

José María Gimeno Feliú *

La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?

Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública **

RESUMEN: Se aborda la cuestión de la corrupción en la contratación pública analizando las «deficiencias» de la LCSP. Se postulan distintas soluciones jurídicas con el objetivo de avanzar en postulados de integridad que permitan una más eficiente y profesional gestión de los contratos públicos.

PALABRAS CLAVES: Contratos públicos. Integridad, eficiencia y corrupción en los contratos públicos. Mecanismos de control de la contratación pública.

* Universidad de Zaragoza. *Proyecto de investigación concedido por MEC titulado, NUEVOS ESCENARIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: URBANISMO, CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y COOPERACIÓN INTERSUBJETIVA* REF: DER2009-12116. (periodo 2010-2012).

** Jornada Integritat en la contractació pública, organizadas por Parlament de Catalunya y Oficina Antifraude de Cataluña, Barcelona, 14 de juny de 2010.

SUMARIO

1. IDEAS PREVIAS SOBRE EL SIGNIFICADO DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN FUNCIONAL
 2. HACIA LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CORRUPCIÓN VERSUS EFICIENCIA PÚBLICA—a) *En la fase preconceptual las «modalidades ordinarias» de corrupción serían:—b) En la fase elección del procedimiento:—c) En fase adjudicación del contrato:—d) En fase ejecución del contrato:*
 3. LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS Y POSIBLES SOLUCIONES PARA PROMOVER LA INTEGRIDAD. HACIA EL PARADIGMA DE LA EFICIENCIA Y LA PROFESIONALIDAD
 4. REFLEXIONES FINALES: LA INTEGRIDAD COMO FIN E INSTRUMENTO DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
-

1. IDEAS PREVIAS SOBRE EL SIGNIFICADO DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN FUNCIONAL

La materia de contratación pública es, hoy en día, de máxima actualidad, no sólo por novedades de índole jurídica, si no también por la incidencia que la misma tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los Estados (más de 16 por ciento PIB)¹. Por ello, la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas². En consecuencia, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos.

Como es sabido, la legislación de contratos públicos encuentra su punto de partida en el derecho comunitario. Así, la nueva Directiva 2004/18 pretende responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los poderes económicos buscando una mayor eficiencia y una mejor eficacia³. Regulación de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos pretende una efectiva apertura de los contratos públicos (que incorpora la doctrina del TJCE). El obje-

¹ Datos extraídos de la página web de la Dirección General de Mercado Interior http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/introduction_en.htm y del «Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España», Ministerio de Hacienda, 2004, p. 25.

² Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos (me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010), los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras. Ejemplo de lo que se acaba de afirmar son los Fondos Estatales de Inversión Local aprobados en 2008 y 2009 con la intención de, mediante contratos públicos, crear empleo y dinamizar la economía (sobre dichos Planes me remito a mi trabajo «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho núm. 9, 2010, pp. 50 a 55).

³ Por todos G. VARA ARRIBAS, «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», Revista Española de Derecho comunitario núm. 26, 2008, pp. 115-150.

tivo, en lo relativo a la integridad, es reducir las posibilidades de corrupción mediante el establecimiento de los principios de objetividad, igualdad de trato y transparencia en la adjudicación de contratos públicos. Se establecen cinco obligaciones para los Estados miembros en relación con la preparación y adjudicación de los contratos celebrados por las entidades que tienen la condición de poder adjudicador:

- a. Publicidad –que debe generar concurrencia– de los contratos que superen determinados umbrales económicos (obligación de publicar en el DOUE los anuncios de los contratos que están comprendidos en su ámbito de aplicación, aconsejándose utilizar para ello medios electrónicos)⁴.
- b. Transparencia en los procedimientos de contratación;
- c. Equivalencia de las especificaciones técnicas;
- d. Homologación de las aptitudes de los contratistas,
- e. Objetividad en los criterios de adjudicación.

La transposición de la citada Directiva se ha efectuado en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido el plazo para la misma (1 de febrero de 2006). En todo caso, y tras solo poco más de un año de vigor de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, la misma afronta una intensa operación de ajuste mediante reformas parciales a través de distintas leyes, en un ejemplo de lo que –al menos desde la perspectiva normativa– nunca se debería hacer. La citada norma ha sido o será modificada de forma inminente por las siguientes:

1.–La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, que adapta a la legislación española a la Directiva comunitaria de 2007/66/CE– ya dictaminado por el Consejo de Estado– que prevé la sustitución del recurso especial del artículo 37 LCSP por un nuevo recurso, obligatorio y preclusivo, ante un órgano independiente de carácter administrativo –formados por expertos en derecho administrativo y contratación pública– y que, en el ámbito estatal, recibirá el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Las Comunidades Autónomas pueden crear su Tribunal. Estos tribunales administrativos tendrán naturaleza administrativa y sus miembros gozarán de inamovilidad e independencia. La característica principal es que se prevé la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes

⁴ En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de febrero habían sido de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos. Para el periodo 2010-2011, el reciente Reglamento (CE) núm. 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, determina los nuevos umbrales, que, para las obras públicas se concreta en 4.845.000 € y para suministros y servicios en 193.000 €.

perjudicadas. Novedad importante es que desaparece la dualidad adjudicación provisional y definitiva y que el contrato se perfecciona con la formalización.

2.-El Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla la reforma igualmente en profundidad la LCSP. El texto propuesto –artículos 35 y 36, y Disposición Adicional Décimooctava– incorpora novedades que afectan a la legislación de contratación pública: a) Se impulsa la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada, b) se establece una mayor transparencia de la información en la contratación pública mediante publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado, c) se fomenta la realización de contratos de investigación y desarrollo, d) y se impulsa la participación de pequeñas y medianas empresas en la contratación pública. En especial, se modifica la normativa que regula los modificados de obras de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, para lo que se introduce un nuevo Título V en el Libro I bajo la rubrica de Modificación de los contratos.

3.- Se tramita el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas y por los titulares de contratos de colaboración público-privada”. Se admite que las tres vías de financiación recogidas hasta ahora por la normativa de contratos públicos –la emisión de valores, la hipoteca de la concesión y la aplicación cuando sea conveniente de créditos participativos públicos– presentan peculiaridades frente a la legislación común cuando se aplican a las concesiones de obra pública. Fija a la titulización de créditos un límite de emisión que no podrá superar el 90% de la inversión total estimada y asimismo fija en el mismo porcentaje el máximo importe de deuda garantizada por el recurso a la hipoteca de la concesión, que nunca será admitida en garantía de deudas que no guarden relación con la correspondiente concesión. En cuanto a los posibles créditos participativos públicos, su remuneración se fijará con referencia a los ingresos del concesionario.

4.- La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre (vista ya por el Senado), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que pretende reducir progresivamente a treinta días los pagos en el caso de las Administraciones Públicas. Se da nueva redacción al artículo 200.4 y añade el artículo 200 bis. La Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, que modifica el artículo 83, mediante la adición al mismo de un nuevo apartado 4.

5.-El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE 13 de abril). Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos. En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores volunta-

rio y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario. A su vez, en el artículo 5, de forma equivalente, se modifica la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, para permitir la continuidad de las subvenciones concedidas a las empresas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido la eficacia en un convenio⁵. Y el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que incorpora una Disposición adicional trigésimo cuarta sobre adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

Legislación española (en permanente proceso de cambio y causa de inseguridad jurídica y elemento distorsionador que favorece la fuga de los principios vertebradores) que, como se explica en la Exposición de Motivos, pretende fundamentarse directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y anteponer a todos los demás objetivos el de asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada⁶.

2. HACIA LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: CORRUPCIÓN VERSUS EFICIENCIA PÚBLICA

El fenómeno de la corrupción se extiende a lo largo de los tiempos y en todas las civilizaciones y supone una perniciosa influencia tanto en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas⁷, como en la alteración de los mercados privados. Y ello porque los efectos nocivos de la corrupción se manifiestan claramente en el ámbito económico, pero igualmente inci-

⁵ Como se ve, no es un mero «ajuste» u operación estética sino una reforma en profundidad que, amén de afectar a numerosos preceptos, afecta a la propia esencia de la regulación, lo que obligará a repensar las prácticas de la contratación pública.

⁶ Véase al respecto, MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 93 y ss. Sobre la filosofía y justificación de la LCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» en libro col. (Dir. J. A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

⁷ Sugerente sobre esta cuestión era el trabajo de M. SÁNCHEZ MORÓN «La corrupción y los problemas de control de las Administraciones», en libro colectivo *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997. También el libro colectivo *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

den a nivel social y político, tal y como bien destaca T. MEDINA⁸. El fenómeno de la corrupción afecta en los niveles de Europa a países consolidados como Francia, Alemania, Inglaterra, etc. Por supuesto, España tampoco es ajena a fenómenos relacionados con la corrupción en la adjudicación y ejecución de contratos públicos, y es que hemos tenido –y todavía tenemos– demasiados casos en los medios de comunicación y en los juzgados como para dejar de preocuparnos. Es cierto, como señala el Informe sobre la democracia en España 2009, que se trata aparentemente de una corrupción poco extensiva, es decir, en la que pocos individuos parecen estar directamente implicados, aunque paralelamente, es intensiva por mover grandes sumas de dinero⁹.

La consideración de la corrupción como un fenómeno de implicaciones internacionales ha supuesto cambios significativos en los medios para combatirla al margen de la reacción penal (último recurso). De las declaraciones programáticas de los primeros años se ha pasado a un modelo de lucha más activo y así, junto a las actividades propias de cada Estado, han proliferado las iniciativas para hacerle frente desde distintos organismos internacionales. La variedad de instrumentos utilizados ha sido y es muy amplia. Los códigos de conducta, pactos de integridad y estándares de transparencia junto con los convenios, protocolos y recomendaciones comparten entre sí un mismo objetivo: llamar la atención sobre la necesidad de articular mecanismos de cooperación entre los Estados para poner freno a este fenómeno.

Como bien nos recuerda T. MEDINA, los sistemas de medición es uno de los instrumentos socialmente más eficaz. Quizá el más conocido es el Índice de Percepción de la Corrupción que anualmente, y desde el año 1995, publica la ONG Transparencia Internacional. Este índice establece un ranking de países según el grado en el que se percibe la corrupción basándose en las opiniones de expertos y analistas del propio país recogidas a partir de encuestas¹⁰. El índice clasifica a los países y territorios en una escala de 0 a 10, de tal manera que una calificación de 10 indica un país totalmente honesto,

⁸ Teresa MEDINA ARNÁIZ, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, Nº 7382, Sección Doctrina, 16 abril 2010.

⁹ En este sentido, el caso de mayor trascendencia mediática fue el conocido como caso Roldán en el que, como quedó judicialmente acreditado, el entonces Director General de la Guardia Civil, Luis Roldán, se valió de su puesto para adjudicar contratos de obras a aquellas empresas que previamente habían pagado comisiones por ello. Sin embargo, no se trata de un hecho aislado. En estos últimos años hemos conocido la condena por cohecho a quien fuera Presidente de una Comunidad Autónoma por alterar el procedimiento de adjudicación de los contratos de obras haciéndolo en función de las comisiones previamente pactadas (caso Urralburu); asimismo quedó probada la adjudicación irregular de las obras de construcción del túnel de Sóller y se ha condenado por cohecho a distintos concejales que reclamaban el pago de dádivas por la adjudicación de contratos públicos. Son ahora notorios el caso Pretoria en Cataluña, el caso Palma Arena con la imputación del ex-presidente Matas en Cataluña, o la conocida trama Gurtel (por citar solo alguno de los más conocidos).

¹⁰ Teresa MEDINA ARNÁIZ, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *ob. cit.*, pp. 4-5.

mientras que una clasificación de 0 revela que el país es percibido como altamente corrupto. Del examen de dicho índice se constata una mayor percepción en España de corrupción pública, ligada a la actividad urbanística y a la adjudicación de contratos públicos.

La contratación pública es especialmente un sector proclive a la corrupción en tanto es una de las áreas más propensas a la proliferación de prácticas corruptas¹¹. De hecho *Transparencia Internacional* afirma que «La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial»¹².

Una de las principales razones que explican el avance de estas prácticas se encuentra en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público¹³. Entre los tipos contractuales potencialmente más expuestos a la corrupción, huelga decir que son los contratos de obras los que han dejado al descubierto los escándalos más sonados de casos de corrupción. Los grandes proyectos de obras o infraestructuras, las telecomunicaciones o los relacionados con el sector energético y el de la defensa, son igualmente considerados como propensos a prácticas corruptas, ya que la complejidad tecnológica de dichos sectores ofrece una mayor oportunidad para ocultar diversas y variadas prácticas corruptas.

Y los efectos de la corrupción en la contratación pública son evidentes. Amén de una clara ineficiencia de fondos públicos¹⁴, es una pérdida de competencia en el proceso contractual lo que afecta a la solvencia cualitativa del sector empresarial. Sin una competencia real, la ejecución de obras, la adquisición de bienes o la prestación de servicios resulta más costosa para el erario público y deja al descubierto una importante desviación de recursos públicos. En tiempos de crisis como los actuales son mucho más visibles estos efectos.

Las prácticas corruptas en la contratación pública –como bien advierte el

¹¹ Sobre esta cuestión resulta de especial interés el Estudio de la OCDE LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACION PÚBLICA. Buenas prácticas de la A a la Z”. INAP, Madrid, 2010. También el trabajo de ARIEL REZZOAGLI, B., Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas, Editorial Ratio legis, 2005.

¹² http://www.transparency.org/regional_pages/americas/contrataciones_publicas.

¹³ L. MARTÍN-RETORTILLO «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa, Madrid, 2000, p. 87.

¹⁴ Según D. STROMBOM («Corruption in Procurement», Economic Perspectives núm. 3, 1998, p. 22) los costes añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20 por cien, pudiendo alcanzar incluso un 50 por cien del monto total del contrato.

Informe de la OCDE sobre Integridad y contratos públicos¹⁵ – pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de adjudicación contractual, pues aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan, ni mucho menos, a esa fase contractual. Expondremos sucintamente las prácticas más habituales que nos podemos encontrar en cada una de esas fases:

a) En la fase precontractual las «modalidades ordinarias» de corrupción serían:

1. Falta adecuada de evaluación o planificación de las necesidades.
2. Creación de una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfagan necesidades reales del órgano de contratación.
3. Facilitando información que otorgue ventaja a determinados licitadores con respecto a otros, o bien las especificaciones técnicas empleadas para identificar el objeto del contrato pueden limitar la presentación de ofertas competitivas al direccionarse en favor de determinados licitadores, de tal manera que solamente unos pocos las puedan satisfacer. El «mecanismo» de las especificaciones técnicas.

b) En la fase elección del procedimiento:

1. Recurriendo al procedimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello y no negociando sino utilizando el procedimiento como sistema de adjudicación directa.
2. Fraccionando el objeto del contrato para sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia.
3. Utilizando el contrato menor –ex artículo 122.3 LCSP– como adjudicación directa.

c) En fase adjudicación del contrato:

1. Contaminación de intereses al adjudicar contratos a personas que se encuentran incursas en incompatibilidades o en situación de conflicto de intereses que pueden influir o mediar en favor de determinados licitadores. Ausencia de claridad a la hora de fijar los criterios de adjudicación.
2. Ponderación inadecuada de los criterios de adjudicación;
3. Ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato.
4. Inexistencia de mecanismos eficaces ex ante.

¹⁵ También T. MEDINA ARNÁIZ, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», ob. cit., pp. 4-5.

5. Sistema de recursos ineficaz –desde la perspectiva de eventual «corrección» de la ilegalidad advertida– ante las decisiones de adjudicación.

d) En fase ejecución del contrato:

1. Utilización arbitraria de las prerrogativas con fines distintos al propio de al correcta ejecución del contrato.
2. Ausencia de controles sobre la prestación, lo que genera problemas de calidad.
3. Modificación de contratos «desproporcionadas» y en fraude legal, quebrando el principio de concurrencia e igualdad de trato.

3. LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS Y POSIBLES SOLUCIONES PARA PROMOVER LA INTEGRIDAD. HACIA EL PARADIGMA DE LA EFICIENCIA Y LA PROFESIONALIDAD

Tras esta breve radiografía de las situaciones «patológicas» que se derivan de nuestra práctica en la contratación pública, procede intentar avanzar alguna serie de propuestas para corregir este diagnóstico, con el fin de evitar la agravación de un problema, no sólo jurídico, sino también económico y ético.

Las soluciones jurídicas, en materia de contratos públicos, pasan, inicialmente, por evitar el conflicto de intereses, reduciendo las oportunidades de que se produzcan conductas corruptas al evitar los conflictos de intereses y al promover la imparcialidad de las autoridades que intervienen en los procedimientos de adjudicación. En este punto se constata la insuficiencia del marco legal español, con escasa operatividad práctica. Debe asegurarse la garantía efectiva de honorabilidad mediante la efectiva prohibición de acceso a los contratos públicos a aquellas personas condenadas (incluso procesadas) por corrupción. La posible solución podrían ser las denominadas *blacklists* en toda la Unión para todos los poderes adjudicadores¹⁶. Opción que exige la coordinación en la información entre las Distintas Administraciones Públicas y poderes adjudicadores con el poder judicial, con el objetivo de tener «actualizada» este registro.

Por supuesto, es necesario corregir la «dualidad» de regímenes aplicables en función del importe del contrato. El problema de las Instrucciones Internas

¹⁶ Un ejemplo de interés es el Reglamento Financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, la exclusión en la adjudicación de contratos públicos a aquellos candidatos o licitadores que se hallen en una situación de conflicto de intereses [art. 94 a) Reglamento Financiero]. En este sentido, el mismo Reglamento aclara que existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de las personas implicadas en la ejecución del presupuesto «se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario» (art. 52 Reglamento Financiero).

previstas en artículo 175 LCSP es que nos encontramos con una «deslegalización procedimental» que parece peligrosa, pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. El resultado de la LCSP –como se ha venido advirtiendo– es un sistema complejo y con ciertas contradicciones que puede plantear no pocas dudas interpretativas y cuya impresión –a nuestro juicio– se asemeja a la de un «moderno caballo de Troya» que, bajo un manto reluciente, incorpora en su interior los resortes que posibilitan una inaplicación de la LCSP y de sus principios, en una huida –quizá sin vuelta atrás– de las reglas del derecho público de la contratación administrativa¹⁷.

Una posible solución a esta situación sería la de introducir simplificación procedimental (concursos simplificados, documentación sólo exigible al adjudicatario propuesto, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. Y por supuesto, facilitar información fácilmente accesible y transparente incorporando –con la necesaria neutralidad– los medios electrónicos. Por supuesto, el principal instrumento –sobre la óptica de al defensa del principio de publicidad general– deben ser las Plataformas generales de contratación en Internet, siempre que se limite el número de las mismas o se coordinen entre sí efectivamente (como ejemplo, la opción de Cataluña al crear la Plataforma de Servicios de Contratación –Orden EFC/313/2008, de 23 de junio–).

Es urgente, como remedio, evitar la fragmentación del contrato tal y como de hecho se previene en el art. 74.2 LCSP, que se dirige fundamentalmente a evitar que a través del fraccionamiento se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor económico del contrato, como son las referidas a la publicación de anuncios de licitación en el DOUE o las relativas a la elección de los procedimientos de adjudicación. Especialmente urge corregir el uso indebido del contrato menor (122.3 LCSP) y del procedimiento negociado sin publicidad, que bajo el «manto» de la simplificación permiten conductas claramente corruptas generando manifiesta ineficiencia¹⁸. Una eventual solución sería, por encima de determi-

¹⁷ GIMENO FELIÚ, J. M. ... Novedades..., ob. cit., pp. 63-64.

¹⁸ El informe 9/2009 de 15 de junio de 2009 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de ANDALUCÍA sobre fraccionamiento y contratos menores señala sobre esta cuestión lo siguiente: «... Los diversos aspectos planteados por el órgano consultante en torno a la problemática del fraccionamiento en la contratación pública, se encuentran íntimamente unidos a la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación.» Y más adelante prosigue: «...debe comprenderse que la tramitación del contrato menor exige cumplida acreditación de su objeto e importe; requisitos estos que, si bien son exigibles de cualquier tipo

nado importe (en Francia 4.000 €), solicitar al menos tres ofertas entre licitadores «no contaminados» y fijar un límite de «concentración» de contratos en un mismo licitador.

Se debe evitar la discriminación –en muchas ocasiones mal disimulada– con las especificaciones técnicas. Así, hay que definir previamente a la selección del contratista en el correspondiente pliego de prescripciones técnicas o en el resto de documentos contractuales (art. 100 LCSP). Deben ser comunicadas o facilitadas a los potenciales licitadores y, por último, deben permitir el acceso en condiciones de igualdad de todos los licitadores «sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia» (art. 101.2 LCSP).

Igualmente debe insistirse en la necesidad de utilizar correctamente los distintos procedimientos exigiendo una adecuada y suficiente motivación sobre la concreta elección e incrementar el grado de objetividad en las adjudicaciones mediante la publicación lo más detallada posible de los criterios que van a utilizarse para seleccionar al adjudicatario, del orden de preferencia de esos criterios de adjudicación, de las fórmulas y métodos que vayan a ser

de contrato, en éste son absolutamente relevantes por su carácter definitorio y por constituir factores que condicionan su propia existencia, validez y operatividad, en tanto que se eligen en presupuesto normativo para acudir al régimen jurídico excepcional que le es propio. Se debe, igualmente, regular cómo se negocia, cómo se deja constancia y quién puede controlar ex ante esa negociación. Idéntica opinión sostiene J. A. MORENO MOLINA, «Un mundo para SARA. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada». RAP 178, 2009, p. 212. Esta figura exigirá consulta vía correo electrónico en tres licitaciones y limitar la acumulación de contratos idénticos en un mismo contratista. Intentando «ajustar» este procedimiento la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 38/09, de 1 de febrero de 2010, ha declarado que la adjudicación de contratos menores de las Administraciones Públicas que impliquen un gasto subvencionable que supere la cuantía de 30.000 €, tratándose de contratos de obras, y de 12.000 €, si son de suministro o de servicios, debe efectuarse previa petición de tres ofertas a los posibles contratistas, salvo que no exista en el mercado número suficiente de ellos. El argumento es el siguiente: «Esta Junta Consultiva entiende que sendas normas deben ser objeto de una interpretación que favorezca su complementariedad en la medida de lo posible por ser ésta y no otra la solución interpretativa que viene dada por la especialidad de la materia: subvenciones, y por los principios que informan la legislación de subvenciones (artículo 8.3.a) de la Ley General de Subvenciones) y la de contratación pública (artículo 123 de la Ley de Contratos del Sector Público, entre otros), que son coincidentes, cuales son: los principios de concurrencia, igualdad, no discriminación y transparencia. Así pues, debe entenderse que la exigencia del artículo 31.3 de la Ley General de Subvenciones introduce limitaciones a la adjudicación directa que el artículo 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone para los contratos menores de las Administraciones Públicas. De lo anterior sigue que la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que impliquen un gasto subvencionable que supere la cuantía de 30.000 €, si es de obras, o de 12.000 €, si es de suministro o de servicios, y que tengan la consideración de contrato menor atendiendo a lo dispuesto en el artículo 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, en lo que respecta a la Ley de Contratos del Sector Público podrán ser objeto de adjudicación directa, no siendo de aplicación el procedimiento negociado, con las únicas limitaciones que establece el artículo 31.3 de la Ley General de Subvenciones».

utilizados en la aplicación de cada uno de ellos y de su ponderación. Es preciso que el órgano de contratación motive la elección de los criterios que tendrá en consideración para adjudicar el contrato (art. 93.4 LCSP). Dichos criterios y su baremación deberán estar expresamente publicitados en el anuncio de licitación (art. 134.5 LCSP).

Y para todo ello es necesario garantizar y promover la profesionalidad de quien valora las ofertas para lo que se debe exigir que los Informes técnicos estén correctamente motivados, que se articule una fase de Exposición previa y aclaración ante los licitadores y, sobre todo, que se asegure la no presencia en los órganos técnicos de personal de naturaleza política.

Un caso especial que requiere urgencia (y precisión) en la solución es el relativo a la «problemática» de los modificados y sus consecuencias en la corrupción. Deben evitarse las modificaciones innecesarias y que no sean imprevisibles, preservando siempre que no se afecte al contenido esencial del contrato. Con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobre coste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato (un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia)¹⁹.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió. Especialmente significativas son las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 ó 233 LCSP, que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 Directiva.

Debe regularse claramente este mecanismo de ejecución de contratos recordando que en ningún caso el modificado puede afectar a ninguna condición esencial/importante de la licitación; ni responder a «necesidades nuevas» (las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato). Además, la posibilidad de aportar una modificación (no las causas imprevisibles de la misma), así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación. En todo caso, parece claro que la modificación de una condición esencial para la adjudica-

¹⁹ La Sentencia TJCE de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta) establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. De no cumplirse las exigencias expresadas estaremos en presencia de una nueva adjudicación, contraviniendo el principio de publicidad y concurrencia, tal y como recuerda la STJCE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH).

ción del contrato equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación.

Y deberemos entender que hay imprevisibilidad –que no imprevisión– cuando, como recuerda la referida Sentencia, «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apdos. 116-118)²⁰.

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible aborda esta cuestión –quizá por la demanda de la Comisión contra el Reino de España– y propone introducir un nuevo Título V en el Libro I: Modificación de los contratos, advirtiendo que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se ajusta el artículo 20 LCSP).

La regulación propuesta pretende limitar la práctica de los modificados tipificando los supuestos con el fin de que cualquier otro distinto se proceda a procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios –si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b) LCSP–.

Especial interés tiene el nuevo artículo 92 TER, que reproducimos:

«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

²⁰ En este sentido se posiciona la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 19 de abril, «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad». Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Edición, junio de 200, p. 100.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas».

Deberá existir siempre un interés público suficientemente motivado, siendo límites el no afectar al contenido esencial del contrato y que sea una causa imprevisible. Además, deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (artículo 92. Quater).

La reforma propuesta en España es un notable avance pero no parece compatible con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude. Parece conveniente que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras y, en general de todo personal responsable de la ejecución del proyecto. Por lo demás, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –en modo entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación.

Otro problema –de gran calado práctico– es la insuficiencia del sistema español de recursos en materia de contratos públicos, como se puso de manifiesto por parte del TJCE en sus sentencias de 15 de mayo de 2003, C-214/00, Comisión/España y de 3 de abril de 2008, C-444/06, Comisión/España. Por ello, un objetivo fundamental para caminar hacia la integridad en la gestión de la contratación pública (e instrumento imprescindible contra la corrupción) es mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos²¹.

²¹ Brevemente recordamos los requerimientos derivados de la Directiva 2007/66 son: Resolución por un órgano independiente del órgano de contratación. Recursos rápidos y Recursos eficaces tal y como lo destacó la STJCE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel): «...un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato». Asimismo, se debe impedir la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso: STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Suspensión del procedimiento de adjudicación entre la fase de adjudicación y la existencia de contrato. En extenso me remito a GIMENO FELIÚ, J. M., Participación en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, homenaje al prof. Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, con el estudio «El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos», Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008.

Con esta finalidad –no conseguida por la LCSP mediante el recurso especial del artículo 37– se propone un nuevo sistema de control (Ley 34/2010, de 5 de agosto de Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, que adapta a la legislación española a la Directiva comunitaria de 2007/66/CE) que sustituye el referido recurso por un nuevo recurso ante un órgano independiente de carácter administrativo –formados por expertos en derecho administrativo y contratación pública– y que, en el ámbito estatal, recibirá el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –las Comunidades Autónomas pueden crear su Tribunal o conveniar para poder residenciarlos en el estatal–, que tendrá naturaleza administrativa y sus miembros gozarán de inamovilidad e independencia. Recurso que se ha articulado con carácter potestativo (aceptando la sugerencia del Consejo de Estado). La principal característica práctica es que se prevé la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas²².

El objeto de este recurso son los contratos públicos de obras, suministro, servicios, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos y de colaboración pública y privada que realicen los distintos poderes adjudicadores, siempre que su importe sea de contrato armonizado. Serán igualmente susceptibles de recurso, cuando concurren los requisitos de la legislación básica, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas que no tengan consideración de poder adjudicador, cuando su importe conlleve la calificación de contrato armonizado. Esta decisión de limitación a los contratos de importe armonizado es claramente cuestionable, no solo por problemas procesales, con dualidad jurisdiccional y cambio de fuero, sino porque establece contratos de menor control práctico, lo que favorece que en esa franja se puedan seguir produciendo prácticas contrarias a la integridad en tanto no existirá una adecuada respuesta jurídica que pueda corregir rápidamente las disfuncionalidades. Por ello, entiendo. Este recurso debe extenderse a todo contrato al margen del importe. Aunque esta nueva regulación supone un notorio avance, habrá que esperar que su concreta articulación y puesta en funcionamiento –con los medios y personal necesarios– para valorar en qué medida es un control efectivo que previene y corrige prácticas corruptas.

4. REFLEXIONES FINALES: LA INTEGRIDAD COMO FIN E INSTRUMENTO DE REFORMA ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Resulta evidente que la corrupción es inherente a cualquier sistema jurídico

²² En el caso en que el órgano de contratación infrinja las normas relativas a la publicidad de la licitación o a la suspensión de la adjudicación en caso de recurso, el anteproyecto establece la declaración de ineficacia del contrato o, en los casos en que el interés público aconseje mantener su eficacia, la imposición de sanciones a los poderes adjudicadores.

y no responde a ideologías pero también resulta evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato. Por ello hay que articular una reforma legal que descansa en criterios funcionales y no formales. El fin debe ser la eficiencia y el derecho a una buena administración (tomar decisiones que permitan un eficaz cumplimiento del derecho comunitario evitando inseguridad jurídica con prácticas no conformes con la esencia de las comunitarias). Además, insistimos en la idea –más en el actual contexto de recesión económico que exige reformas estructurales– de que una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las PYMEs ya que la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio por cuanto la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYMEs se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación, debe facilitarse su acceso a los contratos públicos)²³.

Como conclusiones, ante la insuficiencia del marco actual de la contratación pública en España desde la perspectiva de una adecuada integridad, se puede proponer lo siguiente²⁴:

a) Hay que garantizar la evaluación adecuada de las necesidades. Debe evitarse la provisión innecesaria, mal planificada o deficientemente defi-

²³ El Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sesión plenaria, realizada el pasado 3 de febrero, ha aprobado el proyecto de dictamen sobre el «Small business act» para Europa: iniciativa en favor de las empresas. En este documento se recogen medidas para facilitar el acceso a los mercados de la contratación pública. Este Dictamen responde a la Comunicación de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008 sobre Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. En esta Comunicación la denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYMEs en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los Estados miembros; tales principios son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las PYMEs y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE.

²⁴ En concreto, y como han puesto de relieve las autoridades comunitarias, debe abordarse una reforma que permita cumplir los siguientes objetivos: Superar las dificultades relacionadas con el tamaño de los contratos; garantizar el acceso a la información relevante; mejorar la calidad y la comprensibilidad de la información proporcionada; fijar niveles de capacitación y requisitos financieros proporcionados; aliviar la carga administrativa; poner énfasis en la relación calidad-precio y no meramente en el precio; conceder plazo suficiente para preparar las ofertas; velar por que se respeten los plazos de pago.

nida. Y debe realizarse un análisis de eficiencia en la decisión final, con el fin de optar por la más racional desde dicha perspectiva.

b) Hay que promover una publicidad que genere efectiva concurrencia en todo nivel e importe de contrato (SSTJCE de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 21 y de 15 de octubre de 2008, Acoset SpA). En todo caso, debe mejorar la información que reciben las empresas a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (*e-procurement*). Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío. Pero esto será así si la información no se encuentra fraccionada en la red con lo que se dificulta –si no impide– el efectivo conocimiento de las licitaciones en curso.

c) Hay que simplificar el procedimiento de contratación pero unificando regímenes tanto en función del umbral como de la naturaleza del ente, evitando que se pueda eludir el régimen jurídico mediante la creación de entes instrumentales a los que considerar luego «medios propios». Un procedimiento con plazos breves y poca carga documental que puedan ser utilizados por cualquiera de los poderes adjudicadores a los que se les aplicará la Ley, con independencia de su consideración o no de Administración Pública (este dato es sólo relevante a efectos de que el régimen del contrato sea o no administrativo), y deberá servir como mecanismo de sustitución al «peligroso» contrato menor, mecanismo de escape a las reglas de concurrencia en tanto no se trate de auténticos gastos menores.

d) Hay que reforzar los mecanismos de control: ex ante (por ejemplo; tribunales de cuentas, Agencias de Lucha antifraude²⁵, y remisión de todos contratos al registro público) y ex post, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido tanto de la tramitación y adjudicación como de la ejecución de los contratos.

e) Hay que profesionalizar la contratación pública. Exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los «gestores» de la contratación pública (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la contratación pública que garantice y promueva la integridad en la

²⁵ Un ejemplo es La Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja «con» el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º da Lei nº 54/2008).

contratación pública²⁶. Y ello porque esta en juego la efectividad del derecho a una buena administración.

f) Debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales –no politizadas– para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin «coste» para el denunciante).

Sin estas previsiones las concretas medidas se convertirán en pura utopía permitiendo la apertura cuando menos de peligrosos portillos a las corruptelas que generan ineficiencia y nula credibilidad del sistema. Es momento de avanzar por la senda de la integridad y el derecho a la buena administración y de debemos evitar la indiferencia, el dejarse llevar o el derrotismo. Aprendamos de nuestros errores y recordemos las lecciones éticas de la historia. Un ejemplo que me gustaría recordar es el de la película de *Vencedores y vencidos* (el juicio de Nuremberg) que nos ofrece en una de sus últimas escenas una relevante lección –que ningún jurista debería olvidar– cuando el juez alemán Ernst Janning, condenado y arrepentido por colaborar en el exterminio nazi le dice al juez Haywood (Spencer Tracy) que había accedido a verle antes de volver a Estados Unidos: «Juez Haywood... la razón por la que pedí que viniese es que yo nunca supe que aquella gente, aquellos millones de personas podrían terminar en eso; ¿debe usted creerlo, debe usted creerlo! A lo que el juez Haywood le replicó “Herr Janning, todo esto empezó la primera vez que usted condenó a muerte a un hombre cuando sabía que era inocente». Y es que la indiferencia nos convierte en cómplices.

En definitiva, urge una profunda reforma de la legislación de contratos públicos que descansa sobre los paradigmas de la integridad, eficiencia y profesionalidad. Sólo así, en palabras del profesor LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, se podrá evitar el fantasma de la corrupción²⁷.

²⁶ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente – Núm. 229, octubre 2006.

²⁷ L. MARTÍN-RETORTILLO «Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción», en libro colectivo Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa, Madrid, 2000, pp. 87 y ss.

