

UNA PRIMERA VALORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS SECTOR PÚBLICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRIDAD Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

José María Gimeno Feliu

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

Dado que era una de las acciones prioritarias del acuerdo político, se ha concluido ya el texto de Anteproyecto que ha sido aprobado en el Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016, y que se impulsará en las Cortes Generales (ya calificado en Congreso de los Diputados el 29 de noviembre de 2016) a través de la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, mediante *competencia legislativa plena y urgente*.

Con los textos preparados, incorporando las observaciones esenciales formuladas por el Consejo de Estado, se ha intentado la correcta transposición de las Directivas de contratación pública 23 y 24 de 2014. En la tramitación, iniciada por un “Grupo de Expertos”, se ha actuado con notoria transparencia y ha existido una importante participación pública.

El resultado final del texto que se presenta es, quizá, demasiado extenso, pues son 340 artículos y 40 Disposiciones Adicionales (muchas de estas Disposiciones, en adecuada técnica normativa, deberían formar parte del articulado). Y en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario. Este resultado es la consecuencia de la opción de tomar como punto de partida el actual TRLCSP de 2011, lo que puede haber impedido una mayor simplificación y claridad. Sin embargo, una sistemática más “clásica” puede ayudar a su comprensión y manejo.

Conviene una primera valoración centrada ahora específicamente en la idea de si se ha avanzado en la finalidad de prevención de la corrupción.

Uno de los retos –quizá el principal- de esta nueva Ley debería ser afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad, principio que se introduce dentro del nuevo artículo 1. El objetivo de *asegurar la integridad* - reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción-, forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio). No es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos.

Y se adoptan medidas adecuadas a tal fin: se extiende la aplicación de la norma a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales cuando hay financiación pública mayoritaria, se adoptan medidas para reducir las prácticas que permitían la opacidad (regulación estricta de los convenios y de los encargos a medios propios, eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de los modificados, publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, refuerzo del recurso especial, profesionalización de las mesas, etc.) y se fomenta la simplificación con el nuevo procedimiento

abierto simplificado (que aconseja en todo caso un ajuste para impulsar su utilización) y la declaración responsable. Se regula, además, un modelo de gobernanza que debe servir para reconducir malas prácticas e ineficiencias.

Sin embargo, pese a tales novedades (sin duda de gran interés práctico), el resultado definitivo, tras ciertos “cambios” operados una vez cerrado los trámites con el Dictamen del Consejo de Estado, *parece alejado de las expectativas y necesidades* en esta materia, en lo relativo a la prevención de la corrupción y mejora de la eficiencia, como, por cierto, se nos exige desde las instituciones europeas. La reciente Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, 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 del 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.”*

Son tres, principalmente, los motivos de “preocupación” sobre el acierto de las previsiones propuestas desde la lógica de mayor eficiencia, transparencia e integridad.

Primero, la opción final del texto que se remite a las Cortes Generales (que no es la que se adoptó en el texto remitido a información pública en abril de 2015) es la de mantener el *status quo* y *no uniformizar el régimen jurídico de la contratación para todos los poderes adjudicadores con independencia de su consideración o no como Administración pública*, puesto que se mantienen, frente a la opción inicial de su supresión, las instrucciones de los entes no Administración pública para sus contratos no armonizados. Como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, esta «deslegalización procedimental» ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, introduciendo, innecesariamente a mi juicio, dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, que impiden el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado.

No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación. De poco sirve anunciar como medida “estrella” de prevención de la corrupción la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (medida sin duda muy importante), si en

el sector público no Administración pública se permite tal opción (incluso podría ser la regla general). Esta opción de “diversidad” de regímenes jurídicos ex Instrucciones Internas (que pueden ser más de 10000) es el verdadero caballo de Troya que facilita el mantenimiento de prácticas irregulares (y falseamiento del principio de competencia) y que “no cambie nada”.

En segundo lugar, la decisión de *no extender el recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe* impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública (tampoco era esa la opción del texto inicial de 2015, en el que se extendía el ámbito del recurso especial de forma progresiva como principal medida profiláctica frente a prácticas irregulares). Preservar la transparencia en la contratación pública es una necesidad, que debe alcanzarse con una estrategia de 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. Debe evitarse que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos de control eficaz 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)”*¹. 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 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 los 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 manifestación más del principio de autotutela de la administración². 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. Y también por organismos cualificados como el Consejo de Estado³, Comité Económico y Social⁴, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁵ o Transparencia Internacional España⁶.

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

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 en un modelo preventivo de control eficaz. Habilitar un escenario de ausencia de control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. 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.

Por último, *la posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública* –frente a la actual situación recogida en el artículo 20 del TRLCSP de 2011, que obliga aplicar el régimen de los artículos 105 a 107 TRLCSP con indiferencia del importe-, aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostes y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y las reglas públicas. Y los casos recientes de ACUAMED, NOOS, Palma Arena, etc., son ejemplos de la necesidad de tolerancia cero en esta materia. Esta decisión de “facilitar” la modificación contractual en los contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos, supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción.

A estas observaciones se les podrá contra-argumentar con la idea del cumplimiento formal de las Directivas europeas de contratación pública y de una evidente mejora sistemática. Pero debemos insistir en la idea fundamental de que los principios inspiradores de la contratación pública –igualdad de trato, transparencia, concurrencia, eficiencia, integridad, etc.– lo son de cualquier decisión contractual pública, ya que funcionan al margen de cualquier importe. La armonización exigida por las Directivas europeas en contratos de determinadas cuantías no puede justificar la existencia de un régimen distinto en las cuantías inferiores.

La tramitación de esta Ley en las Cortes Generales, por su indudable contenido político y no meramente técnico, debe servir para no perder la oportunidad de reconstruir las “murallas del derecho Administrativo”, concebido como garante del interés general al servicio de los ciudadanos. Pero, sobre todo, para corregir el actual gap entre ciudadanía e instituciones públicas (sirva el último dato del Barómetro Global de la Corrupción 2016, elaborado por *Transparencia Internacional*), y para asentar el modelo institucional cimentado sobre el buen gobierno.

Por ello, debería revisarse la actual propuesta para ajustarla –en la línea del texto inicial sometido a información pública– a la idea de la necesaria uniformidad jurídica con indiferencia de los importes o de la naturaleza administrativa, o no, del poder adjudicador, pues solo desde esta lógica se puede intentar revertir las patologías existentes (que suponen un importe coste de ineficiencia, como ha advertido la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su Informe de febrero de 2015)⁷. Y, por supuesto, debería avanzarse en una revisión también del modelo organizativo público, donde la profesionalización y capacitación de los gestores públicos debe ser la principal palanca del cambio (en tanto se elimina una visión meramente burocrática y se asume la importante función de planificación estratégica y de gestión de proyectos y riesgos)⁸.

El necesario *Big-Bang anticorrupción* (en palabras, del profesor sueco Rothstein) que necesita la sociedad española exige una adecuada respuesta desde la legislación contractual pública, que es donde, por cierto, reside la principal capacidad estratégica para implementar las políticas públicas (como se reconoce en la exposición del texto remitido a las Cortes Generales). El resultado final de la tramitación de esta Ley de Contratos del Sector Público no puede ser otra vez una oportunidad perdida.

-
- ¹ 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.
- ² 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.
- ³ Dictamen 514/2006, de 25 de mayo.
- ⁴ DICTAMEN núm. 8 2015, sesión ordinaria del pleno 25 de junio de 2015.
- ⁵ IPN/CNMC/010/15 (Informes de Propuestas Normativas).
- ⁶ Documento de TI-España que propone a los Partidos políticos 60 medidas contra la corrupción en Subvenciones, Licitaciones y Contratos públicos. <http://transparencia.org.es/ti-espana-propone-a-los-partidos-politicos-60-medidas-contrala-corrupcion-en-subvenciones-licitaciones-y-contratos-publicos-2/>
- ⁷ Informe que cuantifica en un importe de 47.000 millones de euros, es decir, 4,5 puntos del PIB, al ineficiencia del modelo de contratación pública en España. Informe “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).
- ⁸ Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*