

JOSE MARÍA GIMENO FELIU

El Informe sobre España 2018 y su incidencia en la contratación pública: a propósito del control previo mediante órganos de recursos contractuales

Las instituciones europeas acaban de aprobar el documento de trabajo de los servicios de la Comisión Informe sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo Semestre Europeo 2018: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011 (SWD/2018/0207 final).

12/03/2018

En este Informe, de carácter anual, hay una notable diferencia en lo relativo a las medidas adoptadas para prevenir la corrupción.

En materia de contratación pública (apartado 4.5 del Informe), se señala lo siguiente:

“Ha sido adoptada una nueva Ley de Contratos del Sector Público, que pretende satisfacer la necesidad de disponer de un marco coherente que garantice la transparencia y unos mecanismos de control eficaces. También pretende mejorar la coordinación entre los distintos niveles de la Administración en el ámbito de la contratación pública, pues la que se lleva a cabo desde instancias locales o autonómicas representa el mayor número y la mayoría del valor total de los contratos correspondientes ⁽¹⁾.

La Ley establece una nueva estructura de gobernanza de la contratación pública. La Junta Consultiva, es decir, el consejo asesor de la Administración central sobre contratación pública establecerá un Comité de Cooperación de las instancias públicas centrales, autonómicas y locales en materia de contratación pública. Este órgano procederá a elaborar una Estrategia Nacional de Contratación Pública, en la que se plasmará una visión estratégica común para todos los niveles de la Administración, con miras a luchar contra la corrupción, fomentar la profesionalización, promover la eficiencia económica, mejorar el uso de la contratación pública electrónica y la contratación estratégica e impulsar la participación de las pymes.

La Ley aspira asimismo a fortalecer los controles ex ante y ex post sobre los poderes adjudicadores. Una nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión llevará a cabo investigaciones y dictará instrucciones vinculantes para los poderes adjudicadores de la Administración central. No obstante, no será competente para interponer acciones legales, anular decisiones o imponer sanciones.

La eficacia de las medidas incluidas en la Ley dependerá del grado de ambición en la fase de ejecución. A la hora de definir la estrategia, incluidos los controles que se llevarán a cabo, gran parte de los detalles habrán de ser decididos por el Comité de Cooperación y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión. Al mismo tiempo, la manera en que la nueva estructura de gobernanza se constituya y opere será crucial para lograr resultados eficaces. Por otra parte, la creación de numerosos tribunales administrativos de contratación pública de carácter descentralizado podría mermar la eficacia del actual sistema de recursos”.

De estas apreciaciones, que suponen un punto de inflexión sobre la especial valoración negativa que se hacía de la normativa y práctica de la contratación pública en España en 2017, conviene poner especial atención a la advertencia realizada por las Instituciones europeas sobre la importancia de evitar la proliferación de órganos de recursos contractuales. Máxime cuando la experiencia práctica de la “primera generación” de tribunales administrativos ha sido muy bien valorada por las Instituciones europeas, que entienden que un buen sistema administrativo de control preventivo e independiente es la mejor inversión en la gestión de la contratación pública ².

Por ello, para prevenir el riesgo advertido por Europa, habría que repensar y cerrar el modelo de planta de órganos de recursos contractuales, pues la posibilidad de muchos tribunales administrativos -de ámbito local o de carácter ad hoc para los órganos constitucionales- genera una evidente asimetría, poco compatible con el principio de seguridad jurídica y que pone en riesgo el modelo, y que no se puede justificar con el argumento de la autonomía local, ya que no puede confundirse el control jurídico con una función de tutela. **La proliferación de “Tribunales administrativos, en especial los de ámbito local, quebrará la esencia del modelo, generará distorsión de criterios e impedirá un verdadero control eficaz y con “auctoritas”** (máxime cuando, de forma sorprendente desde la perspectiva de inamovilidad vinculada a la independencia, se prevé la posibilidad de “remoción”) ³.

Frente a la extensión de órganos de control en distintos niveles resulta más aconsejable determinar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad (en todo caso resulta obligado el control del cumplimiento de los requisitos para su designación, además de que resultaría conveniente exigir la “exclusividad” de esta función de control). Por lo demás, un modelo eficiente de control, desde la perspectiva de buena administración, debe realizar un análisis de eficiencia basada en número de reclamaciones a resolver y “costes” de la organización administrativa de control (en este punto la experiencia española de tribunales locales en Andalucía es, por sí misma, muy esclarecedora).

Es necesario determinar y limitar de forma clara el número de órganos de recursos contractuales, que deberán garantizar en todo caso la nota de independencia y especialización y la debida colegialidad. Y si se integran en otros órganos –como es el caso de Consejo Consultivos en Castilla y León y en Extremadura-, deberá preverse o dotarse de una sección propia, a fin de evitar cierta “confusión” de funciones entre los consultivo y lo resolutivo (máxime cuando la ampliación a cuestiones contractuales coincide con la función consultiva en un mismo asunto).

Culminada la etapa de la “primera generación de órganos de recursos contractuales”, conviene avanzar hacia una mayor profesionalización y coherencia del sistema de control desde una perspectiva integral, lo que aconseja analizar las ventajas de resituar a los órganos de recursos contractuales como órganos independientes “adscritos” al Parlamento correspondiente. Se solucionarían así el cuestionamiento sobre la adscripción organizativa en un Administración Pública (y la posible “tutela administrativa” como sospecha), se fortalecería el carácter de órgano jurisdiccional a efectos del artículo 237 TFUE y facilitarían la planta de estos órganos de control, al permitir un control que englobase toda la actividad contractual pública de cualquier poder adjudicador (es decir, se unificaría la opción de órganos de recursos contractuales para la actividad de licitación de todos los poderes adjudicadores con independencia de su naturaleza parlamentaria o local). Se reforzaría, en definitiva, la percepción de independencia, y permitiría reorientar la función del control externo hacia un rol más ejecutivo y también completo.

En todo caso, conviene insistir en la necesidad de que este control sea diseñado **desde la lógica de la mayor profesionalización y capacitación**. Idea en la que insiste la Unión Europea y que queda muy diluida en la Ley de Contratos del Sector Público⁴. La profesionalización es en estos momentos una de las claves de la nueva gobernanza de la contratación pública impulsada desde la UE. Y en ese contexto, la efectiva profesionalización de los órganos de recursos contractuales (vinculada a verdadera capacitación y auctoritas de sus miembros) debe ser uno de los factores clave para promover la integridad y reconducir prácticas irregulares⁵.

Por ello es tan importante una planta cerrada y “armónica” de órganos de recursos contractuales, que promueva una doctrina uniforme. Lo que resulta incompatible con la opción de tribunales locales o tribunales “ad hoc” (lo que puede, por sí mismo, suponer un incumplimiento de las Directivas “recursos”).

En conclusión, las exigencias de nueva gobernanza en la contratación pública exigen el diseño y articulación práctica un modelo eficiente, transparente y profesionalizado de control previo no judicial de la contratación pública⁶. Con una planta cerrada, bien dotado presupuestariamente y con retribuciones adecuadas al trabajo (o mediante un sistema de compatibilidad coherente) que no disuadan a personas altamente capacitadas. Un diseño que, por su efectiva composición, desempeñe con verdadera independencia (vinculada necesariamente, insisto, a la mayor cualificación de sus miembros) la función de control de la contratación pública. Solo así se puede conseguir el efecto útil de las Directivas recursos y de la vocación pública de una buena administración. Y esto exige, en mi opinión, una “reconstrucción” del modelo previsto en nuestra LCSP 2017, que se oriente claramente hacia un modelo más jurisdiccional y menos administrativo (en la línea de lo que se dice en la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14).

====

¹ Según el Registro de Público de Contratos, en 2016 el 13,90 % del total de los contratos públicos adjudicados (y el 29,87 % de su valor) correspondieron a la Administración central, el 54,43 % (y el 47,41 % de su valor) correspondieron a las comunidades autónomas y el 23,59 % (y el 18,54 % de su valor) correspondieron a las corporaciones locales (los porcentajes restantes correspondieron a universidades y mutuas de la Seguridad Social).

² El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la Directiva 2007/66/CE (Directivas de recursos en adelante), en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública publicado el pasado 24 de enero recoge la evaluación de los resultados de la aplicación de las citadas Directivas y en concreto si se consideran adecuadas a los objetivos propuestos atendiendo a si minimizan las cargas y los costes asociados y maximizan la posible simplificación de los procedimientos. Desde el punto de vista de la eficiencia, las Directivas sobre procedimientos de recurso proporcionan beneficios globales en consonancia con los efectos esperados, tanto directos como indirectos muy superiores a los costes que supone presentar y defender un procedimiento de recurso para los proveedores y las autoridades contratantes representando por lo general entre el 0,4 % y el 0,6 % del valor del contrato. Sin embargo, la Comisión entiende que los costes no se reducirían a cero si las Directivas sobre procedimientos de recurso fueran revocadas. Por el contrario, serían incluso mayores, debido a las diferencias nacionales en la normativa sobre revisión y recursos y a la falta de armonización a escala de la UE, dando lugar a un contexto más farragoso para licitadores y otras partes interesadas. Y añade el informe que en la evaluación de la legislación en materia de contratación pública de la UE que se publicó en el año 2011 se estimó, en general, que el ahorro del 5 % conseguido en los 420 000 millones de euros en contratos públicos que se publicaron a escala de la UE se traducirían en un ahorro o una mayor inversión pública por un importe superior a 20 000 millones de euros al año. La aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos de recurso puede, por tanto, aumentar la probabilidad de que se consiga un ahorro similar al estimado procedente de las Directivas sobre contratación pública.

³ Desde la perspectiva de independencia resulta inadmisibles que se puedan “recortar” los mandatos de los órganos de recursos contractuales o impedir, en un concurso de méritos, su posible renovación.

⁴ La opción de la Unión Europea sobre esta política de profesionalización de la contratación pública queda muy bien reflejada en la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública - Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública. (BOE de 7 de octubre). En esta importante Recomendación se recuerda que los Estados miembros deben elaborar y aplicar estrategias de profesionalización a largo plazo para la contratación pública, adaptadas a sus necesidades, recursos y estructura administrativa, de manera autónomas o como parte de políticas más amplias de profesionalización de la administración pública. El objetivo es atraer, desarrollar y retener competencias, centrarse en el rendimiento y los resultados estratégicos y aprovechar al máximo las herramientas y técnicas disponibles. Para ello se insta a los Estados a elaborar programas adecuados de formación.

⁵ No casa con esta idea el sistema de selección de libre designación. Aquí, más que nunca, debe existir un modelo de selección basado en los méritos objetivos, específicamente vinculados al control de la contratación pública. Y debe contrastarse de forma objetiva no solo la trayectoria profesional (en ningún caso vinculada al mero tiempo de funcionario) sino también las capacidades para ejercer esta importante función.

⁶ Desde la perspectiva de transparencia, junto al cumplimiento estricto de los plazos, es esencial la rápida publicación de las Resoluciones de los órganos de recursos contractuales, así como la explicación sencilla del contenido de sus acuerdos y su principal doctrina. De lo contrario, se puede generar una innecesaria inseguridad y desconfianza en el modelo.

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

