

CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATOS Y CONCESIONES PÚBLICAS (*)

CARLOS AYMERICH CANO

SUMARIO: I. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VISIÓN GLOBAL.– II. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA.– III. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE 2014 Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN.– IV. MEDIDAS GENERALES. V. MEDIDAS ESPECÍFICAS: 1. Los conflictos de intereses: A) En el Derecho comunitario de la contratación pública. B) En el Derecho español. C) Conflictos de intereses y concesiones. 2. Exclusión de candidatos y licitadores. A) Sobre el concepto de corrupción. B) Inexistencia de bases de datos de condenas por corrupción a nivel europeo. C) Autocorrección.– VI. GOBERNANZA. 1. Órganos de supervisión. 2. Informes. 3. Cooperación administrativa.– VII. UN PROBLEMA PENDIENTE: LA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN.– VIII. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: Además de constituir una de las principales preocupaciones ciudadanas y, como tal, una de las principales fuentes del deslegitimación del sistema político, la corrupción tiene un importante coste económico, en especial en el ámbito de la contratación pública. Las nuevas Directivas de contratos y concesiones públicas prevén medidas, generales y específicas, para prevenir y sancionar este fenómeno. Mas, simultáneamente, el incremento de la discrecionalidad de los poderes adjudicadores, en forma de mayores posibilidades de negociación de los términos del contrato, incrementan los riesgos de corrupción.

Palabras clave: contratación pública; Unión Europea; corrupción.

ABSTRACT: Besides being one of the major public concerns and, as such, one of the main sources of delegitimization of the whole political system, corruption supposes significant economic costs, especially in the domain of public procurement. The new european directives of public procurement and concessions provide for measures, general and specific, to prevent and punish this phenomenon. But simultaneously, increasing the discretion of the contracting authority, in the form of greater chances of negotiation of the terms of the contract, increase the risks of corruption.

Key words: public procurement; European Union; corruption.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de octubre de 2014 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de diciembre de 2014.

I. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: VISIÓN GLOBAL

No es preciso insistir sobre la importancia que la lucha contra la corrupción tiene en el ámbito de la contratación pública, tanto cuantitativa como cualitativamente. En términos cuantitativos, se estima que un 20% del PIB de la UE se moviliza a través de la contratación pública, porcentaje al que se debe añadir el efecto inducido que esta actividad pública produce sobre el conjunto de la economía. Cualitativamente, si la corrupción es fuente de descrédito de las instituciones y de desconfianza hacia el proceso democrático, dada su predilección por los lugares de encuentro entre el poder político y el económico, puede afirmarse que los riesgos de corrupción en el ámbito de la contratación pública son especialmente elevados. Sirvan como prueba los escándalos mediático-judiciales que, en ocasiones con nombres bizarros —Pokemon, Picachu, Patos, Gürtel, etc.— se relacionan, directa o indirectamente, con esta actividad (1).

En la experiencia española, el análisis de los escándalos más graves de corrupción registrados desde la transición revela, además, la estrecha relación existente entre el fraude en la contratación pública y la financiación irregular de los partidos políticos por medio de comisiones que los adjudicatarios repercuten después sobre el erario público en forma de mayor precio y menor calidad o, en el caso de la gestión privada de servicios públicos, de mayores tarifas para los usuarios o mayores costes para los contribuyentes. Añádase a lo anterior el denominado *pantouflage*, es decir, el reclutamiento de altos cargos o de altos servidores públicos por empresas contratistas de la Administración, reveladora de la existencia de un tráfico de influencias que también afecta, por razones obvias, a la práctica contractual de las Administraciones Públicas. No por casualidad los datos demoscópicos indican que la corrupción ya es, junto a la situación económica y laboral, una de las principales preocupaciones de la ciudadanía.

En definitiva, la corrupción en la contratación pública es un fenómeno y una preocupación global, como atestiguan iniciativas e instrumentos promovidos por diferentes organizaciones internacionales como la ONU (2), la OCDE (3), el Consejo de Europa (4) y la propia UE, tanto en el ámbito de la prevención

(1) El primer Informe Anticorrupción de la UE cifra entre un 20 y un 25%, alcanzando en ciertos contratos el 50%, los costes suplementarios producidos por la corrupción.

(2) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CNUDMI) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).

(3) Por medio de las Guías para la Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública y la Convención contra la Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales.

(4) A través de los Convenios Penal y Civil y la creación del GRECO, acrónimo de «Grupo de Estados contra la Corrupción».

como en el de la represión, con la colaboración de agentes privados como ONG o empresas de consultoría.

II. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con el art. 83.1 TFUE, la corrupción es uno de esos «ámbitos delictivos» de «especial gravedad» y «repercusión transfronteriza» en los que las instituciones comunitarias pueden establecer, por medio de Directivas, criterios comunes para su persecución en el conjunto de la UE. El Tratado de Lisboa, al eliminar los denominados en la jerga europea «pilares» del ordenamiento comunitario —Mercado Único, Política Exterior y de Seguridad Común y, por último, Justicia y Asuntos de Interior— somete los asuntos del antiguo tercer pilar a los mismos procedimientos de decisión y al mismo control por parte del TJUE que los establecidos para el mercado interior (art. 67 a 89 TFUE). En cualquier caso, esta integración no se produjo hasta el 1 de diciembre de 2014 (art. 10, Protocolo 36 TFUE). Por consiguiente, los avances en el ámbito de la lucha contra la corrupción —excluidos los que afecten directamente a la protección de los intereses financieros de la UE o los incluidos transversalmente en otras políticas comunitarias (contratación pública, competencia, cooperación al desarrollo, comercio, etc.)— siguieron sometidos a la regla de decisión por unanimidad en el seno del Consejo y exentos de fiscalización por el TJUE. Por esta razón las decisiones adoptadas en este ámbito —como, por ejemplo, la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado— registran un elevado grado de incumplimiento (5).

Con el fin de impulsar la acción de la UE en la lucha contra la corrupción, partiendo del reconocimiento de que la efectividad del marco legislativo comunitario es insuficiente y de que los procedimientos de evaluación internacional no fueron capaces de generar el impulso necesario para combatir eficazmente la corrupción, una Comunicación de la Comisión de 2011 (6) propone que, a partir de 2013, se elabore un Informe Anticorrupción propio de la UE (7), de carácter bianual, la participación de la UE en el GRECO y la intensificación de la lucha contra la corrupción en todas las políticas comunitarias.

(5) Vid. Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, COM(2007)328, de 18 de junio de 2007.

(6) *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308.

(7) El mecanismo para la elaboración del Informe fue aprobado por Decisión de la Comisión C(2011)3673.

Por lo que se refiere específicamente a la contratación pública, la transposición de la sucesivas generaciones de Directivas europeas en materia de contratación pública provocaron, sin duda, un impacto positivo en la integridad de la contratación pública en el Estado español al clarificar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa contractual pública, ordenar los procedimientos de preparación y adjudicación de los contratos públicos (estableciendo una separación nítida entre los criterios de exclusión y selección de los candidatos, los de adjudicación del contrato y las condiciones de ejecución del mismo), incrementar la publicidad y la transparencia en la contratación, extender la aplicación de los principios de igualdad, no discriminación y publicidad a la fase de ejecución y a los contratos excluidos, por razón de su objeto o de de su cuantía, del ámbito de aplicación de las Directivas y, en fin, al establecer vías rápidas y eficaces de recurso.

La promulgación de un nuevo paquete de Directivas —la cuarta generación— en febrero de 2014 obliga a acometer una reforma en profundidad del TRLCSP vigente o incluso a su sustitución por un nuevo texto legal. Las nuevas Directivas reguladoras de los contratos y concesiones públicas simplifican y flexibilizan los procedimientos de contratación (en especial para los entes subestatales), regulan con mayor precisión e el denominado uso estratégico de la contratación pública —es decir, su empleo como instrumento de política social, ambiental o de innovación—, se preocupan por mejorar el acceso de las PYME, amplían los supuestos de contratación agregada —añadiendo a las tres fórmulas ya previstas en la Directiva 18/2004 las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, la contratación conjunta esporádica y la contratación conjunta transfronteriza— y, con una regulación específica de los conflictos de intereses (8), intentan asegurar la integridad en la contratación pública.

Sin embargo, llama la atención que, revisando la línea de reducción de la discrecionalidad seguida hasta el momento por el Derecho europeo, las nuevas Directivas de contratos y concesiones públicas amplíen hasta el 50% del precio de adjudicación el límite cuantitativo para que una modificación del contrato pueda ser considerada como sustancial e incrementen la discre-

(8) En principio, el art. 60 TRLCSP ya califica como prohibición para contratar haber sido condenado por delito de asociación ilícita, corrupción en transacciones financieras internacionales, tráfico de influencias, soborno, malversación o fraude, entre otros delitos, así como hallarse la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquier de los cargos electivos a los que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

cionalidad en la adjudicación de los contratos al sumar a los procedimientos abierto y restringido el de licitación con negociación y de asociación para la innovación, al tiempo que «normalizan» el de diálogo competitivo ya previsto en la Directiva 2004/18.

No por casualidad, el primer Informe Anticorrupción de la UE, hecho público en febrero de 2014 coincidiendo con la aprobación de las nuevas Directivas, incluye un estudio monográfico sobre la corrupción en la contratación pública (9). En apretada síntesis, este estudio identifica los principales riesgos de corrupción en todo el *iter* contractual (10), repasa las principales medidas y políticas de combate a la corrupción y recomienda evaluar de forma sistemática los riesgos de corrupción en la contratación pública, establecer estándares elevados de transparencia, reforzar los instrumentos de control interno y externo, mejorar la formación y la sensibilización de los operadores y endurecer los regímenes sancionadores así como incrementar su efectividad.

(9) El anexo correspondiente al Estado español destaca, tras un análisis sectorial de los trabajos de otros organismos e instituciones, la falta de un tratamiento integral y transversal de la lucha contra la corrupción. Para la UE el problema reside principalmente en la escasa efectividad del marco normativo existente, debida a la falta de medios con que han de desarrollar su trabajo organismos como la Fiscalía, la judicatura o el Tribunal de Cuentas. De todos modos, en materia como la actuación de los *lobbies*, la protección de los denunciantes e informadores y la contratación pública, el informe comunitario urge reformas legislativas. Debe destacarse la identificación, no inocente, que el informe realiza entre la integridad y las reformas políticas y económicas promovidas por la UE, tanto en el campo de la reforma del Estado y de las administraciones públicas —en el sentido de una mayor centralización— como en el de la consolidación fiscal («... en 2012 se tomaron medidas legislativas para reforzar el control sobre el gasto público, incluida una nueva Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que intensificó la disciplina presupuestaria en todos los niveles de la administración» p. 2).

(10) Las irregularidades más frecuentes, según el informe, serían las especificaciones técnicas hechas a medida para favorecer a determinados licitadores, la fragmentación de contratos para evitar procedimientos competitivos, los conflictos de intereses, criterios de selección desproporcionados y no motivados, la exclusión injustificada de licitadores, el recurso injustificado a procedimientos de emergencia y urgencia, el tratamiento inadecuado de las ofertas temerarias, la excesiva insistencia en el criterio del precio más bajo en detrimento de la calidad, las excepciones no justificadas a la publicación de anuncios de licitación y la modificación injustificada de contratos. Siguiendo el estudio PwC-ECORYS 2013, pueden identificarse cuatro grandes tipos de prácticas corruptas: (1) fraude en la licitación (*bid-rigging*) (2) cohecho (*kickbacks*) (3) conflicto de intereses y (4) otras irregularidades debidas a la negligencia o la ignorancia de los funcionarios o autoridades. Una identificación exhaustiva de los riesgos de corrupción a lo largo del *iter* contractual en GIMENO FELIÚ, José María (2010) «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 n° 147, p. 525 y ss.

III. LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE 2014 Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN

Los objetivos generales de las Directivas europeas en materia de contratación pública —asegurar el respeto a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad— así como las medidas en ellas contempladas —de publicidad y transparencia a nivel comunitario, en materia de recursos, de tratamiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias— tienen, *per se*, una incidencia positiva en la prevención de la corrupción (11). Sin embargo, no fue hasta la Directiva 18/2004 que se introdujo una referencia expresa a la materia al ampliarse los motivos de exclusión, anteriormente limitados a la condena por delitos relativos a la «moralidad profesional» de los candidatos o licitadores, a los delitos de «corrupción», fraude, participación en una organización delictiva o de blanqueo de capitales. Las nuevas Directivas de 2014, por su parte, introducen la regulación de los conflictos de intereses.

A efecto expositivos, cabe diferenciar entre medidas generales —es decir, la incidencia que en materia de lucha contra la corrupción tienen las previsiones generales de las Directivas— y las medidas específicas, previstas expresamente para prevenir riesgos o sancionar actos de corrupción.

IV. MEDIDAS GENERALES

Las previsiones generales de las Directivas en materia de publicidad de las licitaciones y adjudicaciones, transparencia y documentación de los procedimientos, equivalencia de las especificaciones técnicas, homologación de las exigencias de capacidad y solvencia y objetividad de los criterios de adjudicación actúan como mecanismos importantes de prevención de la corrupción, sobretodo si se completan con un sistema de recursos eficaz y procedimientos de contratación electrónicos.

Sucede, sin embargo, que eficacia anti corruptiva se ve limitada por la introducción en la nueva Directiva de medidas de simplificación de procedimientos, de fomento de la contratación agregada, de una mayor amplitud en la admisión de la modificación de los contratos (si se compara con los criterios marcados por la jurisprudencia del TJUE y la práctica de la Comisión), de la previsión de mayores posibilidades de negociación en la adjudicación de los contratos. Medidas, todas ellas, que al incrementar la discrecionalidad de los

(11) O, en palabras del Libro Verde de 1996, «los procedimientos de contratación justos, transparentes y no discriminatorios, así como la posibilidad de que los contratistas puedan defender sus derechos ante los tribunales nacionales, reducen el riesgo de fraude y corrupción en las Administraciones Públicas».

poderes adjudicadores incrementan los riesgos de corrupción tal y como el legislador comunitario reconoce de forma expresa (12). Por esa razón, autores como GIMENO FELIÚ proponen que la negociación se residence en un órgano técnico de asistencia en vez de ser competencia de órganos o autoridades de naturaleza política y, además, que la negociación se documente adecuadamente, constancia facilitada por el empleo de medios electrónicos de contratación (13). En todo caso, sea cuál sea la naturaleza del órgano competente, el punto sensible parece situarse en la intervención de empresas consultoras cuyos informes deciden en la práctica, dada la complejidad de estos procedimientos, la adjudicación del contrato. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Tal y como ha declarado reiteradamente el TJUE, aunque el régimen de las Directivas sólo se aplique a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación —sea por razón de su cuantía, sea por razón de su objeto—, los principios generales ya referidos y las exigencias que de ellos derivan son aplicables al conjunto de los contratos públicos (14). Desde este punto de vista, la legislación española suscita algunas dudas dada la opción seguida por la LCSP de 2007 de establecer dos regímenes diferentes dependiendo de si los contratos están o no sujetos a «regulación armonizada», resultando que en relación con estos últimos —es decir, los contratos «no SARA» (15)— es posible de recurrir a procedimientos no concurrenciales tales como la contratación menor o el procedimiento negociado sin publicidad mucho más allá de lo previsto en las Directivas y, sobre todo, por la sujeción de la contratación de determinadas entidades públicas exclusivamente a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 191 y 192 TRLCSP), concretados en las instrucciones aprobadas por los órganos directivos de las mismas.

(12) Así, por ejemplo, en el Considerando 45 de la nueva Directiva de contratos públicos respecto del procedimiento de licitación con negociación: *«El procedimiento de licitación con negociación debe ir acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. En particular, los poderes adjudicadores deben indicar con antelación los requisitos mínimos que caracterizan la naturaleza del procedimiento, los cuales no deben ser alterados en las negociaciones. Los criterios de adjudicación y su ponderación deben permanecer estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación, con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos. Las negociaciones deben tender a mejorar las ofertas con objeto de permitir a los poderes adjudicadores adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Las negociaciones pueden referirse al conjunto de características de las obras, suministros y servicios adquiridos, con inclusión, por ejemplo, de la calidad, las cantidades, las cláusulas comerciales y los aspectos sociales, medioambientales e innovadores, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos»*.

(13) GIMENO FELIÚ (2013: pp. 53-54).

(14) En MORENO MOLINA y DOMÍNGUEZ ALONSO (2014: pp. 141 y ss).

(15) Vid. MORENO MOLINA (2009).

Sea como fuere, la Directiva recuerda, en su art. 18, apartado 1, que *«los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada»*, añadiendo que *«la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos»*. En consecuencia, las que denominamos «medidas generales» de garantía de la integridad en la contratación no son sino la concreción, a lo largo del *iter* contractual, de los principios de transparencia y no discriminación.

En relación con la transparencia, son numerosas las previsiones de la Directiva dirigidas a garantizar la efectividad de este principio, comenzando por la publicidad indicativa, de la licitación, de la adjudicación y de la modificación del contrato —asegurando la plena accesibilidad, preferentemente por vía electrónica (art. 53), a los denominados en el art. 22.2 *«elementos esenciales de un procedimiento de contratación»*, es decir, *«pliegos de contratación, solicitudes de participación, las confirmaciones de interés y las ofertas»*, el contenido normalizado de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 y el Anexo V de la Directiva y con nomenclaturas también normalizadas a través del empleo del CPV o *«Vocabulario Común para los Contratos Públicos»* (art. 23)—, continuando con la información a todos los candidatos y licitadores de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de adjudicación, información que, de acuerdo con lo previsto en el art. 55, puede ser realizada, dependiendo de su contenido, de oficio o a instancia del candidato o licitador interesado.

Estas exigencias de transparencia — que deben aún completarse con las establecidas por la normativa general de transparencia y acceso a la información — han de ponderarse con las de confidencialidad (art. 21, 31.4 segundo párrafo y 55.3 entre otros) justificadas en atención a la salvaguardia del interés público, de intereses comerciales legítimos o de la competencia, excepciones que el TRLCSP contempla, por cierto, con un discutible espíritu expansivo (16).

(16) El art. 153 TRLCSP establece que *«El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)»*.

Otro principio relevante es el de no discriminación por razón de la nacionalidad y, en general, de no falseamiento de una competencia leal entre candidatos y licitadores. Diversas previsiones de la Directiva intentan prevenir y, llegado el caso, sancionar, la inobservancia de estos principios. Así, entre otras, las establecidas en el art. 26.4, en relación con las denominadas «*ofertas irregulares*»; en el art. 30.7, respecto al procedimiento de diálogo competitivo, al vedar expresamente que la negociación pueda alterar «*aspectos fundamentales de la oferta*», prohibición general directamente derivada del principio licitatorio que justifica también la regulación restrictiva de las modificaciones del contrato (art. 72); en el art. 31.4, en la regulación de la asociación para la innovación, que incluye una cautela general aplicable a la totalidad de los procedimientos con negociación en relación con la igualdad de trato entre candidatos y oferentes (17); en las limitaciones impuestas a los acuerdos-marco y demás sistemas de agregación de la demanda (art. 33 y ss.) en atención al riesgo de que la competencia pueda resultar, como advierte el Considerando 61, impedida, restringida o falseada; en las diversas salvaguardas contra la colusión o la información privilegiada de que ciertos candidatos o licitadores puedan beneficiarse (así en el art. 40 en relación con las consultas preliminares de mercado y 41 respecto de los candidatos o licitadores que actúasen como consultores del poder adjudicador o que, de cualquier otro modo, participasen en la preparación del procedimiento de contratación) (18); en la regulación de las especificaciones técnicas (art. 42), de las etiquetas (art. 43) y de la exigencia de normas de garantía de calidad o de gestión ambiental (art. 62), en los que expresamente se declaran admisibles otros medios de prueba; o, por último, en la regulación de los criterios de selección de candidatos y licitadores (art. 58) y de adjudicación del contrato (art. 67 a 69), que deben ser objetivos y no discriminatorios.

En todo caso, las principales amenazas a la transparencia se localizan en el fraccionamiento del objeto con el fin de evitar que el contrato entre en el campo de aplicación de la Directiva (art. 5.3) y en el uso del procedimiento negociado sin publicidad (art. 26.6 y 32), tanto porque prescindiendo de la

(17) «*Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de conformidad con el apartado 5 de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.*»

(18) Un ejemplo de aplicación de esta previsión en el Informe 12/2013, de 26 de julio, de la JCCA de Cataluña.

negociación se convierte en una adjudicación directa cuanto porque se emplea fuera de los motivos tasados enumerados en el art. 32.

La reciente sentencia de 29 de mayo de 2013 del Tribunal General de la UE constituye una buena muestra de cómo las instancias comunitarias aplican estos principios en la práctica. La resolución trae causa del recurso presentado por el Reino de España contra una Decisión de la Comisión Europea que, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora del Fondo de Cohesión, reduce la financiación europea de determinadas obras hidráulicas contratadas por una empresa pública dependiente de la Junta de Andalucía por no respetar, en su adjudicación, las Directivas y los principios generales rectores de la contratación pública en la UE.

La sentencia confirma la decisión impugnada al declarar que los proyectos en causa infringían el Derecho comunitario de la contratación pública —y, por consiguiente, la normativa rectora del Fondo de Cohesión (19)— al subdividir artificialmente los contratos para excluirlos de la aplicación de las Directivas reguladoras de la contratación pública (en aquel momento, la 93/37/CE, para los contratos de obra pública y la 92/50 para los contratos de servicios) (20); incluir como criterios de adjudicación la experiencia en la realización de obras similares en Andalucía y el del «precio medio» (21); emplear el procedimiento

(19) El art. 8, n.º 1, del Reglamento 1164/94, en la versión vigente al adjudicarse los contratos, estipulaba que *«los proyectos financiados por el fondo deberán respetar las disposiciones de los Tratados y demás actos adoptados para su ejecución y las políticas comunitarias, incluyendo las relativas a la protección del medio ambiente, a los transportes, a las redes transeuropeas, a la competencia y a la adjudicación de contratos públicos»*. El vigente Reglamento 1303/2013, que establece disposiciones comunes aplicables a los fondos e instrumentos financieros de la UE dispone en su art. 37.1, párrafo segundo que *«al aplicar el presente título, las autoridades de gestión, os organismos que ejecutan el fondo de fondos y los organismos que ejecutan el instrumento financiero deben cumplir la legislación aplicable, en especial en materia de ayudas estatales y contratos públicos»*.

(20) *«En primer lugar, la Comisión indicó que las autoridades españolas habían fraccionado artificialmente determinados contratos públicos correspondientes a una sola obra con el fin de sustraerlos al ámbito de aplicación de la Directiva 93/37, eludiendo así la obligación de publicar un anuncio en el Diario Oficial. Esta irregularidad, según ella, afectaba en particular a los contratos n.ºs 1 y 3 relativos al proyecto Andévalo, los contratos n.ºs 6, 7 y 8 relativos al grupo de proyectos Guadalquivir, y los contratos n.ºs 1 y 3 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga. La Comisión observó asimismo que, dado el importe por el que se habían adjudicado los contratos n.ºs 2 y 5 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga, ambos deberían haber sido publicados en el Diario Oficial»* (párrafo 48).

(21) *«En segundo lugar, la Comisión señaló que la entidad adjudicadora había incluido entre los criterios de adjudicación de todos los contratos controvertidos el criterio de la experiencia en España, en Andalucía y con la empresa GLASA. Dicha institución consideró, por una parte, que la inclusión de tal criterio no se ajustaba a la normativa de la Unión porque se refería a la capacidad de los licitadores y no al objeto del contrato y, por lo tanto, podía vulnerar el principio de igualdad de trato. Por otra parte, estimó que exigir experiencia en*

negociado sin publicidad para contratar obras complementarias de un contrato que ya había sido adjudicado sin anuncio previo (22); establecer un procedimiento de preadjudicación para negociar las condiciones del contrato una vez adjudicado por concurso (23) e indicar plazos demasiado cortos para la presentación de ofertas (24).

La sentencia contiene declaraciones especialmente interesantes respecto del fraccionamiento contractual y de la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario —en particular el de no discriminación por razón de la nacionalidad— a contratos no sometidos a las Directivas.

Respecto del fraccionamiento de los contratos, el tribunal repasa la doctrina jurisprudencial recordando que la existencia de una obra — es decir, de un objeto contractual único no susceptible de fraccionamiento — debe determinarse partiendo de la existencia de una identidad económica y técnica, constituyendo la proximidad temporal de los anuncios de licitación y la identidad de poder adjudicador un poderoso indicio de que los contratos se corresponden con una única obra. De este modo, rechazando las alegaciones en contrario de la representación española, la sentencia considera que la construcción de una

España, en Andalucía y con la empresa GIASA era contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Además, la Comisión se opuso al método denominado «del precio medio», utilizado para atribuir puntos en la evaluación económica efectuada durante la fase de adjudicación de la mayoría de los contratos controvertidos. La Comisión consideró que este método no se ajustaba a la normativa de la Unión, en la medida en que su utilización habría podido favorecer, en igualdad de condiciones en cuanto a los demás criterios, a ofertas más costosas que se aproximasen más al límite del “precio medio” frente a otras ofertas más ventajosas.» (párrafo 49).

(22) *«En tercer lugar, la Comisión reprochó a las autoridades españolas que hubiesen recurrido al procedimiento negociado previsto en la Directiva 93/37 para la adjudicación de las obras complementarias de un contrato público que ya había sido adjudicado, sin publicar por tanto previamente un anuncio de licitación. Según dicha institución, las autoridades españolas tampoco lograron probar la concurrencia de circunstancias imprevistas que justificaran el recurso a ese procedimiento con arreglo a las excepciones establecidas a tal efecto por la normativa de la Unión, de modo que deberían haber aplicado un procedimiento abierto. La Comisión limitó esta irregularidad a la modificación introducida por las autoridades españolas en el contrato n° 3 del proyecto Andévalo tras su adjudicación.» (párrafo 50).*

(23) *«En cuarto lugar, la Comisión reprochó a las autoridades españolas que, en el pliego de condiciones de los contratos adjudicados en el marco del grupo de proyectos Granada y Málaga, previesen un procedimiento de “preadjudicación” consistente en la posibilidad de negociar con el adjudicatario las condiciones de dichos contratos aun después de su adjudicación. Según ella, este procedimiento era contrario a la normativa de la Unión y podía privar por completo de eficacia al procedimiento abierto que había conducido a la adjudicación de tales contratos.» (párrafo 51).*

(24) *«En quinto lugar, la Comisión estimó que, en relación con los contratos n°s 2 y 5 relativos al grupo de proyectos Granada y Málaga, las autoridades españolas habían señalado un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas, contrariamente a lo prescrito por la Directiva 92/50.» (párrafo 52).*

única red de canalización conectada con único depósito, aunque abastezca de agua a diferentes municipios, constituye una obra única (25). Recuerda, además, que para juzgar ilícito el fraccionamiento de un contrato no se requiere probar la concurrencia de la voluntad del Estado miembro de defraudar lo dispuesto en las Directivas: *«la constatación de que se ha fraccionado un contrato contraviniendo la normativa de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos no presupone la demostración de una intención subjetiva de eludir la aplicación de las disposiciones contenidas en dicha normativa (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Alemania, citada en el apartado 67 supra, apartado 49). Cuando, como en el caso de autos, tal constatación ha quedado probada, carece de relevancia que la infracción resulte o no de la voluntad del Estado miembro al que le sea imputable, de su negligencia o incluso de dificultades técnicas a las que haya tenido que hacer frente (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1998, Comisión/España, C71/97, Rec. p. I5991, apartado 15).»* (26).

Por lo que se refiere a la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario a los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, la sentencia reitera que *«según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo que respecta a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los procedimientos previstos por la normativa de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, en particular el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C324/98, Rec. p. I10745, apartado 60; auto Vestergaard, citado en el apartado 109 supra, apartados 20 y 21; sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C264/03, Rec. p. I8831, apartado 32, y de 14 de junio de 2007, MedipacKazantzidis, C6/05, Rec. p. I4557, apartado 33).»* (27), aplicación que debe ser realizada después de comprobar el interés transfronterizo del contrato (28).

En definitiva, tras una exposición general del alcance del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (29), el tribunal concluye

(25) Cfr. párrafos 67 y ss. y la jurisprudencia allí citada

(26) Cfr. párrafo 95.

(27) Cfr., parágrafo 110.

(28) Interés que en el caso de autos resulta tanto del valor de los contratos como de la zona geográfica, próxima a la frontera portuguesa, de ejecución de los mismos (cfr. párrafo 114).

(29) *«...según jurisprudencia reiterada, el principio de no discriminación que se deriva del TFUE, en particular de las libertades fundamentales, no sólo exige eliminar toda discrimi-*

que el criterio de experiencia en la ejecución de obras en Andalucía viola el referido principio al tener como efecto *«favorecer las ofertas de los licitadores locales y penalizar las de operadores establecidos en otros Estados miembros, para los que resulta más difícil acreditar la experiencia requerida, aun cuando no se trate de una discriminación directa, como alega el Reino de España»* (30).

V. MEDIDAS ESPECÍFICAS

1. Los conflictos de intereses

A) En el Derecho comunitario de la contratación pública

A través del Libro Verde de 2011 para la Modernización de la Política de Contratos Públicos en la UE, la Comisión lanzó una consulta a nivel europeo relativa, entre otros asuntos, a la conveniencia de introducir una definición común de conflicto de intereses en el ámbito de la contratación pública y, eventualmente, medidas dirigidas a prevenir, identificar y resolver tales conflictos. Con ese propósito, el documento avanza una noción de conflicto de interés consistente en *«una situación en que las personas que participan en la decisión de adjudicación del contrato tienen obligaciones profesionales o personales o intereses personales o financieros que las pueden impedir de cumplir sus deberes de forma equitativa e imparcial, o en que una persona está en posición de influenciar el proceso de toma de decisión de la entidad adjudicadora para promover sus propios intereses»* (31).

Las respuestas positivas obtenidas en la consulta provocaron que las nuevas Directivas regulen los conflictos de intereses, tal y como estipula el art. 24 de la Directiva de contratación pública:

«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

nación en perjuicio de quien ejecuta obras o presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los operadores nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del operador establecido en otro Estado miembro en el que preste legalmente servicios análogos (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Säger, C76/90, Rec. p. I4221, apartado 12)» (párrafo 119).

(30) Cfr., párrafo 120.

(31) Cfr., COM (2011) 15 final, p. 53.

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación».

Repárese en que esta regulación es menos exigente que la que inicialmente recogía el art. 21 de la propuesta de Directiva de contratación pública, que obligaba a los Estados miembros a establecer *«normas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación»* (no simplemente a asegurarse que los poderes adjudicadores *«tomen las medidas adecuadas»*), hacía referencia expresa al *«el presidente del poder adjudicador y los miembros de sus órganos decisorios que, sin intervenir necesariamente en el desarrollo del procedimiento de contratación, podrían no obstante influir en su resultado»*, establecía el deber del personal del poder adjudicador de *«revelar la existencia de cualquier conflicto de intereses que pueda existir en relación con los candidatos o los licitadores, tan pronto como tengan conocimiento de ese conflicto, a fin de permitir al poder adjudicador adoptar medidas correctoras»* así como la obligación de que candidatos y licitadores presentasen, al inicio del procedimiento de adjudicación, una declaración relativa a la existencia de cualesquiera relaciones vínculos privilegiados con el personal del poder adjudicador *«que puedan colocar a esas personas en una situación de conflicto de intereses»*. Además, la Propuesta especificaba en qué podían consistir las *«medidas adecuadas»* adoptadas por los poderes adjudicadores: separación del personal afectado del procedimiento de contratación y, *«cuando un conflicto de intereses no pueda ser eficazmente corregido por otros medios»*, la exclusión del candidato o licitador incurso en el mismo. Igualmente, de la Directiva finalmente aprobada desapareció la obligación de que los candidatos realizasen, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Propuesta, *«una declaración por su honor de que no han realizado y no van a realizar»* ninguna conducta ilícita durante el proceso de adjudicación. Es decir, ni influenciar indebidamente la toma de decisiones, ni obtener informaciones confidenciales, ni establecer acuerdos colusorios con otros candidatos ni tampoco, en fin, proporcionar informaciones erróneas susceptibles de influir en las decisiones del poder adjudicador.

En realidad, la propuesta de Directiva se limitaba a reproducir lo dispuesto en la normativa presupuestaria y contractual aplicable a la administración comunitaria. En concreto, en el Reglamento comunitario 966/2012, de 25 de octubre, cuyos art. 57 (conflicto de intereses) y 107 (criterios de exclusión aplicables a las adjudicaciones) imponen directamente la separación del per-

sonal de la autoridad adjudicadora y la exclusión de los candidatos y licitadores incurso en conflicto de intereses, así como la imposición de sanciones administrativas y financieras a los candidatos u oferentes que proporcionen informaciones falsas (art. 109).

La vigente regulación de los conflictos de interés suscita la cuestión de cuáles sean sus consecuencias jurídicas, tanto para el contrato como para el personal del poder adjudicador y, en su caso, los candidatos y licitadores. De conformidad con el art. 57.4.e) de la Directiva, el conflicto de intereses constituye un supuesto de exclusión facultativa cuando no pueda ser eficazmente corregido a través de otros medios «*menos restrictivos*». Por su parte, de modo confuso, el art. 58 (criterios de selección) faculta a los poderes adjudicadores a suponer a que «*un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que este tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato*».

Por lo demás, el conflicto de intereses no es, en principio, causa que habilite para resolver el contrato, dado que el art. 73 sólo contempla como motivo de rescisión los supuestos de exclusión obligatoria enumerados en el art. 57.1, entre los que no se encuentra el conflicto de intereses. Sólo en el caso de que la situación fuese declarada por el Tribunal de Justicia como un incumplimiento grave del Derecho comunitario de la contratación pública un conflicto de intereses podría, de acuerdo con el art. 73.c), ser motivo de resolución del contrato.

B) En el Derecho español

Pendiente la transposición de las nuevas Directivas, la noción de conflicto de intereses en el ordenamiento español no se corresponde con la establecida por las nuevas Directivas. Ni la derogada Ley de Conflictos de Intereses de 2006 (32), ni el Estatuto Básico del Empleado Público (33) ni, tampoco, la Ley

(32) «A los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas» (art. 4.1).

(33) El art. 53 (principios éticos) impone a los empleados públicos, entre otros, los deberes de abstenerse de participar «en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público» y la prohibición de asumir obligaciones económicas o intervenir en «operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público». El art. 95.2, letras j) y n), tipifica como faltas muy graves «La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro» y el «incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad».

de Transparencia (34) ofrecen un concepto de conflicto de intereses tan amplio como el utilizado por el legislador comunitario.

Con todo, lo más preocupante es que la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del Ejercicio de los Altos Cargos en la Administración General del Estado, integrado en el denominado «Plan de Regeneración Democrática» promovido por el gobierno español, mantiene esta divergencia al determinar (art. 11.2) *«que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos»*.

Tal y como apunta Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ (35) debe criticarse que el proyecto emplee una noción de conflicto de intereses más restrictiva — por limitarse a la toma de decisiones y vincularse a la existencia de un beneficio o de un perjuicio — que la utilizada por las nuevas Directivas de Contratos y Concesiones Públicas (36) y en los documentos de la OCDE (37). Cabe pues concluir que *«la definición del conflicto de intereses que incorpora el proyecto de ley se ciñe a aquellos casos más graves que la doctrina, académica acostumbra a vincular con la corrupción entendida como aquel conflicto de intereses que supone un provecho para el alto cargo obteniendo una ganancia vulnerando el marco de referencia, que en aquellos casos en que el marco*

(34) El art. 26.b.5º de la Ley de Transparencia establece que los altos cargos incluidos en su ámbito de aplicación *«no se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asunto sin que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad»*. Por su parte, el art. 27 estipula que *«El incumplimiento de las normas de incompatibilidades o de las que regulan las declaraciones que han de realizar las personas comprendidas en el ámbito de este título será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la normativa en materia de conflictos de intereses de la Administración General del Estado y para el resto de Administraciones de acuerdo con su propia normativa que resulte de aplicación»*.

(35) Cfr., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, X Legislatura, nº 549, p. 9.

(36) Esta preocupación ya había sido manifestada por la Comisión Europea en la Comunicación sobre la Protección de los Intereses Financieros de la UE a través del Derecho Penal y la fiscalización administrativa [COM(2011) 293 final]: *«La OLAF se encuentra con un problema recurrente en lo que respecta a la definición de conflicto de intereses. Las investigaciones revelan que en algunos Estados miembros, los adjudicatarios de contratos públicos pueden participar en el diseño del pliego de condiciones sin cometer una infracción penal. La sanción de estos comportamientos debe consistir en una infracción penal, como la corrupción»* (la traducción es nuestra).

(37) *«Un conflicto de intereses representa un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales»*, Cfr., OCDE (2004), *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, INAP, Madrid, p. 4.

de referencia sea el Código Penal, será un delito punible de corrupción. Pero hay otros supuestos de corrupción que pueden ir más allá de lo previsto en el Código Penal y que por ello deberían ser reflejados en este texto» (38).

Sin embargo, más allá de las divergencias normativas, el principal obstáculo a la eficacia de estas previsiones es de carácter práctico: en el anexo correspondiente al Estado español, el ya mencionado Informe Anticorrupción de la UE destaca, junto con la falta de regulación legal de la actividad de los grupos de interés y la inexistencia de medidas específicas para la protección de los denunciantes en la legislación laboral y funcionarial, las dificultades para conocer los vínculos entre los intereses de los operadores económicos y los del personal de los poderes adjudicadores.

Parece, sin embargo, que no será la Ley Reguladora del Ejercicio de los Altos Cargos en la Administración General del Estado la que solucione el problema. Ciertamente, la ley contiene medidas preventivas tales como la formación de los altos cargos (39) o la exigencia de sendas declaraciones de actividades (art. 16) y de bienes y derechos (art. 17) que los altos cargos deben formular *«en el plazo improrrogable de tres meses desde su toma de posesión o cese»*. Con relación a la primera, el texto introduce como novedad la obligación de remitir al Registro de Actividades de Altos Cargos certificación de las dos últimas declaraciones anuales anteriores a la toma de posesión así como la posibilidad de que la Oficina de Conflictos de Intereses solicite del Registro Mercantil, del de Fundaciones y de las entidades gestoras de la Seguridad Social cuantos datos precise para comprobar la exactitud de las referidas declaraciones. En cuanto a la segunda, el proyecto limita esta declaración a una certificación de la liquidación anual del Impuesto de Patrimonio o, de no estar el alto cargo obligado a tributar por él, a presentar *«un formulario equivalente que elaborará la Oficina de Conflictos de Intereses en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria»*. De este modo se deslegaliza, como advierte el Consejo de Estado, el contenido de la declaración de actividades. Esta degradación de rango normativo, que obviamente no se compadece con la importancia y la alarma social que el asunto provoca, resulta aún más llamativa de compararla con el detalle a que desciende el art. 12 de la derogada Ley 5/2006 (40) que, aunque sólo sea a

(38) Cfr., *Diario de Sesiones...*, cit., p. 10.

(39) Establecida por el art. 10 como obligación de los altos cargos de formarse, como deber de información a cargo de la Oficina de Conflictos de Intereses y, por último, como oferta de iniciativas formativas en materia de *«conflictos de intereses y buen gobierno»* promovidas por la citada Oficina.

(40) Precepto que, además de exigir la certificación de las correspondientes declaraciones tributarias, establecía que *«La declaración patrimonial comprenderá, al menos, los siguientes extremos: (a) Los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales que posean. (b) Los*

título voluntario, preveía también que esta declaración pudiese ser presentada por el cónyuge del alto cargo o persona con el que éste conviva en análoga relación de afectividad (41). La ley, en vez de convertir en obligación esta posibilidad o incluso de extenderla a descendientes y personas sometidas a tutela del alto cargo, simplemente elimina cualquier referencia a la pareja y familia del alto cargo.

Nótese, por lo demás, que en contraste con el carácter público del Registro de Actividades, el de Bienes y Derechos Patrimoniales mantiene su carácter reservado aún cuando esté prevista, de conformidad con el RD 432/2009, de 27 de marzo, dar una publicidad limitada de estas declaraciones a través del BOE, previsión que la ley mantiene en términos idénticos a los que establecía en la Ley 5/2006, tras la modificación introducida por la DF 2ª de la Ley de Transparencia (42).

A pesar de los numerosos pasos atrás respecto de la normativa vigente, el refuerzo de la Oficina de Conflictos de Intereses sería, según los argumentos empleados por el gobierno español, razón suficiente para defender la necesidad del proyecto (43). Mas, ¿en qué consiste tal refuerzo? De acuerdo con

valores o activos financieros negociables. (c) Las participaciones societarias. (d) El objeto social de las sociedades de cualquier clase en las que tengan intereses el alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas. (e) Las sociedades participadas por aquellas otras que sean objeto de declaración según el apartado c) con señalamiento de sus respectivos objetos sociales».

(41) Recuérdese que el IV Informe GRECO recomendaba extender la obligación de formular declaraciones de bienes y actividades a los cónyuges de diputados y senadores. Parece que, aún con más razón, esta recomendación debería ser seguida en el caso de los altos cargos. Una muestra de la aplicación de esta incompatibilidad en el ámbito contractual en el Informe 13/2013, de 28 de noviembre, de la JCCA de Cataluña [director general de una empresa que mantiene una relación afectiva con una trabajadora de la entidad adjudicadora, aplicación del motivo de prohibición para contratar del art. 60.1.f) TRLCSP].

(42) El art. 21.5 de la ley establece que «El contenido de las declaraciones de bienes y derechos patrimoniales de los miembros del Gobierno y de los Secretarios de Estado y demás Altos Cargos se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado», en los términos previstos reglamentariamente. En relación con los bienes patrimoniales, se publicará una declaración comprensiva de la situación patrimonial de estos Altos Cargos, omitiéndose aquellos datos referentes a su localización y salvaguardando la privacidad y seguridad de sus titulares». Un ejemplo de esta publicación en la Resolución de 23 de septiembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, BOE nº 232, de 24 de septiembre de 2014 (<https://www.boe.es/boe/dias/2014/09/24/pdfs/BOE-A-2014-9682.pdf>).

(43) El Plan Nacional de Reformas 2014, tras afirmar que el proyecto de ley «cubre un vacío legal y crea más obligaciones, control, fiscalización y transparencia para los altos cargos» (p. 10) destaca como una de sus principales medidas la «Creación de un sistema de alerta temprana de conflicto de intereses y el refuerzo de la Oficina de Conflictos de Intereses» (p. 105). En ese mismo sentido, PENDÁS GARCÍA, Benigno, director del Centro de Estudios Políticos

la Exposición de Motivos, éste derivaría de la elevación de su rango administrativo, del control parlamentario del candidato designado para presidirla, de la mejor definición de sus funciones así como del establecimiento de vías de colaboración con la Agencia Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Registro Mercantil o el de Fundaciones. En cualquier caso, sin negar la relevancia de alguna de estas novedades, el cambio parece más cosmético que real por cuanto la Oficina sigue dependiendo orgánicamente del gobierno, su director es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del titular de Hacienda y Administraciones Públicas —aunque lo sea después de la comparecencia del candidato ante la comisión parlamentaria competente. Tal y como recordó alguno de los comparecientes ante la Comisión Constitucional del Congreso en el curso de los debates sobre el Plan de Regeneración Democrática, citado el anexo relativo a España del Informe sobre Corrupción de la UE (44), la independencia respecto del gobierno es un requisito esencial para los organismos llamados a combatir la corrupción (45), exigido, además, por los instrumentos internacionales de prevención y combate a la corrupción ratificados por el Estado español (46).

y Constitucionales destacó, en el curso de su comparecencia ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados que, junto a los indicios de enriquecimiento injustificado del art. 23, la principal novedad del proyecto reside en el refuerzo de la citada Oficina.

(44) *«Como parte de un ministerio, la Oficina no es independiente y no tiene autonomía presupuestaria. La independencia constituye un elemento clave a la hora de garantizar las salvaguardias necesarias para una verificación imparcial de los bienes e intereses de los cargos públicos»* [cfr., Anexo España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE, COM (2014) 38 final, p. 11].

(45) Comparecencia de VAQUER CABALLERÍA, Marcos (cfr., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ibid., p. 8). Compartir la crítica no supone, en cualquier caso, asumir la alternativa propuesta: la integración de la Oficina de Conflictos de Intereses en el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la Ley 19/2013 que, al fin y al cabo, también está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, hasta el punto de que su Presidente es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del titular de ese departamento (cfr., art. 33 y 37 LT).

(46) También en este sentido CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí, *Diario de Sesiones ...*, cit., p. 10: *«España es parte de la Convención contra la corrupción de las Naciones Unidas y también del Convenio penal sobre corrupción del Consejo de Europa que establecen la necesidad de crear un organismo independiente especializado y dotado con los recursos suficientes para llevar a cabo las actividades de lucha y prevención de la corrupción, entendida ésta en sentido amplio»*.

C) Conflictos de intereses y concesiones

El «Informe sobre fiscalización de los peajes en sombra» elaborado por el *Consello de Contas* gallego (47) revela que en todos los contratos objeto de fiscalización —cinco contratos de concesión de obra pública para la construcción y explotación de autovías— la administración gallega contó con el asesoramiento de empresas externas para la preparación del contrato, la valoración de las ofertas y el control de la ejecución de las obras. Esta participación de empresas de consultoría puede suponer un conflicto de intereses, riesgo que se incrementa al comprobar que, frecuentemente, es una única empresa la que realiza estas tres funciones en relación con un mismo contrato. Máxime cuando estas consultoras colaboran habitualmente con las adjudicatarias, seleccionadas y controladas por ellas, en otros contratos. De acuerdo con la información comercial facilitada por las propias consultoras, esta colaboración parece habitual (48).

Sin embargo, en el art. 35 de la Directiva de concesiones las referencias a los conflictos de intereses son bastante más limitadas que en la de contratación pública:

«Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen 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 adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.»

El concepto de «conflicto de intereses» abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.

(47) http://www.ccontasgalicia.es/files/informes/2008/Peaxe_en_sombra_2008_G.pdf.

(48) «En Estados Unidos inicia Eptisa la actividad trabajando para las principales empresas constructoras de grandes infraestructuras afincadas en la zona, participando con Dragados en el proyecto de ingeniería más importante de Florida de los últimos 50 años, las mejoras de la autopista I-595». [Cfr., <http://www.eptisa.com/es/eptisa-en-el-mundo/america/>, acceso 24/08/2014]. En el caso de la autovía Santiago-Brión, adjudicada a la empresa Dragados, la UTE Eptisa-Idasa fue contratada para asesorar a la administración gallega en la preparación, adjudicación y control de la ejecución del contrato vid. *Informe...*, cit., p. 17, cuadro 1; p. 24, cuadro 5; p. 36, cuadro 11; p. 49, cuadro 18; y p. 101 y 102).

En lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados».

Nótese que la diferencia fundamental reside en que los sujetos del conflicto de intereses son, exclusivamente, los «miembros del personal del poder adjudicador o entidad adjudicadora que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento» omitiéndose cualquier referencia a los «proveedores de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador» a los que sí alude expresamente el art. 24 de la Directiva de contratación pública. Aunque todo indique que la omisión no es casual, debería concluirse que conductas como las anteriormente descritas se subsumen en la noción genérica de «fraude», «favoritismo» y «corrupción» del primer párrafo del precepto y ser, por tanto, objeto de persecución.

2. Exclusión de candidatos y licitadores

A) Sobre el concepto de corrupción

La exclusión obligatoria de candidatos o licitadores por la comisión de delitos de corrupción, fraude, blanqueo de capitales o pertenencia a una organización delictiva ya estaba prevista en la Directiva 18/2004. Esta Directiva también preveía la exclusión facultativa para el caso de encontrarse el candidato o licitador en situación de insolvencia, haber sido condenado por algún delito que afecte a su «moralidad profesional», no haber cumplido con sus obligaciones en materia tributaria o de seguridad social, haber cometido alguna falta grave en materia profesional o haber proporcionado informaciones falsas en el curso del procedimiento de contratación. Igualmente, preveía la posibilidad de exceptuar, por motivos de interés general, la aplicación de estos motivos de exclusión así como que la prueba de no estar incurso en ninguna causa de exclusión debía realizar por medio de certificados oficiales.

Las nuevas Directivas de 2014, tanto la de contratación pública como la de concesiones, completan el marco ya descrito con la previsión de nuevos motivos —en especial los relativos al incumplimiento de la normativa laboral o ambiental, tipificada ahora como causa de exclusión obligatoria y el conflicto de intereses—, una regulación más detallada de los medios de prueba y, sobre todo, con la introducción de las denominadas medidas de autocorrección.

Persisten, sin embargo, los problemas que suscitaba la normativa anterior: (a) la falta de armonización entre los Estados miembros en materia penal; (b) la inexistencia de una base de datos unificada a nivel europeo que permita conocer, en tiempo real, las condenas y resoluciones dictadas por las autoridades de los diferentes Estados; y (c) la previsión de excepciones singulares a la

aplicación de los motivos de exclusión obligatorios que, obviamente, pueden ser utilizadas como puertas abiertas al fraude (49).

El primero de los problemas apuntados deriva de que, según lo dispuesto en el art. 10 del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, hasta el 1 de diciembre de 2014, las instituciones europeas no asumirán plenas competencias en materia penal —es decir, en lo relativo a los ámbitos delictivos de especial gravedad y repercusión transfronteriza entre los que se cuenta la corrupción (art. 83 TFUE). Es por esa razón que el legislador europeo se negó a incluir en las Directivas una definición autónoma y vinculante para los Estados miembros de lo que deba entenderse por delitos de corrupción, limitándose a efectuar una remisión a normas comunitarias no obligatorias y a las respectivas legislaciones estatales. Pero, todo sea dicho, este argumento no resulta convincente si se atiende a que el plazo de transposición de las Directivas vence más tarde que el 1 de diciembre de 2014 (50). Así las cosas, los art. 57.1.b) de la Directiva de contratos y 38.4.b) de la de concesiones se remiten a la noción de corrupción recogida en la Decisión-Marco 2003/568/JAI, del Consejo, relativa al combate contra la corrupción en el sector privado, para la cual debe entenderse por corrupción activa *«prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones»* (51).

En el caso español, las divergencias estriban en que mientras el art. 286 bis de Código Penal tipifica el delito de corrupción entre particulares en términos idénticos a los establecidos por la Decisión-Marco 2003/568/JAI, el delito de cohecho activo tipificado en el art. 424 sólo enumera como conductas típicas la oferta y la entrega, pero no la promesa.

Por lo demás, el art. 60.1.a) TRLCSP, al enumerar como prohibición para contratar la condena por delitos de corrupción, se refiere a los de *«corrupción en transacciones económicas internacionales»* (cuando el art. 445 CP habla de *«corrupción en transacciones comerciales internacionales»*, en línea con la

(49) Vid. art. 57.3 de la Directiva de contratos y 38.6 de la de concesiones.

(50) El plazo general, para las dos Directivas, es el 18 de abril de 2016.

(51) Definición que coincide sustancialmente con la establecida, ya en 1997, por el Convenio para el combate contra los actos de corrupción en que estén implicados funcionarios de la UE o de sus Estados miembros. El deficiente cumplimiento por parte de los Estados de estas iniciativas penales de la UE fue denunciado por la propia Comisión en el Informe dirigido al Consejo relativo al cumplimiento de la Decisión-Marco 2003/568/JAI sobre corrupción en el sector privado, que concluye lamentando *«que la transposición de esta decisión— marco esté tan retrasada en los Estados miembros»*. Por más que desde 2007 las cosas hayan mejorado algo, el problema de fondo permanece.

denominación empleada por el Convenio auspiciado por la OCDE], «tráfico de influencias», «fraudes y exacciones ilegales», «malversación», «receptación» y «conductas afines». Quedan sin enumerar otros delitos que, en buena lógica, deberían englobarse en el concepto de corrupción recogido por las Directivas tales como las prevaricaciones contractuales o, desde luego, el ya referido de «corrupción entre particulares» del actual art. 286 bis CP o el de «alteración de precios en subastas o concursos públicos» del art. 262 CP que, junto con la pena de prisión, prevé expresamente la de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por tiempo de tres a cinco años. Se halla en tramitación un proyecto de reforma del Código Penal español, que va a afectar a la regulación de varios delitos relacionados con la corrupción como, entre otros, el art. 286 bis (52).

Algo similar sucede en relación con el delito de fraude (art. 57.1.c), que la Directiva define por remisión al art. 1 de la Convención para la protección de los intereses financieros de la UE, instrumento elaborado en 1995 (53) en cuya virtud los Estados miembros firmantes se comprometen a tipificar penalmente el fraude al presupuesto comunitario castigándolo, en los casos más graves, con penas privativas de libertad susceptibles de permitir la extradición. Los problemas, en este caso, derivan del diferente tratamiento que el CP español otorga al fraude de fondos europeos (art. 306) y al fraude de subvenciones

(52) Que, con una nueva numeración (art. 286 ter), completaría la descripción de la conducta típica en los términos siguientes: «*Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, en beneficio de éstos o de otro, para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja*».

(53) «1. A efectos del presente Convenio será constitutivo de fraude que afecta a los intereses financieros de las Comunidades Europeas(a) en materia de gastos, cualquier acción u omisión intencionada relativa: –a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta; –al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto; –al desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio;(b) en materia de ingresos, cualquier acción u omisión intencionada relativa: –a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tengan por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las Comunidades Europeas o por su cuenta; –al incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto; –al desvío de un derecho obtenido legalmente que tenga el mismo efecto».

(art. 308). Y es que, diferencias cuantitativas aparte, el último de los tipos citados prevé que el reintegro de las cantidades defraudadas pueda excluir la responsabilidad criminal, previsión no contemplada para el caso de que el fraude afecte al presupuesto europeo.

Como cláusula de garantía, el apartado 5 del art. 57 (y, en sentido idéntico, el 8 del art. 38 de la Directiva de concesiones) prevé que estos motivos, tanto los imperativos como los facultativos, pensados para impedir ya de inicio la participación en el procedimiento de contratación, puedan operar en cualquier fase del mismo.

B) Inexistencia de bases de datos de condenas por corrupción a nivel europeo

A diferencia de lo dispuesto por el Reglamento 966/2012 para la contratación de las instituciones comunitarias (54), las Directivas de 2014 no prevén la creación de una base de datos europea en materia de exclusiones para contratar. La Directiva de contratación se limita a recomendar la cooperación entre los Estados miembros, al establecer que *«los Estados miembros se prestarán asistencia recíproca y tomarán medidas para cooperar de forma eficaz entre sí, con el fin de garantizar el intercambio de información sobre las cuestiones mencionadas en los artículos 42, 43, 44, 57, 59, 60, 62, 64 y 69. Deberán garantizar la confidencialidad de la información que intercambie»* previsión que, como se puede comprobar, alude directamente a las exclusiones.

C) Autocorrección

Extendiendo la posibilidad ya establecida en el ordenamiento de algunos Estados miembros y siguiendo la línea indicada por ciertos autores (55), las nuevas Directivas recogen la denominada autocorrección, es decir, la posibilidad de que una empresa incurso en algún motivo de exclusión, obligatorio o facultativo, pueda ser admitida al procedimiento de contratación tras compensar el daño causado y/o adoptar medidas que aseguren que no incurrirá de nuevo en esas situaciones o conductas. En concreto, el apartado 6º del art. 57 de la Directiva de contratación dispone:

(54) En efecto, el art. 108 prevé la creación de una base de datos central de exclusiones en que serán registrados todos los candidatos y licitadores incurso en algún motivo de exclusión. Sin embargo, esta previsión, que ya constaba en Reglamentos financieros anteriores, dista de ser eficaz debido al limitado uso que de ella hacen unos Estados miembros que, por lo general, prefieren emplear sus propias bases de datos.

(55) Vid. ARROWSMITH; PRIESS y FRITON (2009).

«Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva».

Se trata, en definitiva, de aplicar en el ámbito de la contratación pública las medidas que, en el marco de las actuales políticas de lucha contra la corrupción, benefician a las empresas y, en especial, a las grandes consultoras internacionales (56). En la actualidad, el Código Penal español ya contempla estas medidas de «compliance» como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (57). La reforma del Código Penal de marzo de 2015 establece que contar con un modelo de prevención de la antes de la comisión del delito exime a la empresa de cualquier responsabilidad penal (58).

(56) Sobre la industria de la lucha contra la corrupción, vid. SAMPSON (2010).

(57) El vigente art. 31.bis CP estipula que la responsabilidad penal puede atenuarse cuando se demuestre «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

(58) Lo cual, a mi parecer, constituye una contradicción evidente: el hecho de que el delito se haya cometido desmiente la eficacia preventiva de un sistema que, incluso en ese caso, sí sirve para eximir a la empresa de responsabilidad.

VI. GOBERNANZA

Las nuevas Directivas contienen previsiones de carácter organizativo e informativo que, a pesar de su alcance general, poseen una especial relevancia en lo que respecta a la prevención y a la persecución de la corrupción y el fraude. Disposiciones sobre la instauración de organismos de supervisión a nivel estatal, sobre la conservación de contratos y expedientes, acerca de la elaboración y remisión de informes, generales e individuales, así como sobre el establecimiento de deberes generales de cooperación entre los diferentes Estados miembros, también con una incidencia especial sobre las medidas generales y particulares que, en materia de integridad, contemplan las Directivas.

Apúntese, en todo caso, que entre las Propuestas de 2011 y la versión final de las Directivas de 2014 se registra un evidente recorte resultando, al fin, unas previsiones mucho menos ambiciosas de lo que en un principio se había previsto.

1. Órganos de supervisión

En principio, las Propuestas de 2011 preveían la creación de un único órgano de supervisión en cada uno de los Estados miembros, con funciones de seguimiento, asesoramiento, consulta, control y denuncia extendidas a la contratación del conjunto de los poderes adjudicadores. En coherencia con esas tareas, los Estados debían asegurar a ese órgano único la legitimación para impugnar, en vía administrativa y judicial, las irregularidades detectadas así como comunicarles todos los contratos de obras adjudicados por valor superior a 10 M€ y de suministros y servicios superiores a 1 M€ aparte de facilitarles pleno acceso a los demás cuando así lo solicitasen. Ese organismo, además, actuaría como «*punto de contacto específico*» con la Comisión en el ejercicio de las competencias a ésta atribuidas de control de la aplicación del Derecho y de ejecución del presupuesto de la UE.

Mas, como ya fue indicado, las Directivas no exigen que se cree un órgano estatal único con las características ya vistas sino, más modestamente, que los Estados designen «*una o más autoridades, organismos o estructuras*» a las que encomendar las misiones previstas en el art. 83 reguladas, por lo demás, en términos muchos menos amplios que en la Propuesta. En concreto, nada se dice acerca de reconocerles legitimación para impugnar las irregularidades advertidas, atribuyéndoles, en compensación, apenas la facultad de «*señalar esos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados como el Defensor del Pueblo o las respectivas comisiones parlamentarias*».

2. Informes

En las Propuestas de 2011, aquel órgano único debía elaborar, con periodicidad anual, un informe específico en el cual, entre otros aspectos, había que hacer referencia expresa a casos de corrupción, fraude e irregularidades graves que afectasen a la contratación pública. Sin embargo, la versión final de las Directivas dispone que el primero de estos informes habrá de elaborarse antes del 18 de abril de 2017 y, de ahí en adelante, cada tres años.

Al margen de estos informes periódicos, se prevé también la elaboración de informes individuales por parte de los poderes adjudicadores en relación con todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de contratación en el cual, entre otros aspectos, se informe de los «*conflictos de intereses detectados y de las medidas tomadas al respecto*».

3. Cooperación administrativa

Finalmente, el art. 86 de la Directiva de contratación dirige a los Estados miembros un deber genérico de cooperación entre ellos, que se concreta en materias como el establecimiento de especificaciones técnicas, etiquetas, exclusiones de candidatos y licitadores, criterios de selección de candidatos y licitadores, documento único europeo de contratación, medios de prueba de la solvencia y de la capacidad, normas ambientales y de calidad, listas oficiales de contratistas y ofertas anormalmente bajas o temerarias.

VII. UN PROBLEMA PENDIENTE: LA EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS AFECTADOS POR ACTOS DE CORRUPCIÓN (59)

Sin perjuicio del principio de proporcionalidad, tanto las nuevas Directivas como la práctica totalidad de los instrumentos internacionales en materia de corrupción ratificados por el Estado español imponen la anulación de los contratos celebrados como consecuencia de un acto de corrupción o en los que el contratista se halle incurso en un supuesto de exclusión derivado de la comisión de un delito de corrupción. Bajo fórmulas diversas, tanto la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997) (60), como el Convenio

(59) Un análisis exhaustivo de esta cuestión en AYMERICH CANO (2015).

(60) El art. 3.3 de esta Convención dispone que «*Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias para disponer que el soborno y el producto de la corrupción de un agente público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto, estén sujetos a embargo y confiscación, o para que sean aplicables sanciones pecuniarias de efecto comparable*», previsión general que los comentarios elaborados por la Conferencia Negociadora el

Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999) (61) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) (62) recogen una obligación también prevista por el art. 73 de la Directiva de contratación pública y el 44 de la de Concesiones. En éstas, en efecto, se dispone que los Estados miembros deben dotar a los poderes adjudicadores de la potestad de resolver los contratos y concesiones cuando el contratista haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de, entre otros, delitos de corrupción o, en todo caso, cuando «*el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE*», supuesto en el que también tienen acogida actos de corrupción que no hayan sido objeto de condena penal.

En principio el ordenamiento español ya cumple con este mandato. En efecto, el art. 32 TRLCSP enumera como causas de nulidad de los contratos públicos «*las indicadas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*» —entre las que se incluye, como es sabido, la que los actos «*sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta*» [art. 62.1.d) LPAC]— y, entre otras, hallarse incurso el contratista «*en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 60*» —que, como sabemos, hace referencia tanto a los delitos de corrupción (art. 60.1.a) como a las situaciones de incompatibilidades y conflictos de intereses regulados en la legislación de empleo público, altos cargos e incompatibilidades (art. 60.1.f). Por lo demás, la anulación de un acto preparatorio o del acto de adjudicación «*llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*» (art. 35.1 TRLCSP).

El problema, sin embargo, es la falta de efectividad de estas previsiones legales, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la contratación

21 de noviembre de 1997 explican en los términos siguientes en sus párrafos 21 y 22: «*El “producto” de la corrupción son los beneficios u otras ventajas que el corruptor obtenga de la transacción o cualquier otro beneficio irregular que se haya obtenido o conservado por medio del acto de corrupción. El término “confiscación” incluye, en su caso, la caducidad de los derechos e implica la privación permanente de la propiedad por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente sin perjuicio de los derechos de las víctimas*».

(61) El art. 8 del Convenio, bajo el expresivo título de «*Validez de contratos*», dispone que «*cada Parte dispondrá en su Derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción*».

(62) El art. 9.1.e) de la Convención obliga a los Estados partes a establecer sistemas adecuados de contratación pública que aborden «*cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación*».

pública de las empresas incurso en prácticas corruptas declaradas en sentencia firme (63) y a la anulación y consiguiente resolución de los contratos adjudicados como consecuencia de prácticas corruptas. Para sorpresa e indignación de la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación o tráfico de influencias no se ve seguida de la anulación y consecuente liquidación de los contratos afectados.

Dejando al margen la compleja cuestión de la relación entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa (en particular por lo que hace a la prejudicialidad administrativa en el proceso penal), lo cierto es que a diferencia de lo previsto en otros tipos delictivos como los relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo y el patrimonio histórico (64), los tipos delictivos aplicables a la corrupción contractual no apoderan al juez penal para dejar sin efecto el contrato, decisión que sólo de forma muy forzada podría calificarse como responsabilidad civil derivada del delito o falta. Sin duda, el incumplimiento de la benemérita previsión del art. 324 LECrim (65), en especial en los macroprocesos por corrupción mayoritariamente relacionados con la contratación pública (66), contribuye a la falta de repercusiones administrativas de las condenas penales por prevaricación, en especial cuando de contratos de obras o de suministros se trata por cuanto lo habitual será que al tiempo de dictarse sentencia el contrato ya se haya ejecutado (67). Tratándose de contratos de larga duración, como las concesiones de servicios públicos, parece que la falta de interés de la Administración por anularlos no puede ampararse en las demoras de la justicia penal.

(63) Recuerda MEDINA ARNÁIZ (2014: p. 334) que no fue aclarada incurso en prohibición para contratar ninguna de las empresas que, según declara como hechos probados la STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), pagaron al director general de la Guardia Civil elevadas comisiones por obras o servicios, algunos de los cuales ni siquiera se llegaron a prestar. Lo mismo sucedió con las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

(64) En los que el propio Código prevé que la sentencia penal ordene la «*demolición de la obra y la reposición de la realidad física alterada*» (art. 319 CP), la «*reconstrucción o restauración de la obra*» (art. 321 CP) o la «*adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado*» (art. 323 CP), en todos los casos «*sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe*». Un análisis crítico de la jurisprudencia penal, en particular en lo que se refiere a la anulación de licencias urbanísticas, en BAUZÁ MARTORELL (2014: pp. 233 y ss.).

(65) Según el cual la instrucción no debe ser de duración superior a un mes.

(66) Vid. MORALES PRATS (2009: pp. 23 y ss.).

(67) Y en el supuesto, claro está, de que ésta sea condenatoria pues con más frecuencia de la que sería deseable estos macroprocesos dan lugar, en el mejor de los casos, a micropenas.

Sea como fuere, lo cierto es que la penalización del control de la Administración Pública (68) deriva, paradójicamente, en inmunidad de la actuación administrativa. Son condenadas las autoridades y funcionarios responsables o, muy raramente, los directivos de las empresas beneficiadas. Sin embargo, los contratos obtenidos a través de prácticas corruptas siguen siendo plenamente eficaces en contra de lo dispuesto en los convenios internacionales de lucha contra la corrupción ratificados por el Estado español. El cumplimiento de estas obligaciones de Derecho internacional y la transposición de las nuevas Directivas en materia de contratos y concesiones públicas convierten en inaplazables reformas legales que permitan, bien por medio de reenvío a la jurisdicción contencioso-administrativa o bien apoderando a la penal, anular y dejar sin efecto los contratos públicos adjudicados en virtud de prácticas corruptas.

VIII. CONCLUSIÓN

Tal y como apuntaba el Libro Verde de 2011, la reforma del Derecho comunitario de la contratación pública se produce en un contexto contradictorio: la voluntad de flexibilizar los procedimientos en beneficio de las PYME y las administraciones locales puede entrar en contradicción con las cautelas que, en forma de nuevos trámites y requisitos procedimentales, derivan de la lucha contra la corrupción; el aumento de la discrecionalidad administrativa se compadece mal con la tendencia general a incrementar la seguridad jurídica de los licitadores y el control de la actividad contractual; y, por último, la tendencia a centralizar y agrupar la contratación puede poner en riesgo el acceso de las PYME a la contratación pública y provocar que fórmulas justificadas en nombre de la eficiencia restrinjan indebidamente la competencia en el mercado de la contratación pública.

Aprobadas las nuevas Directivas, cabe cuestionarse si, en ellas, el legislador comunitario ha logrado alcanzar un compromiso equilibrado entre objetivos, al menos en principio, antitéticos. Como suele suceder en estos casos, más que la letra de la norma será la aplicación que de la misma se haga la que permita emitir un juicio definitivo. Mas, aún asumiendo el riesgo de un juicio apresurado, parece que las nuevas medidas de prevención y lucha contra la corrupción incorporadas en las nuevas Directivas no tienen entidad suficiente para compensar los nuevos riesgos creados por una normativa que, contradiciendo la línea de reducción de la discrecionalidad seguida hasta el momento, otorga a los poderes adjudicadores amplias potestades de negociación de los términos del contrato y una amplia libertad para la selección de los contratistas.

(68) Abiertamente criticada desde la doctrina administrativista por autores como MUÑOZ MACHADO (2011: p. 82) o TORNOS MAS (2014: p. 11 y ss.).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue; PRIESS, Hans Joachim y FRITON, Pascal (2009), «Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?», *Public Procurement Law Review* 18-2.
- AYMERICH CANO, Carlos (2015), *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2014), «El acto administrativo: entre validez y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)», en *REDA* 163.
- GIMENO FELIÚ, José María (2010) «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* n° 147, p. 525 y ss.
- GIMENO FELIÚ, José María (2013) «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA* n° 159.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2014) (cfr., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014).
- MORALES PRATS, Fermín (2009), «La responsabilidad penal en el ámbito local: el modelo de instrucción penal. Disfunciones y propuestas de reforma», en *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2009), ««Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP* n° 178.
- MORENO MOLINA, José Antonio y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia (2014), «El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre Contratación Pública», en *La contratación pública a debate. Presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia (coords.), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2011) en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo I, Iustel, Madrid.
- OCDE (2004), *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, INAP, Madrid.
- SAMPSON, Steven (2010), «The Anticorruption Industry: from movement to institution» (<http://www.lunduniversity.lu.se/o.o.i.s?id=12683&postid=1540462>).
- TORNOS MAS, Joaquín (2014) en «¿Quién debe ejercer el ius puniendi del Estado?», *REDA* n° 161.