantir el compliment d'aquesta obligació incloent-la expressament en **tots els contractes** que se subscriuen **amb aquests adjudicataris**.

Vist el que s'ha exposat anteriorment, hem de determinar que no es desprén que l'obligació de subministrament d'obligació limitada per la llei als subjectes obligats de l'article 3.5 de la Llei 2/2015 haja sigut estesa a tots els adjudicataris de contractes del sector públic, tal com ha interpretat la Direcció General de Transparència, Atenció a la Ciutadania i Bon Govern, independentment de l'objecte o tipologia del contracte, sinó que, a la vista del que es disposa, l'objecte del contracte haurà d'enquadrar-se dins del tipus normatiu de l'apartat 3.4 i 3.5 de la Llei 2/2015. Recalquem, per tant, la necessitat que aquests subjectes privats obligats, ho són en funció de la tipologia del contracte, i es limita o es restringeix aquesta obligació a aquells contractes l'objecte dels quals pugui enquadrar-se en la prestació d'un servei públic o quan com a conseqüència d'aquest s'exercisquen funcions delegades de control o un altre tipus de funcions administratives.

Sembla lògic que en aquests casos els nivells d'exigència respecte de les obligacions de transparència dels subjectes privats siguin clarament més elevats perquè es tracta de serveis essencials per a l'interès general que són prestats per entitats privades i que en molts casos són finançats pels poders públics, bé de manera directa a càrrec dels pressupostos públics o bé de manera indirecta per mitjà de drets especials.

Cal esmentar l'informe **núm. 7/2019, expedient núm. 72/2018**, emès per aquest CTCV, respecte de les obligacions de transparència de l'empresa concessionària AVANQUA, segons el qual : “l'Administració a la qual està vinculada l'adjudicatària pugui requerir informació a la concessionària, en aquest cas no en

exercici d'un dret d'accés, sinó en l'exercici propi de les potestats que l'assisteixen en el marc d'una relació contractual". D'aquesta manera, la capacitat de requerir informació per part de l'Administració estaria emmarcada dins de les estipulacions que es proveeixen en el contracte subscrit.

D'aquesta manera, queda evidenciat que la protecció dels operadors privats que actuen en el mercat de la contractació pública ha de garantir-se. La normativa de transparència ha d'interpretar-se, per tant, en el sentit del clar respecte als interessos públics, però en equilibri també amb altres drets dignes de protecció. Així doncs, d'una banda s'ha de facilitar que es pugui portar a terme una labor d'intervenció i control de les actuacions públiques per part dels particulars que ho consideren oportú, és per això, que ni tan sols s'exigeix unes motivacions de les sol·licituds de dret d'accés a la informació; però també és cert que no poden conculcar-se amb això els interessos particulars dels operadors privats, que també mantenen drets com a operadors privats, ja que entendre la normativa de transparència d'una altra manera desincentivaria la participació de les empreses privades en els procediments de contractació pública. Pel fet de participar en processos de concurrència pública i complir tots els controls de legalitat que estableix la normativa específica del procediment, no pot col·locar-se *per se* a aquestes empreses en la seua posició comercial a llarg termini, ja que la seua vinculació amb l'Administració pública és eventual, però el seu posicionament en un sector competitiu és una qüestió a llarg termini i que pot afectar la seua trajectòria comercial, si totes les seues actuacions –sense subjecció a límits– són objecte d'escrutini basant-se en la normativa de transparència.

La normativa de transparència valenciana, en concret l'exposició de motius de la Llei 2/2015, assenyalava en l'apartat IV aquest joc d'equilibris entre els interessos públics i privats, en els termes següents: “El dret de lliure accés a la informació pública té una configuració diferent perquè es tracta d'accedir no a la informació que l'Administració ha fet pública per ella mateixa o té el deure de fer-ho, sinó a qualsevol altra, sempre que aquest accés no estiga limitat; per la qual cosa es regulen amb detall aquests casos. De vegades serà necessari realitzar un exercici de ponderació dels interessos en joc i justificar l'interés superior en la publicitat de la informació. De vegades només serà possible l'accés parcial a la informació i, en uns altres casos, la protecció de les dades personals hi impedirà l'accés; per això es regulen amb detall totes aquestes qüestions, tenint en compte la ponderació dels altres drets que hi poden concórrer”.

Respecte del segon dels punts que mereixen una consideració està el fet que al cas concret és aplicable la recent llei de secrets empresarials, Llei 12/2019, de 20 de febrer de 2019. En l'exposició de motius es recull la motivació de la norma, que no és una altra que regularitzar, en l'ordenament jurídic espanyol, una qüestió que ja porta anys en el context comunitari en consideració. En concret, l'exposició recalca: “La innovació és un important estímul per al desenvolupament de nous coneixements i propicia l'emergència de models empresarials basant-se en la utilització de coneixements adquirits col·lectivament. Les organitzacions valoren els seus secrets empresarials tant com els drets de propietat industrial i intel·lectual i utilitzen la confidencialitat com una eina de gestió de la competitivitat empresarial, de transferència de coneixement publicoprivada i de la innovació en investigació, amb l'objectiu de protegir informació que abasta no sols coneixements tècnics o científics, sinó també dades empresarials relatives a clients i proveïdors, plans comercials i estudis o estratègies de mercat”.

Aquesta clara exposició ha de ser tinguda en consideració a l'hora de ponderar els interessos públics dignes de protecció i pels quals vetla la normativa de transparència, com a punt delimitador del dret d'accés a la informació pública. La normativa de transparència té com a objectiu la recerca d'un nou control de fiscalització dels poders públics, però aquest lloable objectiu no pot ser tergiversat per a conculcar regles de la competència, mentre que possibles competidors puguen accedir a informació d'operadors privats que en un moment concret decideixen participar en processos de concurrència pública en el marc de la contractació administrativa.

L'article 1.2 de la Llei 12/2019, de secrets empresarials, delimita el seu objecte al fet que “La protecció es dispensa al titular d'un secret empresarial, que és qualsevol persona física o jurídica que legítimament

exercisca el control sobre aquest, i s'estén enfront de qualsevol modalitat d'obtenció, utilització o revelació de la informació constitutiva d'aquell que resulte il·lícita o tinga un origen il·lícit conformement al que es preveu en aquesta llei”.

TERCER. Per tant, una vegada delimitat l'àmbit d'aplicació de la normativa de transparència valenciana hem de considerar també el que estableix l'article 4 de la llei estatal -bàsica en aquest punt-, Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern (d'ara endavant, Llei 19/2013). L'article 4 de la Llei 19/2013 assenyalava les obligacions de subministrar informació de: “Les persones físiques i jurídiques diferents de les esmentades en els articles anteriors que presten serveis públics o exercisquen potestats administratives estaran obligades a subministrar a l'Administració, organisme o entitat de les previstes en l'article 2.1 a la qual estan vinculades, amb requeriment previ, tota la informació necessària per al compliment per aquells de les obligacions previstes en aquest títol. Aquesta obligació s'estendrà als adjudicataris de contractes del sector públic en els termes previstos en el contracte respectiu”.

Per tant, les obligacions exigibles en matèria de transparència estaran determinades pels termes del contracte en aplicació de la Llei 19/2013, però la inclusió expressa d'aquesta obligació en els contractes realitzats a l'empara de la legislació vigent en matèria de contractes del sector públic, tal com hem vist, només és obligatòria per als contractes realitzats amb els subjectes privats anteriorment esmentats, és a dir, les persones físiques o jurídiques a les quals fan referència els apartats 4 i 5 de la Llei 2/2015.

És l'informe que emeten, als efectes oportuns, els membres de la Comissió Executiva del Consell de Transparència.

**EL PRESIDENT DEL CONSELL DE TRANSPARÈNCIA, ACCÉS
A LA INFORMACIÓ PÚBLICA I BON GOVERN**



Ricardo García Macho