

Las carencias de la contratación pública en España: seguridad jurídica y control efectivo

M. Montalbán Padilla¹

¹ Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Murcia, manuel.montalban1@um.es.

La elección del tema de investigación, al que se refiere el título de la presente comunicación, trae causa principalmente de dos acontecimientos jurídicos producidos simultáneamente en el seno de las instituciones de la Unión Europea (en adelante UE) y que, además, me afectan directamente en el desempeño de mis funciones como Técnico de contratación pública, que es un ámbito de la actividad las Administraciones de gran repercusión en el gasto público y en el crecimiento económico. En primer lugar, la Comisión Europea publicó en febrero de 2014 su primer *Informe sobre la lucha contra la corrupción de la UE¹* en el que incluye un capítulo especial sobre la contratación pública, un sector de la actividad pública que considera muy importante para la economía de la UE pero también propenso a la corrupción. Y, en lo que se refiere a España, se identifican en el informe factores de riesgo en los procedimientos de contratación pública que incrementan su vulnerabilidad a la corrupción, razón por la cual se recomienda la difusión de buenas prácticas normalizadas sobre contratación. En segundo lugar, también en febrero de 2014 se aprobaron las nuevas Directivas sobre contratación pública², que parten del necesario respeto en la adjudicación de los contratos a los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, considerando el papel estratégico de la contratación pública para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantice al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos Y, a tal fin, propugnan una revisión y modernización de las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con las anteriores Directivas sobre la materia³. La transposición de estas Directivas al Derecho español es, en opinión de algunos expertos, una oportunidad para llevar a cabo una completa codificación y actualización de nuestra normativa sobre contratación pública, dotándola de la necesaria coherencia, seguridad jurídica y adecuado desarrollo reglamentario, y adaptándola a los principios, jurisprudencia y recomendaciones que emanan de las instituciones de la Unión Europea⁴. Para otros, las nuevas Directivas de contratación

¹ COMISION EUROPEA, *Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, 3 de febrero de 2014, Anexo España. (<http://ec.europa.eu/anticorruption-report>).

² Principalmente 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 (DOUE de 28 de marzo de 2014). Sobre el nuevo paquete normativo europeo, vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

³ Considerandos 1 y 2 de la Directiva 2014/24/UE. Vid., en relación a la apuesta del nuevo régimen jurídico europeo de contratación pública por la sostenibilidad, la transparencia, la innovación y la simplificación procedimental, GÓMEZ MANRESA, M^a. FUENSANTA, *Planeamiento urbanístico y desarrollo sostenible*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 157 a 174.

⁴ Entre otros, HERNÁEZ SALGUERO, ELENA, "Sobre la necesidad de abordar una regulación integral de la contratación pública en España", *Observatorio de Contratación Pública*, 19 de mayo de 2014. (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones>).

pública nos ofrecen una nueva oportunidad para intentar acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos⁵.

Tales premisas justifican, desde mi punto de vista, abordar un análisis detallado de la regulación vigente en España del procedimiento de contratación en todas sus fases, especialmente de los aspectos del mismo que se consideran más vulnerables a los comportamientos irregulares o corruptos, a fin de determinar cómo mejorar su regulación y control alcanzando mayores cotas de seguridad jurídica, teniendo en cuenta en todo caso las modificaciones que conlleva la transposición y aplicación de las nuevas Directivas. Se parte de la hipótesis de que tales prácticas se producen, principalmente, por la ineficiente regulación del procedimiento, así como por la ineficacia de los mecanismos de control y de rendición de cuentas⁶. Los resultados obtenidos podrán traducirse en propuestas de adopción de medidas que permitan garantizar el cumplimiento de los principios y fines que inspiran la contratación pública, conforme la normativa y jurisprudencia emanadas de las instituciones de la Unión Europea, en aras a alcanzar una mayor eficiencia del gasto público destinado a este sector. El análisis pretendido como objeto de la presente investigación requiere un previo estudio del marco teórico a tener en cuenta, que ha de estar integrado, de una parte, por las normas jurídicas aplicables al procedimiento de contratación pública en España y, de otra, por los principales estudios, informes o trabajos relacionados con el incumplimiento de tales normas y los principios que las inspiran, en los que se traten los efectos de tales incumplimientos y se formulen propuestas de mejora al respecto. Entre las normas vigentes aplicables se han tenido en cuenta, como punto de partida, las citadas nuevas Directivas sobre contratación pública promulgadas en el ámbito de la UE, representadas principalmente por la Directiva 2014/24/UE cuya transposición al Derecho español debería haberse producido no más tarde del pasado 18 de abril de 2016. También se ha tenido en cuenta nuestra normativa estatal que actualmente recoge todas las disposiciones aplicables a la contratación del sector público español que ya estaban vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas Directivas sobre contratación pública, contenidas esencialmente en el en Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁷ y sus reglamentos de desarrollo⁸. El estudio de todas las anteriores normas se ha centrado en tres aspectos fundamentales para el objeto de la investigación: los principios que inspiran la contratación pública, los preceptos reguladores del

⁵ GIMENO FELIÚ, JOSE MARÍA, "Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos", *Observatorio de Contratación Pública*, 12 de noviembre de 2014 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones>).

⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 251 a 334.

⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, (BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011), TRLCSP.

⁸ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 257, de 26 de octubre de 2001); y Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE nº 118, de 15 de mayo de 2009).

procedimiento de contratación, así como los medios o mecanismos que prevén para el control del cumplimiento de tales principios y regulación. Entre los trabajos anteriores relacionados con el tema de investigación, han sido objeto de estudio diversos informes elaborados en el ámbito público que tratan de la eficiencia en la contratación pública y, en particular, sobre la necesidad de un uso generalizado de la contratación electrónica y de la salvaguarda de la libre competencia como estrategias para alcanzar un uso más eficiente de los recursos financieros destinados a la contratación pública, posibilitando el ahorro de costes a la Administración a través de la simplificación y modernización de trámites burocráticos, o eliminando aquellas trabas o restricciones que obstaculizan la libre competencia para aumentar el número de participantes en la licitación, cuyo resultado repercutirá en la obtención de ofertas económicamente más ventajosas para la Administración, teniendo en cuenta además la importancia de la aportación económica de contratación pública como generadora de empleo y de riqueza en el país⁹. En el ámbito específico de la prevención y lucha contra la corrupción y otras prácticas irregulares y perjudiciales para los fines de la contratación pública, se ha abordado el estudio de diversos trabajos de los que se desprende como denominador común, en primer lugar, que existen altos niveles de mala administración y corrupción en la contratación pública española con el consiguiente impacto negativo desde el punto de vista económico, político y social; en segundo lugar, que nuestro ordenamiento jurídico no incorpora mecanismos e instrumentos eficaces para prevenir y combatir esas malas prácticas tan perjudiciales, ni las normas y medidas introducidas en los últimos años con objeto de garantizar los principios que inspiran la contratación pública han sido suficientes para evitar las irregularidades; y, en tercer lugar, que la lucha contra la corrupción y las prácticas irregulares en la contratación pública se ha convertido en un objetivo fundamental a tener en cuenta por la legislación y la actuación administrativa del sector, con el impulso de diversas instancias internacionales como la OCDE y la UE que promueven, bajo las nociones de buena administración e integridad, la adopción de medidas para evitar dichas prácticas y luchar contra ellas¹⁰.

Como se ha dicho anteriormente, la transposición al Derecho español de las nuevas Directivas de la UE sobre contratación pública supone, en opinión de los expertos, una oportunidad para llevar a cabo una completa codificación y actualización de nuestra normativa sobre contratación pública, así como para intentar poner fin a las malas prácticas y la corrupción a las que resulta tan propenso este sector de la actividad pública, teniendo en cuenta que las medidas y reformas introducidas en los últimos años no han

⁹ *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea*, Comisión Europea, 18 de Octubre de 2010 (<http://eur-lex.europa.eu>). *Guía sobre contratación pública y competencia*, Comisión Nacional de la Competencia (http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia_contratacion_publica_competencia.pdf). Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia en pos de la contratación pública electrónica». INT/646, 14 de noviembre de 2012 (DOUE C11 de 15 de enero de 2013).<http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁰ OCDE, *Principios para la integridad en la contratación pública (Principles for Integrity in Public Procurement*, París, 2009, <http://www.oecd.org>); CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ, op.cit., 2014; GIMENO FELIÚ, JOSE MARÍA, “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 12 de noviembre de 2014 (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones>).

sido suficientes para evitarlas o, al menos reducirlas. Sin embargo, llegada la fecha máxima prevista para dicha transposición ésta no se ha producido, lo que plantea nuevos problemas jurídicos en la interpretación y aplicación de la normativa vigente sobre contratación pública en España. Este incumplimiento del plazo se debe, principalmente, a que la transposición de las Directivas al Derecho español se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley, previa elaboración del correspondiente anteproyecto en el departamento ministerial competente. En el momento actual consta la existencia de un borrador de anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que fue sometido el pasado año a información pública¹¹, trámite en el que los diversos sectores han tenido ocasión de presentar alegaciones al mismo valorando, en términos generales, los avances introducidos, pero reclamando la modificación de numerosos aspectos de su redacción que consideran inadecuados o contrarios al ordenamiento jurídico de la UE¹². Así mismo, el anteproyecto fue sometido a Dictamen de Consejo Económico y Social (CES) emitido en fecha 25 de junio de 2015. Según consta en dicho documento, el anteproyecto persigue, además de la transposición de las nuevas Directivas 23/2014/UE, sobre concesiones, y 24/2014/UE, sobre contratación pública, los siguientes objetivos: 1) mejorar la eficiencia en la contratación pública, a través de la utilización de las nuevas tecnologías y sistemas electrónicos de comunicación, con el fin de potenciar a contratación electrónica; 2) mejorar la integridad y la transparencia en la contratación pública, mediante la adopción de una serie de medidas destinadas a garantizar esta últimas y evitar los posibles actos de corrupción; 3) simplificar y abaratar la gestión de los procedimientos de contratación pública, y lograr que sean más ágiles y eficientes; y 4) incluir en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. En sus observaciones generales el Dictamen destaca la mejora técnica del nuevo anteproyecto, y reconoce los avances en la claridad de lenguaje jurídico empleado y en la estructura de la futura norma que contribuyen a alcanzar el objetivo de evitar la confusión normativa y garantizar la seguridad jurídica. No obstante, considera que persisten redacciones confusas de preceptos que pueden dar lugar a dudas y problemas de interpretación, como ocurre con el artículo 64 que atañe a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. Además considera el CES que, siendo objeto de las nuevas Directivas evitar este grave problema, el anteproyecto no lo aborda con la suficiente ambición y profundidad, desaprovechando la ocasión para introducir de manera transversal cuantas disposiciones, procedimientos y cautelas sean necesarias para prevenir eficazmente desde el derecho administrativo la aparición de prácticas desviadas del interés general¹³.

De lo expuesto anteriormente se desprende que, tras el período de información pública del que ha sido objeto, la redacción del anteproyecto debe someterse a revisión para atender las consideraciones, alegaciones y observaciones antes mencionadas. Sin embargo, la tramitación quedó paralizada tras la disolución de las Cortes Generales con motivo de las elecciones generales celebradas el pasado 20 de diciembre de 2015, dada la interinidad

¹¹ Borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, 17 de abril de 2015. <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos>.

¹² Cabe destacar, entre otros, el escrito de consideraciones al anteproyecto elaborado conjuntamente, en fecha 7 de mayo de 2015, por las siguientes asociaciones empresariales: FEHR, AFELIN, ANECPA, FES, y CONAIF.

¹³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, 25 de junio de 2015, págs. 3, 12 y 13.

del Gobierno que se mantiene en funciones por falta de acuerdo que permita una nueva investidura, donde toda apunta a la celebración de nuevas elecciones. En este contexto político se ha cumplido la fecha máxima de transposición de las nuevas Directivas sobre contratación pública, y todo hace pensar que puede retrasarse bastante su incorporación al Derecho español, lo cual acentúa el problema de interpretación y seguridad jurídica existente en las normas vigentes aplicables, dado que ha de tenerse en cuenta ahora el denominado “efecto directo” del Derecho europeo que mantiene su primacía, predicable de las Directivas vencido el plazo de transposición, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra el Estado ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas¹⁴. Tal y como afirma al respecto GIMENO FELIÚ, “...los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos, y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa. Con el objetivo de evitar incertidumbres, contrarias al principio de seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional, parece conveniente que se presente un documento que resuelva o aclare qué preceptos tienen dicho efecto directo y deben ser ya aplicados. Y si esa función la desarrolló en 2005 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, parece más conveniente que la misma sea abordada de forma coordinada por los Tribunales Administrativos de contratos públicos...”¹⁵. Sin embargo, y en contra de la opinión de este autor, ha sido una vez más la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la que, en ejercicio de sus competencias, ha aprobado una Recomendación —en fecha 15 de marzo de 2016— dirigida a los órganos de contratación en relación con la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de las nuevas directivas de contratación pública¹⁶.

En cualquier caso, a pesar de los problemas de interpretación y de seguridad jurídica que encierra la aplicación de las nuevas Directivas, dada su no transposición en plazo al Derecho español, desde el punto de vista de la investigación que estoy realizando, ello supone una oportunidad para enriquecer con nuevo material el su objeto de análisis, dado que no serán pocos los casos en que los órganos administrativos y judiciales competentes para conocer de los recursos en materia de contratación tendrán que pronunciarse y, así, irán decantando una doctrina interpretativa de los preceptos de las Directivas que sean aplicables a cada caso concreto, lo que sin duda servirá para ir conformando lo que deba ser la nueva Ley de Contratos del Sector Público que, rectificando los numeros defectos ya detectados en el anteproyecto de la misma, responda en mejor medida a los principios, normas y recomendaciones emanadas de las instituciones de la UE, a lo que pretendo contribuir con los resultados del análisis que estoy realizando en mi investigación.

¹⁴ El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963.

¹⁵ GIMENO FELIÚ, JOSE MARÍA, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público. La directiva de concesiones”, *Observatorio de Contratación Pública*, 23 de septiembre de 2015. (<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias>).

¹⁶ Esta Recomendación ha sido publicada por Resolución de 16 de marzo de 2016 de la Dirección General del Patrimonio del Estado (BOE nº 66, de 17 de marzo de 2016).