

## EL NECESARIO BIG-BANG CONTRA LA CORRUPCIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU MODELO DE CONTROL<sup>®</sup>.

*José María Gimeno Felíu*

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza*

### RESUMEN

Este trabajo analiza la necesidad de reforzar los sistemas de prevención de la corrupción en la contratación pública. Para ello, se defiende la oportunidad de que exista un control administrativo rápido y eficaz en todos los contratos públicos con indiferencia de su importe.

### ABSTRACT

This paper analyzes the need to strengthen systems for preventing corruption in public procurement. To this end, the opportunity is defended for a rapid and effective administrative control in public procurement, regardless of their amount.

### 1. LA EXISTENCIA DE CORRUPCIÓN (E INEFICIENCIAS) EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.

Existen (y han existido) prácticas contrarias al principio de integridad, y su carácter “estructural” (de distinta “intensidad”, y efectos, es cierto) en la gestión de los contratos públicos<sup>1</sup>. Prácticas que se encuentra muy vinculado a la ausencia de transparencia<sup>2</sup>. Los efectos

<sup>®</sup> Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos” DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

<sup>1</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300; T. MEDINA ARNAIZ, “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104.2, 2016, pp. 77-113; y las reflexiones de A. GONZALEZ SANFIEL, “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, en libro colectivo dirigido por F. Hernández *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48.

<sup>2</sup> R. KLITGAARD, define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción:  $C = M + A - T$ . C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción. *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Buenos Aires, Ed. Sudamerica, 1994, pp. 10 y ss. Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto, el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España. Sobre el ejemplo del urbanismo puede consultarse J.C. ALLI ARANGUREN “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, 2010, pp. 89-115; y la opinión de L. PAREJO ALFONSO,

de la corrupción en la gestión administrativa son evidentes<sup>3</sup>. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos<sup>4</sup>, es una pérdida de competencia que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son muchos más visibles estos efectos, que provocan una evidente desafección ciudadana.

Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público<sup>5</sup>. Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, se viene mencionando que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas. Pero en los últimos años han crecido exponencialmente estas prácticas indebidas en los contratos menores, que, en ocasiones, se han utilizado para financiación ilegal de partidos políticos o adjudicar directamente a personas o empresas afines.

Por supuesto, España tampoco es ajena a fenómenos relacionados con la corrupción en la adjudicación de contratos públicos, y es que hemos tenido —y todavía tenemos— demasiados casos en los medios de comunicación y en los juzgados como para dejar de preocuparnos<sup>6</sup>.

El mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público<sup>7</sup>. De hecho la organización Transparencia Internacional

---

“Urbanismo y corrupción. Un problema no solo de legalidad”, en *Temas para el debate*, núm. 223, junio de 2013 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), pp. 35-41.

<sup>3</sup> Las analizo en mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *ob. cit.*, pp. 517-535.

<sup>4</sup> Según D. STROMBOM (“Corruption in Procurement”, en *Economic Perspectives*, 1998, núm. 3, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato.

<sup>5</sup> L. MARTÍN-RETORTILLO, «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*. Madrid: Universidad Complutense, 2000, p. 87.

<sup>6</sup> Los nombres de las muy variadas causas de corrupción vinculadas a contratos públicos son bien conocidas en nuestro país por la mayoría de los ciudadanos como si de personajes mediáticos se tratase: operaciones «Púnica», «Enredadera», «Mercurio», «Gürtel», «Palma Arena», «ITV en Cataluña», «caso Bárcenas», «Acuamed», etc. Pero aunque según datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013, los casos de corrupción han aumentado un 49,5% desde el 2007, año en que empezó la crisis, ya eran muchos los precedentes (podemos recordar como paradigma la contratación realizada en el conocido caso Roldan, con las comisiones por construcción de cuarteles de la Guardia Civil). Sin embargo, el Tribunal de Cuentas de la UE (Informe 10/2015) ha señalado a España, junto a Francia, como únicos países que no comunicaron una sola irregularidad en materia de contratación pública a la OLAF entre 2007 y 2013.

<sup>7</sup> Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. En la doctrina pueden consultarse: J. M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibídem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana” en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García, Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad

afirma que «la corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»<sup>8</sup>.

Asimismo, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que “*el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea*”, e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, merced a los “*efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior*”<sup>9</sup>.

La Unión Europea viene insistiendo en esta idea y es abiertamente combativa contra los supuestos de corrupción<sup>10</sup>. Por ello, en el *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, se insiste en la necesidad de una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión<sup>11</sup>. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude (DOUE C81E, de 15 de marzo de 2011), indicó que “*el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea*”.

La realidad nos presenta como en los procedimiento y ejecución de contratos públicos concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas (la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE que se estiman en unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo- y conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior -Comunicación de la Comisión *Lucha contra*

---

Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>, y de A.F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en obcp.es (21 de octubre de 2013).

<sup>8</sup> [http://www.transparency.org/regional\\_pages/americas/contrataciones\\_publicas](http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas).

<sup>9</sup> Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7\_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

<sup>10</sup> La Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011 [P7\_TA (2011) 0454], sobre la modernización de la contratación pública, señala en su apartado 44 que “la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas”. Al mismo tenor responde el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE), sobre el Libro Verde de la Comisión al que “uno de los objetivos de las directivas consiste en combatir el favoritismo, del fraude y la corrupción”, apartados 1.14 y 6.1 (DOUE C 318, de 29 de octubre de 2011) y el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre las Propuestas de Directivas, SEC (2011) 1585 final, de 20 de diciembre de 2011, pág. 30. EL CESE mantiene este juicio negativo en su Dictamen de 29 de julio de 2015, “Combatir la corrupción en la Unión Europea: afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil” (CCMI/132), y constata la importante “tasa” de corrupción en la contratación pública.

<sup>11</sup> *EU Anti-Corruption Report*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014.

la corrupción en la UE<sup>12</sup>, y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas<sup>13</sup>.

El Informe Anticorrupción de la Unión Europea 2014 anima a los Estados miembros a mantener una actitud proactiva contra las prácticas corruptas en tanto puede ponerse en riesgo la competitividad en la Unión Europea<sup>14</sup>. Este informe sistematiza las principales patologías distinguiendo los momentos procedimentales<sup>15</sup>. Así, en la fase de la pre-licitación, indica como más “ordinarias” las siguientes: a) el establecimiento de especificaciones a medida para

---

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3). Lo que explica el interés de las instituciones comunitarias por el control financiero de los contratos públicos. Así se explica la existencia del Reglamento financiero y de la creación de la Oficina de Lucha Anti Fraude (OLAF). Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo Reglamento financiero y sus normas de desarrollo”, libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 188-190. Resultan también de especial interés los datos aportados por M. VILLORIA y F. JIMENEZ, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos, Reis núm. 138, abril-junio de 2012, pp. 109 y ss.

<sup>13</sup> La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia” ([http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf)). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas núm. 935* (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una “falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones” (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230).

<sup>14</sup> Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. El informe consta de: I. Introducción; II. resultados de la encuesta Eurobarómetro 2013; III. un capítulo horizontal sobre tendencias de corrupción y conclusiones; IV. un capítulo transversal centrado en la contratación pública; V. Anexo sobre metodología; VI. Capítulos nacionales que se recogen en Anexos para cada Estado miembro, completado con futuras medidas y seguimiento. El aspecto más destacado del *Informe 2014* es la especie de vademécum que proporciona de prácticas contrarias a la integridad, lo que permitirá reaccionar, prevenir y poner solución a los problemas que plantean. Aquel consta materialmente de dos partes. La primera de ellas realiza una visión global de la corrupción, mientras que la segunda se dedica específicamente a la contratación pública. Ese estudio se acompaña de un análisis singularizado para cada Estado, que en caso español es el *Anexo 9*.

<sup>15</sup> En el Informe anual de Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011 (DOUE C344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

favorecer a determinados licitadores; b) la participación de licitadores en el diseño de los pliegos; c) el establecimiento de criterios de selección poco claros; d) el uso de criterios de selección injustificados y desproporcionados; e) la aplicación de criterios discriminatorios; f) el uso indebido de los acuerdos marco; g) la influencia en la reclasificación de terrenos para obtener con posterioridad futuros contratos de obras<sup>16</sup>; h) los conflictos de intereses; i) el soborno. En cuanto al resto de infracciones, la encuesta Eurobarómetro de 2013 realizada para hacer el *Informe 2014*, señala que las empresas españolas consideran que las prácticas más extendidas en esta fase de pre-licitación eran los pliegos a medida para determinadas empresas (80%) y el establecimiento de criterios de selección y evaluación poco claros (72%)<sup>17</sup>.

En fase ya de licitación (donde se concentran el mayor número de infracciones al principio de integridad), el Informe constata numerosas anomalías<sup>18</sup>. Unas se refieren a la infracción de las normas *publicidad y el procedimiento* a utilizar: a) excepciones injustificadas de publicación; b) la aplicación incorrecta sobre normas de cooperación entre públicos (encargos a medios propios); c) la utilización injustificada del procedimiento negociado sin publicidad; d) el fraccionamiento del objeto del contrato para eludir la publicidad; e) las adjudicaciones directas; f) el abuso del procedimiento de urgencia y de emergencia; g) el uso indebido de la excepción de seguridad y defensa. Unas segundas anomalías afectan a los *licitadores*: a) la confusión de criterios de selección y adjudicación; b) la exclusión injustificada de licitadores; c) la licitación fraudulenta (supresión de ofertas complementarias, rotación de ofertas, subcontratación sin controles, promesa de contrato); d) la reclasificación para obtener el contrato; e) la división en lotes más pequeños (fraccionamiento) para evitar procedimientos competitivos; f) la licitación colusiva. Y otras inciden sobre el *precio* del contrato: a) el cálculo inadecuado del valor de los contratos; b) la confianza en el precio más bajo cuando con ello no queda asegurado el interés público.

En fase de ejecución, el Informe destaca dos patologías: a) la modificación injustificada del contrato (se alteran pliegos y presupuesto); y b) el fallo en las potestades de supervisión y control. Asimismo, también en esta fase pueden constata la existencia de problemas por conflicto de intereses y de soborno (las empresas españolas consideraron que la causa más destacada en esta fase eran las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (69%), en relación con todas las infracciones que pudieran darse en el conjunto del ciclo de la contratación)<sup>19</sup>.

El escenario expuesto no puede resultar indiferente para quienes gestionan o controlan la contratación pública, por lo que parece oportuno reflexionar sobre los puntos críticos de nuestra

---

<sup>16</sup> Se critica especialmente en el Informe la alta discrecionalidad de la Administración en la reclasificación de terrenos, al mismo tiempo que se destaca la presión de determinados empresarios para influir en la decisión administrativa (pág. 30). En nuestro país estos dos ámbitos –urbanismo y contratación pública- van de la mano en muchas ocasiones, tal y como se pone de manifiesto en el *Anexo* relativo a España (pp. 11 y 12).

<sup>17</sup> Anexo 9 sobre España al *Informe 2014*, pág. 13.

<sup>18</sup> En esta fase también pueden aparecer problemas generados por conflicto de intereses y soborno. En la encuesta Eurobarómetro de 2013, las empresas españolas indicaron que la percepción de las infracciones que se realizaban en esta fase eran, por orden de importancia, el abuso de los procedimientos negociados (72%), los conflictos de intereses en la evaluación de las ofertas (71%) y la licitación colusoria (71%). Por centrarnos en los tres principales problemas destacados a nivel español, sin duda el más recurrentes a lo largo del informe es el uso abusivo del procedimiento negociado; “*a juzgar por el tipo de casos en los que la Comisión incoa procedimientos de infracción por presunta vulneración de las normas de la UE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, el procedimiento negociado sin publicidad es el tipo de procedimiento donde más irregularidades se comente. La mayor parte de los casos de aplicación incorrecta se refieren al sector de infraestructuras, seguido de las aguas residuales y residuos, contratación de servicios de TI, ferrocarriles, sanidad y energía*” (págs. 25-26). Añadiéndose más adelante, como es lógico, que en la mayoría de los casos “*se hace con el fin de eludir las obligaciones del procedimiento abierto*” (pág. 29).

<sup>19</sup> Anexo 9 sobre España al Informe 2014 (p. 13), siendo uno de los porcentajes más altos entre los países de la UE.

legislación de contratos públicos, que, pese a su extensión y detalle, ha fracasado en el objetivo de prevención de la corrupción<sup>20</sup>. Los efectos nocivos de la corrupción que se manifiestan claramente en el ámbito económico ya que suponen o comportan claras ineficiencias en la compra pública, pero igualmente inciden a nivel social y político hasta el extremo de cuestionarse la legitimidad democrática de las instituciones públicas. Y mucho menos en España, donde la reciente Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, advierte que en nuestro país existe una *“falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes (que) obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública”*; así como una ausencia de efectiva transparencia dada la *“baja tasa de publicación de los anuncios de contratos”*, el correlativo abuso de procedimiento negociado sin publicación previa y las adjudicaciones directas. Finalmente, denuncia que *“la falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española”*. Todo ello, entiende el Consejo de la Unión Europea, hace que nuestra contratación pública sea ineficiente, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española. Y, en esta situación, el artículo 1.6 de la Decisión del Consejo dispone literalmente lo siguiente: *“España debe establecer un marco coherente que garantice la transparencia y la coordinación de la política de contratación pública de todas las entidades y autoridades de contratación a fin de garantizar la eficiencia económica y un alto nivel de competencia. Dicho marco debe incluir mecanismos de control a priori y a posteriori adecuados para la contratación pública a fin de garantizar la eficiencia y el cumplimiento de la legislación.”*

En ese contexto, la necesaria transposición de las Directivas europeas de contratación pública son una oportunidad para “rearmar” nuestro modelo de contratación pública desde la lógica de los principios de eficiencia, transparencia y buena administración. Sin embargo, existen indicios que nos llevar a dudar de la correcta solución, lo que supondrá la pérdida de una nueva oportunidad para avanzar en un modelo que atienda a la buena administración contractual<sup>21</sup>.

## **2. LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN MEDIANTE EL REFUERZO DE LOS SISTEMAS DE CONTROL PREVIO: TUTELA EFECTIVA Y BUENA ADMINISTRACIÓN.**

### **A) LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN E INEFICIENCIA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Para corregir el problema de la corrupción en la contratación pública no basta con una regulación reaccional de carácter penal (mediante la tipificación como ilícita de la información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos<sup>22</sup>), que, siendo necesaria, no es suficiente<sup>23</sup>. Como bien

<sup>20</sup> Por mucho que el fenómeno de la corrupción sea muy antiguo. Basta recordar la celebre frase de Cicerón expuesta para defender la acusación contra el pretor de Sicilia Gaio Licinio Verre, acusado de corrupción y apropiación indebida (Verrem, 70 a.C, Actio Prima, I, 4): *“Nihil esse tam sanctum quod non violari, nihil tam munitum quod non expugnari pecunia posset”*.

<sup>21</sup> Vid. M.A. BERNAL BLAY, “El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento”, REDA núm. 160, 2013, pp. 190-213

<sup>22</sup> Interesa el libro colectivo dirigido por A. Castro y P. Otero, Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada, Dykinson, Madrid, 2016.

<sup>23</sup> La ciudadanía “exige” esta depuración de responsabilidades penales, pero lo importante es evitar que las conductas patológicas se produzcan. Sobre la responsabilidad penal y administrativas de empresas resulta de

advertiera D. KAUFMANN, la corrupción no se combate combatiendo la corrupción<sup>24</sup>. Es necesaria una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil (mediante planes preventivos de la corrupción). Un ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>25</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>26</sup>. Es éste un tema crucial, pues del mismo depende la esencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el adecuado equilibrio de las prerrogativas en más y menos de la Administración. Por ello, extender la acción pública -o al menos amplia, más allá de los potenciales licitadores- en defensa del derecho a una buena administración puede ser, como sugiere J. PONCE, una solución muy efectiva<sup>27</sup>.

La lógica de un Derecho Administrativo garantista moderno, vinculado al derecho a una buena administración<sup>28</sup>, aconseja reforzar los mecanismos de control de naturaleza preventiva<sup>29</sup>, y, en especial, como bien explica el profesor BERMEJO VERA, con una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa<sup>30</sup>. Es necesario, igualmente, repensar el sistema de la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas (a los que debería reforzarse sus potestades, permitiendo investigación de oficio en cualquier momento y con posibilidad de

- 
- interés en estudio de S. BACIGALUPO y J. LIZCANO, *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas*, ed. Programa EUROsociAL, Colección Estudios nº 1, 2013. en delitos relacionados con la corrupción”.
- <sup>24</sup> D. KAUFMANN, “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41-43.
- <sup>25</sup> Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 297-313.
- <sup>26</sup> Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública“, REDA nº 147, 2010, pp. 517-535.
- <sup>27</sup> J. PONCE, “La prevención de la corrupción mediante la garantía de un derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local”, en *Anuario de Derecho Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 136-137. Esta vinculación de la contratación pública al derecho a una buena administración fue expresamente advertida en el Acuerdo 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Esta opinión, que liga la funcionalidad institucional a la dimensión colectiva del derecho a una buena administración es la que mantiene J. PRATS CATALA, en su trabajo “La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración”, Cuadernos de Derecho Público nº 31, 2007, p. 21.
- <sup>28</sup> Sobre esta cuestión es ineludible la cita al trabajo de J.PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Sobre las consecuencias y sentido del derecho a una buena administración, sin animo exhaustivo, se pueden consultar los trabajos de J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martin-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641; B. TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, *El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas*, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2007, nº 30, pp. 445 y ss; y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137-1165.
- <sup>29</sup> La Comunicación de la Comisión europea *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE: cinco medidas para una Europa más segura*, advierte de la necesidad de implementar políticas nacionales de enfoque administrativo con el fin de evitar la infiltración de prácticas delictivas y proteger la economía. COM (2010), 673 final, de 22 de noviembre de 2010, p. 6.
- <sup>30</sup> J. BERMEJO VERA, “La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.

suspender procedimientos)<sup>31</sup>, Agencias de Lucha antifraude<sup>32</sup>, creación de autoridades de vigilancia sobre los contratos públicos<sup>33</sup> y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido<sup>34</sup>.

El sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad<sup>35</sup>. Idea en la que insisten el nuevo paquete legislativo comunitario (y que se pretende reforzar con la implementación de un modelo de gobernanza<sup>36</sup>). De ahí la importancia de las Directivas “recursos”, que tienen una vocación de

---

<sup>31</sup> Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO y J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas”, Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424 y el libro de J.A. FERNANDEZ AJENJO, *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, Cizur Menor, 2011. Obviamente se deberá “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid, que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

<sup>32</sup> Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), por la que se crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público (sobre sus funciones, son de interés las reflexiones de A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 300-330.

En Portugal, existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja “con” el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º de Lei nº 54/2008).

<sup>33</sup> Es el caso de Italia, que regula esta figura en su Código de contratos públicos. De interés el trabajo de S. TORRICELLI, “L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia”, en libro colectivo coord. Por Rafael Fernandez Acevedo y Patricia Valcarcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 493-509. La carencia de una agencia anticorrupción en España es una evidente carencia, tal y como también advierte A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad...*, ob. cit., pp. 331-332.

<sup>34</sup> Me remito a mi trabajo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva”, Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.

<sup>35</sup> Vid. mi ponencia del Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Madrid, febrero de 2014), titulada “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, publicada en monográfico Observatorio de los Contratos Públicos (2015), titulado *Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

<sup>36</sup> El artículo 83 de la Directiva 24/2014, aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales- que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además,



mejora en la gestión de la contratación pública -más allá de instrumento para la tutela de los licitadores<sup>37</sup>- como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “*La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta*”<sup>38</sup>.

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración (como confirma la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, al recordar que el sistema de control debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47). En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

---

una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas -que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

<sup>37</sup> Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

<sup>38</sup> Me remito a mis trabajos, "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos ", en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498 y "El nuevo sistema de recursos en materia de contratación", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258. En especial mi trabajo *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

## B) LA OPCION DE CONTROL MEDIANTE RECURSO ESPECIAL EN ESPAÑA: CRITICA A LA LIMITACION POR CUANTIA

El funcionamiento del recurso especial previsto en el TRLCSP de 2011 avala esta conclusión<sup>39</sup>. Sin embargo, pese al actual contexto, donde la percepción ciudadana de corrupción es muy elevada, la opción del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Consejo de Ministros el 25 de noviembre de 2016, resulta, cuando menos, desafortunada y supone un claro paso atrás. La no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública. Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe “protegerse” con una estrategia del control preventivo que sea efectivamente útil, rápido, e independiente, vinculado al derecho a una buena administración y no a las prerrogativas de la Administración. Principio exigible en cualquier tipo de contrato público al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia<sup>40</sup>. Debe evitarse que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral económico. Por lo demás, no puede olvidarse que la dualidad de control mediante recurso especial o recurso ordinario en función del importe del contrato puede resultar contraria a los principios europeos de la contratación pública.

La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, se indicaba: *“En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)”*<sup>41</sup>. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: *“aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones*

<sup>39</sup> Vid. sobre el funcionamiento del modelo en España, por todos, J. SANTAMARIA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 y J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016

<sup>40</sup> Como bien ha destacado el Profesor J.M. BAÑO LEON, el sistema de recursos administrativos ordinarios no está configurado en clave de protección de la legalidad, pues pretende proteger a la Administración. De hecho, como bien explica, el sistema de justicia administrativa es un ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español. Por ello, como bien afirma, “la mejor alternativa al recurso administrativo es un buen recurso administrativo, entendiendo por tal el que garantiza una revisión de la actuación administrativa eficiente por un órgano funcionalmente independiente”. “El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del Derecho Público español”, en libro colectivo *Las vías administrativas a debate*, INAP, 2016, p. 669.

<sup>41</sup> Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

*específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente.*

Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia, como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, *Orizzonte Salute*, C-61/14. Lo que es evidente que no se cumple con los recursos administrativos ordinarios, que funcionan en la práctica como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración<sup>42</sup>. Por ello, la distinción del régimen de recursos en contratos públicos en función del umbral es una clara patología, como viene siendo denunciado por la doctrina de forma unánime<sup>43</sup>. Y también por órganos cualificados como el Consejo de Estado<sup>44</sup>, Comité Económico y Social<sup>45</sup>, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>46</sup> o Transparencia Internacional España<sup>47</sup>.

Pero resulta especialmente sorprendente la opción de limitar el recurso especial en exclusiva a los contratos armonizados (frente a la opción inicial del texto remitido a Consejo de

---

<sup>42</sup> Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional.

<sup>43</sup> Conviene recordar el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

<sup>44</sup> Dictamen 514/2006, de 25 de mayo. Afirma lo siguiente: “La primera duda que plantea la regulación proyectada para el nuevo recurso especial y el nuevo sistema especial de medidas provisionales radica en su ámbito de aplicación. Con arreglo a los artículos 37.1 y 38.1 del anteproyecto, tales mecanismos son únicamente aplicables en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, por lo que no se extenderán a los restantes contratos del sector público. A juicio del Consejo de Estado, esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos.

La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada.

Por estas razones, y aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada, sería conveniente valorar su extensión a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de Ley.

Así se ha hecho en el Derecho francés, cuyo référé précontractuel, aunque creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas. Frente al ejemplo francés, otros países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.“

<sup>45</sup> DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.

<sup>46</sup> IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).

<sup>47</sup> En el documento sobre Medidas de transparencia y prevención de la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos, de octubre de 2015 (medida III.- 2), se insiste en la necesidad de extender el recurso al margen del importe (<http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contra-la-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>)

Estado y de la experiencia práctica en otras Comunidades Autónomas, como Navarra o Aragón, que redujeron, por Ley, los importes de acceso al recurso). Parece primar en esta decisión una única valoración y justificación desde perspectiva de gasto y no de inversión de un modelo preventivo de control eficaz. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración<sup>48</sup>. Obviamente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización podrán extender el ámbito de este recurso especial a importes inferiores, pues el artículo 112 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común (al igual que su predecesora Ley 30/1992, en su artículo 107) habilita tal posibilidad.

Desde este contexto la opción adoptada en la Proyecto de Ley es muy cuestionable y puede ser un claro freno a la productividad de nuestro modelo económico<sup>49</sup>. Se podrá justificar el cumplimiento formal de las Directivas europeas de contratación pública, pero no de los principios inspiradores (y de la gestión pública) de la contratación pública que funcionan al margen de los importes. Solo así se podrá avanzar en un nuevo modelo de gobernanza pública que impulse la necesaria regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública en las actuaciones de los poderes públicos)<sup>50</sup>, que permitan asentar nuestro sistema institucional público<sup>51</sup>.

En definitiva, sin un sistema integral de control preventivo rápido, eficaz e independiente no podrá avanzarse en la nueva cultura del buen gobierno ni poner en marcha, en palabras, del profesor Rothstein, el *Big-Bang anticorrupción*. Ojala el legislador entienda este mensaje y, frente a tradicionales inercias y cierta tendencia a la autocomplacencia, avance en la línea indicada

---

<sup>48</sup> J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). Vid. J. TORNOS MAS (2008, pp. 629 a 641).

<sup>49</sup> Lo explican GARCÍA SANTANA y coautores, en el estudio *Growing like Spain*. [http://www.garciasantana.eu/Home\\_files/mis\\_mar\\_2015-v20.pdf](http://www.garciasantana.eu/Home_files/mis_mar_2015-v20.pdf)

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier Gomá, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J.MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002

<sup>51</sup> No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. Vid. el libro colectivo dirigido por J. PERNAS *Contratación pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., en especial, pp. 39-60.