

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 8 | n. 1 | janeiro/abril 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## **La directiva europea de contratación pública y la lucha contra la corrupción**

*The European directive on public procurement and the fight  
against corruption*

**Jaime Rodríguez-Arana Muñoz\***

Universidade da Coruña (Espanha)

jra@udc.es

Recibido: 21/09/2016

Received: 09/21/2016

Aprovado: 08/03/2017

Approved: 03/08/2017

### **Resumen**

Como citar este artigo/*How to cite this article*: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17646

\* Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidade da Coruña (A Coruña, Espanha). Doctor en Derecho por la Universidad de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Director del Grupo de Investigación "Derecho Público Global". Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. E-mail: jra@udc.es.

La corrupción está profundamente arraigada en las instituciones de todo el mundo. El costo de la corrupción como lo describen las organizaciones internacionales es enorme. La reacción legal usual toma la forma de normas contra la corrupción, o normas legales de cumplimiento que dificultan la corrupción. Pero, paradójicamente, la gran producción de normas destinadas a combatir la corrupción, facilita su difusión a lo largo de la burocracia estatal, socavando la confianza en las instituciones públicas y privadas e incluso desgastando los cimientos de la ciudadanía. Uno de los lugares más importantes para la corrupción es la contratación con la Administración Pública. La necesidad de reformar las leyes de contratación es primordial. Simplificación, aclaraciones y normas diseñadas con el usuario final del servicio público en mente, el ciudadano, son elementos esenciales para un Estado Democrático y Social. La nueva directiva para Contrataciones Públicas parece apuntar en esa dirección. El principio establecido de equidad en el trato de los agentes económicos y el reconocimiento de la contratación como institución jurídica de carácter social mejoran las políticas laborales, ambientales, ayudando a la comprensión de la contratación pública como un servicio objetivo de interés general. La nueva Directiva podría ser un comienzo en la larga lucha contra la corrupción, que invariablemente pasa por una fuerte política de transparencia.

**Palabras-clave:** corrupción; contratación pública; transparencia; derecho administrativo; directiva Unión Europea.

### **Abstract**

*Corruption is deeply embedded in the institutions all over the world. The cost of corruption as it is described by international organizations is huge. The usual legal reaction takes the form of anti-corruption norms, or legal norms of compliance that make difficult for corruption to arise. But, paradoxically, the great production of norms aimed to fight corruption, make easy for it to spread throughout the state bureaucracy, undermining the confidence in public and private institutions and even wearing off the foundation of citizenship. One of the most important locus for corruption is contracting with the Public Administration. The need for reshape the laws of contracting is paramount. Simplification, clarifications and rules designed with the final user of public service in mind, the citizen, are essentials for a Democratic and Social State. The new directive for Public Procurement seems pointing in that direction. The established principle of equity in the treatment of the economic agents and of the acknowledgment of contracting as a legal institute of social nature enhance labor, environment policies, helping the comprehension of public contracting as an objective service of general concern. The new Directive could be a start in the long fight against corruption, which invariably go through a strong transparency policy.*

**Keywords:** corruption; public procurement; transparency; administrative law; European Union directive.

## 1. Sobre la corrupción

La corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable lacra que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del hombre desde su aparición en el planeta. Tanto en la esfera personal como en el ámbito colectivo, la corrupción se puede decir que es connatural a la condición humana tal y como manifiesta la misma historia. Siendo inherente a las personas es posible, y deseable, que la transparencia y la integridad sean las cualidades que distingan las actuaciones de las personas físicas y, también, porque están compuestas por ellas, de las personas jurídicas.

La figura de la Hydra de Lerna es un buen símbolo de la potencia e intensidad de la corrupción. Como sabemos por la mitología griega, Hércules, encargado de eliminar al terrible animal, tuvo muchas dificultades a causa de sus múltiples cabezas y del veneno que supuraba cada vez que se aniquilaba una de ellas. Cada vez que Hércules cortaba una de sus muchas cabezas, surgían dos nuevas por lo que tuvo que pensar en algún sistema diferente a los empleados hasta el momento. Así, con el concurso de su sobrino, cada vez que cortaba una de las cabezas de la Hydra utilizaba trapos ardientes para quemar los cuellos decapitados. Hércules, como cuenta Apodoloro, cortaba las cabezas y su sobrino quemaba los cuellos degollados y sangrantes. Finalmente, Hércules acabó con la última cabeza del animal aplastándola debajo de una gran roca. Acto seguido, Hércules bañó su espada en la sangre derramada y después quemó las cabezas cortadas para que jamás volvieran a crecer. En fin, un método nada convencional pero efectivo que conjugó la potencia de Hércules con la inteligencia de su sobrino. Probablemente, la combinación de armas que se precisan para acabar con esta terrible lacra social: contundencia e inteligencia.

La corrupción, según el G-20, consume nada menos que el 5% del PIB mundial. Es decir, es la tercera “industria” más lucrativa de todas cuantas existen en este mundo. Es una lacra, señala el informe del G-20, que se ceba con las economías desarrolladas y con las subdesarrolladas. En estos momentos, la corrupción es el enemigo número 1 del comercio exterior. Por sorprendente que parezca, el G-20 alerta acerca del número de normas que regulan los mercados. Tal profusión de normas en buena medida constituye el caldo de cultivo en el que nace y se desarrolla esta terrible enfermedad que aqueja a todas las economías del mundo sin excepción.

La sobrerregulación o la re regulación son, efecto, aliadas de la corrupción, así como el excesivo número de normas diseñadas para establecer el régimen del comercio interior y exterior. Por ello, se deben elaborar las normas que sean necesarias, ni más ni menos. Normas claras, previsibles y ciertas. No regulaciones confusas, constantes y que tantas veces atentan contra la misma seguridad jurídica al variar unilateralmente las reglas en función del capricho de quien gobierne en cada momento.

El informe del G-20 dado a conocer en este tiempo advierte sobre la necesidad de que las empresas se preocupen efectivamente del entrenamiento ético de sus empleados. Es decir, deben poner en marcha planes y programas exigentes de ética que vayan más allá de un simple barniz o de un uso políticamente correcto de la responsabilidad social corporativa. En efecto, no pocas veces, la Responsabilidad Social Corporativa no es más que una forma de edulcorar la conciencia de ciertos dirigentes que pretenden, con algunas donaciones a determinadas ONGs, lavar algunas prácticas contrarias a los más elementales postulados de la ética y la moral (LEAL, 2014).

En el campo de la empresa el gran desafío es sustituir el dogma de maximizar el beneficio en el más breve plazo de tiempo posible por consideraciones más abiertas y más éticas como pueden ser la compatibilidad entre la obtención de razonables beneficios y una creciente humanización de la empresa y de las condiciones laborales de los empleados.

El G-20 recomienda en su informe armonizar las regulaciones. Es decir, que el paisaje normativo sea compatible entre sí. También se anima a incentivar los negocios responsables, aquellos en los que se contribuya a mejorar la solidaridad social, una realidad que no debe ser opuesta a la obtención de beneficios sino complementaria. También se aboga por no sobrecargar de normas el sistema para evitar la inseguridad jurídica

Finalmente, el G-20 solicita la creación y fortalecimiento de un sólido tejido ético desde el que se promueva una tolerancia cero con las prácticas corruptas, sean de poca o mucha intensidad. Cuándo se desprecian las pequeñas corruptelas es muy fácil, ahí está la realidad para comprobarla, iniciar el camino hacia la corrupción con mayúsculas.

La lucha contra la corrupción no es sólo cuestión de elaborar y aprobar normas y más normas. En muchas ocasiones incluso la proliferación de leyes y reglamentos lo que hace es facilitar la corrupción. La clave está en

disponer de las normas que sean necesarias, claras y concretas y, sobre todo, de un compromiso ético real, constante y creciente.

La corrupción durante 2014 ha sido, no sólo en España, una de las principales causas del desapego y desafección de la ciudadanía en relación con la política y con los políticos, con los negociantes y con el mundo de los negocios. No hay que ser muy inteligente para caer en la cuenta de que esta terrible lacra social está minando los fundamentos del sistema político mientras unos y otros, porque tienen la casa sin arreglar, no se atreven a proponer y adoptar las medidas que la situación reclama y que la ciudadanía solicita unánimemente. En este ambiente, es obvio, otros, los que nunca han disfrutado de la poltrona, ahora aparecen como posibles vencedores ante la más que probable caída en picado de quienes llevan toda una vida flotando en el proceloso mundo de la conspiración y el cambalache.

En efecto, a nivel internacional la corrupción ha sido una de las principales amenazas, no sólo para la seriedad y decencia de la actividad política, sino que se ha convertido en una grave amenaza para la seguridad internacional. Tal afirmación procede de un reciente informe de un famoso centro de investigación estadounidense, Fondo Carnegie para los estudios sobre la Paz Internacional (CEIP).

Pues bien, en 2014 gobiernos y empresas transnacionales han subestimado la corrupción en sus políticas e inversiones produciéndose una situación de corrupción sistémica de difícil solución. En opinión de este centro de estudios, la corrupción sistémica debe entenderse, no como un fracaso de las instituciones públicas de gobierno, sino más bien, y sobre todo, como un sistema funcional del que los gobernantes echan mano nada menos que para secuestrar los flujos ordinarios de la actividad económica y convertirlos en una auténtica cleptocracia.

La corrupción sistémica, la que hoy inunda tantas instituciones públicas o privadas, provoca, señala este informe, en las poblaciones tanta indignación que en muchos casos los cambios de gobiernos se producen por esta razón, por el profundo malestar que provoca en los habitantes, que en algunas latitudes dan lugar a fenómenos peligrosos de insurgencia, a veces de signo populista y demagógico que lejos de resolver los problemas, en ocasiones los agravan.

Por otra parte, la corrupción sistémica, como fácilmente puede colegirse, supone una muy grave amenaza para la seguridad internacional pues a su vera florece el crimen organizado, el terrorismo o el narcotráfico.

Además de catalizar estas gravísimas amenazas para la paz internacional y al interior de los Estados, cuándo se mixtura con los conflictos étnicos, religiosos o lingüísticos, produce auténticos cataclismos sociales que aumentan la desigualdad social y abren las puertas a una creciente inseguridad internacional.

Un problema relevante en esta materia es que los gobiernos en general, sobre todo los occidentales, no han privilegiado la lucha contra la corrupción en sus políticas exteriores. Quizás porque la fuerte carga de corrupción existente al interior de sus países impidieron políticas anticorrupción netas e inequívocas que aislen a sistemas políticos corruptos. Por el contrario, sin ningún rubor, se comercia y trafica con estos regímenes como si nada, como si tales iniciativas fueran indiferentes o inocuas.

Según el Banco Mundial, el coste de la corrupción en los países en desarrollo asciende a un billón de dólares y se observa que los peor calificados por Transparencia Internacional, Mali, algunos países árabes, Ucrania, Tailandia o Irak sufren graves conflictos bélicos. El caso de Irak es especialmente grave en este sentido porque el Ejército Islámico, quien lo podría imaginar, de la noche a la mañana salió vencedor frente a las fuerzas armadas iraquíes, que supuestamente contaban con un millón de efectivos, habían sido entrenadas por los EEUU y habían recibido nada menos que 20.000 millones de dólares de financiación desde 2006. La razón de este desaguisado hay que buscarla en la depredación y sectarismo de las élites nacionales. Por ejemplo, se ha sabido de fuentes oficiales que el gobierno de Irak pagaba sueldos a 50.000 soldados inexistentes, no registrados, que iban a parar a los bolsillos de generales y oficiales, que se embolsaban la friolera de 30 millones de dólares al mes. Las denuncias de corrupción contra el régimen de al Maliki fueron reprimidas ferozmente por las fuerzas de seguridad gubernamentales.

En fin, este informe del Banco Mundial concluye que hay que entender el fenómeno de la corrupción en su real dimensión y darle la importancia que tiene, que es mucha. Por ejemplo, es menester valorar las actividades de política exterior susceptibles de entrar en círculos corrupto. Es necesario valorar determinadas intervenciones como pueden ser la cooperación militar, la inversión privada o la ayuda al desarrollo en países de corrupción endémica.

La corrupción no solo campa a sus anchas en los países en desarrollo. En nuestro país, por ejemplo, la ciudadanía, con razón, está que trina y

dispuesta a enseñar la puerta de salida a tantos y tantos políticos como en estos años se han caracterizado por generar espacios de impunidad y por mirar para otro lado mientras se perpetraba una de las más grandes estafas que imaginar se pueda y cuya factura ahora se pretende cargar a las espaldas de quienes nada tienen que ver con ella.

En la actualidad, en un mundo en profunda crisis y en acelerada transformación, constatamos como esta lacra golpea con fuerza la credibilidad de las instituciones y la confianza de la ciudadanía en la misma actividad pública, también en la privada por supuesto. Es verdad, en estos dramáticos momentos de la historia, la corrupción sigue omnipresente sin que aparentemente seamos capaces de expulsarla de las prácticas políticas y administrativas. Se promulgan leyes y leyes, se aprueban códigos y códigos, pero ahí está, desafiante y altiva, uno de los principales flagelos que impide el primado de los derechos fundamentales de la persona y, por ende, la supremacía del interés general sobre el interés particular. Ante nosotros, con nuevos bríos y nuevas manifestaciones, de nuevo la corrupción, amparada, es una pena, por una legión de políticos y administradores que han hecho del enriquecimiento económico y la impunidad un *modus vivendi* prácticamente inexpugnable.

La lucha contra la corrupción o, si se quiere desde un punto de vista positivo, la promoción de los valores de la ética pública (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2014), concita el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a este gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

La corrupción, bien lo sabemos, supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida que supone que el funcionario o el político deliberadamente traicionan el sentido de la gestión objetiva de los intereses. En estos casos se produce, por tanto, una conversión del interés general en interés personal. Esa es su malicia y su peligro en un mundo en el que una de las máximas es que las empresas deben ganar cuanto más dinero mejor en el más breve plazo de tiempo posible y, en el ámbito político, los partidos deben conseguir el mayor número de votos por el procedimiento que sea. En ambos casos, el fin justifica los medios y, entonces, todo, absolutamente todo, vale.



Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, un derecho humano a una buena Administración pública, caracterizada por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos penales y administrativos que se perpetren, por acción u omisión, en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas. Esta es, me parece, la dimensión central del problema. Si el pueblo no tolera la corrupción, la batalla estará ganada, tarde o temprano. Pero si la corrupción no es más que el reflejo de una sociedad enferma, y la población consiente más o menos con estas prácticas, entonces la medicina no es sencilla, por ello, para ganar la batalla es menester que crezca el temple y cultura cívica de la ciudadanía.

La corrupción también ha sido el resultado, comprobado a lo largo de la historia, de anteponer la fuerza al Derecho. La idea de que el poder debe estar al servicio de los derechos de los ciudadanos y de que el poder tiene límites es presupuesto necesario del Estado de Derecho, modelo político y cultural en el que la fuerza y el poder siempre están sometidos al Derecho, al principio de juridicidad, nunca por encima de él.

La corrupción ha aumentado en los últimos tiempos a causa de los problemas de financiación de los partidos políticos y debido al aumento de la discrecionalidad administrativa, especialmente en materia de contratación administrativa. Tras comentar la célebre distinción de HEIDENHEIMER sobre los colores de la corrupción, el profesor MENY alerta contra el peligro de la instauración de una cultura de la corrupción que parte de tolerar la llamada "corrupción blanca", para fines personales, y la "gris", para el partido o el grupo al que se pertenece. Además, la fragilidad de las leyes de incompatibilidades, la proliferación de normas y normas, la falta de compromiso personal de los dirigentes, y la prevalencia de la eficacia en la Administración pública sobre el servicio, son factores que facilitan esta temible cultura de la corrupción. Los ámbitos más propicios para la corrupción, como sabemos, son aquellos en los que prima la discrecionalidad: planeamiento urbanístico, concesiones de servicios públicos y contratación administrativa en general.

Cuando se trata de controles, hay que ser conscientes que también puede haber, como ha estudiado el profesor OTRIVE (1992), controles generadores de corrupción. En concreto, este académico se refiere, sobre

todo, al famoso informe DANKERT relativo al fraude existente en la Unión Europea de hace ya algunos años, todavía lamentablemente de actualidad, que, en buena parte, se produce porque, entre otras razones, quienes conceden las subvenciones y quienes las controlan proceden en algunos casos de los mismos ambientes o círculos que los propios beneficiarios de esas ayudas (ASÍS, 1997, p. 03-ss).

Otra de las causas que más se han tratado como causas de la corrupción es el crecimiento de la discrecionalidad administrativa. Efectivamente, como han señalado FISHER y ZINKE, en el sistema burocrático se han identificado una serie de barreras que dificultan el cumplimiento ético en las organizaciones públicas. Es decir, es muy difícil definir una zona de la actividad en la que haya suficiente discrecionalidad para las decisiones éticas (FISHER; ZINKE, 1989, p. 841-854). La discrecionalidad de los altos funcionarios ha sido siempre, nos recuerda DOBBEL, un tema de especial interés en las sociedades democráticas ya que su uso puede aparecer tendencialmente, según las épocas, desnaturalizado en forma de abuso. La cuestión está en saber cómo utilizar estos poderes al servicio objetivo del interés general en un contexto de primacía del interés general. Con independencia de las técnicas jurídicas, bien conocidas, de control de la discrecionalidad, lo que interesa destacar es que, como dice DOBBEL, la principal arma contra el ejercicio abusivo de la discrecionalidad es la integridad personal (DOBBEL, 1999, p. 354-366). Es más, como ha estudiado Charles FOX desde un punto de vista fenomenológico, existe un "espacio ético" en el que los funcionarios deben operar las potestades discrecionales (1989, p. 913-930) buscando la solución justa en cada caso.

Las leyes, la legislación, como hemos señalado al inicio de este epígrafe introductorio, tienen mucho que ver con la corrupción. Porque vivimos en un mundo en que hay demasiadas normas, en el que la maraña jurídica es tan densa que es muy difícil su cumplimiento, cuando no su conocimiento. Pero, en todo caso, es lógico pensar que la legislación deba ser un remedio contra lo injusto en la medida que la ley, dice el profesor de Lovaina OTRIVE (1992), debe ser una estructura que controle los intereses privados en nombre del interés general<sup>1</sup>. Sin embargo, cuando la legislación se contempla desde la perspectiva de las relaciones de poder, nos encontramos con la existencia de grupos de presión que tratan a toda costa

---

<sup>1</sup> Además, vid. N. PASSAS-D. NELKEL, *The fight against fraud in the European Community: cacophony rather than harmony, corruption and Reform*, cit., pp. 237 y ss.

de condicionar el procedimiento legislativo para imponer sus puntos de vista. Evidentemente, así considerada la ley, no es nada raro que pueda llegar a convertirse en un factor de corrupción como manifestación o expresión de relaciones de poder desiguales.

El reciente informe de la Comisión Europea sobre la corrupción, de marzo de 2014, a pesar de no haber sorprendido a nadie, pone de relieve que los ciudadanos tienen una idea muy clara de cómo se manejan los asuntos públicos en el viejo continente en este tiempo. De entrada, tres de cuatro ciudadanos, según encuestas y análisis propios de la Unión Europea, estiman que viven, que vivimos, en un ambiente de corrupción generalizada. O lo que es lo mismo, que el poder público se administra al servicio, no del interés general, sino de intereses parciales, particulares. Llama la atención, sin embargo, que siendo tan elevada la sensación de que estamos instalados en un clima de corrupción general, la reacción ciudadana es la que es.

En España, según el estudio de la UE a que me refiero, el 95% piensa que, en efecto, la corrupción es general. En Italia, el 97% y en Grecia, el 99%. Incluso en países que tienen una imagen de seriedad como Alemania, hasta el 59% de la población estima que viven en un ambiente generalizado de corrupción.

Así las cosas, tampoco sorprende que la comisaria encargada de presentar el informe, la sueca Cecilia MALMSTROM, apele a la necesidad de que los gobernantes se impliquen en la resolución de este grave problema y recuerde que la corrupción mina la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en el Estado de Derecho.

120.000 millones de euros es el montante de lo que se calcula que se cobra la corrupción. 40.000 millones, según un estudio de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, en España. Son cifras ciertamente escandalosas que explican, especialmente en un momento de aguda y grave crisis económica, la magnitud de la opinión ciudadana sobre esta lacra social tan grave que azota a la tan civilizada Europa.

Alemania, por lo pronto, acaba de anunciar un nuevo código ético parlamentario para desterrar ciertas prácticas que se habían instalado entre sus señorías. En otros países, a pesar de que crece el descontento y de que se multiplican los casos de corrupción, es tal la potencia de los que están al interior de las instituciones más corruptas, que apenas se toman medidas no vaya a ser que el gallinero se alborote y se termine la placidez en la que viven no pocos dirigentes.

Es verdad, quien podrá negarlo, que la percepción de generalidad de la corrupción es el efecto de la transparencia, de que los medios de comunicación tienen acceso a estas prácticas, todos los días objeto de las portadas de los periódicos, de la televisión o de la red. Tales informaciones generan, es lógico, tolerancia cero por parte de los ciudadanos y la sensación de hartazgo aumenta.

Sean exageradas o no las cifras que ofrece la UE, lo cierto y verdad es que la corrupción es un problema ante el que poco o nada hace quien podría. En España, a finales de 2014 el 77% de la población estimaba que en los últimos tres años estas prácticas de corrupción habían empeorado aunque, esto es lo llamativo, solo el 8% admitía haber tenido experiencia del fenómeno y apenas el 12 % denunció estos comportamientos. Es decir, aunque existe una tendencia a la exageración, por lo demás constatable en este tipo de situaciones, el problema es real y requiere una cura de urgencia.

Los datos dados a conocer manifiestan algo que es obvio a poca información y experiencia que se tenga en el trato con el mundo político o empresarial. La corrupción es siempre cosa de dos, y a veces la corrupción es solicitada desde el sector privado y en otras ocasiones desde el sector público. En realidad, cuándo la población expresa un sentimiento tan generalizado, es porque además de la corrupción evidente percibe otro ambiente de corrupción si se quiere más grave y pernicioso. La corrupción blanca o gris, aquella que no es siempre es formalmente ilegal o que no siempre se puede probar en un proceso judicial. Son los casos de acosos sutiles en el trabajo, las formas de esclavitud laborales producidas por salarios inhumanos, la compraventa de favores a determinados niveles, o, entre otras prácticas, el uso del poder para amedrentar y laminar.

Transparencia Internacional (TI) acaba de publicar un informe sobre la corrupción en la instituciones comunitarias. Un informe que analiza diez instituciones y que vio la luz en abril de 2014. Según esta ONG, las instituciones de la UE son vulnerables a la corrupción debido a las lagunas normativas existentes y a la mala aplicación de las normas en materia de ética, transparencia y control financiero. El problema no es de orden cuantitativo en lo que se refiere a la producción normativa. Existen demasiadas normas y la maraña y confusión es tal que la complejidad de las regulaciones está socavando fuertemente nada menos que los fundamentos del edificio europeo. En este sentido, la complejidad de las reglas, la complacencia en su poder taumatúrgico y, sobre todo, la falta de

seguimiento, están en la base de los resultados obtenidos en la lucha anticorrupción en Europa. Según el informe de TI el 70% cree que la corrupción está presente en la UE.

Es verdad que en el seno de la Unión Europea existen normas y prácticas que garantizan estándares elevados de servicio y de rendición de cuentas que pueden ser utilizados por los ciudadanos. Por ejemplo, como señala el informe de TI, están a disposición de los ciudadanos mecanismos para solicitar la investigación de sospechas de fraudes, para acceder a la documentación de las instituciones de la UE o para solicitar la revisión judicial de las decisiones que les afecten. El problema está en que prácticamente tales canales se usan poco o muy poco porque la ciudadanía piensa, no sin razón, que no sirven para mucho. Las principales deficiencias, según el informe de TI, se encuentran en materia de lobbies y en los hábitos de negociación que imperan en la UE. En efecto, no existen reglas jurídicamente vinculantes en materia de lobbies porque son dueños y señores del mundo comunitario. Por otra parte, la tendencia a la negociación a puerta cerrada que caracteriza las formas y métodos comunitarios atentan contra las más elementales exigencias de la transparencia. Por si fuera poco, la ausencia de un supervisor independiente que controle que los ex altos cargos y ex altos funcionarios cumplan las reglas ex post a su trabajo en la UE para el acceso a la empresa privada, provoca muchas situaciones de obvios conflictos de interés.

Transparencia Internacional llama la atención de que solo una institución de la UE dispone de mecanismos realmente eficaces para proteger a delatores internos que denuncien prácticas de corrupción. Tampoco se comprueban las declaraciones de bienes de eurodiputados y comisarios. La contratación pública, una de las principales causas de la corrupción, sigue instalada, cada vez más, en sistemas que priman la negociación en lugar de la publicidad y competencia. Solo en 2013 fueron excluidas por corrupción en la contratación siete empresas privadas.

Transparencia Internacional elaboró el año pasado, 2013, el informe “Dinero, política y poder” en Europa” que contiene unas conclusiones no difíciles de intuir. Efectivamente, en el origen y etiología de la aguda y dolorosa crisis que estamos sufriendo, especialmente en el viejo continente, está esa oscuridad que reina en el proceloso mundo de las íntimas relaciones que existen entre poder político y poder financiero. En este contexto, se

debe regular con transparencia la acción de los lobbies así como un sistema operativo, eficaz y real, de control de la financiación de los partidos políticos.

En concreto, la ONG especializada en la lucha anticorrupción recomienda a nuestro país más transparencia, un programa anticorrupción, una norma de responsabilidad judicial y un código ético para los parlamentarios. Esperemos que la recientemente aprobada ley de transparencia introduzca más luz y taquígrafos en la acción de los poderes del Estado y disponga de un sistema de control en manos de autoridades independientes. El plan anticorrupción debería confeccionarse sobre la base de una nueva norma de financiación de los partidos políticos y de un régimen jurídico que garantice, hasta dónde sea posible, el principio democrático en la vida interna de estas formaciones. La responsabilidad jurídica de los gestores públicos ya tiene rango legal desde hace escasas fechas mientras que la responsabilidad jurídica de los jueces y magistrados es un tema que se debería acometer en breve, sobre todo tras lo que está aconteciendo en el seno del consejo general del poder judicial, la institución de gobierno de los jueces, que en España lleva en entredicho demasiado tiempo.

Este informe es el resultado de la primera evaluación global de la capacidad real anticorrupción de más de 300 instituciones nacionales de los 25 Estados miembros de la Unión Europea. Como cabría esperar, las instituciones peor valoradas por los ciudadanos son, por este orden, partidos políticos, empresas y administraciones públicas. Las mejores en este terreno fueron los auditores del Estado, los defensores del pueblo y los organismos públicos encargados de la administración electoral.

El informe refleja que todavía hay muchos gobiernos que no rinden eficazmente cuentas del gasto público y que, esto sí que es muy grave, solo dos países protegen adecuadamente a los denunciantes de las represalias producidas por su acción. Dinamarca, Noruega y Suecia son los Estados mejor protegidos contra la corrupción, pues disponen de sólidos organismos de control, auditores independientes y sistemas de justicia y de policías confiables y no dependientes de los poderes políticos.

Otros puntos débiles que destaca el informe se refieren a que 12 países no establecen límite alguno a las donaciones a partidos por parte de personas físicas o jurídicas, 17 Estados miembros no disponen de códigos de conducta para los parlamentarios y 11 integrantes de la UE tienen un régimen de divulgación pública de los bienes y actividades de los representantes de la soberanía popular.

En este contexto, como es lógico, la corrupción ha florecido y se ha desarrollado con una gran intensidad. Una corrupción que está en la base de la crisis económica y financiera y que se debe extirpar si es que queremos de verdad que las cosas cambien sustancialmente. Para ello, los dirigentes de los partidos deberían empezar a sentar acuerdos que impidan el control de determinadas instituciones, que fomenten la democracia interna, que reduzcan notablemente el número de asesores y personal de confianza y, sobre todo, que, de una vez se conviertan en representantes de los electores, no del jefe de filas.

El informe sobre la corrupción en Europa, al que me refería anteriormente, elaborado por la Comisión de la UE, refleja que en España, como era de esperar, la corrupción se fragua en el proceloso mundo de la licitación pública, de la financiación de los partidos políticos y, sobre todo, en la gestión local y regional de la corrupción. No hay más que hacer un rápido estudio acerca del objeto de la multitud de procesos penales y administrativos que sufren tantos y tantos cargos públicos para alcanzar esta evidente conclusión.

En este sentido, el informe de la UE llama la atención sobre los 1.754 procesos judiciales relacionados con actos judiciales relacionados con actos ilegales realizados en materia de urbanismo. Una materia en la que la arbitrariedad ha irrumpido con especial virulencia a la busca y captura de toda suerte de recalificaciones, alteraciones o modificación de planes urbanísticos ayudada por un tráfico de información privilegiada que trae consigo pingües beneficios en tiempo record.

Otro informe de Transparencia Internacional sobre corrupción, de 2007, ya alertaba sobre los problemas de una deficiente e impune gestión del urbanismo en la que se han visto envueltos, en determinados lugares del territorio nacional, alcaldes, concejales, constructores y promotores fundamentalmente. El crecimiento de la percepción de la corrupción suele ir acompañado también del aumento de la desconfianza de la población ante la actividad política y sus principales agentes: los políticos. Así lo demuestra, por ejemplo, el barómetro del CIS en su serie histórica, ahora en máximos.

Una de las razones por las que la corrupción urbanística se ha instalado entre nosotros se debe a la deficiente regulación existente en materia de financiación de partidos políticos. Otra, quizás las más frecuente y directamente relacionada con la financiación de las formaciones partidarias, reside en la facilidad con la que se es posible modificar planes

urbanísticos, recalificar terrenos o modificar la calificación del uso del suelo. En estos casos, se debería limitar extraordinariamente tal posibilidad para evitar que se generen expectativas desproporcionadas en relación con el valor de los terrenos.

La crisis financiera en la que estamos sumidos ha puesto en entredicho la cultura del pelotazo y la circulación de vanguardistas productos financieros tóxicos y de alto riesgo. Los impresionantes beneficios que ha generado la especulación urbanística como consecuencia de la información privilegiada es probable que descendan notablemente. Es probable que el mercado del suelo ya no sea uno de los más pujantes. Aun en estas circunstancias, la tentación de hacer dinero en el sector del suelo seguirá presente y los controles y las limitaciones al ejercicio de las potestades discrecionales seguirán estando de actualidad.

En fin, como dice el refrán: no hay mal que por bien no venga. Si la crisis económica actual mejora el ingenio para saber gastar mejor y para hacer más y mejor con menos, habremos dado un paso adelante fundamental. Un paso que debe ir acompañado de la implementación de sistemas de control que controlen. Por ahora tenemos muchos, demasiados procedimientos de control: parlamentarios, judiciales, administrativos. Pero en términos generales no sirven por la sencilla razón de que todos, casi todos, son diseñados desde el poder político.

## **2. La contratación: una política pública de servicio objetivo al interés general**

La Administración pública, bien lo sabemos, actúa ordinariamente de forma unilateral o bilateral. A través de actos y normas, y también buscando el concurso y la colaboración de terceros, de la iniciativa social. Las políticas públicas son tareas o quehaceres a cargo de los poderes públicos que se destinan, de una y otra forma, a través de las diferentes técnicas disponibles, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Esto es así, entre otras razones, porque en la democracia, gobierno del, para y por el pueblo, el complejo Gobierno-Administración debe estar y actuar al servicio objetivo del interés general, tal y como, por ejemplo, solemnemente reza el artículo 103 de la Constitución del Reino de España de 1978. Si así no fuera, si no se tuviera presente a la comunidad, a los usuarios de un servicio público o a quienes usarán de una determinada infraestructura, tales servicios u obras no estarían siendo realizados al servicio objetivo del interés general.



La actividad contractual que realizan las diferentes Administraciones públicas consiste, esencialmente, en ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos contando con la colaboración del sector privado. Primero porque tales actividades no se pueden realizar directamente por la propia Administración y segundo porque, de esta manera, se asocia a la sociedad en la función de servicio al interés general, que ni es privativa de la Administración ni sólo a ella concierne.

En este contexto, conviene subrayar que la Administración cuándo contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén justificados en lo concreto en razones de interés general. Por tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés general.

En efecto, de esta manera la Administración puede diseñar en la realidad de los pliegos de los contratos compromisos sociales tan relevantes como la protección medioambiental, la prohibición del trabajo infantil, los postulados del comercio justo, la lucha contra la discriminación, la promoción del empleo y un sinfín de especificaciones que en cada momento materializan las exigencias nada menos que del Estado social y democrático de Derecho (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2015). Así, de esta manera, el compromiso de la Administración y de las empresas con los derechos fundamentales de las personas se robustece y revitaliza, asumiendo, porque son compatible, valores constitucionales como la eficacia y la equidad.

Es decir, la Administración pública cuándo contrata, por su mismo compromiso con el servicio objetivo del interés general, debe fomentar y facilitar, no sólo el ejercicio de los derechos fundamentales, sino los valores del propio Estado social y democrático de Derecho, los llamados en la Constitución española de 1978, los principios rectores de la política social y económica, entre los que están la protección del medio ambiente, el derecho al trabajo, la protección social, el derecho a la salud, el fomento del desarrollo sostenible. Es más, a través de la contratación pública, en cuanto expresión del quehacer de las Administraciones públicas, debe posibilitarse la realización de los derechos fundamentales individuales también, porque

estamos frente a una categoría jurídica, la de los derechos fundamentales sociales.

En efecto, tales cláusulas de contenido social han de ser integradas en un complejo jurídico que permita que la Administración pública, en colaboración con el sector privado, sea el social o el puramente empresarial, pueda poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad posible con el más elevado compromiso social. Tal pretensión, ni es imposible ni es consecuencia de planteamientos retóricos. Es posible siempre y cuándo se parta de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que encierra la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Una metodología de acercamiento, tanto al Derecho Administrativo, como a las Políticas Públicas, que cuándo se aplica produce resultados en los que se aprecia el equilibrio entre sensibilidad social, libertad económica y rigor jurídico. Es decir, es posible, y deseable, que la actividad pública, también en concurso con la sociedad misma, pueda armonizar criterios de eficacia, solidaridad y promoción de los derechos fundamentales de las personas.

En este contexto, la contratación como política pública contribuye, debe contribuir, a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humanos brille su presencia. Simplemente con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, por ejemplo, ya estaríamos trabajando en esa dirección.

En tiempos de crisis económica, es lógico que se racionalicen las estructuras administrativas y, si es posible, que se dispongan en mejores condiciones de servir con mayor calidad a los usuarios. En este sentido, las normas en materia de contratación pública también están haciendo un esfuerzo para simplificar el procedimiento y mejorar las ratios de adjudicación sin que por ello empeoren las obras o servicios de que se trate en cada caso. Además, la crisis económica y financiera reclama que existan los debidos controles materiales en el mundo de la contratación que garanticen adecuadamente que el contenido de los pliegos sea real. Para ello los Tribunales administrativos creados en muchos países, en la medida que subrayen la autonomía, idoneidad e independencia de sus miembros, podrán prestar un gran servicio a la objetividad en el desarrollo de los contratos públicos.

Las reformas en materia contractual, numerosas y de gran calidad técnica, en Europa han venido de la mano del Derecho Comunitario. Del Derecho de la Integración Europeo. Al trasponer sus directivas, hemos construido en los Estados Miembros un Derecho de la contratación pública en constante evolución que se adapta a los tiempos, sin perder por ello de vista la esencia, la sustancia de esta categoría jurídico-administrativa: su ordenación permanente al interés general. Otra cosa es la forma concreta en que los operadores jurídicos aplican estas Normas a la realidad y también, por otra parte, la intensidad del compromiso con el interés general que se desprende de muchas adjudicaciones

Las políticas públicas en el Estado social y democrático de Derecho son políticas para la mejora de las condiciones de vida de las personas contando con las iniciativas de la ciudadanía –que es plural- y con el dinamismo social. Si no se tuviera en cuenta la opinión de quienes son los principales destinatarios, y usuarios, de los servicios y obras públicas que se prestan u ofrecen a través de la contratación, se estarían implementando políticas extra democráticas por la ausencia de participación. La participación social en materia d contratación es fundamental porque permite aportar a los pliegos aspectos d la realidad, cuestiones que preocupan a los usuarios, algo que, a fuer de ser complejo, es cierto, permitiría muchas veces evitar grandes errores de diseño o de concepto en la contratación pública. En este sentido es indispensable que se asocie la participación social a los procesos de evaluación de la calidad de los bienes, obras y servicios objeto de la contratación pública.

En mi opinión, las políticas públicas en materia contractual reclaman numerosas reformas: en lo que se refiere a la simplificación de los procedimientos, en lo que se refiere a las denominadas relaciones intergubernamentales entre las distintas Administraciones que en ocasiones intervienen en la contratación pública, en lo que se refiere a la gestión integrada, y, finalmente, en lo que afecta a la inclusión equilibrada de cláusulas de comercio justo o de control social que manifiesten claramente que la contratación pública está enmarcada en los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

Es decir, hay que tener presente las aspiraciones del sector, las opiniones de los usuarios de los servicios y obras públicas objeto de la contratación, la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico artístico o, también, por ejemplo, la gestión integrada de la costa o litoral,

sin olvidar determinadas especificaciones en materia social que son de alguna manera el reflejo de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho en materia de contratación pública.

Las políticas de contratación del sector público, pues, deben articularse atendiendo a todos los sectores sociales, sin exclusión de ninguno. Y desde estos postulados debe negarse que la mejora de un grupo social haya de hacerse necesariamente a costa de otros grupos o sectores. Todos los sectores y todas las realidades en juego han de estar presentes en la mente y en la acción de quienes toman decisiones en esta cuestión tan multidisciplinar como es la contratación pública. En efecto, a través de los contratos públicos se deben ofrecer bienes y servicios integrales en los que el sector privado pueda alcanzar sus objetivos a la vez que se presta una atención especial a las consideraciones sociales, humanas, más relevantes.

Las políticas públicas de contratación pública se nos presentan como instrumentos a través de los cuáles, con pleno respeto por supuesto de la juridicidad es posible contribuir de manera directa y tangible a un mayor compromiso social concretado en el comercio justo, en el fomento de la conciliación laboral, en la protección ambiental o, entre otros, en la promoción del empleo. Es decir, la contratación pública tiene características y peculiaridades que, desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, pueden traducirse en estos objetivos de tanta relevancia social.

Las apelaciones a la eficiencia en las reformas de la contratación pública, son constantes. Valga, por ejemplo, lo afirmado por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en el Plan de Acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, de 13 de diciembre de 2004, al resaltar que esta modalidad de contratación está destinada a logra una mayor eficiencia en la contratación misma y en la gobernanza.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) acaba de publicar un estudio acerca de los diferentes sistemas de contratación pública y sus resultados no dejan lugar a dudas. La falta de competencia, se dice en este análisis, fomenta la ineficiencia y la corrupción. Se calcula, según este informe preliminar, que el sobre coste de las prácticas de contratación en nuestro país asciende a la friolera del 25% de los 194.000 millones de euros que anualmente se destinan a licitaciones de bienes y servicios públicos con cargo al Estado. En otras palabras, se podrían ahorrar

en materia de contratación pública nada menos que 48.000 millones de euros, el 4.5% del PIB.

Según la CNMC, hay que empezar por erradicar toda una serie de prácticas ilícitas que merman sobremanera los costos de la contratación. Son los casos de pactos secretos de no competencia o de reparto de mercado y los cárteles económicos, prácticas que precisan de una legislación que permita actuar en el marco civil y penal.

Para la CNMC, algunas malas prácticas que deben eliminarse serían, entre otras, la adjudicación directa a empresas públicas o el establecimiento de plazos muy largos de duración de las concesiones administrativas sin causas objetivas o razonables. También hay que mejorar la transparencia y la publicidad, tantas veces dominadas por escenarios de opacidad, penumbra o ambigüedad, que enturbian la adjudicación a las mejores opciones. Por supuesto que es urgente el diseño de soportes tecnológicos que faciliten la elección de las ofertas mejores así como análisis rigurosos de eficiencia económica de los contratos, especialmente en lo que se refiere a una evaluación periódica acerca de los resultados obtenidos. El control, señala la CNMC, es deficiente y se encuentra regulado en normas dispersas y demasiado restrictivas.

En 2014, como se sabe, la Unión Europea aprobó un nuevo paquete de directivas en materia de contratación pública que España debe trasponer entre 2015 y 2016. Se trata de una buena oportunidad para modernizar los procedimientos de contratación y dotarlos de mayores dosis de objetividad y racionalidad. El dinero público es de todos los españoles y debe ser utilizado al servicio objetivo del interés general. Para que los ciudadanos dispongamos de servicios y obras públicas de calidad que permitan el mejoramiento de las condiciones de vida de todos. No puede ser que despilfarremos tantos millones de euros cuándo existen necesidades sociales acuciantes e imperiosas que precisan de medios y fondos crecientes.

### **3. La lucha contra la corrupción en la nueva directiva de la contratación pública**

El 15 de enero de 2014, el Parlamento europeo aprobó en primera lectura la nueva Directiva sobre contratación pública asumiendo la propuesta del mismo Parlamento y del Consejo relativa a la contratación pública. Se trata de la nueva regulación de aplicación los contratos públicos

objeto de la directiva. Entre las consideraciones que hace suyas esta resolución legislativa del Parlamento europeo, que ha de ser traspuesta en España antes de 2016, encontramos una primera referencia a la relevancia de los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, igualdad de trato, no discriminación reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia en un marco de competencia en orden a la adjudicación de los contratos públicos. Principios que, en efecto, preservan la naturaleza y fisonomía de la contratación como política pública orientada a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos a partir de la construcción de obras públicas y del uso de servicios públicos y de interés general.

Por otra parte, la resolución legislativa del Parlamento europeo de 15 de enero de 2004, reconoce que “la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (UNIÓN EUROPEA, 2004, 17), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (UNIÓN EUROPEA, 2004, 18), a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Asimismo, es preciso aclarar determinadas nociones y conceptos básicos para garantizar la seguridad jurídica e incorporar determinados aspectos de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”.

Es decir, a través de la contratación pública se busca un crecimiento económico inteligente, sostenible e integrador en el que las pequeñas y medianas empresas tengan posibilidades de salir adelante. La referencia a la sostenibilidad apela a la dimensión ética de la contratación como factor para un desarrollo equilibrado, para un desarrollo humano, un desarrollo

orientado, de otra manera no sería sostenible, a la mejora de las condiciones de vida de los habitantes.

En este marco, el artículo 18 de la presente Directiva, bajo el título de principios de la contratación, dispone:

1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. 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.
2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.

Es decir, el principio de igualdad de trato a los operadores económicos es pieza clave de la arquitectura de esta Directiva, así como los principios de transparencia y proporcionalidad, principios tan fundamentales como sistemáticamente orillados por la actuación de numerosos poderes adjudicadores que usan la discrecionalidad establecida al servicio de planteamientos nacionalistas y proteccionistas. Punto importante en la lucha contra la corrupción es la promoción de la transparencia y la prohibición de sortear la competencia o la transparencia en la contratación pública así como el uso interesado de la contratación para favorecer a determinados operadores. En estos supuestos, de no existir estas limitaciones o prohibiciones, la contratación pública, en lugar de ser lo que debe, una política pública orientada a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, se convertiría, muchos así la conciben, como una oportunidad de enriquecimiento económico y como una forma de acceder al poder o de mantenerse en el sin reparar en los medios que se han de emplear para ello (AYMERICH CANO, 2015).

Igualmente, en el párrafo segundo del artículo 18 de la Directiva objeto de estudio, se hace referencia a la contratación como política pública de contenido social al fomentar cláusulas de esta naturaleza como pueden ser las que se refieren al fomento del empleo, a la sensibilidad ambiental, entre otras. Las consideraciones efectuadas en el dicho párrafo de la Directiva ayudan sobremanera a comprender el sentido de la contratación como política pública de servicio objetivo del interés general y, por ende, como actividad pública de profundo contenido ético y moral pues a su través los ciudadanos van a disponer de mejores servicios, de mejores infraestructuras, en un contexto de juridicidad.

En el artículo 20 de la Directiva que estamos comentando nos encontramos un supuesto de promoción de la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas y también de apoyo los programas de empleo protegidos. En estos supuestos, el uso de la técnica de la reserva, siempre que esté justificado, siempre que haya una evaluación de la contratación para acreditar que se realiza para la finalidad prevista, pone de manifiesto la trascendencia de la política pública de la contratación como una política de profundo y humano contenido social que debe juzgarse positiva.

Otra referencia de marcado contenido ético la encontramos en el artículo 21 que establece como principio general que “el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. En este sentido, el párrafo segundo de este precepto dispone que “los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación”.

Siendo, como es el procedimiento de contratación un procedimiento fundamentalmente electrónico en el que se circula mucha información en un sentido y en otro, debe garantizarse la igualdad de trato por lo que el artículo 22 dispone que es lógico que “las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación”.



Sin embargo, la Directiva prevé que en determinados casos que especifica, como excepción se pueda seguir un procedimiento escrito. Ahora bien, como señala esta Norma “podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas de las relativas a los elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral esté suficientemente documentado. A este respecto, los elementos esenciales de un procedimiento de contratación incluyen los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación, las confirmaciones de interés y las ofertas. En particular, las comunicaciones orales con los licitadores que puedan incidir sustancialmente en el contenido y la evaluación de las ofertas estarán documentadas de modo suficiente y a través de los medios adecuados, como los archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación”. En mi opinión, esta posibilidad debe ser muy excepcional, por lo que tendrá que ser acreditada fehacientemente y documentada de la forma más concreta y justificada que sea posible.

También ofrece una dimensión ética, anticorrupción, la protección de datos, por lo que este precepto, en su último párrafo, dice que “los poderes adjudicadores velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios y almacenamiento de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación. No examinarán el contenido de las ofertas y solicitudes de participación hasta que venza el plazo previsto para su presentación”.

El artículo 24 de la Directiva que examinamos se refiere a los conflictos de intereses en los siguientes términos:

“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.

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”

La regulación del conflicto de interés es completa y, de ser interpretada y aplicada en sentido estricto, seguramente se impedirán muchas situaciones que a día de hoy planean sobre la práctica contractual pública en tantas partes del mundo. Solamente la apelación a la apariencia permite muchos desarrollos a la legislación de los Estados miembros, que, sin embargo, habrán de exigir que en tales supuestos “en que pudiera parecer” se extreme el detalle, la concreción y la vinculación real de la apariencia a la realidad pues, de lo contrario, se pueden ocasionar daños y perjuicios de imposible o muy difícil reparación, generándose situaciones irreversibles.

El artículo 26 de la Directiva se refiere al espinoso tema de la elección de los procedimientos de contratación, echándose en falta a mi juicio, una más rotunda y clara disposición acerca de la licitación como procedimiento ordinario y normal de contratación.

En realidad, la lectura del precepto pareciera reconocer un principio general de licitación, de procedimiento abierto. Sin embargo, es tal el cúmulo de excepciones y modulaciones, que lo que más bien parece es que en aplicación de la Directiva volveremos al procedimiento negociado y con diálogo competitivo como el sistema normal de contratación pública en la Unión Europea. Algo que, a juzgar por los umbrales de corrupción en los que se mueve la vieja Europa, debiera haberse tenido más en cuenta porque, como todo el mundo que conoce la dinámica interior de las contrataciones públicas sabe, por este camino penetra con gran fuerza la semilla de la corrupción, que luego crece y crece sin parar. En todo caso, es menester exigir que se acredite fehacientemente, en concreto, por escrito y con altos estándares de motivación, las excepciones al principio de publicidad y concurrencia. Circunstancias que habrán de reflejarse en las correspondientes actas a disposición de quienes tengan interés legítimo en su conocimiento.

En este sentido debe interpretarse el artículo 28 de la Directiva, que es el que se refiere al procedimiento restringido, una modalidad contractual tan en ascenso como la corrupción.

En el mismo sentido debe entenderse el artículo 29 de la Directiva en materia de procedimiento de licitación con negociación. Procedimiento en el que el poder adjudicador debe argumentar de forma muy concreta las

razones que aconsejan poner en marcha un procedimiento de tal carácter y, sobre todo, por qué en ese supuesto no es conveniente el procedimiento ordinario, es decir aquel en el que no es menester negociación alguna. En estos casos, el principio de igualdad de trato a los operadores económicos debe quedar acreditado así como las comunicaciones entre poder adjudicador y negociadores. Es decir, la transparencia en estos casos de restricción de la competencia debe brillar con potente luz, con más luz obviamente que en los casos ordinarios.

El artículo 30 se dedica al diálogo competitivo, sistema de adjudicación en el que la transparencia y la objetividad y racionalidad de todas los trámites y decisiones intermedias del poder adjudicador deben ser bien patentes. Como en el caso anterior, el poder adjudicador habrá de justificar al inicio del procedimiento las razones en cuya virtud la adjudicación se pretende realizar a través del diálogo competitivo.

En el caso de la asociación para la innovación, de acuerdo con el artículo 31 de la Directiva entiendo que es necesaria la justificación de tal régimen, y por supuesto que se garantice la igualdad y la transparencia en todo el procedimiento.

Mayores estándares y patrones de motivación y de racionalidad y objetividad deben aplicarse al uso del procedimiento negociado sin publicidad previa pues los principios de publicidad y concurrencia, inherentes a la contratación pública, son limitados en estos casos a que hace referencia el artículo 32 de la directiva puesto que se trata de excepciones a la regla general que deben interpretarse muy restrictivamente.

Por lo que se refiere a la preparación del procedimiento de contratación, debe tenerse en cuenta que el artículo 40 de la Directiva prevé consultas preliminares al mercado, en las que los poderes adjudicadores “podrán realizar consultas del mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación. Para ello, los poderes adjudicadores podrán, por ejemplo, solicitar o aceptar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes o de participantes en el mercado, que podrá utilizarse en la planificación y el desarrollo del procedimiento de contratación, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia y no dé lugar a vulneraciones de los principios de no discriminación y transparencia”

Para evitar el falseamiento de la competencia y la influencia de los asesores de los poderes adjudicadores, el artículo 41 de la Directiva dispone

que “cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Las medidas adoptadas se consignarán en el informe específico previsto en el artículo 84.

El artículo 42 de la Directiva se refiere a las especificaciones técnicas y contiene algunas disposiciones dirigidas a fomentar la ética en la contratación. Así por ejemplo, en el apartado primero se señala que “para toda contratación que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal del poder adjudicador, las especificaciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios. Cuando se adopten requisitos imperativos de accesibilidad mediante un acto jurídico de la Unión, las especificaciones técnicas deberán definirse, en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, por referencia a ellas”.

En el apartado segundo, asimismo, se establece que:

Las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

También habrá que evitar que las especificaciones se refieran a la descripción de determinados bienes o servicios. Por eso, el apartado 4 dispone que” salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención «o equivalente».

El artículo 48 de la Directiva hace referencia a los anuncios d información previa, en los que el poder adjudicador debe cumplir con ciertas formalidades que van en la línea de fomentar la publicidad de toda la vida del contrato y la transparencia en todas sus fases.

En el artículo 56 de la Directiva se encuentran los principios generales que los poderes adjudicadores habrán de tener bien presentes para la adjudicación de los contratos. Huelga señalar que este precepto, en el que se atribuye a los poderes adjudicadores un notable espacio de discrecionalidad, debe interpretarse y aplicarse exigiendo de estos un sobresaliente ejercicio de motivación y concreción en todas y cada una de las ocasiones en que deban operar estos poderes discrecionales.

Es sabido que las decisiones más polémicas en materia de contratación, las que estadísticamente se llevan la palma en materia de corrupción, son las adjudicaciones. Por eso, el artículo 58 de la directiva reclama una dosis de objetividad en estas operaciones jurídicas digna de alabanza, que el artículo 57 pretende concretar fijando criterios racionales y rigurosos de adjudicación.

Durante la ejecución del contrato se pueden producir vicisitudes o situaciones no previstas o deliberadamente buscadas, que puedan distorsionar los principios de igualdad de trato, transparencia y publicidad, viciando la contratación. Por eso el artículo 70 de la Directiva dispone que

“Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas

condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo. “

Una causa de corrupción en la contratación pública viene de la mano de determinadas formas de implementar en estos casos la subcontratación, tema regulado en el artículo 71 de la Directiva que estamos glosando y que tiene un entendimiento notablemente diferente al del campo de la contratación privada, en la que reina, si bien con límites, la autonomía de la voluntad, algo extraño y ajeno al Derecho Administrativo.

Y, por fin, la denominada potestas variandi (modificación de los contratos) en el artículo 72, o también llamada “potestas corruptionis”, pues demostrado está que en este rublo es en el que florece con más potencia e intensidad la envenenada flor de la corrupción. En España lo llamamos, en masculino, reformado, pues se utiliza con mucha frecuencia para “equilibrar” determinados sacrificios o peticiones que se realizan, normalmente antes de la misma ejecución del contrato, especialmente en materia de financiación de partidos políticos.

Desde luego, elevar la orquilla del ejercicio de esta potestad administrativa hasta el 50% del precio es, sencillamente inaceptable y constituye hasta una invitación a la corrupción. En efecto, si el precio del contrato es un concepto esencial, su modificación esta cuantía permite pensar en una novación del contrato, lo que, de producirse sin nueva licitación, constituye una burla a las más elementales exigencias jurídicas y éticas de un sistema de contratación que se realiza con fondos públicos, con fondos del común, de todos y de cada uno de los ciudadanos.

#### **4. Reflexión Conclusiva**

La corrupción que en la actualidad reina en la vida pública de muchos países del mundo se debe, como bien sabemos, al uso espurio de la contratación pública. Una categoría del Derecho Administrativo construida y diseñada para atender con objetividad el interés general, se nos sigue presentando, a pesar de la altura del tiempo en que estamos, como una institución tantas veces concebida para el servicio subjetivo a los intereses privados o particulares. Y todo bajo la apariencia de rigurosos y alambicados procedimientos de contratación.

En el Reino de España la Comisión Nacional de la Competencia y de los Mercados, como hemos recordado acaba de señalar en un informe que se pierden en los procedimientos de corrupción, sólo por falta de fomento de la competencia, 48.000 millones de dólares, el 4.5 % del PIB. Si sumamos a esta cantidad el porcentaje relativo a la contratación de los 40.000 millones que según un informe de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria se cobra la corrupción cada año en nuestro país, resultaría que el despilfarro en que incurrimos, por uno u otro concepto en materia de contratación pública, es, lisa y llanamente, inaceptable.

La UE conoce bien el fenómeno de la corrupción. Incluso ha sido objeto de algunos estudios e informes que se han publicado, el último de marzo de 2014 encargado precisamente por la Comisaría de Justicia e Interior con los resultados de todos conocidos. La corrupción, duele escribirlo, se ha instalado en el corazón y en el alma de una institución supranacional de integración que ha tomado una deriva tecnoestructural facilitada por la complejidad en la toma de decisiones y por el déficit democrático de sus políticas públicas, adoptadas por un Gobierno no elegido por la población y por una ausencia de participación social que clama al cielo.

Es verdad, quien podrá negarlo, que el Derecho Comunitario de la Contratación Pública es un dechado de suma perfección técnica que ha contribuido a una relativa homogeneización de los Ordenamientos de los Estados miembros en la materia. Sin embargo, a pesar de reconocer las bondades de estas Directivas que se han ido aprobando a lo largo del tiempo, la realidad es que el principio de igualdad de trato brilla por su ausencia, que la publicidad y la transparencia son una quimera y que la complicación y el coste de los procedimientos de contratación disuaden a muchos contratistas.

En este tiempo en que estamos los Estados deben implementar estas Directivas de 2014. Unas Directivas, quien podrá negarlo, cargadas de buenas intenciones y de saludables normas y disposiciones fruto de la experiencia de estos años. Sin embargo, cuando nos aproximamos al régimen jurídico concreto y estudiamos las formas de adjudicación, la potestas variandi y la propaganda que se hace de los procedimientos sin publicidad y negociados a través del diálogo competitivo, desde luego nos entran muchas dudas acerca del impulso ético que algunos creen encontrar en estas Directivas.

Ciertamente, el capítulo dedicado a la integridad no puede merecer más que un juicio positivo, así como la regulación de los conflictos de interés pues hasta hora estas disposiciones no tenían acomodo en las Directivas en la materia. Sin embargo, la posibilidad de modificar un contrato con el límite del 50% de su precio, no sólo permitiría abrir el debate acerca de la novación del contrato a causa de la desnaturalización de uno de sus elementos esenciales, sino que invita a pensar en que tal previsión constituye o puede constituir una puerta abierta a la corrupción por obvias razones que están en la mente de quienes conocen el sector.

Esperemos, no obstante, que los Estados miembros en la trasposición de estas Directivas apuesten por los principios tradicionales de la contratación pública, por supuesto en su visión de política pública, y regulen de mejor manera aquellos aspectos de la vida contractual por los que se despilfarra tanto dinero público. Nos referimos a la elaboración de los pliegos, a la participación ciudadana en toda la vida del contrato, a una mejor regulación de la ejecución del contrato, al establecimiento de mayores limitaciones para la potestas variandi. Una institución, esta última, que merece un nuevo tratamiento más acorde a la función que caracteriza a la Administración pública, que no es otra que el servicio objetivo al interés general. Es decir, si la Administración quiere modificar el contrato, que no podrá superar el 20% del precio en ningún caso, deberá previamente justificar las razones de interés general de tal pretensión, que serán comunicadas al contratista y publicadas en la web del poder adjudicador para general conocimiento. Si hay reclamación, el Tribunal Administrativo de Contratos se pronunciará en un plazo breve. Así, de esta manera, es probable que los pliegos se redacten de forma más concreta y rigurosa porque, como bien sabemos, el estigma de la potestas variandi arranca tantas veces precisamente de pliegos genéricos, imprecisos y ambiguos, el mejor caldo de cultivo para la corrupción.

Otro punto que debiera mejorarse en la trasposición que se haga de la Directiva de Contratación pública, se refiere a la transparencia y a la forma de motivar las adjudicaciones. Sencillamente, con exigir que en los casos de procedimientos negociados, no digamos ya si son sin publicidad, se suban a la web del poder adjudicador las actas de las reuniones mantenidas, resolvería muchos problemas. En el mismo sentido, la deliberaciones de los poderes adjudicadores podrían, además de ser publicadas “in integrum” en la web correspondiente, objeto de conocimiento general, bien porque se



realicen en audiencia pública con posibilidad de intervención de los proponentes, bien sin esa publicidad.

En fin, el camino de la lucha contra la corrupción me parece que discurre por la senda de la máxima transparencia posible, sin miedo a pasarse porque en esta materia la luz nunca es demasiada.

## Referencias

AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015. DOI: [www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162](http://www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162).

DE ASÍS, M. G. La corrupción internacional: Un examen empírico de sus causas, **GAPP**, nº 10, p. 3 y ss. 1997.

DOBEL, J. P. **Public Integrity**. Maryland: John Hopkins University Press, 1999.

FISCHER, F.; ZINKE, R. Public administration and the code of ethics: administrative reform or professional ideology, **International of Public Administration**, Vol. 12, p. 841-854, 1989.

FOX, C. Free to choose, free to win, free to lose: the phenomenology of ethical space. **International Journal of Public Administration**, p. 913-930. 1989.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

OUTRIVE, L. **La Administración como amplificadora de la corrupción**. In: V CONFERENCIA INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN, 1992, Amsterdam.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/17/CE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo. **Diario Oficial de la Unión Europea**. Madrid. 30 abr. 2004. L 134/1.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2004/18/CE Del Parlamento Europeo Y Del Consejo. **Diario Oficial de la Unión Europea**. Madrid. 30 abr. 2004. L 134/114.