

# La corrupción en la contratación pública: un burdo fraude al interés general<sup>1</sup>

Fecha de recepción, 13 de octubre de 2016

*La reiteración de escándalos relacionados con la adjudicación de contratos públicos ha puesto de manifiesto que esta es una de las áreas más fértiles para la proliferación de prácticas corruptas. Una de las razones que explican esta vulnerabilidad se encuentra en el elevado volumen de recursos que moviliza la contratación del sector público. Los porcentajes en el volumen de gasto destinado a la compra pública constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, intenten obtener posiciones más favorables que sus competidores en este mercado. El hecho de que la adjudicación venga precondicionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva o en atención a ciertos intereses personales espurios, adultera el procedimiento de selección del contratista y, lo que es más importante, va en detrimento de los fondos públicos y, por consiguiente, del interés general.*

*Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.<sup>2</sup>*

Teresa Medina es profesora de Derecho Administrativo Universidad de Burgos

La preocupación por la corrupción está presente en la opinión ciudadana; sin embargo, pese al gran interés que despierta este fenómeno, resulta difícil

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de investigación reconocido por el Ministerio de Economía y Competitividad «La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos» (DER2015-67102-C2-1-P).

<sup>2</sup> Artículo 9.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

medir con exactitud el nivel real de corrupción que existe en un país, ya que la naturaleza clandestina y secreta de las prácticas corruptas dificulta esta labor. Su presencia, en cambio, sí se deja sentir en la sociedad y, por esa razón, la percepción de los ciudadanos sobre la corrupción es uno de los principales elementos a tener en cuenta a la hora de evaluar su grado de incidencia.

---

## Resulta difícil medir con exactitud el nivel real de corrupción que existe en un país

---

Los indicadores basados en la percepción de la corrupción figuran entre las herramientas de medición más utilizadas por los especialistas. Uno de los más conocidos es el Índice de Percepción de la Corrupción que anualmente, y desde el año 1995, publica la ONG Transparencia Internacional.<sup>3</sup> Este instrumento nos acerca, si bien no a la dimensión real y exacta de su alcance, que como hemos señalado es difícilmente cuantificable por las características propias del fenómeno, a la repercusión que tiene la corrupción en un determinado país basándose en distintas encuestas y opiniones de ciudadanos y expertos.

Otras herramientas específicas de análisis son los eurobarómetros en el ámbito de la Unión Europea y los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) en nuestro país. Por lo que se refiere al último de los Eurobarómetros que muestra la opinión de los europeos acerca del fenómeno de la corrupción –*Special Eurobarometer Corruption (2013)*– sus datos nos indican que el problema de la corrupción alcanza a todos los Estados miembros, aun cuando algunos de ellos ocupan las primeras posiciones entre los países menos corruptos del mundo (Dinamarca, Suecia y Finlandia).<sup>4</sup> En España, los resultados de los últimos barómetros del CIS (junio y julio 2016) nos muestran que la corrupción ha llegado a convertirse en uno de los problemas percibidos como más importantes en este momento, puesto que ante la pregunta de respuesta espontánea “¿cuál es, a su juicio, el principal problema que existe actualmente en España?”, la corrupción y el fraude aparecen en segundo lugar, solo por detrás, del paro.

Con todo, e independientemente de la incuestionable importancia de los datos que se recogen en estas encuestas, no debemos olvidar que tales resultados están condicionados por una pluralidad de factores entre los que hemos de destacar las informaciones sobre casos de corrupción de las que se hacen eco los medios de comunicación; lamentablemente

---

<sup>3</sup> El último de estos Índices es del año 2015 y puede consultarse en <http://www.transparency.org/cpi2015>.

<sup>4</sup> Sus resultados muestran que tres cuartas partes de los ciudadanos europeos encuestados por este Eurobarómetro (concretamente un 76%), creen que la corrupción está muy extendida en su propio país y que la corrupción en la contratación pública se percibe muy extendida en los procesos de adjudicación gestionados tanto por las autoridades regionales o locales (60% en la media europea) como por las autoridades nacionales (56% en la media europea). Estos resultados pueden consultarse en: [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_397\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf).

hemos tenido –y todavía tenemos– demasiados ejemplos en las noticias y en los juzgados como para dejar de preocuparnos. Es cierto, como señala Villoria Mendieta que se trata de una corrupción poco extensiva, es decir, en la que pocos individuos parecen estar directamente implicados,<sup>5</sup> y paralelamente, es intensiva por mover importantes sumas de dinero e indignante en tiempos de austeridad presupuestaria.

Por lo que a este trabajo interesa, muchos de los escándalos de corrupción que han salido a la luz pública aparecen vinculados a supuestas tramas para la adjudicación irregular de contratos públicos, pues si bien la corrupción se manifiesta en distintos ámbitos, los numerosos escándalos relacionados con la contratación pública han puesto de manifiesto que esta es una de las áreas más propensas a las prácticas corruptas.<sup>6</sup> Dejando a un lado los particulares entramados societarios de cada uno de estos casos, en todos ellos encontramos notas comunes que revelan que responsables políticos y funcionarios de distintas entidades del sector público supuestamente habrían recibido comisiones ilegales y/o provechos indebidos en atención a sus actividades de mediación e influencia para la adjudicación de contratos públicos –principalmente de obras y servicios– a personas, empresas y/o sociedades relacionadas con las distintas tramas de corrupción.

El propósito de este artículo es examinar el fenómeno de la corrupción en relación con la contratación pública y analizar algunas de las principales medidas que han sido adoptadas desde la normativa con el objetivo de prevenir y luchar contra este fenómeno. La delimitación de nuestro objeto de estudio requiere la adopción de un concepto amplio de corrupción que identificamos con el abuso de poder o incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de ventajas o incentivos indebidos, puesto que desde este momento exponemos la dificultad de encontrar una definición unánime de corrupción ante la amplia y compleja diversidad tipológica que puede revestir este fenómeno fuera –y dentro– del ámbito de la contratación pública.

## El coste de la corrupción en la contratación pública

Hemos indicado que una de las razones que explican el avance de prácticas corruptas en el sector de la contratación se encuentra en el volumen de recursos que mueven las compras públicas, puesto que, la realización de obras, el suministro de bienes y la gestión de

<sup>5</sup> M. Villoria, «Principales rasgos y características de la corrupción en España», en VV.AA., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 47-66.

<sup>6</sup> Entre los casos más sonados que vinculan corrupción y contratación pública podemos señalar los casos Roldán o Urralburu y los más recientes caso Gürtel –y su derivada conocida como “los papeles de Bárcenas” –, caso Nóos incluido en la investigación del caso Palma Arena, caso Palau, caso Brugal, caso Enredadera, operación Púnica, operación Tosca, operación Taula, y la llamada operación Térmyca en el marco de la operación Petrum en la que se investiga el supuesto cobro de comisiones del 3% por la adjudicación de contratos de obra, así como los escándalos del caso Faycán, del caso Marea, del caso Pokémon, del caso Mercurio o del caso Acuamed (Aguas de las Cuencas Mediterráneas S.A.) en el que se investiga a esta empresa pública por el amaño en los pagos de ciertos contratos para obras hídricas y medioambientales hasta el año 2014.

servicios que demandan las entidades públicas representan una parte considerable del Producto Interior Bruto (PIB) de un país.<sup>7</sup>

Los porcentajes en el volumen de gasto público destinado a la contratación pública constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas corruptas, pretendan obtener posiciones más favorables que sus competidores en este mercado, pero también –y no podemos olvidarnos de ello– para que los titulares de los órganos de contratación utilicen su poder de compra en beneficio propio o de terceros. En todos estos supuestos, la corrupción se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen la quiebra de la legalidad por incumplimiento de la normativa o bien la quiebra de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que no debiera ser otro que el interés general.<sup>8</sup>

El resultado es una pérdida de eficiencia en el proceso contractual vía aumento del precio del contrato o merma de la calidad en la prestación contractual. 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 financieros para fines privados. Los costes económicos añadidos al contrato pueden llegar a ser de un 20 a un 25%, pudiendo alcanzar incluso un 50% del monto total del contrato. La razón de este sobrecoste es evidente: las empresas revierten en el contrato los pagos realizados en concepto de sobornos a los funcionarios, técnicos o cargos políticos que, directa o indirectamente, han intervenido en la adjudicación contractual y, aunque evidentemente no todos los sobrecostes en un contrato derivan de prácticas corruptas, podemos afirmar que estas ocasionan un indebido aumento del coste del contrato.

Los costes económicos por actos de corrupción no son fáciles de determinar, pero desde la Unión Europea se ha calculado que la corrupción causa en la economía europea unas pérdidas estimadas en unos 120.000 millones de euros al año (un 1% del PIB europeo) y en España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) considera que la falta de competencia y la corrupción generan sobrecostes en la contratación pública que equivalen al 4,6% del PIB, aproximadamente 47.500 millones de euros al año.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Según datos aportados por la Comisión Europea, en el año 2014 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se ha fijado en un 13% del PIB (excluidos los servicios públicos y los contratos en el ámbito de la defensa). Véase el Documento de trabajo *Public Procurement Indicators 2014*, de 2 de febrero de 2016 [disponible en: [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm)].

<sup>8</sup> Así lo hemos manifestado en T. Medina, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en VV.AA, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, 2014, pp. 295-340.

<sup>9</sup> Son datos obtenidos del *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014, p. 3 y del *Análisis de la contratación pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, publicado por la CNMC el 5 de febrero de 2015, p. 6 [disponible en: [http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502\\_Informe\\_ContratacionPublica.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf)].

Ahora bien, la corrupción no daña únicamente al erario público, ya que además del perjuicio grave que causa en la economía de un país, es importante referirnos al coste no económico de la corrupción en términos de desafección ciudadana.<sup>10</sup> La repercusión en los medios de comunicación de acusaciones de corrupción vinculadas al amaño de contratos públicos por parte de funcionarios, representantes políticos y altos cargos de la administración muestra, de una parte, la debilidad del sistema contractual, y por otra, reduce la confianza en las instituciones públicas.

---

### Los verdaderos expertos en la corrupción son quienes la practican

---

En este sentido, el Parlamento Europeo ha llegado a afirmar que estas conductas ilícitas «distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea» e insta a los Estados miembros a que establezcan como máxima prioridad la lucha contra la corrupción en la contratación a través de una adecuada aplicación de las Directivas sobre contratación pública, merced a los «efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior».<sup>11</sup>

## El mapa de riesgos de corrupción en las diferentes etapas del procedimiento contractual

Una vez apuntadas las nocivas consecuencias que las prácticas corruptas ocasionan en el correcto funcionamiento del mercado público, hemos de centrar nuestra atención en identificar los comportamientos utilizados por los corruptos para eludir las normas y los controles. Es indudable que los verdaderos expertos en la corrupción son quienes la practican, por esa razón el análisis de sus actividades y acciones contribuirán a concretar las necesarias reformas legales que permitan reconducir esta patología al mostrar las debilidades jurídicas del sistema contractual.

A tal efecto, resulta útil establecer indicadores concretos a modo de “señales de alarma” que desvelen las irregularidades más frecuentes detectadas en los informes de los órganos

---

<sup>10</sup> En el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, ya se advierte la preocupación «por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley».

<sup>11</sup> Apartado 27 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, P7\_TA (2010) 0155 (DOUE C 81E, de 15 de marzo de 2011).

fiscalizadores de las cuentas públicas, tanto a nivel nacional como europeo (Tribunales de Cuentas y Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (OCEX). Estos informes –junto con los estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre las “zonas oscuras” que afectan a la contratación pública y a las numerosas sentencias de órganos judiciales de distintos órdenes que ya han concretado comportamientos corruptos en las compras públicas– pueden contribuir a limitar las posibilidades de actuación contrarias al interés general.<sup>12</sup>

De esta manera, y tal como veremos seguidamente, podemos advertir indicadores de alerta específicos (*red flags*) cuando: (i) se limita la concurrencia sin una causa que lo justifique; (ii) se adjudican directamente contratos adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; (iii) se modifica el alcance de los contratos sin utilizar un procedimiento de contratación; (iv) los pliegos recogen especificaciones técnicas a medida de licitadores concretos; (v) se fracciona de manera artificial un contrato con la única finalidad de sustraerse a las reglas de publicidad y concurrencia; (vi) se incumplen las obligaciones de transparencia y publicidad de los contratos; (vii) se redactan de manera confusa los criterios de selección y adjudicación contractual y (viii) se evalúan las ofertas sin tener en cuenta posibles conflictos de intereses, especialmente en relación con intereses familiares o económicos.<sup>13</sup>

El análisis de un mapa de vulnerabilidad asociado a las distintas fases del procedimiento contractual abarca desde la propia decisión de celebrar un contrato hasta su ejecución y –a nuestro entender– comprendería las siguientes actuaciones:

En la *fase previa a la licitación* puede, por ejemplo, crearse una demanda artificial de bienes y servicios innecesarios que no satisfacen necesidades reales del órgano de contratación y cuya única intención es la de beneficiar a ciertas personas o empresas. Asimismo, puede facilitarse información confidencial que otorgue ventaja a unos 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 operadores económicos, de tal manera que solamente unos pocos las puedan satisfacer.

Las irregularidades por corrupción también pueden afectar a los mecanismos de adjudicación contractual al limitar la concurrencia de posibles interesados en el contrato. Por ejem-

<sup>12</sup> En este sentido, pueden consultarse los estudios de la OCDE, *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z* [Buenas prácticas para la integridad en la contratación pública “de la A a la Z”], OECD Publishing, París, 2007, que también se encuentra publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2010; *Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures* [El cohecho en las adquisiciones del sector público. Métodos, actores y medidas para combatirlo], OECD Publishing, París, 2007, cuya traducción al castellano ha sido realizada por la Secretaría de la Función Pública del Gobierno de México y *Principles of Integrity in Public Procurement*, OECD Publishing, París, 2009.

<sup>13</sup> Algunas de estas prácticas irregulares se han puesto de manifiesto en el Flash Eurobarómetro número 428 *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, diciembre 2015, p. 95.

plo, recurriendo al procedimiento negociado cuando no se dan las circunstancias para ello, o fraccionando el objeto del contrato con la única intención de reducir su cuantía para que puedan adjudicarse directamente como contratos menores (50.000 euros en los contratos de obras y 18.000 euros en el resto de los contratos, IVA excluido).<sup>14</sup>

En la *fase de adjudicación del contrato* los principales riesgos pueden ocasionarse: (i) por la falta de claridad a la hora de fijar los criterios de adjudicación; (ii) por una ponderación inadecuada de dichos criterios; (iii) por la ausencia de comunicación a los candidatos y a los licitadores sobre las decisiones relativas a la adjudicación del contrato; (iv) por el abuso de las excepciones a los procedimientos competitivos; (v) por un sistema de recursos ineficaz ante las decisiones de adjudicación y, por último, (vi) por la celebración de contratos con determinadas personas que se encuentran incursas en incompatibilidades o en una situación de conflicto de intereses pudiendo influir o mediar en favor de determinados licitadores.

En la *fase de ejecución contractual* son también múltiples las causas que pueden favorecer las prácticas corruptas y ocasionar la distorsión del sistema contractual. En primer lugar, por el abuso de la subcontratación; en segundo lugar, por la utilización arbitraria de las prórrogas del contrato, y finalmente, lo que parece constituir un seguro refugio para la corrupción, por la utilización fraudulenta de la posibilidad de modificación contractual que, más allá de atender a elementos de imprevisibilidad, tengan como única finalidad revertir en el precio del contrato los pagos realizados en concepto de sobornos, incrementando, en ocasiones de manera obscena, su importe final.

Otros riesgos pueden surgir también en el *momento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato* como, por ejemplo, al rebajar la calidad en las prestaciones objeto del contrato, o bien al realizar pagos por trabajos no realizados o por unidades de obra no ejecutadas tras la presentación de facturas falsas (pagos sin justificar, contratos inflados). Igualmente, los riesgos pueden acechar desde los servidores públicos cuando, a cambio de un precio o favor, acortan los plazos para efectuar el pago del contrato, o cuando, por el contrario, lo retienen en espera de la obtención de un beneficio.

## El ordenamiento jurídico y sus medidas para limitar la corrupción en la contratación pública

Ante las manifestaciones de corrupción en las adquisiciones del sector público, el ordenamiento jurídico responde con distintas medidas tanto para prevenir como para sancionar

<sup>14</sup> Los contratos menores lo son únicamente por razón de su cuantía y para su formalización solo se exige la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, pudiendo ser adjudicados directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (artículo 138 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

dichas conductas irregulares. El protagonismo en los mecanismos de respuestas a la corrupción se ha concedido a los derechos penales nacionales mediante la tipificación como delitos de aquellas conductas que suponen una desviación de los intereses públicos por afectar al correcto funcionamiento de las administraciones, entendiendo que los sujetos activos de estos delitos contravienen el deber de servir con objetividad a los intereses generales. De esta manera, la mayor parte de las conductas vinculadas a la corrupción en la contratación pública son susceptibles de integrar alguno de los delitos contra la administración pública (prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación y/o negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos)<sup>15</sup> o los delitos de corrupción en los negocios, en el que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, en beneficio propio o de tercero, y ya se trate de corrupción en el sector privado o de la corrupción de un agente público extranjero.<sup>16</sup>

Ahora bien, aun cuando una de las mejores maneras de reducir la cifra de delitos consiste en adoptar medidas directas, de naturaleza coercitiva, que impidan que estos se perpetren, una estrategia ambiciosa en la lucha contra ciertos tipos de delincuencia transfronteriza requiere de un enfoque pluridisciplinar que precisa integrar las medidas destinadas principalmente a prevenir y controlar dicha delincuencia con otras políticas a fin mantener la necesaria coherencia entre todas ellas. Por ello, junto a acciones de carácter represivo, resulta de crucial importancia establecer medidas en distintos sectores de actividad pública que incorporen a esta lucha un efecto disuasorio y que puedan contribuir también a reducir las oportunidades para que se lleven a cabo estas conductas. Se trata, en definitiva, de formular un planteamiento de lucha transversal que aproveche las sinergias entre distintos ámbitos para combatir el incentivo que supone la comisión de estos delitos.

Junto a las medidas de carácter represivo, el derecho administrativo nos ofrece respuestas distintas de la sanción penal que se articulan, esencialmente, bien a través de sanciones administrativas –los ejemplos más claros se han producido en el ámbito del derecho

---

<sup>15</sup> Entre los últimos ejemplos que podemos citar se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 613/2016, de 8 julio, que condena por un delito de negociaciones prohibidas a un funcionario que se aprovechó de su puesto dentro de la función pública como Jefe de Sección de Prevención y Control Técnico Ambiental para servir a los intereses de la empresa constituida con su mujer y sus hijas; la Sentencia núm. 19/2016, de 15 febrero, de la Audiencia Provincial de Baleares que declara constitutivas de un delito de prevaricación continuada distintas resoluciones que buscan amañar un contrato público; la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2015 que condena por prevaricación al alcalde y algunos concejales de un ayuntamiento murciano por efectuar distintas adjudicaciones de contratos de servicios «inicialmente de forma verbal, dejando luego constancia escrita mediante hoja de encargo profesional, y ello, sin establecer precio alguno en dichos encargos escritos o verbales, ni tramitar expediente escrito de ningún tipo» o en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 6 de mayo de 2014, por la que se condena por prevaricación a un antiguo consejero y a un secretario general técnico en el Gobierno del Principado de Asturias tras declarar probado un fraccionamiento ilegal de contratos para adjudicar por distintos contratos menores la fabricación y colocación de hitos conmemorativos de la existencia de fosas comunes de la guerra civil española.

<sup>16</sup> Véase Á. Jareño, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

de la competencia—,<sup>17</sup> bien a través de instrumentos de carácter preventivo. En alusión al elemento preventivo, un marco jurídico que contemple procedimientos de adjudicación basados en la publicidad y concurrencia, que garantice la imparcialidad en los procedimientos de adjudicación, que excluya de la posibilidad de contratar con las entidades públicas a quienes se encuentren en una situación de conflicto de intereses, que exija motivar la adjudicación del contrato y que posibilite el control ulterior de las adjudicaciones mediante la instauración de un sistema eficaz de recursos, contribuye a cerrar espacios a las prácticas corruptas y a otras formas de uso ilícito de los recursos públicos, y si bien el sistema normativo no es suficiente para luchar contra la corrupción en la contratación pública, lo cierto es que constituye un factor determinante para reducir las oportunidades de comportamientos corruptos.<sup>18</sup>

Así, al menos, lo entiende el derecho de la UE. Las vigentes directivas sobre contratación pública del año 2014 –todavía no transpuestas al Derecho español– contemplan dos tipos de medidas para prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción en las adquisiciones públicas.<sup>19</sup> Las primeras son de carácter general y aluden al propio sistema contractual que debe estar presidido por los principios de transparencia, objetividad e igualdad de trato. Las segundas, que podríamos denominar de carácter específico, se dirigen a promover la probidad entre aquellos operadores económicos que quieren llegar a ser contratistas ya que, como señala el considerando centésimo de la Directiva 2014/24/UE «no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan sido declarados culpables por corrupción».

<sup>17</sup> Ejemplos de ello son: el caso Licitaciones de carreteras [Resolución de la, entonces, Comisión Nacional de la Competencia, CNC, de 19 de octubre de 2011, Expediente S/0226/10]; el caso Gestión de recursos sanitarios [Resolución de la CNC, de 18 de enero de 2010, Expediente S/0014/07, Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de septiembre de 2015]; el caso Gestión de recursos [Resolución de la ya CNMC, de 8 de enero de 2015, Expediente S/0429/12] o el más reciente caso Infraestructuras ferroviarias [Resolución de la CNMC, de 30 de junio de 2016, Expediente S/DC/0519/14 respecto de los acuerdos y prácticas concertadas para el reparto, la fijación de precios u otras condiciones comerciales, y el intercambio de información comercial sensible en relación con el suministro de desvíos ferroviarios en los procedimientos de contratación convocados por el Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF) y posteriormente por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, ADIF].

<sup>18</sup> En esta materia resultan de interés, J. M. Gimeno, «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en VV.AA., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 247-300; J. M. Martínez Fernández, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016; T. Medina, «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *RVAP*, núm. 104-II, enero-abril 2016, pp. 77-113; A. Cerrillo I Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014 e I. Gallego, «La prevención de la corrupción en la contratación pública», en VV.AA., *Public Compliance: Prevención de la corrupción en Administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 61-92.

<sup>19</sup> Se trata de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014).

### ***Medidas generales: la apuesta por la aplicación de los principios básicos de la contratación pública favoreciendo la concurrencia y el control en la adjudicación***

El objetivo de este tipo de medidas es reducir las posibilidades de corrupción desde la observancia de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, las Directivas sobre contratación pública imponen cinco obligaciones a los Estados miembros: (i) publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de aquellos contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a determinados umbrales económicos (5.225.000 euros para obras y 135.000 euros para suministro y servicios)<sup>20</sup>; (ii) transparencia en los procedimientos de contratación; (iii) equivalencia de las especificaciones técnicas; (iv) homologación de las aptitudes de los contratistas y (v) objetividad en los criterios de adjudicación.

Estos principios implican un compromiso de transparencia que consiste en garantizar, a favor de cualquier licitador potencial, un grado de publicidad que permita la apertura del mercado a la competencia y el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Esta obligación tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del órgano de contratación respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas. Asimismo, requiere que todos los licitadores tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación y que dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.

### ***Medidas específicas: incentivar la probidad de los sujetos involucrados en los procedimientos de contratación pública***

Las medidas que hemos calificado de específicas se integran por aquellos mecanismos que tienden, de una parte, a reducir las oportunidades de que se produzcan conductas corruptas al evitar los conflictos de intereses y, por otra, impedir la participación en la licitación de aquellos licitadores o candidatos que con anterioridad han sido declarados culpables de corrupción por una sentencia judicial firme (prohibiciones de contratar).

## **¿Se cumple la normativa de contratos?**

A pesar de que hemos señalado que el ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos para hacer frente a la corrupción en la contratación pública, no podemos desconocer que las obli-

---

<sup>20</sup> Estos umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos están en vigor desde el 1 de enero de 2016 (DOUE L 307, de 25 de noviembre de 2015).

gaciones impuestas por la normativa se incumplen por parte de las instituciones y que, en multitud de ocasiones, las normas son vulneradas por quienes tienen que aplicarlas tras buscar subterfugios para eludir su aplicación.<sup>21</sup>

---

### Las obligaciones impuestas por la normativa se incumplen por parte de las instituciones y las normas son vulneradas por quienes tienen que aplicarlas

---

Una relación de ejemplos de irregularidades y malas prácticas en la aplicación de la normativa europea sobre contratación pública en nuestro país –y sin que quede acreditado que todas ellas se deban a prácticas corruptas– la podemos encontrar en la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013, asunto T-384/10, España/Comisión<sup>22</sup> y en la Recomendación de Decisión del Consejo Europeo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo.<sup>23</sup> Así, los datos ponen de manifiesto que (i) existen divergencias en la ejecución de los contratos públicos por parte de las entidades y autoridades de contratación; (ii) que faltan mecanismos de control *a priori* y *a posteriori* que posibiliten la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública; (iii) que existe una baja tasa de publicación de anuncios de contratos y (iv) un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros.

Por esa razón, y ante la constatación de que las malas prácticas en la contratación pública a menudo son favorecidas por quienes deben adjudicar los contratos, resulta preciso asegurar el cumplimiento de la normativa contractual a través de una mayor transparencia y de la motivación de las decisiones relativas a la adjudicación del contrato. La obligación de motivación deviene fundamental para que los licitadores o candidatos disconformes hagan uso de los procedimientos de recurso que puedan causar en los infractores un cierto

---

<sup>21</sup> Transparencia Internacional España –en colaboración con el Observatorio de Contratación Pública ([www.obcp.es](http://www.obcp.es))– ha llevado a cabo un análisis del nivel de cumplimiento por parte de las instituciones públicas españolas de la obligación legal de publicar sus contratos y licitaciones en la Plataforma de Contratación del Sector Público y los resultados muestran un incumplimiento mayoritario de sus obligaciones de publicidad (julio 2016).

<sup>22</sup> En esta sentencia se relatan una serie de irregularidades relativas al incumplimiento por parte de las autoridades españolas de las normas en materia de contratación pública tras la auditoría de determinados contratos relativos al abastecimiento de agua a poblaciones ubicadas en la cuenca hidrográfica del río Guadiana. Estas malas prácticas comprenden: el fraccionamiento artificial del contrato con el fin de eludir la obligación de publicidad en el DOUE; el recurso al procedimiento negociado sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un procedimiento de "preadjudicación" y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas.

<sup>23</sup> COM (2016) 518 final de 27 de julio de 2016, especialmente su p. 5.

efecto disuasorio ante la posibilidad de que se anulen sus decisiones ilegales y/o se les exijan responsabilidades (civil, patrimonial, penal y/o disciplinaria).<sup>24</sup>

## Reflexiones finales

La aplicación de un marco global y coherente de lucha contra la corrupción exige tanto un compromiso firme por parte de los dirigentes políticos para combatir todas las formas de corrupción, como medidas concretas para proteger la economía lícita desde planteamientos comunes y coordinados. Por ello, sin descuidar la importante promoción entre los ciudadanos de una cultura por la legalidad y la integridad, las acciones deben centrarse en la prevención y represión de tales conductas.

En este aspecto, la acción de la justicia deviene fundamental para evitar crear un clima de impunidad y también para exigir responsabilidades a quienes favorecen y alientan las prácticas corruptas. Asimismo, deben preverse mecanismos de control en la utilización de los fondos públicos en todos los ámbitos de actuación –no solo en la contratación– y un refuerzo en los mecanismos de rendición de cuentas.

Siguiendo a Gimeno Feliú y su decálogo para prevenir la corrupción en los contratos públicos (2014) y tomando en consideración las medidas presentadas por Transparencia Internacional a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción en licitaciones y contratos públicos (2015), creemos que los nuevos ejes sobre los que debe rediseñarse la gestión de la contratación pública pasan necesariamente por una mayor transparencia, por una regeneración ética en la gestión de los recursos públicos, por unos sistemas de control que garanticen que los recursos públicos se utilizan de forma eficiente y, finalmente, por una mayor profesionalización e independencia del funcionario encargado de la adjudicación contractual para sustraerse de posibles injerencias políticas.

Es necesario también corregir las lagunas del marco normativo respecto de que se pueda suspender e incluso anular un procedimiento de adjudicación si se llega a comprobar que ha habido errores sustanciales, irregularidades o fraude; y –en el supuesto de que dichos errores, irregularidades o fraude sean imputables al contratista– que el órgano de contratación pueda denegar el pago, recuperar los importes ya pagados o rescindir todos los contratos concluidos con dicho contratista, en función de la gravedad de los mismos y de la necesaria continuidad de los servicios públicos.

---

<sup>24</sup> Como ejemplo de lo dicho véase el recurso interpuesto el 3 de agosto de 2016 en el asunto T-436/16, AEIM y Kazenas/Comisión, en el que las partes demandantes aducen un comportamiento ilegal de un funcionario de la Comisión Europea en el marco de la adjudicación de contratos públicos, que les causó graves perjuicios y solicitan, entre otras peticiones, que se «condene a la parte demandada a abonar a la demandante el importe de 2.092.650 euros en concepto de lucro cesante en relación con los contratos públicos a los que la parte demandante hubiese podido acceder si éstos [sic] se hubiesen adjudicado equitativamente y sin corrupción».