



JORNADA
**LA NUEVA LEY DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO**

**LA LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN DESDE LA
NORMATIVA DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

SANTIAGO A. BELLO PAREDES
PROFESOR TITULAR (AC. CATEDRÁTICO) DE
DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE BURGOS

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DESDE LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Santiago A. Bello Paredes
Profesor Titular (Ac. Catedrático) de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

I. Qué es la corrupción y cuánta corrupción existe.

Vamos a adoptar un concepto amplio de corrupción que identificamos con el abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o ventaja indebida.

1.1. Porqué hay corrupción en el ámbito de la contratación pública.

Existe una razón fundamental y ello es debido a la ingente cantidad de dinero que mueve este sector de la acción de los poderes públicos.

En este sentido el Parlamento Europeo ha señalado, en su Resolución de fecha 26 de mayo de 2010¹, 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”².

Con datos de la Comisión del año 2015, el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se ha fijado en un 13,1 por ciento del PIB³.

¹. 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, (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52010IP0155>, (consulta: 15/02/2018).

². Organismos internacionales como la OCDE y el Banco Mundial señalan que la integridad en la contratación pública es esencial para el mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en el sector público. Asimismo dentro del ámbito europeo, la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (Estrategia Europa 2020) determina, entre otras cuestiones, la necesidad de mejorar las condiciones generales de las licitaciones públicas de manera que se favorezca la innovación en aquellos mercados en los que el sector público sea un importante comprador.

³. *Public Procurement Indicators 2015*, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679>, (consulta: 15/02/2018).

1.2. Cuánta corrupción existe en el ámbito de la actuación de los poderes públicos.

Esta es una realidad cuya métrica, obviamente, resulta compleja de establecer, por lo que utilizaremos métodos de valoración derivados de análisis sociológicos (CIS) y de entidades cuyo objeto es la valoración de la aplicación de la transparencia en el ámbito público (Transparency International España). Antes, una pequeña reflexión satírica⁴:



En el último barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), de enero de 2018⁵, se pone de relevancia la importancia que los españoles ponemos en la corrupción, hasta alcanzar el segundo puesto dentro de nuestras preocupaciones.

Así, la cuestión que más preocupa a los españoles sería el paro, con un índice del 65,8%, y la segunda preocupación sería la “corrupción y el fraude”, con un 35,1%; quedando por detrás cuestiones tales como “los políticos/as en general, los partidos y la política con un 24.3 y, en cuarto lugar, la cuestión económica, con un 23,0%.

En la siguiente tabla se recoge el resultado de este barómetro del mes de enero de 2018 del CIS:

⁴. En https://elpais.com/elpais/2012/07/29/vinetas/1343576774_291238.html, (consulta: 15/02/2018).

⁵. En http://datos.cis.es/pdf/Es3203mar_A.pdf, (consulta: 15/02/2018).

CIS

Estudio nº3203. BARÓMETRO DE ENERO 2018

Enero 2018

Pregunta 7

¿Cuál es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España? ¿Y el segundo? ¿Y el tercero? (RESPUESTA ESPONTÁNEA). (MULTIRRESPUESTA).

	Primer problema	Segundo problema	Tercer problema	TOTAL
El paro	40,5	18,4	6,9	65,8
Las drogas	-	0,0	0,0	0,1
La inseguridad ciudadana	0,7	1,3	0,9	2,9
Las infraestructuras	0,1	0,1	0,0	0,2
La sanidad	1,3	4,0	4,7	9,9
La vivienda	0,2	0,4	0,4	1,0
Los problemas de índole económica	7,1	10,2	5,7	23,0
Los problemas relacionados con la calidad del empleo	2,4	4,2	2,9	9,5
Los problemas de la agricultura, ganadería y pesca	-	-	0,0	0,0
La corrupción y el fraude	15,6	12,3	7,2	35,1
Las pensiones	0,8	2,0	2,0	4,8
Los/as políticos/as en general, los partidos y la política	10,5	8,9	5,0	24,3

Dentro de esta tipología de estudios métricos vamos ahora a utilizar los elaborados por una Asociación independiente de carácter internacional, “Transparency International España”, la cual nos ofrece los siguientes resultados, de tal forma que la puntuación del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) correspondiente a un país o territorio indica el grado de corrupción en el sector público según la percepción de los empresarios y analistas de ese país, entre 100 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de mucha corrupción)⁶:

- La cola del pelotón: menor percepción de corrupción:

Posición país	País/Territorio	Puntuación del IPC 2016
1	Dinamarca	90
1	Nueva Zelanda	90
3	Finlandia	89
4	Suecia	88
5	Suiza	86
6	Noruega	85
7	Singapur	84
8	Países Bajos	83
9	Canadá	82
10	Alemania	81
10	Luxemburgo	81
10	Reino Unido	81

⁶. En <https://transparencia.org.es/ipc-2016/>, (consulta: 15/02/2018).

- El pelotón de España:

41	Brunei	58
41	Costa Rica	58
41	España	58
44	Georgia	57
44	Letonia	57
46	Granada	56
47	Chipre	55
47	República Checa	55

- La cabeza del pelotón: mayor percepción de la corrupción

166	Venezuela	17
168	Guinea-Bissau	16
169	Afganistán	15
170	Libia	14
170	Sudán	14
170	Yemen	14
173	Siria	13
174	Corea del Norte	12
175	Sudán del Sur	11
176	Somalia	10

Obtenemos así, una primera conclusión:

De un listado de 176 estados, que España ostente una ubicación en el 41 puesto, y un índice de percepción de 58, cuando 100 es el índice de percepción que no hay corrupción, es una situación altamente preocupante en términos de política legislativa y confianza en las instituciones del Estado.

Y si hacemos un análisis económico de los efectos de la corrupción en España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) considera que la falta de competencia y la corrupción generan un sobrecoste de la contratación pública que equivale al 4,6% del PIB (aproximadamente 47.500 millones de euros/año)⁷.

En este Informe se destaca la necesidad de que el sector público en España debe autoimponerse una contratación pública cada vez más transparente, procompetitiva y económicamente eficiente, en beneficio de los ciudadanos, de las empresas y de las propias Administraciones Públicas. Destacándose sobre manera la importancia que el principio de libre competencia en el mercado tiene para la mejora de la eficiencia en la contratación pública, al señalar que “el principal instrumento de racionalidad económica para optimizar el empleo del

⁷. En “Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”, de fecha 5 de febrero de 2015, pág. 6, <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00115>, (consulta: 15/02/2018).

dinero público en los procedimientos de aprovisionamiento es, y debe seguir siendo, la introducción y salvaguarda de la libre competencia”⁸.

II. Síntomas y Mapa de la corrupción en el ámbito contractual.

Algunos de los síntomas de la existencia de corrupción en el ámbito de la contratación pública, puestos de manifiesto en la UE y también en nuestro país, son los siguientes⁹:

- Limitación de la competencia sin causas justificadas.
- Adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles.
- Modificaciones o ampliaciones del alcance de los contratos sin utilizar un procedimiento de contratación.
- Especificaciones técnicas hechas a medida de licitadores concretos.
- Fraccionamiento artificial de las ofertas, que no es lo mismo que la división en lotes del contrato, con la única finalidad de eludir las reglas de la publicidad y de concurrencia.
- Incumplimiento de requisitos de información y publicidad, así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación.
- Deficiencias en los pliegos de condiciones con una redacción confusa.
- Insuficiencias en la aplicación de criterios de selección adjudicación contractual.

A la vista de esta situación el mapa de la corrupción contiene acciones tanto en la fase previa a la licitación, como en la fase de adjudicación del contrato, como en la fase de ejecución contractual.

III. La corrupción debe combatirse con medidas legales preventivas y represoras

Dos ideas iniciales para valorar la implementación de acciones públicas para la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación pública:

- Pese a que la LCSP de 2017 no concreta una regulación sistemática relativa a la integridad, sí existen un conjunto de medidas concretas que contribuyen a su consecución.
- Y ello siguiendo la estela de las Directivas comunitarias cuya transposición pretende.

Estas Directivas son:

- La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁸. *Cit.*, pág. 4.

⁹. Como destaca MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *RVAP*, núm. 104-II. Enero-Abril 2016, pág. 82.

- La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

3.1. La corrupción debe combatirse con medidas legales preventivas y represoras en la LCSP.

El listado de los preceptos que la LCSP integra para combatir contra la corrupción, de manera preventiva, integra los siguientes instrumentos legales, al menos:

- Los principios generales de la contratación pública: Art. 1:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, (...) la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Estos principios no deben ser considerados como simples realidades formales, sino que debe atenderse a su eficacia material, para así dar cumplimiento a las Directivas comunitarias que la norma legislativa trata de atender.

Además, estos principios generales del Derecho de la contratación pública deben servir como criterios de interpretación de la propia LCSP, como instrumentos para salvar las lagunas normativas en esta materia y, por último, para dar coherencia a la totalidad de la normativa de la contratación pública existente en el derecho interno.

- La Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, art. 64 LCSP:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”.

“2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”.

La lucha contra la corrupción en materia de contratación pública está siendo objeto de reiterados estudios doctrinales y aportaciones reguladoras en el ámbito internacional, en general, y de la Unión Europea en particular.

Así, ya la Directiva 18/2004 había introducido algunas medidas en esta materia, al afirmar en su considerando 43 que: “debe evitarse la adjudicación de contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o que hayan sido declarados culpables por corrupción o fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas o por blanqueo de capitales”.

La Directiva 2014/24 avanza todavía más en la creación de medidas contra la corrupción e introduce el concepto de conflicto de intereses.

- Prohibición de contratar: Art. 71 LCSP.

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

“a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por (...) corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio”.

“g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma”.

- Compliance en sede contractual, como excepción a la declaración de la prohibición de contratar: Art. 72. 5 LCSP.

“y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia”.

- Limitación del uso de los contratos menores, art. 118 LCSP:

“3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2º”.

- Más transparencia, menos corrupción, art. 347.2 LCSP:

“Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundiéndose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público”.

La situación actual de utilización de esta Plataforma, a fecha 31 de diciembre de 2015¹⁰:

Tipo de Administración	Órganos de Contratación hasta el 31/12/2014	Órganos de Contratación hasta 31/12/2015	Altas en el año 2015
Administración General del Estado	1.180	1.269	89
Entidades Locales	1.647	1.939	292
Comunidades Autónomas	76	144	68
Entidades de Derecho Público	181	192	11
Otras Entidades del Sector Público	380	442	62
Total...	3.464	3.986	522

Este listado evidencia la ausencia de su obligatoria utilización por miles de entidades que se integran en el sector público local, pese a que resulta obligatoria su utilización según

¹⁰. En <https://contrataciondelestado.es/>, (consulta: 15/02/2018).

dispone la Disposición adicional 3ª de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado¹¹.

Como sostiene la CNMC, la necesidad de mayor transparencia en la contratación pública está considerada internacionalmente como el factor fundamental para mejorar adicionalmente la eficiencia en el aprovisionamiento de las Administraciones Públicas en el siglo XXI¹².

La oportunidad de mayores cotas de publicidad y transparencia han de ser entendidas a través de un triple prisma:

En primer lugar, implica mejorar adicionalmente el acceso a la información para los licitadores efectivos y potenciales, tanto en términos de mayor disponibilidad de datos como de reducción de costes informacionales. Esta mayor publicidad y transparencia tiene por objeto facilitar en la máxima medida el acceso a las licitaciones. Y debería concretarse, entre otros aspectos, en las características de los procedimientos, el propio pliego y contrato, las cláusulas generales y específicas y las peculiaridades contractuales.

Por otro lado, implica la necesidad de incrementar adicionalmente la transparencia y publicidad de la propia Administración en relación con todos los procedimientos que se hayan desarrollado, se encuentren abiertos o estén planificados. El aumento de la transparencia de la propia Administración redundaría en una mayor previsibilidad del sector público y un reforzamiento de la seguridad comercial y jurídica, con los consiguientes incentivos de los operadores, nacionales y extranjeros, a participar concurrencialmente de forma más decidida.

En tercer lugar, la mayor transparencia también debe entenderse como el fomento de una mayor estandarización en las diferentes categorías de contratos y, aún más importante, de las diferentes partidas de gastos incluidas. Las medidas estandarizadoras facilitarían significativamente las eficiencias y el acceso a la licitación y, por consiguiente, incrementarían también el número de operadores económicos interesados en acudir a la licitación como oferentes reales o potenciales¹³.

¹¹. La cual dispone que, “la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público. En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

¹². *Cit.*, pág. 9.

¹³. *Cit.*, págs. 10 y 11.

- **Otras medidas legales:**
 - Medidas para favorecer los recursos especiales para obras, concesiones de obras y servicios de valor superior a 3.000.000 euros o de 100.000 euros para el resto, art. 44 LCSP.
 - Límites a los modificados, que limitan su régimen cualitativo, art. 242 LCSP.
 - Profesionalización de las Mesas de contratación, art. 326.5 LCSP.
 - Creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de Proyectos, art. 332 LCSP.

3.2. La corrupción debe combatirse con medidas legales represoras

El protagonismo en los mecanismos de respuestas a la corrupción se ha concedido a los Derechos penales nacionales mediante la tipificación como delitos de aquellas conductas que suponen una desviación de los intereses públicos por afectar al correcto funcionamiento de las Administraciones, entendiendo que los sujetos activos de estos delitos contravienen el deber de servir con objetividad los intereses generales. De esta manera, la mayor parte de las conductas vinculadas a la corrupción en la contratación pública son susceptibles de integrar alguno de los «Delitos contra la Administración pública» (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación y/o negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos) o los «Delitos de corrupción en los negocios», en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, en beneficio propio o de tercero, y ya se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero¹⁴.

IV. ¿Y resultan suficientes estas medidas legales?.

Según Transparency Internacional España, se podrían actuar las siguientes medidas para luchar contra la corrupción, a modo de catálogo¹⁵:

¹⁴. TERESA MEDINA, *cit.*, pág. 85.

¹⁵. https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/medidas_urgentes_prevenir_combatir_corrupci%C3%B3n.pdf, (consulta: 15/02/2018).

5) Mejorar diversas disposiciones legales en el *ámbito sancionador*, incluyéndose a tal efecto la figura del delito por *enriquecimiento ilícito*, así como el desarrollo de un régimen específico de infracciones y sanciones en la Ley de Transparencia.

6) Aprobación urgente del *Reglamento de la Ley de Transparencia*, todavía pendiente tres años después de haberse publicado la Ley.

7) Publicación de una *Ley de protección a los denunciantes*: Para que los ciudadanos se sientan protegidos legalmente cuando conozcan hechos y deseen formular denuncias por fraude y corrupción.

8) *Regulación de los Lobbies*: Es necesario que se regulen desde un punto de vista legal los lobbies, se propicie su transparencia social, y se establezca obligatoriamente la creación de Registros de grupos de interés en las distintas instituciones públicas y parlamentarias.

10) Cumplimiento por las instituciones públicas de la normativa legal sobre publicidad de sus contratos. De una forma tan inaceptable como preocupante la mayor parte de las entidades públicas incumplen la obligación legal de publicar sus contratos y licitaciones en la *Plataforma de Contratación del Sector Público* (en función de lo establecido por la Ley 20/2013 de Garantía de la unidad de mercado). Es muy importante que la información general y detallada de los contratos y licitaciones que llevan a cabo los miles de entidades públicas españolas se encuentre centralizada a nivel nacional y a disposición de todos los ciudadanos y empresas de este país.

11) Eliminación del discrecional y poco transparente *sistema de libre designación* de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, pasando a basarse su designación en los principios de publicidad, mérito y capacidad, para evitar que sean elegidos por los propios Cargos electos a los que van a controlar.

En cualquier caso, el Grupo de Estados contra la corrupción, creado en el seno del Consejo de Europa (GRECO), ha declarado que España no ha cumplido las 11 recomendaciones que se le realizaron en el año 2013 (7 no están completamente cumplidas y 4 ni se han comenzado a implantar), así en su Informe de fecha 3 de enero de 2018 señala que:

- **“75. In view of the foregoing, GRECO concludes that none of the eleven recommendations contained in the Fourth Round Evaluation Report has been implemented satisfactorily or dealt with in a satisfactory manner by Spain. Seven recommendations have been partly implemented; four recommendations have not been implemented”.**

En breve, se obtiene una segunda conclusión:

España aún no ha realizado todas las actuaciones públicas tendentes a luchar contra la corrupción, quedan tareas pendientes más allá del ámbito de la contratación pública.

Pese a estos incumplimientos estructurales, debe destacarse el papel central que ocupan, en la lucha contra la corrupción, los empleados públicos, pues no sólo pueden actuar a través del cumplimiento de la legalidad vigente, sino a través de instrumentos novedosos, como puede ser en Castilla y León la Ley autonómica 2/2016, de 11 de noviembre (garantías

de los informantes)¹⁶. En esta ley se pretende “promover una eficaz lucha contra la corrupción”, a través de “establecer mecanismos que protejan eficazmente a quienes faciliten información sobre dichas conductas”¹⁷, pues su objeto es “regular las actuaciones de la Administración de la Comunidad de Castilla y León ante las informaciones que le sean facilitadas por su personal respecto de actuaciones que hayan realizados altos cargos o personal de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León en el ejercicio de sus cargos o funciones, de las que pudieran derivarse un posible delito contra la Administración Pública de los regulados en el título XIX del Código Penal, así como establecer las garantías que se otorgan a los informantes”.

¹⁶. BOE nº 296, de 8 de diciembre de 2016. Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.

¹⁷. Apartado I, de la Exposición de Motivos.