

Grado en: Derecho.

Facultad de Derecho.

Universidad de la Laguna.

Curso 2015/2016.

Convocatoria: junio.

# La integridad en los contratos del sector público: especial referencia al principio de transparencia.

Integrity in public sector contracts: particular reference to the principle of transparency.

**Realizado por el Alumno:** D. Sergio Gorrín Gago.

**Tutorizado por el profesor:** D. Fernando Betancort Reyes.

**Departamento:** Disciplina Jurídicas Básicas.

**Área de conocimiento:** Derecho Administrativo.

### ABSTRACT

Integrity is one of the fundamental principles of public procurement procedure. Among the various manifestations of this principle, we find the principle of transparency. It aims to ensure the proper flow of information, prevent the contracting authorities from acting in a discriminatory manner and adopt the necessary measures to ensure the adequate advertising of contracts.

The purpose of this paper is to analyze the evolution of the principle of integrity in the legal system as well as the practical application the same as the principle of transparency, its limits and the various problems that have been generated in the same way the influence that has had Community legislation in this area will also be discussed.

### RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La integridad es uno de los principios fundamentales del procedimiento de contratación pública. Entre las diversas manifestaciones de este principio, encontramos el principio de transparencia. Éste tiene como objetivo garantizar el correcto flujo de información, evitar que los poderes adjudicadores actúen de manera discriminatoria y adoptar las medidas necesarias para garantizar la adecuada publicidad de los contratos.

El propósito de este trabajo es analizar la evolución que ha experimentado el principio de integridad en el ordenamiento jurídico, así como la aplicación práctica tanto del mismo como del principio de transparencia, sus límites y los diversos problemas que se han ido generando. Del mismo modo también se analizará la influencia que ha tenido la normativa comunitaria en esta materia.

## Índice

1. Introducción .....	2.
2. La evolución del concepto integridad en la contratación pública española.....	6
3. La integridad en los contratos del sector público .....	13.
4. El principio de transparencia en la contratación pública.....	16.
4.1 Los mecanismos de transparencia activa.....	18.
4.2 Los mecanismos de transparencia pasiva.....	25.
4.3 La transparencia colaborativa.....	26.
4.4 Los límites a la transparencia en la contratación pública.....	27.
5. La falta de transparencia: problemas y posibles soluciones.....	30.
6. El nuevo bloque legislativo a nivel europeo en materia de contratación.....	36.
6.1 Consecuencias del incumplimiento de transposición de las Directivas .....	42.
7. Conclusiones.....	45.
8. Bibliografía.....	47.

### ABREVIATURAS.

- LRPAC = Ley 30/1992, de 30 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público
- LTBAIG = Ley 10/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno.
- OCDE = Organización para la Cooperación y el desarrollo Económicos.
- TFUE = Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- STJUE = Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TRLCSP = Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- C.E.E. = Comunidad Económica Europea.
- U.E. = Unión Europea.
- B.O.E = Boletín Oficial del Estado.

## 1. Introducción.

El objetivo de este trabajo es llevar a cabo un análisis del principio de integridad en la contratación pública; y en particular en una de sus manifestaciones: el principio de transparencia. A tal efecto se estudia la virtualidad jurídica de ambos principios, así como su reflejo en los ordenamientos estatal y comunitario europeo.

Pese a la existencia de normas encaminadas a prevenir las conductas antijurídicas de los procedimientos de contratación, en algunos casos éstas han resultado insuficientes, dando pie a que estas prácticas ilícitas sean comunes. En este sentido, la aparición cada vez con mayor frecuencia en los medios de comunicación de casos relativos a la corrupción en el ámbito de la contratación pública, ha provocado un descontento generalizado en la ciudadanía, quién ha solicitado de los poderes públicos los mecanismos necesarios para garantizar una transparencia efectiva. En los últimos años han sido aprobadas diversas normas no sólo en el ámbito comunitario y nacional, sino también a nivel autonómico encaminadas a paliar todas estas posibles deficiencias y fomentar la efectiva aplicación del principio de integridad. En este sentido, cabría hacer alusión al nuevo paquete legislativo, el cual se tratará a lo largo de este trabajo.

Para responder a las malas prácticas existentes en materia de contratación, se han adoptado mecanismos reactivos. Las penas recogidas en el Código Penal, constituyen un ejemplo de ello. Aunque se ha demostrado que éste no es el método más efectivo; es por ello que con la nueva normativa existente en materia de contratación, tanto a nivel comunitario como nacional, se intenta fomentar diversos mecanismos indirectos que garanticen una buena administración. Todos esos instrumentos se engloban bajo el principio axiomático de integridad, y los cuales están plasmados en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, pese a la existencia de estos mecanismos, se ha de ser consciente de que la efectiva práctica del principio de integridad no depende simplemente de las herramientas que garanticen la eficacia de este principio; sino más bien que éste muchas veces trasciende las fronteras del derecho y abarca un dimensión institucional e individual. Es por ello que desde hace unos años ha existido una creciente preocupación por la ética pública y por impulsar políticas inspiradas en la lucha contra la corrupción. No obstante, se debe subrayar que sin los adecuados mimbres jurídicos, a pesar de llevar

a cabo políticas preventivas no podremos erradicar todas las situaciones negativas que conciernen a las distintas Administraciones públicas en materia de contratación.

## **2. La evolución del concepto de integridad en la Contratación Pública española.**

La integridad ha tenido una notable presencia a lo largo de la evolución de la contratación pública española. Desde un comienzo, el legislador ha sido consciente de la mala praxis existente en materia de contratación, a causa de las diversas corruptelas y conflictos que han predominado en esta materia. Es por ello que de manera paulatina ha ido incorporando diversos mecanismos para asegurarse el correcto funcionamiento del procedimiento de contratación. Así, y de acuerdo con la evolución de la contratación pública, podemos distinguir dos fases.

La primera fase transcurre desde que aparecen las primeras normas en materia de contratación pública, hasta la promulgación de la Constitución Española en 1978. La segunda fase se puede delimitar desde la aprobación de la Constitución Española, hasta la entrada de España en la Comunidad Económica Europea en 1986.

### **A) Antes de la promulgación de la Constitución Española en 1978.**

En este análisis de la normativa contractual, se debe partir desde el Real Decreto de 27 de febrero de 1852, aprobado durante la presidencia de Bravo Murillo. Con éste se estableció la regulación común de los procedimientos de selección de contratistas. De esta norma se destaca la búsqueda de un equilibrio frente a los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción. Para ello propone que los contratos se «verifiquen generalmente por subastas y pliegos cerrados», para evitar posibles abusos cohechos y sobornos de cualquier cargo público. Asimismo, el Real Decreto también promueve en su artículo 4 el principio de publicidad tanto en los anuncios de licitación, como en el proceso de adjudicación.<sup>1</sup>

Más adelante la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, se encargó de ampliar los principios promulgados con la normativa anterior. Esta Ley, fue reformada por la Ley de 20 de diciembre de 1952.

---

<sup>1</sup> Artículo 4, Real Decreto 27 febrero 1852: «La adjudicación del remate caerá siempre sobre la proposición más ventajosa; pero deberá estar exactamente arreglada a la forma que previamente se hubiere establecido para la subasta».

Fue en el ámbito local donde se llevó una regulación más completa de la contratación pública. Si se observan las primeras normas que se elaboraron acerca de esta materia, se comprueba que el legislador tiene una constante preocupación por establecer todos los mecanismos necesarios para garantizar el principio de integridad.

La primera norma a nivel local es el Reglamento de Contratación para las obras y servicios de las entidades municipales del 2 de julio de 1924. En éste se aborda una regulación completa, inspirada en los principios de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, tal y como se extrae de su exposición de motivos. Asimismo este Reglamento previó por primera vez la prohibición de contratar a personas que se encontrasen inmersas en situaciones que pudiesen afectar a la contratación.<sup>2</sup>

Posteriormente se aprobó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales del 8 de enero de 1953 con la finalidad de desarrollar la Ley del Régimen Local que se había dictado tres años antes. Este texto normativo estableció una regulación bastante completa en materia de contratación local.

Desde el punto de vista de la integridad, en el reglamento ya expuesto se aprecia que entre sus finalidades destaca evitar cualquier tipo de infracción que afectase a los intereses de los Municipios o Provincias, así como perfeccionar todos los mecanismos que permitiesen el correcto desarrollo de los procedimientos de contratos de obras, servicios o suministros. También se distinguió entre la incapacidad para contratar<sup>3</sup>, e incompatibilidad para contratar<sup>4</sup>; mecanismos que inciden directamente en la prevención de los conflictos de intereses.

---

<sup>2</sup> En concreto se establecieron dichas prohibiciones contra «los que se hallen procesados judicialmente, si hubiere recaído contra ellos autos de prisión, y los meramente procesados por delito de falsificación, hurto, estafa, robo y demás que supongan ataque a la propiedad». Asimismo, en el artículo 9 de dicho reglamento se prohíbe la contratación por parte del El Alcalde, los Concejales, el Secretario y los demás empleados dependientes del Ayuntamiento contratante. En el caso de pertenecer a las Islas Canarias, también se añade la figura de los Vocales, los Secretarios, Interventor y Depositario del Cabildo de la isla correspondiente.

<sup>3</sup> De acuerdo a lo que establece el artículo 4 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, entre las causas de incapacidad para contratar se incluyeron las prohibiciones de contratar para los condenados por sentencia firme con pena de privación de libertad o inhabilitación para cargos públicos o los procesados, contra quienes hubiere recaído auto de prisión y quienes hubieran sido procesados por cualquier delito contra la propiedad, malversación de caudales, cohecho, fraudes, exacciones ilegales o falsedad.

<sup>4</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de Las Corporaciones Locales de 1953, entre las causas de incompatibilidad para contratar podemos encontrar, a quienes sean alcaldes, concejales y miembros de la administración local, estatal y organismos autónomos; así como los parientes hasta el tercer grado de los miembros de la corporación contratante; los funcionarios públicos en activo de

Toda la normativa expuesta anteriormente desarrolló un régimen jurídico hasta la fecha inexistente; tal y como afirma el profesor MUÑOZ MACHADO<sup>5</sup>, estos textos normativos en materia de contratación antes de la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, posibilitaban que se llevaran a cabo prácticas ilícitas y que diesen lugar a conflictos de intereses. En ellos únicamente se hacía referencia a una detallada definición del procedimiento de adjudicación y a las prohibiciones para contratar.

En el mismo sentido que el Reglamento de Contratación de las Entidades Locales se promulgó el Real Decreto 963/1965 por el que se aprueba la Ley de Contratos del Estado. En palabras de CERRILLO I MARTÍNEZ<sup>6</sup>, tanto este texto como sus posteriores reformas, no supuso un mayor reconocimiento de la lucha contra los conflictos de intereses, ni tampoco el establecimiento de nuevas medidas que los paliasen. Únicamente cabe matizar que se añadió la prohibición para contratar para aquellos que hubieran sido condenados o procesados por una serie de delitos, así como para aquellos que hubieran sido funcionarios públicos dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones autónomas o de las Administraciones locales.<sup>7</sup>

En conclusión, la integridad en la contratación pública española ha ido evolucionando y plasmándose a través de los diferentes mecanismos y procedimientos de una manera implícita; no siendo recogida de manera expresa en la normativa existente.

B) Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978.

Hasta 1978, se mantiene el mismo régimen jurídico en materia de contratos, anteriormente citado. No es hasta la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea en 1986, cuando se intentó abordar este problema. La adhesión supuso la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico numerosas normas relativas a la prevención de conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción en materia de contratación pública. Esta incorporación obtuvo relevancia, puesto que en la mayor parte

---

la administración local, estatal y organismos autónomos y las sociedades en las que alguna de las personas mencionadas tuviese un diez por ciento del capital social o una participación equivalente en sus beneficios u ostentare algún cargo directivo.

<sup>5</sup> «Informe sobre corrupción», Círculo Cívico de Opinión.

<sup>6</sup> «El principio de la integridad en la contratación pública», Agustí Cerrillo i Martínez, pág.80.

<sup>7</sup> Artículo 4 del Real Decreto 923/1965 de 8 de abril por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

de los Estados miembros ya se había venido adoptando la normativa existente en materia de contratación pública desarrollada desde Bruselas.

c) El régimen de Derecho Comunitario.

La normativa comunitaria referida a la integridad en la contratación pública ha puesto su acento sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos, con el fin de garantizar la transparencia, la igualdad y una efectiva competencia en los procedimientos de adjudicación. Para entender lo expuesto con anterioridad, se debe realizar un pequeño análisis de la normativa existente que hace alusión a la integridad en materia contractual.

La primera disposición es a la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Esta Directiva, parte de «la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras efectuados en Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público, lleva consigo paralelamente a la eliminación de las restricciones una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras»<sup>8</sup> De la misma manera se asume que «el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de obras hace precisa una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los adjudicatarios».<sup>9</sup> Para llevar a cabo las finalidades expuestas, la Directiva recogió en su articulado normas referidas a la publicidad, la participación y adjudicación de los contratos. Asimismo, también se hizo referencia a causas que excluyen la participación en la contratación, como a las que se hace alusión en los apartados c) y d) del artículo 29 de dicha Directiva.

Esta Directiva fue modificada por la 89/440/CEE, de 18 de julio, la cual fue ulteriormente refundida por la Directiva 93/37 CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993. Al igual que su antecesora, también estableció reglas de publicidad, la concurrencia, los principios que inspiraban los procedimientos de adjudicación, y prohibiciones tales como las del artículo 24 que hacían referencia a aquellos contratistas que hubiesen sido

---

<sup>8</sup> Considerandos de la Directiva 71/305/CEE de 18 de julio.

<sup>9</sup> Considerandos de la Directiva 71/305/CEE de 18 de julio.

condenados por sentencia firme por cualquier delito que afectase a la moralidad profesional del contratista o por cualquier falta grave en materia profesional.

A la par que la Directiva 89/440/CEE se dictó la 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989 relativa a la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Tal y como se extrae de los considerandos, la finalidad es garantizar la aplicación efectiva de la Directiva 71/305/CEE.<sup>10</sup> De acuerdo con el artículo 1, se adoptarán medidas que garanticen que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores pudieren ser recurridas de forma rápida y eficaz.

Por lo tanto, la normativa europea ha tenido como finalidad garantizar los principios de publicidad, concurrencia e igualdad en la fase de adjudicación de los contratos. Aunque no se ha previsto de manera expresa, sí se ha preocupado por los conflictos de intereses y las posibles corruptelas que se pudieran dar. En la nueva normativa europea sí se han previsto los mecanismos que garanticen dichos principios, adoptándose éstos como una finalidad propia de la Unión.

Desde la entrada de España en la C.E.E., el ordenamiento jurídico se ha ido adaptando a los diversos cambios que se han venido produciendo en materia de contratación pública. Así, en cuanto a estas modificaciones se destaca el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo. Con él se otorgó nueva redacción a algunos artículos, y se añadieron otros a la Ley de Contratos del Estado.

Aunque con estas reformas, se va configurando una nueva regulación jurídica, no es hasta 1995 con la aprobación de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuando se produce una efectiva transposición de la normativa comunitaria. Esta Ley, busca «abarcar toda la materia normativa de la contratación pública de manera uniforme». A pesar de esto, desde el punto de vista de la integridad la norma no supuso

---

<sup>10</sup> «Considerando que las directivas comunitarias en materia de contratos públicos y, en particular, la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada en último lugar por la Directiva 89/440/CEE, y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, modificada en último lugar por la Directiva 88/295/CEE, no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva».

mayor avance que fortalecer la publicidad y las prohibiciones para contratar.<sup>11</sup> También, en cuanto a los principios de igualdad y concurrencia se regularon los procedimientos de adjudicación abierto, restringido o negociado y como formas la subasta y el concurso.<sup>12</sup>

Por consiguiente, del análisis de esta Ley, se puede extraer que a pesar de que, con los diferentes mecanismos enumerados con anterioridad, se perseguía evitar los conflictos de interés y la corrupción; ésta no era una finalidad explícita que se buscaba a través de la misma.

La evolución constante de las distintas Administraciones Públicas, así como las nuevas demandas procedentes del Derecho Comunitario, han provocado la continua adaptación de la Ley de Contratos. Ciertamente es que estas modificaciones no han implicado ningún cambio, desde la perspectiva de la integridad.

La evolución de la integridad en la contratación pública española ha venido de la mano de la Unión Europea conforme a las necesidades planteadas en materia de contratación. A tal efecto es precioso situarse en la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La finalidad de esta norma fue refundir las diferentes regulaciones comunitarias existentes en la materia, así como dar respuesta a las necesidades que han ido surgiendo sobre la materia.<sup>13</sup>

Del texto normativo se observa que desde la Unión se ha dado relevancia a la integridad en la contratación pública<sup>14</sup>. En todo momento, el desarrollo de la Directiva se ve inspirada por los principios de igualdad, competencia y transparencia, que se traducen en diferentes mecanismos destinados a garantizar la integridad en la contratación pública.

Con respecto a la publicidad, se establece que los anuncios de licitación serán publicados a través de medios electrónicos en los perfiles del comprador, tal y como dispone en el artículo 35 de dicha Directiva. También se establece que la verificación de

---

<sup>11</sup> Artículos 20,21 y 22 Ley 13/1995.

<sup>12</sup> Artículo 74 y ss. Ley 13/1995

<sup>13</sup> Entre esas necesidades podemos destacar, lo que en la actualidad se conoce la administración sin papel, es decir, los medios electrónicos; también las políticas sociales, medioambientales, así como establecer nuevos mecanismos de diálogo competitivo y los acuerdos marco.

<sup>14</sup> Considerando 43, artículos 42 y 71 de la Directiva 2004/18/CE.

los licitadores, tanto en los procedimientos abiertos como en los restringidos se realice de forma transparente.<sup>15</sup>

En la misma línea se persigue que el contrato se desarrolle conforme a los criterios y principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato; es por ello que se utilizan únicamente dos criterios de adjudicación<sup>16</sup>, y que la misma se realizará conforme al procedimiento legalmente establecido.<sup>17</sup>

Por último, a raíz de toda la normativa existente en materia de contratación, el legislador español decide crear un nuevo marco normativo: la Ley 30/2007, derogada por el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Su finalidad es regular toda la contratación del sector público y garantizar los principios en el acceso a las licitaciones, así como garantizar una efectiva estabilidad presupuestaria y un control del gasto.<sup>18</sup>

Pese a que cuando se aprueba este texto normativo existen diversos Convenios suscritos por España en los que se hace alusión de manera expresa a la integridad; si se analiza el documento se observa que no se hace mención alguna a la integridad de manera expresa. Únicamente el artículo 60 menciona las prohibiciones para contratar.

### **3. La integridad en los contratos del sector público.**

Antes de comenzar, debemos saber que se entiende por integridad. El diccionario de la Real Academia Española considera íntegra a aquella persona recta, proba, intachable. Si extrapolamos este concepto al ámbito público, ésta se traduce en la debida actuación de los distintos empleados y cargos públicos, de acuerdo con los principios y normas que la guían, y que evitan la obtención de lucro y el abuso de superioridad que les concede la posición que ostentan. Por lo tanto, en base a lo expuesto el principal riesgo para la integridad sería que el empleado público tuviese intereses particulares que predominasen por encima de los intereses públicos.

---

<sup>15</sup> Considerando 39 Directiva 2004/18/CE.

<sup>16</sup> Considerando 46 Directiva 2004/18/CE.

<sup>17</sup> Artículo 28 Directiva 2004/18/CE.

<sup>18</sup> Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cada vez más se ha ido abogando por la integridad en el sistema contractual público, como concepto que reúne los principios por los cuales se deben regir los poderes públicos para evitar los conflictos de intereses y la corrupción. Son diversos los mecanismos que tratan de garantizar la integridad. Lo que se busca es evitar el conflicto de intereses no dando pie a que en caso de que existiese alguno, se pudiera sacar provecho del mismo. Entre los principales instrumentos para garantizarla están los principios de integridad, a través de los cuales se ha concretado el contenido de este principio. Estos principios abogan por determinadas pautas de comportamiento, y en determinados casos se han sido incorporados al ordenamiento jurídico.

Para entender mejor el concepto de integridad, debemos analizar estos principios. Para ello nos situamos ante el documento «Principles for integrity in public procurement» emitido por la OCDE<sup>19</sup> en 2009, puesto que se trata de uno de los documentos más influyente en esta materia, ya que contiene un reflejo de los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados en materia de contratación. Con este documento se pretende ofrecer a los distintos países una serie de reglas que guíen la actuación de las distintas Administraciones públicas para lograr una correcta gestión y buena gobernanza.

Tal y como se extrae del documento, estos principios sirven de guía, y son los distintos gobiernos los que deben crear el marco normativo correspondiente, para garantizar la finalidad que buscan que no es otra que la adecuada aplicación práctica de la integridad<sup>20</sup>. Los principios a los que se hace alusión en este texto, se articulan sobre cuatro ejes, que vienen a concretar el contenido del concepto de integridad; estos cuatro son: la transparencia, la buena gestión, la prevención de la mala conducta y la rendición de cuentas.

#### A) La Transparencia

La transparencia es el pilar básico sobre el que se construye el concepto de la integridad. La OCDE enuncia dos premisas: conseguir una adecuada transparencia en

---

<sup>19</sup> La OCDE nombrada con anterioridad, tal y como se puede extraer de su página web, se trata de un foro cuya función es la cooperación entre los distintos gobiernos del mundo, para entender el cambio social, económico y ambiental que se produce a nivel global. En este sentido y relación con la integridad, esta institución ha propuesto una serie de principios que vienen a concretar el contenido de la integridad, y sirven para que las distintas administraciones públicas puedan valorar si sus actuaciones se desarrollan acorde a la integridad, así como para que puedan implementar políticas que versen sobre la misma

<sup>20</sup> (OCDE 2009b, 20).

todas las fases de la contratación<sup>21</sup>, y la adopción de medidas que favorezcan una mejora de la integridad y de la transparencia en las licitaciones.<sup>22</sup>

#### B) Buena gestión.

Este principio hace frente a las a las deficiencias que se puedan presentar en la programación de la contratación, incluyendo necesidades que no se habían tenido en cuenta o formar a aquellos funcionarios que no estén cualificados. La OCDE concreta este principio en dos puntos:

Asegurar el correcto uso de los fondos públicos, garantizando que los fondos existentes se destinan a las finalidades deseadas, y asegurar que los profesionales al cargo de los procedimientos de contratación están debidamente formados acerca de la contratación pública y la integridad.

#### C) Prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento.

Este principio se refiere a todos aquellos mecanismos que garantizan el seguimiento del procedimiento de contratación, permitiendo detectar todas las irregularidades existentes. También hace alusión a aquellos mecanismos que sirven para prever los conflictos de intereses. Igualmente considera que es necesario establecer un adecuado sistema de sanciones, ante el incumplimiento del proceso de contratación. La OCDE concreta este principio en tres puntos:

En primer lugar, considera que se deben establecer mecanismos para prevenir los posibles riesgos que se pudiesen dar respecto a la integridad en la contratación pública. En segundo lugar, estimular la cooperación entre las distintas Administraciones Públicas y el sector privado, con el objeto de obtener altos estándares de integridad en la gestión del contrato. En tercer y último lugar, la necesidad de establecer mecanismos que detecten el anormal funcionamiento de la Administración y permitan aplicar las correspondientes sanciones.

#### D) Rendición de cuentas y control

---

<sup>21</sup> (OCDE 2009b, 22).

<sup>22</sup> (OCDE 2009b, 24).

Para garantizar este principio, la OCDE asocia a este punto los siguientes mecanismos:

- a) Establecer una cadena de responsabilidad, junto a unos mecanismos de control adecuados.
- b) Tratar las reclamaciones de manera justa.
- c) Facilitar el acceso de la sociedad y los medios de comunicación a la contratación, con el objetivo de poner de manifiesto aquellas deficiencias, para que puedan ser subsanadas.

Una vez ya hemos abordado el significado de integridad, se plantea a continuación si este principio en sí mismo aguarda consecuencias jurídicas, o es simplemente un principio-guía que engloba una serie de criterios o ideas, por las cuales se debería regir toda la actividad administrativa.

El profesor GÓNZALEZ SANFIEL<sup>23</sup>, apunta que hasta ahora no se conoce sentencia que haya anulado una adjudicación por la infracción de este principio. Todas las infracciones que se pueden relacionar con el principio de integridad, son infracciones que hacen alusión a la vulneración de otros principios, pero que de manera genérica se pueden reconducir a la vulneración de una misma idea: la integridad del sistema. Es por ello, que se debe dejar claro que el principio de integridad tiene un carácter orientador, que persigue una idea como es la de evitar la corrupción. Para que éste adquiera una mayor dimensión, sea eficaz y se convierta en un verdadero principio como tal, es necesario que el legislador lo haya dotado previamente de unas reglas cuya vulneración dé lugar a una serie de consecuencias jurídicas.

A modo de recapitulación, el principio de integridad no tiene sustantividad propia, sino que se trata de un resultado de la evolución de la realidad internacional, que ha desembocado en esta nueva terminología para agrupar una serie de conceptos como pueden ser los de una mayor transparencia, lucha contra la corrupción en la contratación pública, seguridad, etc... Estos conceptos ya se encuentran tutelados por la normativa de contratación administrativa a través de otros principios que se vienen aplicando desde

---

<sup>23</sup> «El impacto de la crisis en la contratación pública», pág. 47.

siempre en el Derecho interno: el de legalidad administrativa, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, publicidad y concurrencia, control judicial de toda actuación administrativa, la objetividad e imparcialidad en la actuación de los funcionarios públicos, etc... Por consiguiente y siguiendo al profesor GÓNZALEZ SANFIEL<sup>24</sup>, «el carácter omnicomprendivo con el que se presenta el principio de integridad, lo convierte en una idea pretenciosa, al querer explicar por sí mismo todo el régimen jurídico de la contratación pública».

#### **4. El principio de transparencia en la contratación pública.**

La transparencia se sitúa entre los principios conocidos con el nombre de «los de última generación». Se trata de una idea que cada vez más está presente en nuestra cultura jurídica y que se está convirtiendo en uno de los principios indiscutibles, por los cuales se debe guiar la actuación de los poderes públicos. En la actualidad, parece que el término transparencia va de la mano con el término democracia. Un claro reflejo de ello es que el ciudadano busca cada vez más una efectiva participación y control de los asuntos públicos.

El concepto de transparencia en un primer momento estuvo directamente relacionado con el principio de publicidad. Poco a poco, el concepto de transparencia se ha ido delimitando y desligando del principio de publicidad, dándosele un trato diferenciado dentro del ordenamiento jurídico. En este sentido, a pesar de que la finalidad de ambos principios es el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas, sus objetivos son diferentes. La publicidad tiene como objetivo dar a conocer un determinado procedimiento de contratación, mientras que la transparencia tiene como objetivo dar a conocer qué está pasando realmente en ese procedimiento de contratación

A partir de la década de los años 90 el concepto de transparencia empieza a destacar y a consolidarse como principio general a nivel comunitario. Esto se debe a la influencia de los países nórdicos, quienes ya venían aplicando este principio en sus Administraciones desde el siglo XVIII. Es en este entonces con el auge del principio, cuando el mismo se empieza a definir sobre dos puntos: por un lado, el control

---

<sup>24</sup>«El impacto de la crisis en la contratación pública», pág. 49.

democrático de las instituciones, por otro el acceso de los ciudadanos a la información pública.

En la Constitución Española la palabra transparencia no está recogida en ninguno de sus preceptos. Algunos autores sostienen que la transparencia se puede deducir del contenido de preceptos tales como el artículo 9.3, cuando habla de la garantía constitucional de la publicidad de las normas y la seguridad jurídica; el artículo 20 que garantiza el derecho a la información, y especialmente el artículo 105 b), que recoge el acceso a los registros y archivos administrativos. Es en este último artículo donde se considera que se hace mención de manera más explícita al concepto de transparencia, puesto que se refiere al libre flujo de información entre los ciudadanos y la Administración.

Por otro lado, son numerosas las normas que hacen alusión al concepto de transparencia. Así lo podemos encontrar en el artículo 3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o en el artículo 1 y 123 del TRLCSP. Asimismo, se ha de tener en cuenta la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta norma amplía las obligaciones de publicación activa de la información en el procedimiento de contratación. Ésta ha supuesto un gran avance, puesto que España era uno de los cuatro países de la Unión que carecía de una normativa específica en materia de transparencia, junto con Malta, Chipre y Luxemburgo.

A nivel europeo, debemos partir de la vigente Directiva 2004/18 hasta la promulgación de la Directiva 2014/24. Son varios los preceptos de ésta que hacen referencia directa a este principio. Se establecen una serie de criterios necesarios para dotar de una mayor transparencia al procedimiento de adjudicación, tal y como se desprende su artículo segundo.

En relación a la normativa citada con anterioridad, se observa que las distintas normas persiguen el mismo objetivo: que los interesados tengan la misma información a la hora de elaborar sus propuestas, y por lo tanto impere un clima en el que predomine la igualdad de oportunidades y donde no existan abusos o corruptelas.

El principio de transparencia se materializa a través de una serie de mecanismos, mediante los cuales el ciudadano tiene acceso a la información procedente de las Administraciones públicas. Éstos se clasifican según el papel que desempeñan en ellos tanto los ciudadanos, como las Administraciones públicas. Se distinguen tres tipos: los mecanismos de transparencia activa, los de transparencia pasiva y los de transparencia colaborativa.

#### 4.1 Los mecanismos de transparencia activa.

Son todos aquellos con los que la Administración pública transmite información a los ciudadanos, sin que éstos la demanden. Estas herramientas han ido adquiriendo cada vez una mayor relevancia, al haberse ido incorporando el uso de los medios electrónicos como el perfil del contratante del artículo 53 del TRLCSP.

La información que facilitan las Administraciones públicas es de vital importancia, tanto para los ciudadanos como especialmente para los licitadores, puesto que con la misma se trata de evitar posibles irregularidades en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. Por otro lado, permite a la ciudadanía una mejor participación en la vida pública, pues con este flujo de información se les permite cumplir mejor con sus obligaciones, ejercitar sus derechos y disfrutar de los servicios públicos.

En la actualidad es imposible hablar de transparencia activa sin tener en cuenta la evolución de las tecnologías de la información. Hoy en día gran parte de la información de las distintas Administraciones Públicas está subida a la red.

La Ley 11/2007 de 22 de julio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos ha sido trascendente, al regular ese flujo de información que se ha visto potenciado con la aparición de las nuevas tecnologías. Este texto normativo gira en torno a tres claves:

En primer lugar, incorpora principios de la administración electrónica, entre los que se aprecian el principio de transparencia y publicidad. También añade otros principios de carácter más genérico, que también inciden sobre esta materia, como es el caso de la igualdad o la protección de datos personales.

En segundo lugar establece el derecho de los ciudadanos a relacionarse a través de los medios electrónicos, con las distintas administraciones públicas y ejercer los derechos reconocidos en el artículo 35 LRJAPC<sup>25</sup>.

En tercer lugar, se introduce la sede electrónica, que desempeña un papel crucial a la hora de difundir información pública. Tal y como se desprende del artículo 10 de esta Ley, «la sede electrónica es aquella dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias».

Sin embargo, no es hasta la aprobación de la LTBAIG, cuando se regula de manera más explícita ese binomio existente entre la transmisión de la información pública a los ciudadanos y las nuevas tecnologías.

Este texto normativo parte de la base de que la actual regulación resulta insuficiente y no satisface las necesidades sociales del momento. Por consiguiente, esta Ley pretende cubrir las insuficiencias existentes y reforzar la publicidad activa.

Por otro lado, se establece la obligación de las Administraciones públicas y los sujetos que aparecen en esta Ley de difundir información pública.<sup>26</sup>

Seguidamente, el artículo 5.4 dispone que toda la información difundida a través de la sede electrónica debe presentar la mayor claridad, estructura y accesibilidad posible. Así para ello, se facilitarán todas las herramientas que sean necesarias.

También, la Ley establece qué clase de información publicarán todos los sujetos identificados en esta Ley. Así podrán publicar información relativa a las funciones que desarrollan, su estructura organizativa, información económica, estadística... En lo referente al ámbito de la contratación, se subraya que toda la información relativa a los contratos formalizados deberá ser difundida por la Administración, según dispone el artículo 7.1 a) LTAIBG. La información relativa a los contratos menores se publicará trimestralmente.

---

<sup>25</sup> Artículo 6 de la Ley 11/2007 de 22 junio.

<sup>26</sup> Artículo 5.1 LTAIBG.

Igualmente, la Administración General del Estado, configurará un Portal de Transparencia en la que se publique toda la información anteriormente mencionada.<sup>27</sup>

Tras el estudio de la citada Ley se coincide con el profesor CERRILLO I MARTÍNEZ<sup>28</sup> cuando afirma que la LTAIBG es insuficiente, y no da respuesta a cuestiones tales como: las consecuencias del incumplimiento de la obligación de publicar tal información, o la responsabilidad por los daños causados por la difusión de la información.

En los últimos años algunas Comunidades Autónomas, siguiendo la corriente promovida desde instancias europeas, han aprobado normas de la administración electrónica y sobre transparencia administrativa que regulan de manera más concreta el uso de los medios electrónicos en la difusión de la información pública. Entre éstas se citan la Ley 26/2010, del 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, la Ley 29/2010, de 3 de agosto, de Uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público de Cataluña, la Ley foral de Navarra 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura o la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y de Acceso a la Información Pública en Canarias. Se procederá a continuación al análisis de esta Ley.

En primer lugar, esta Ley se creó con la finalidad de buscar una mayor transparencia de los poderes públicos. Para ello se precisa un marco legal que establezca «un régimen jurídico de acceso a la información pública en poder de las instituciones, organismos y entidades autonómicas». Asimismo, con el establecimiento de este régimen jurídico, no solo se busca una mejora de la transparencia administrativa; también implantar una cultura, que cada vez va teniendo un mayor peso en nuestra sociedad.

En segundo lugar, esta Ley se ajusta a lo dispuesto en la LTAIBG. Por lo que el desarrollo de ésta irá en la misma línea que lo expuesto en dicho texto normativo. Así, el artículo 1º define que su objeto es «la regulación de la transparencia de la actividad pública y del ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el ámbito de la

---

<sup>27</sup> Artículo 10 de la LTAIBG.

<sup>28</sup> «El principio de integridad en la Contratación Pública», pág 112.

Comunidad Autónoma de Canarias». En este sentido el artículo 7º recoge una serie de obligaciones que deben cumplir los Entes enumerados en el artículo 2º de este texto normativo, todas éstas relacionadas con la transparencia.

En tercer lugar, también se identifica diversos preceptos referidos a la publicidad de la información. El concepto de publicidad engloba las diversas manifestaciones que tiene la transparencia.

En cuarto lugar, algo que se recoge también en esta Ley es la figura del Comisionado de Transparencia y Acceso a la información Pública, que tiene como finalidad promover la transparencia de la actividad pública.

Una vez analizado los distintos artículos de esta Ley, se observa un pronunciamiento en la misma línea que la Ley 19/2013; careciendo de los mismos defectos mencionados con anterioridad, puesto que ésta no cubre aspectos tales como el incumplimiento de la obligación de publicar información o la responsabilidad por daños causados por la difusión de información. Por ende, será un aspecto a mejorar en sucesivas reformas. Pese a ello, se considera que la promulgación por las distintas Comunidades Autónomas de una Ley que trate de configurar la transparencia supone un avance hacia el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas, y sobre todo para que se deposite una mayor confianza en éstas por los ciudadanos.

Ya examinadas todas las normas referidas a la publicidad activa, este estudio se centra en los mecanismos necesarios para facilitar la transparencia de la información en materia de contratación pública. Se distingue lo siguiente:

- a) La publicación de los anuncios de licitación.

La publicidad de las licitaciones desempeña un papel esencial en el sistema de contratación pública. Desde que se estableció una regulación del procedimiento de contratación, se tuvo presente que la publicidad de las licitaciones constituía un elemento primordial para la participación de los sujetos interesados. Por consiguiente, es necesario establecer un buen sistema de publicidad, puesto que sin éste no existiría una concurrencia efectiva. De hecho, la publicidad de los anuncios de contratación es la manifestación dentro del procedimiento de contratación con el que más se suele relacionar el principio de transparencia.

Al hablar de contratos sujetos a la normativa comunitaria, no existiría problema alguno, pues su celebración debe regirse por las premisas recogidas en la Directiva. Cosa distinta ocurre al encontrarse ante contratos que no están sujetos a las Directivas comunitarias y a los que no se exige la aplicación del sistema de publicidad de dicha Directiva. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene afirmando que se debe garantizar una publicidad suficiente que garantice una efectiva competencia e imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.<sup>29</sup>

De ese modo, la mayor novedad introducida fue la del perfil del contratante en el TRLCSP. Este se previó como un sistema básico de publicidad que han de tener todos los órganos de contratación, para transmitir toda la información referente a su actividad contractual; según establece el artículo 53 del TRLCSP, el perfil contratante es un lugar virtual donde todos los ciudadanos pueden acceder y donde se publica toda la información relacionada con los contratos que celebran las distintas Administraciones públicas. En definitiva, la utilización de los medios electrónicos en la gestión de la contratación administrativa<sup>30</sup>. Por consiguiente y en base a lo expuesto, la finalidad del perfil del contratante se resume en dos ideas. En primer lugar, permite fiscalizar toda la actividad de los entes públicos. Y en segundo lugar, el perfil del contratante constituye una herramienta útil para difundir información y facilitar una efectiva concurrencia.

En referencia a los contratos no sujetos a regulación armonizada, el hecho de que cada Administración tenga su propio perfil genera que la información se encuentre de manera dispersa. Frente a ello el TRLCSP estableció la figura de la Plataforma de contratación del Estado. En ella se recoge toda la información contractual de las distintas Administraciones públicas. Se encuentra recogida en el artículo 334 del TRLCSP y se gestiona a través de Internet por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Los distintos órganos encargados del proceso de contratación tienen la obligación de publicar, en esta Plataforma toda la información relativa a sus perfiles del contratante.

---

<sup>29</sup> STJUE de 21 de julio de 2005, Asunto C-231/03.

<sup>30</sup> Artículo 1, Ley 11/2007.

Para facilitar el acceso se prevén mecanismos de cooperación entre las Comunidades Autónomas y la Plataforma.

a) La adjudicación de los contratos públicos.

Todos los licitadores que participen en la adjudicación de un contrato deben conocer los requisitos necesarios para poder ser parte del mismo, así como los criterios que determinen la elección de una oferta en detrimento de otra. Por consiguiente, es muy importante que estos aspectos sean definidos de manera clara y concreta.

La Directiva 2004/18, en su considerando 39, hace mención expresa a esta cuestión, haciendo constar que la verificación de la aptitud de los licitadores y su selección se deben realizar en condiciones de transparencia. Para ello se deben indicar todos aquellos criterios que se van a tener en cuenta a la hora de adjudicar el contrato.

De acuerdo con lo expuesto, se trae a colación la Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2008. De ésta se extraen diversas referencias a la publicidad de los requisitos para formar parte del proceso y de los criterios de adjudicación. Así se establece que «una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores»<sup>31</sup>. O que «la obligación de transparencia exige que los potenciales licitadores conozcan en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta más económicamente ventajosa y la importancia relativa de los mismos».<sup>32</sup>

En la práctica, para obtener una oferta que satisfaga el interés contractual, se ha de utilizar más de un criterio de adjudicación. Ciertamente es que la Directiva 2004/18 no ha regulado cuándo procede la utilización de uno o más criterios. Sin embargo el legislador español sí que se ha percatado de esta realidad práctica, como se observa en el artículo 150 del TRLCSP. En este precepto se dota al órgano adjudicador de discrecionalidad para apreciar cuando deben concurrir uno o más criterios, si bien es cierto que dicha discrecionalidad se ve limitada por lo establecido en el artículo 150.3 del TRLCSP.

---

<sup>31</sup> Fundamento 38 de la citada Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea.

<sup>32</sup> Fundamento 36 de la citada Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, los criterios de adjudicación y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación en caso que el mismo deba publicarse tal, y como establece el artículo 150.5 TRLCSP. En el apartado 4º del siguiente artículo, también se hace referencia a la necesidad de motivar la adjudicación, de notificarla a los licitadores y de publicar la misma en el perfil del contratante. Sin embargo, el artículo 153 se establece que «el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente [...]».

Es evidente que la motivación de la adjudicación ostenta una enorme trascendencia desde el punto de vista de la transparencia, pues permite al sujeto excluido conocer por qué no ha sido elegido y presentar los correspondientes recursos contra dicha decisión.

Cuando el contrato se haya formalizado y su cuantía sea igual o superior a la de los contratos menores del artículo 138 del TRLCSP, se publicarán en el perfil del contratante los mismos datos mencionados en el anuncio de adjudicación. Asimismo, en el apartado 2º se establece que si el contrato es igual o supera los 100.000 euros o su duración exceda de los 5 años «deberá publicarse, además, en el «Boletín Oficial del Estado» o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha formalización». En caso que se trate de contratos sometidos a regulación armonizada, se deberá publicar en el Boletín Oficial de la Unión Europea y en el BOE.

#### 4.2 Los mecanismos de transparencia pasiva.

La transparencia pasiva es el derecho de acceso a la información del sector público. Ésta viene recogida en la Constitución Española a través del artículo 105.b). Aunque su régimen específico se ha configurado en la LRJPAC. Con el tiempo, bastantes Comunidades Autónomas han elaborado leyes que, si bien recogen lo ya estipulado en la LRJPAC, añaden alguna que otra particularidad. No fue hasta la elaboración de la Ley 19/2013 hasta que no se reguló la transparencia pasiva de manera más detallada.

En la actualidad se reconoce el derecho de los ciudadanos de acceso a la información pública.<sup>33</sup> A través de este mecanismo de transparencia pasiva, el ciudadano puede

---

<sup>33</sup> Artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Procedimiento Administrativo Común y artículo 12 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

realizar un control efectivo de la actividad de las Administraciones públicas. Éste presenta dos limitaciones. Por un lado, el ciudadano desconoce la información que obra en manos de la Administración. Y por otro, se encontraría la posible negativa de la Administración a facilitar dicha información por sospecha de se puedan detectar conductas anómalas que reflejen una mala administración.

La Ley 19/2013 intentó dar solución a dichas limitaciones. Así además de reconocer el derecho de acceso a la información pública, que ya había venido siendo reconocido en la LRJPAC, se estableció un procedimiento ágil y sobre todo se le dio solución al ciudadano ante esa negativa, para poder obtener información pública. Por ello se crea una reclamación potestativa y previa a la vía judicial ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que sustituye los recursos administrativos.

En la contratación pública el acceso a la información se concreta en tres ámbitos:

En primer lugar, los licitadores pueden solicitar el acceso a los pliegos tal y como establece el artículo 158 del TRLCSP. Así, como se citó anteriormente los licitadores que no han sido elegidos pueden conocer los motivos por los que no se les adjudicó el contrato y, así presentar el correspondiente recurso. Sin embargo, tal y como se recoge en el artículo 140.1 del TRLCSP «los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial [...]».

En segundo lugar, se crea el Registro de Contratos del Sector Público; en él se inscribirán todos los datos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones públicas. Instrumento vital para el análisis de toda la contratación pública.

En tercer lugar, el artículo 326 del TRLCSP prevé la creación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

#### 4.3 La transparencia colaborativa.

La evolución de las tecnologías, concretamente la aparición del Internet condujo a que los ciudadanos no fueran simplemente meros receptores de la información pública. En este estadio de la transparencia, los ciudadanos también son los que comparten la información.

Este tipo de transparencia guarda una relación con la posibilidad que la ciudadanía pueda reutilizar la información pública. Ésta consiste tal y como establece el artículo 3 de la Ley 37/2007 sobre la reutilización de la información del sector público, en «el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública». En definitiva, los ciudadanos pueden acceder a esa información pública que carece de significado por sí sola y dotarla de cierto valor.

En este otro ámbito en el que desemboca la transparencia, este mecanismo cada vez más va teniendo un peso considerable para hacer frente a la corrupción, puesto que propicia una mayor implicación de todos los ciudadanos. Un claro reflejo de ello, son los datos recogidos en el Barómetro Global de la corrupción de 2013. En él se pone de manifiesto que 9 de cada 10 personas a las que se les ha realizado la encuesta estarían dispuestas a actuar contra la corrupción. Además, concretamente en España el porcentaje de población que estaría dispuesta a hacer frente a las distintas corruptelas ha aumentado considerablemente desde el Barómetro de 2010 al de 2013, de un 60% a un 90%. Esto ha venido motivado a causa de la coyuntura socio-económica por la que está atravesando el país, junto con los distintos casos de corrupción que han saltado a la palestra. Por consiguiente, el ciudadano tiene un papel fundamental respecto a la transparencia, pues su actitud en este ámbito es tanto pasiva, como activa, no solo recibiendo información y fiscalizando la misma, sino también haciendo partícipes al resto de personas de datos relacionados con el funcionamiento de las Administraciones. Ciertamente, que cabría cuestionar la capacidad del ciudadano para poder discernir entre la información que es de calidad y la que no lo es.

#### 4.3 Los límites a la transparencia en la contratación pública.

- a) Los límites en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Según se desprende de su exposición de motivos, «Este derecho solamente se verá limitado en aquellos casos en que así sea necesario por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses protegidos». En este sentido la transparencia no constituye un valor absoluto, sino que para un adecuado uso de la

misma se debe garantizar un equilibrio, ponderando ésta con el resto de los principios con los que convive; ya que de lo contrario un exceso de transparencia podría dar lugar a un mal funcionamiento de la Administración.

En este texto normativo se recogen diversos límites a la misma:

En primer lugar, el límite establecido en el artículo 14.1 j), que se refiere al derecho profesional y a la propiedad intelectual e industrial, o lo que es lo mismo a los datos empresariales. En este aspecto, resulta bastante difícil determinar cuándo estamos ante datos empresariales y cuándo no. Así, de acuerdo con lo expuesto por el profesor CERRILLO I MARTÍNEZ<sup>34</sup>, deben concurrir tres elementos:

- i. El desconocimiento por parte de terceros de la existencia del secreto.
- ii. Su conservación debe ofrecer a la empresa una ventaja competitiva.
- iii. Y es necesaria la voluntad de su titular de aislarla y mantenerla en secreto.

En segundo lugar, el límite recogido en el artículo 15 de la Ley referente a la protección de los datos personales. En este sentido, se debe poner este precepto en relación con lo regulado en el artículo 11.1 de la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. En éste se establece que «los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado». El artículo 15.3 de la LTAIBG establece: «cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, [...]». Seguidamente el mismo artículo introduce una serie de criterios, para la realización de dicha ponderación.

---

<sup>34</sup> «El principio de integridad en la Contratación Pública», pág 136.

En tercer lugar, el límite recogido en el artículo 14 a) de la LTAIBG, que establece: «el derecho de acceso podrá ser limitado cuando suponga un perjuicio para la seguridad nacional». En este sentido, se debe traer a colación la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de Defensa y Seguridad. El artículo 1º define que se entiende por defensa y por seguridad pública. Aunque en el artículo 20 se halla un conjunto de premisas que reducen la publicidad en esta clase de contratos. Así, el órgano de contratación debe dar un trato igualitario a los trabajadores, y no divulgar la información que se ha calificado como confidencial. Igualmente, el órgano de contratación puede imponer el cumplimiento de una serie de requisitos a los licitadores, para proteger dicha información. También podrá impedir que se publique aquella información contraria a los intereses públicos, a la aplicación con normalidad de la legislación vigente, a la competencia entre los licitadores, o en particular a la defensa.

Por último, hace referencia al supuesto contenido en el artículo 16 de la LTAIBG. Por el cual se establece que cuando al aplicarse alguno de los límites del artículo 14 LTAIBG no se afecte a la totalidad de la información, se garantizará el acceso parcial a la misma. Como bien se matiza en dicho artículo se deberá valorar si el acceso parcial a la información supone que éste carezca de sentido.

b) Los límites a la transparencia previstos en la legislación sobre contratos.

La primera norma que incluyó límites es el TRLCSP. El artículo 140.1 recoge la obligación por parte de los órganos de contratación de no divulgar información empresarial que sea confidencial. De acuerdo con la Resolución 62/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales «esta obligación de confidencialidad no puede afectar a toda la oferta realizada», refiriéndose a que la misma no puede predominar en detrimento de una adecuada publicidad de la adjudicación.

El informe 15/2012 de la Junta de Aragón afirma que esta concurrencia entre confidencialidad y transparencia no suele ser un enfrentamiento pacífico, y se debe buscar un adecuado equilibrio entre ambas, pues «ni la confidencialidad puede comprender la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, ni la transparencia puede implicar el acceso incondicionado al expediente de contratación y a los documentos que contiene».

También se cita el artículo 153 del TRLCSP que prevé determinados supuestos por los cuales los órganos de contratación, pueden no comunicar determinados datos relativos al expediente de adjudicación. Entre esos supuestos destacan razones de interés público, de aplicabilidad de una norma, siempre que perjudique a intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, que se trate de contratos secretos que deban ir acompañados de medidas de seguridad, entre otros.

Recapitulando, siempre se deben ponderar los intereses en juego y ante todo motivar la decisión que se pretenda adoptar<sup>35</sup>.

c) Los límites a la transparencia en el ámbito comunitario.

La información relativa al proceso de contratación y su difusión es un aspecto que se ha cuidado de manera notable en la legislación europea. En la Directiva 2004/18 CE se hallan una serie de limitaciones en este sentido. La primera limitación se encuentra en el artículo 6 que viene a establecer la obligación por parte del poder adjudicador, de no divulgar la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 29.3 de esta norma, al indicar que «los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste». Asimismo, se encuentra otra serie de limitaciones como las de los artículos 30 o 41, donde al igual que en las limitaciones anteriores, el legislador europeo se ha preocupado por el establecimiento de un sistema que pondere esa dualidad existente entre la transparencia y el respeto a la confidencialidad.

En materia de transparencia, debemos citar la STJUE de 14 de febrero de 2008<sup>36</sup> se ha pronunciado sobre la relevancia de la confidencialidad respecto al respeto de la trans-

---

<sup>35</sup> STS de 13 de Julio de 2006 (Sala 3ª) dispone: «la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada «need to know», necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados».

<sup>36</sup> Fundamento 41 de la citada sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea.

parencia. En este sentido esta sentencia afirma que para garantizar una adecuada competencia es necesario que determinada información proporcionada por los licitadores tenga carácter reservado.

Conforme a lo expuesto a lo largo del epígrafe, la motivación suficiente es otra de las limitaciones al principio de transparencia. La jurisprudencia europea se ha pronunciado al respecto, en sentencias tales como la del 4 de octubre de 2012<sup>37</sup>. En ésta se afirma que si bien es cierto que la motivación es un requisito ineludible del proceso de adjudicación, los órganos adjudicadores no están obligados ni a facilitar un resumen pormenorizado de los distintos detalles de su oferta, ni a la realización de un análisis comparativo entre la oferta elegida y la suya.

### **5. La falta de transparencia: problemas y posibles soluciones.**

En el desempeño de la función pública pueden existir diversos conflictos de intereses. Lo relevante es que esos intereses privados, influyan en las decisiones que toman los cargos públicos. La falta de transparencia potencia la existencia de esos numerosos problemas que derivan en una amenaza al principio de integridad. Algunos autores como CERRILLO I MARTÍNEZ<sup>38</sup> entienden que un conflicto de intereses no implica necesariamente una práctica corrupta. En cambio, otros como GARCÍA MEXÍA<sup>39</sup> o RODRÍGUEZ-ARANA<sup>40</sup> entienden que los conflictos de intereses sí son el resultado de una práctica corrupta.

En este sentido, y tras haber realizado un análisis de la materia, se ha observado que la gran mayoría de estos problemas desembocan en una misma idea, que se considera recogida en el concepto de «corrupción». Ciertamente existen una serie de problemas que no pueden englobarse en este concepto; un ejemplo de ello sería la irregularidad en la tramitación de un contrato, ya que la misma no depende del mal uso del poder público. De ese modo, como la gran mayoría de estos problemas sí que se pueden clasificar dentro del término corrupción, se analizará qué se entiende por el mismo.

---

<sup>37</sup> Apartados 21 a 23 de dicha STJUE.

<sup>38</sup> «El Principio de Integridad en la Contratación Pública», pág. 30.

<sup>39</sup> «Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso del poder», pág. 27.

<sup>40</sup> «Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?», pág. 98.

El diccionario de la Real Academia Española ofrece un concepto de lo que se considera corrupción. En una de sus acepciones se establece que la corrupción es la práctica en las organizaciones públicas «consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas, en provecho, económico o de otra índole de sus gestores». Por otro lado la OCDE, considera la corrupción como «el abuso de poder que les ha sido confiado a un determinado agente para obtener ganancias privadas». Del análisis de estas dos definiciones es posible extraer dos notas: en primer lugar, la corrupción requiere un abuso de poder y, en segundo lugar, requiere de la obtención de un cierto lucro.

En cuanto al abuso de poder, son diversas las manifestaciones del mismo que se traducen en un aprovechamiento del cargo o empleo público y donde predomina el interés privado por encima de los intereses públicos. En cuanto a las ganancias éstas consisten en la obtención de lucro por parte del empleado público y no requiere la misma que sea solicitada, sino que puede ser ofrecida, otorgada o aceptada. Por ganancia no sólo se debe entender un aumento del patrimonio, sino cualquier tipo de mejora o beneficio que pueda obtener a causa de un abuso por la mala utilización de la posición que se ostenta. Asimismo, también se debe considerar como corrupción aquellos casos en los que las ganancias las recibe cualquier persona con las que tenga relación dicho empleado. De la misma forma, para el profesor CERRILLO I MARTÍNEZ <sup>41</sup> estos dos elementos se deben poner en relación con un tercero, como es el de que el incumplimiento se produzca en un marco en el que el empleado ejerza una actividad pública.

La corrupción es un problema que surge por causas muy diversas, de las cuales depende el contexto socio-económico del país, así como su sistema institucional y su cultura administrativa. Éstas se pueden ver agravadas por determinadas circunstancias en función del ámbito administrativo ante el cual se esté.

Los efectos que emanan de la corrupción son diversos. Desde diversas instituciones, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional se destacan diversos efectos devastadores que provoca la corrupción y que se traducen en definitiva en la imposibilidad de crecimiento de cualquier Estado. Entre ellos se destacan algunos como:

---

<sup>41</sup> «El principio de la integridad en la contratación pública», Agustí Cerrillo i Martínez, pág.39.

- a) La desconfianza y el desaliento que provoca la corrupción en los ciudadanos. El hecho que cada vez con más frecuencia aparezcan en los medios de comunicación casos relativos a la corrupción supone un aliciente a los ciudadanos, a la hora de evadir impuestos. El contribuyente utiliza como auto-justificación el hecho de que si aquellos que deben predicar con el ejemplo a causa del puesto que ostentan no lo hacen, por qué ellos por el contrario si deben de cumplir legalmente con sus obligaciones. Esto conlleva además un efecto colateral, como es la desconfianza generalizada en todos los partidos políticos deslegitimando toda la acción pública.
- b) En segundo lugar, la corrupción provoca un deterioro en la imagen de España que se proyecta al exterior. Esto se traduce en un menor nivel de inversión extranjera, que deja de incentivar la economía del país.
- c) En tercer lugar, la corrupción reduce la eficiencia del gasto público. El coste de los proyectos aumenta considerablemente desde el momento en que el desarrollo del procedimiento hay intereses de por medio y corruptelas, puesto que a la hora de otorgar los mismos no se analiza su rentabilidad y por consiguiente se produce un mal uso de los fondos públicos. También puede ocurrir que, al no examinar la rentabilidad del proyecto a otorgar, se asigne éste a un empresario que empeore la calidad del servicio que se puede prestar.

Desde diversos organismos se ha puesto de manifiesto que la contratación pública es el sector donde se muestra de manera más clara la corrupción<sup>42</sup>. Un buen sistema de transparencia, acompañado de una buena administración, contribuye a otorgar credibilidad al sistema político. Por el contrario, una falta de transparencia, normalmente viene acompañada de una mala gestión y de prácticas corruptas, favoreciendo así la pobreza y las desigualdades, al desviarse fondos públicos destinados a satisfacer necesidades sociales.

Para darse cuenta de la dimensión que tiene la corrupción en la contratación pública española, se tiene que hacer mención a estudios realizados al respecto. Así tal y como se refleja en el «Índice de la Percepción de la Corrupción» del año 2015 de

---

<sup>42</sup> Suele ser el sector más proclive a la corrupción a causa del volumen de recurso que maneja, entorno al 20% del PIB en la Unión Europea.

«Transparencia Internacional», la corrupción en España se encuentra en el puesto número 36 de 168 países, con 58 puntos. El resultado que nos muestra este informe nos indica que la situación en referencia a la corrupción es notoria.

Ante este panorama, para un correcto desarrollo del procedimiento de contratación público, se prevén distintas soluciones. La mayoría de los autores estudiados propugnan reforzar la exigencia del principio de transparencia a través de distintas reformas legislativas. Otros autores consideran más relevante que dentro de la normativa ya existente se exijan responsabilidades que hasta la fecha se habían pasado por alto. Y un último grupo de autores consideran que las diversas reformas legislativas que se deban introducir deben focalizarse sobre los incentivos que repercuten negativamente en el proceso de contratación, eliminando los mismos. Del mismo modo, también consideran que debería potenciarse aquellos incentivos que ayuden a garantizar un correcto funcionamiento; en este sentido abogan por una función pública independiente y muy profesionalizada.

Todas las soluciones expuestas disponen el camino a seguir para garantizar la integridad en la contratación pública. No obstante, se considera que la finalidad que se debe perseguir no es solo la completa erradicación de las corruptelas e arbitrariedades existentes en el procedimiento de contratación, sino, en definitiva, extender la «la cultura de la transparencia».

En contraposición a los informes, se debe analizar por qué los países nórdicos, encabezan las listas mundiales en cuanto a transparencia y buen gobierno, ya que se trata de un análisis relevante para concretar qué es en lo que se está fallando. En este sentido, en el segundo puesto del «Índice de percepción de corrupción» del año 2015, encontramos a Finlandia; este país para combatir la corrupción aplica las siguientes medidas:

- a) Cualquier compra realizada por una entidad pública se debe ajustar al precio de mercado. Asimismo, se debe incluir en el respectivo expediente de contratación tres ofertas para elegir la que tenga un precio menor. A este aspecto referido al precio de mercado sí que se hace alusión en nuestra normativa, concretamente en el artículo 75 del TRLCSP. Al criterio del precio más bajo, también se hace mención en el artículo 134 del TRLCSP, sin embargo, éste sólo impera cuando sólo se utilice un único criterio de

adjudicación. Por consiguiente, se observa que no hay sustanciales diferencias respecto a la práctica existente. Si bien es cierto, lo que se denota en este primer apartado no es la falta de legislación para evitar prácticas corruptas, sino la inexistencia de un adecuado sistema de transparencia que permita comprobar que el proceso de contratación se está desarrollando correctamente.

- b) Todas las Administraciones Públicas destacan por facilitar a sus ciudadanos el total acceso a la información pública. En contraposición, en España existen muchos supuestos en los que la Administración rechaza las solicitudes instadas por los ciudadanos, por el temor de que el ciudadano pueda obtener información que denote síntomas de una mala gestión.
- c) El principio de transparencia en Finlandia también se proyecta sobre las cuentas de los ciudadanos, así cualquier habitante puede conocer las cuentas de otro. Los poderes públicos finlandeses publican esta información argumentando que la transparencia impide la economía sumergida, y por consiguiente contribuye a cobrar los impuestos de una manera más eficiente. Al contrario, en España ha primado el derecho a la intimidad frente a la transparencia. Así, cabría preguntarse hasta qué punto se debería sacrificar el derecho a la intimidad para lograr una mayor transparencia; o quizás si realmente ese sacrificio reportaría una menor corrupción.
- d) Para el acceso al gobierno de las distintas Administraciones públicas finlandesas se requiere que los funcionarios tengan experiencia en administraciones de la misma índole. En España, no se encuentra ninguna Administración, que establezca como requisito indispensable para el acceso a la misma haber tenido experiencia previa en alguna administración pública del mismo calibre.
- e) Para acceder a los distintos cargos políticos se requiere la superación de una serie de pruebas objetivas. Así, encontramos una función pública muy profesionalizada. En España únicamente se requiere el respaldo de la mayoría de los ciudadanos.

- f) La toma de decisiones por los distintos órganos políticos se realiza de manera colegiada. De ese modo, el poder no se concentra en un solo individuo, al contrario de lo que ocurre en España.<sup>43</sup>
- g) Existe una cultura de la transparencia ampliamente extendida. Éste es el aspecto más relevante que posibilita que los países nórdicos, se encuentren siempre en una posición privilegiada en los informes que reflejan la escasa corrupción. Lo que hace posible realmente que estos países sean ejemplos a seguir, es el desarrollo cultural existente, en el que la corrupción es inaceptable. La cultura de la transparencia, a la que hemos hecho alusión con anterioridad se fragua a través de la educación proyectada no sólo desde el núcleo familiar, sino también de los medios de comunicación y las instituciones.

Para entender mejor el alcance de la corrupción, se debe ver los principales problemas que acusan al proceso de contratación. Así siguiendo al profesor GÓNZALEZ SANFIEL, se debe poner de relieve el Informe del año 2014 «sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea», pues en él se recogen cuáles son las patologías más frecuentes.

En dicho Informe se encuentra que en un estudio del año 2013 al que se hace referencia, se identificaron las cuatro irregularidades principales que se llevan a cabo en el proceso de contratación. Tal y como se establece dicho informe, estas prácticas consisten en:

- «Licitación fraudulenta (en forma de supresión de ofertas, ofertas complementarias, rotación de ofertas y subcontratación), cuando se «promete» el contrato a un contratista con o sin el consentimiento de funcionarios públicos.
- Soborno, cuando el funcionario público solicita o acepta un soborno que se contabilizará en el procedimiento de licitación, incluidos los procedimientos administrativos.

---

<sup>43</sup>Embajada de Finlandia [en línea]. [Fecha de consulta 20 de mayo de 2016].

Disponible en internet:

<http://www.finland.org/public/default.aspx?contentid=150289&nodeid=40956&contentlan=9&culture=es-ES>

-Conflicto de intereses.

- Otras irregularidades, incluida la mala gestión o la negligencia dolosa, cuando los funcionarios públicos no realizan los controles adecuados o no siguen los procedimientos previstos y toleran o ignoran la manifiesta mala gestión dolosa por parte de los contratistas».

Pese a estas prácticas, en este Informe del año 2014 se deja constancia de que las políticas adoptadas por los diferentes Estado han dado sus frutos, aunque si bien es cierto la contratación pública sigue siendo aún un sector de riesgo. Entre las posibles soluciones que se ofrecen, destacan:

- b) «Necesidad de un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción en la contratación pública
- c) Aplicación de altos estándares de transparencia para la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos
- d) Refuerzo de los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos
- e) Garantizar una visión de conjunto coherente y concienciar sobre la necesidad y el conocimiento de la prevención y detección de las prácticas corruptas en todos los niveles de la contratación pública
- f) Fortalecer los regímenes sancionadores»

## **6. El nuevo bloque legislativo a nivel europeo en materia de contratación.**

El nuevo bloque legislativo a nivel europeo (constituido por las nuevas Directivas denominadas Directivas de cuarta generación) tiene como objetivo garantizar una efectiva competencia en el mercado. Si bien es cierto que su antecesora, la Directiva 2004, tal y como se ha relatado a lo largo de este trabajo supuso una mejora de la contratación pública, ésta resultaba insuficiente ante el panorama de crisis económica generalizada por el que estaban y están pasando la mayor parte de los países. Estas nuevas Directivas tienen como finalidad la creación de un marco normativo que posibilite una mejora de la

contratación pública, que se enmarque dentro de los objetivos fijados por la «Estrategia de Europa 2020»<sup>44</sup>

Este nuevo bloque legislativo al que se hace alusión es el siguiente:

- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/25/UE, 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.

La Directiva 2014/23/CE relativa a la adjudicación de contratos de concesión contiene una regulación novedosa para el ámbito comunitario, no así para el ordenamiento jurídico español pues su contenido es similar a lo dispuesto en el TRLCSP. La Directiva 2014/24/CE viene a derogar y renovar lo dispuesto por la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. La Directiva 2014/25/CE referida a la contratación por entidades de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; ésta deroga a la Directiva 2004/17/CE.

A continuación, se centrará el análisis en la Directiva 2014/24 UE, que es la que establece una regulación de la contratación pública de manera más genérica. En cambio, las Directivas 2014/25 y 2014/23 se refieren a sectores específicos dentro de la contratación pública y a las concesiones. Las principales novedades que introduce esta Directiva son las siguientes:

#### A) Principios generales y ámbito de aplicación.

Frente a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE respecto a los principios generales<sup>45</sup>, la Directiva 2014/24/CE en su artículo 18 añade el principio de proporcionalidad en la actuación de los poderes adjudicadores.

---

<sup>44</sup>La Estrategia Europa 2020 tiene como finalidad promover el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Tiene como objetivo mejorar la competitividad de la UE, manteniendo a su vez, su modelo de economía social de mercado y mejorando considerablemente el uso efectivo de sus recursos.

<sup>45</sup> Artículo 2 Directiva 2004/18/CE.

Respecto al ámbito de aplicación, la Directiva 2014/42/CE no ofrece sustanciales cambios. Lo único a destacar es que el contrato de concesión de obra pública queda regulado por la Directiva 2014/23/UE tal y como mencionamos con anterioridad.

En cuanto al régimen jurídico de los contratos mixtos, la Directiva se aparta de la premisa de la prestación de mayor valor económico que viene establecida en el TRLCSP<sup>46</sup>, y se centra en la prestación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión<sup>47</sup>. Asimismo, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva, la cual establece que si se tratase de contratos que tuvieran «por objeto prestaciones propias de un contrato regulado por la presente Directiva, así como prestaciones propias de contratos no regulados por la misma, los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar contratos distintos para prestaciones distintas o adjudicar un único contrato».

De ese modo, si los poderes adjudicadores deciden adjudicar «contratos distintos para prestaciones distintas, la decisión acerca del régimen jurídico aplicable a cada uno de esos contratos distintos se adoptará basándose en las características de la prestación de que se trate» En cambio, si los poderes adjudicadores elijan adjudicar un único contrato, se aplicará la presente Directiva.

Respecto a las exclusiones que delimitan negativamente el ámbito de aplicación, esta nueva Directiva 2014/18/CE establece algunas novedades respecto a su antecesora. Así, se destaca:

- El artículo 8 establece que quedan excluidos los contratos relativos «a la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas».
- En el artículo 9, la presente Directiva no se aplicará: «a los contratos públicos y los concursos de proyectos que el poder adjudicador esté obligado a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos de contratación diferentes de los previstos en la presente Directiva».

---

<sup>46</sup> Artículo 12 TRLCSP.

<sup>47</sup> Artículo 3 Directiva 2014/24/CE.

- En el artículo 10 se establecen una serie de premisas relativas a las exclusiones referidas a los contratos de servicios.
- A diferencia de la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/18/CE en el artículo 10 a) sólo establece una exclusión respecto a determinados negocios patrimoniales y no respecto a la totalidad de los mismos.
- Tampoco se aplicará dicha Directiva a los contratos públicos reservados a la «adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica»<sup>48</sup>.
- Asimismo, también se excluyen los servicios jurídicos de asesoramiento jurídico y representación legal de un cliente por un abogado en un arbitraje o conciliación o en un procedimiento judicial<sup>49</sup>.
- Tampoco se aplicará la presente Directiva «a los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por notarios». Asimismo, «tampoco a otros servicios jurídicos que en el Estado miembro estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público»<sup>50</sup>.
- Del mismo modo, también se encuentran excluidos los «servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros». Cabe matizar que respecto a su antecesora (la Directiva 2004/18/CE) la 2014/24/CE sí recoge los contratos de rating, a pesar de que en ordenamiento jurídico español se trata de contratos privados.<sup>51</sup>
- Por último, también se excluyen de la Directiva «los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, salvo los servicios de transporte de ambulancia;

---

<sup>48</sup> Artículo 10 b) de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>49</sup> Artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>50</sup> Artículo 10 d) de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>51</sup> Anexo II del TRLCSP.

los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro; o los servicios relacionados con campañas políticas».<sup>52</sup>

Para concluir cabe resaltar, que el Anexo II que contenía la Directiva 2004/18/CE se suprimió y, por consiguiente, los contratos que formaban las categorías 17 a 27 pasarán a ser contratos sujetos a regulación armonizada, siempre y cuando superen los umbrales estipulados.

#### B) Novedades en los procedimientos de licitación.

La Directiva 2014/24/CE introduce un nuevo procedimiento dentro de los ya existentes, como es el de asociación para la innovación. Respecto a los procedimientos ya existentes, la Directiva incorpora novedades en el procedimiento negociado y el diálogo competitivo. Ésta distingue entre el procedimiento de licitación con negociación<sup>53</sup> y el procedimiento negociado sin publicación previa<sup>54</sup>. El procedimiento de licitación con negociación podrá usarse en los casos estipulados en el artículo 26.4 de la Directiva. En cambio, el procedimiento negociado sin publicación previa se utilizará en los casos previstos en el artículo 32.2 de la Directiva. Asimismo, se añade que el procedimiento negociado sin publicidad previa se podrá usar en determinados supuestos para la adjudicación de contratos públicos de suministros y de servicios.<sup>55</sup>

En referencia al nuevo procedimiento de asociación para la innovación, tal y como establece el artículo 31.2 tiene como finalidad «el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes». Asimismo, «Solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada»<sup>56</sup>. Tal y como dispone el artículo 67 los contratos se adjudicarán según el criterio de la mejor relación calidad-precio. El escaso desarrollo de este procedimiento obligará al legislador de cada Estado miembro a establecer una

---

<sup>52</sup> Apartado d), artículo 10 de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>53</sup> Artículo 29 de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>54</sup> Artículo 32 de la Directiva 2014/24/CE.

<sup>55</sup> Artículos 32.3 y 32.4 de la Directiva 2014/24/CE

<sup>56</sup> El párrafo cuarto del artículo 31.1 de la Directiva 2014/24/CE establece del mismo modo que «los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 65»

regulación de aquellos aspectos necesarios y que no han quedado cubiertos por la Directiva.

Otra de las novedades que introduce ésta es la regulación del régimen de responsabilidad de «la contratación conjunta esporádica»<sup>57</sup>. El régimen de responsabilidad dependerá si el procedimiento se desarrolla de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores. En caso de que fuese así, existirá responsabilidad de todos los poderes adjudicadores por el incumplimiento de sus obligaciones. Si sólo fuese un poder adjudicador el que administre todo el procedimiento en nombre y por cuenta del resto, también se aplicará la misma regla. En caso de que el procedimiento no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de los poderes adjudicadores, éstos solo tendrán responsabilidad por aquellas acciones que se hayan realizado de manera conjunta.

Asimismo, se debe resaltar la previsión establecida en el artículo 39, que hace referencia a aquellos supuestos en los que la contratación se realice con intervención de distintos poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Respecto a la preparación y configuración del procedimiento de licitación se debe destacar las siguientes novedades:

En primer lugar, el artículo 40 introduce la novedad de que los poderes adjudicadores antes de iniciar un procedimiento de contratación, deban realizar un estudio de mercado con vistas a preparar la contratación e informar a los operadores económicos. En este sentido, podrán solicitar el asesoramiento de expertos o autoridades independientes.

En segundo lugar, otra de las novedades introducidas son las llamadas etiquetas del artículo 43, que operan como «medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas».

En tercer lugar, también se destaca la división del contrato en lotes del artículo 41 de dicha Directiva. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 86 del TRLCSP, las prestaciones objeto del contrato no requieren ser susceptibles de aprovechamiento por separado.

---

<sup>57</sup> Artículo 38 de la Directiva 2014/24/CE.

Respecto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, el artículo 57 de dicha Directiva añade nuevas causas de exclusión obligatoria. Asimismo, en el artículo 56, se establece también la novedad de no adjudicar «un contrato al licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa cuando hayan comprobado que la oferta no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2º».

Como aspectos novedosos en los criterios de adjudicación hemos de citar los criterios medioambientales y sociales a los que se hace referencia en los considerandos 97 y 98 de dicha Directiva.

En cuanto a la ejecución del contrato, la nueva Directiva establece diversas novedades. Así podemos destacar las siguientes:

En primer lugar, respecto a la subcontratación como novedad se prevé en el artículo 71.3 de dicha Directiva que el poder adjudicador pueda transferir directamente al subcontratista las cantidades debidas por el contratista principal a causa del subcontrato, y tal y como subraya dicho artículo siempre y cuando que así lo pida el contratista y la naturaleza del contrato lo permita.

En segundo lugar, en cuanto a régimen de modificación de los contratos, la nueva Directiva flexibiliza el mismo tal y como podemos comprobar en el artículo 72 de la misma.

En tercer y último lugar, en referencia al régimen de resolución de los contratos podemos observar cómo se establecen una serie de supuestos en el artículo 72 de la presente Directiva, ante los cuales cabe la posibilidad de rescindir el contrato.

### 6.1 Consecuencias del incumplimiento de transposición de las Directivas.

Todas ellas tenían de plazo para la transposición hasta el 18 de abril de 2016. Las Directivas deben ser transpuestas a través de la tramitación de un proyecto de Ley por las Cortes Generales<sup>58</sup>, con independencia que el contenido deba ser desarrollado por las distintas Comunidades Autónomas. Ciertamente es, que la situación política del país dejó

---

<sup>58</sup> Las Directivas se podrán transponer también a través de Real-Decreto Ley, salvo que estén sometidas al principio de reserva de ley. El ejecutivo aboga muchas veces por la utilización del Decreto-Ley, siempre y cuando esté permitido, ya que el proceso legislativo ordinario resulta muy lento y las Directivas tienen un determinado plazo para su transposición.

entrever en su momento, que a pesar de que existiesen Anteproyectos de Ley, el plazo de transposición iba a ser superado, tal y como ha ocurrido. Además, de las distintas sanciones que se prevén por incumplimiento de la transposición, muchos de los preceptos tienen una aplicación directa, desplazando a la legislación nacional. Así, podemos comprobar tal y como establecen los artículos 288 y siguientes del «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», que las Directivas es un instrumento en poder de las instituciones europeas para llevar a cabo las distintas políticas. A través de ellas se obliga a todos los países miembros a conseguir un determinado resultado, sin embargo, se les da libertad para utilizar los medios que estimen oportunos para llevarlo a cabo. Si transcurrido el plazo de transposición, los Estados miembros no las han incorporado al ordenamiento jurídico, las consecuencias son las siguientes:

- i. La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas.<sup>59</sup>
- ii. En determinadas condiciones, el TJUE también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva.<sup>60</sup>
- iii. Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales; esta consecuencia es la más relevante.

La finalidad del efecto directo tiene por objeto garantizar la funcionabilidad del derecho de la Unión Europea ya que, sin éste, un posible incumplimiento de un Estado miembro supondría que el derecho europeo careciera de sentido. El efecto directo se ha consolidado por la jurisprudencia del TJUE, en referencia a la contratación pública.<sup>61</sup> Por consiguiente, el criterio del efecto directo implica que todo precepto contenido en una directiva que no ha sido transpuesta por el Estado miembro es perfectamente invocable

---

<sup>59</sup> Artículo 258 y siguientes del TFUE.

<sup>60</sup> STJUE de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90.

<sup>61</sup> STJUE de 5 de abril de 1979, asunto C-8/81.

frente a los poderes públicos, y vincula del mismo modo a los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas. El efecto directo se concreta en cuatro aspectos:

a) **Ámbito de aplicación.**

El mecanismo del efecto directo sólo afecta a lo que se establezca en el ámbito de aplicación de las normas de la Directiva. En la Directiva de contratación, el ámbito de aplicación viene establecido en el artículo 2, que contiene las entidades que deben aplicar los procedimientos establecidos y en el artículo 4, que establece cuales son los contratos incluidos en la Directiva.

b) **Incumplimiento del deber de transposición.**

El pilar sobre el que se articula el criterio de efecto directo es la no transposición de las Directivas por los Estados miembros. Habrá de tenerse en cuenta que la nueva Directiva de contratos es muy similar en algunos aspectos a su antecesora la directiva 2004/18 y muchas veces las novedades que incorpora, no son otra cosa que el fruto de la jurisprudencia. En aquellos supuestos en los que el contenido de la Directiva ya esté incorporado al ordenamiento jurídico, no procede la transposición.

c) **Contenido claro y concreto de la Directiva.**

Los preceptos deben tener un contenido claro y preciso, no ofreciendo lugar a duda, ni determinando políticas abstractas que ofrezcan dudas en cuanto a su incorporación al ordenamiento jurídico.

d) **Negativa al uso del efecto directo vertical descendente.**

El efecto directo vertical descendente es aquel supuesto en el que los poderes públicos superponen sus prerrogativas en detrimento de los derechos de los particulares en virtud de una norma no transpuesta. Por el contrario, sí está permitido el efecto directo vertical ascendente, que es aquel supuesto en el que los particulares se amparan en una norma no transpuesta para reivindicar sus intereses. Igualmente el efecto directo horizontal también está prohibido; éste es el que opera entre particulares. Asimismo, la jurisprudencia considera a los poderes adjudicadores respecto al efecto directo ascendente como si estos

se tratasen del propio «Estado»; prohibiéndoles acogerse a preceptos de las Directivas no transpuestas.<sup>62</sup>

Por consiguiente, y a modo de recapitulación tal y como ha ocurrido en el caso de España, ante la falta de transposición de las citadas Directivas, además de la correspondiente responsabilidad por incumplimiento, entrará a operar el mecanismo del efecto directo, actuando de acuerdo con las premisas citadas con anterioridad. El efecto directo de las Directivas, se deberá poner en consonancia con el principio de primacía del Derecho Comunitario. En este sentido, se debe poner de manifiesto a los órganos de los recursos contractuales, que tienen la potestad tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia para plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE

Por último, se debe hacer alusión al artículo 90 de la Directiva 2014/24/CE que hace referencia a una serie de supuestos que podrán transponerse más tarde de la fecha fijada para la transposición de la Directiva, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones.

## **7. Conclusiones.**

Tras la elaboración de este trabajo, se ha observado que la integridad es un principio axiomático caracterizado por su falta de sustantividad pues requiere de otros principios para concretar su contenido. En cambio, la transparencia es un principio que sí aguarda consecuencias jurídicas propias y que se encuentra regulado en numerosas normas de nuestro ordenamiento jurídico. Ésta se manifiesta a través de diferentes mecanismos; ya sea de manera activa, pasiva o colaborativa. Todos ellos configuran el contenido de este principio y garantizan su operatividad.

Ambos principios coinciden respecto a su finalidad. Ésta es la garantizar el correcto funcionamiento del procedimiento de adjudicación, evitando cualquier tipo de irregularidad que se pudiese dar en el mismo y asegurando la efectiva publicidad de los contratos. En este sentido, se ha observado los distintos problemas que puede provocar la falta de transparencia. El principal problema que se asocia a la falta de integridad, y en particular a la falta de transparencia es la corrupción. Son diversos los mecanismos que se han previsto para erradicar la misma. Así, las nuevas tecnologías han desarrollado un

---

<sup>62</sup> STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97.

papel crucial, no sólo como mecanismo represor sino como un instrumento que ayude a potenciar la cultura de la transparencia que tanto se intenta alcanzar. Un claro reflejo de ello son las diversas normas que se están promulgando a nivel comunitario, estatal y autonómico. El contexto socio-económico unido a los diversos casos de corrupción que han aflorado en los medios de comunicación han ido sensibilizando notablemente a la población y concienciando a los órganos públicos de la necesidad de implementar unos mecanismos que hasta ahora habían resultado insuficientes.

Un gran avance ha sido la promulgación del nuevo paquete legislativo a nivel comunitario, aprobado durante el año 2014. Éste ha mejorado la legislación existente reforzando la Ley en aquellos aspectos que aún se mostraban vulnerables y que podían dar pie a posibles conflictos de intereses. Así, se considera que estas medidas sobre integridad propugnadas desde las instancias europeas deben elevar el nivel de moralidad administrativa, garantizando ámbitos de objetividad que no den pie a que se puedan generar posibles anomalías en el procedimiento administrativo.

Para finalizar, se debe destacar un aspecto fundamental y el cual constituye un pilar clave sobre el que se sostiene el régimen jurídico mencionado. Este no es otro que la cultura de la transparencia. La transparencia no debe ser un principio al que debemos aspirar, sino una realidad material. Es por ello que tanto los ciudadanos, como los poderes públicos deben aunar fuerzas para garantizar este principio. Así, no es solo un valor que se debe inculcar desde el ámbito familiar, sino también desde las distintas instituciones públicas con el objetivo de que el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas sea lo normal a ojos de cualquier ciudadano.

## **Bibliografía**

- José Eugenio Soriano García (Director), «por el derecho y la libertad», libro homenaje al profesor Juan Afonso Santamaría Pastor, volumen II, Iustel, 2014.
- Agustí Cerrillo i Martínez, «El principio de integridad en la contratación pública», Aranzadi, 2014.
- Francisco L. Hernández González, «El impacto de la crisis en la contratación pública», Aranzadi, 2016.
- Instituto Nacional de Administración Pública, «la integridad en la contratación pública; buenas prácticas de la A a la Z», OCDE, 2010.
- José María Gimeno Feliú, «El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia», Aranzadi, 2014.
- Pablo García Mexía, «Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder», Tirant lo Blanch-Sintagma, 2008.
- Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, «Principios de ética pública. ¿Corrupción o servicio?», Montecorvo, 1993.
- Santiago Muñoz Machado, «Informe sobre corrupción», Círculo Cívico de Opinión, 2013.

### Relación de sentencias:

- STJUE de 21 de julio de 2005, asunto C-231/03.
- STJUE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06.
- STS de 13 de Julio de 2006 (Sala 3ª).
- STJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-450/06.
- STJUE de 4 de octubre de 2012, asunto C-629/11.
- STJUE de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90.
- STJUE de 5 de abril de 1979, asunto C-8/81.

#### Relación de normativa y documentos oficiales:

- Real Decreto de 27 de febrero de 1852.
- Ley de Administración y Contabilidad de 1911.
- Reglamento de Contratación para las obras y servicios de las entidades municipales del 2 de julio de 1924.
- Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales del 8 de enero de 1953.
- Real Decreto 963/1965 por el que se aprueba la Ley de Contratos del Estado.
- Constitución Española de 31 de octubre de 1978
- Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971.
- Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio.
- Directiva 93/37 CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.
- Directiva 89/665/CEE de 21 de diciembre de 1989.
- Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea.
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo.
- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Ley 19/2014 de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Directiva 2014/24/CE, de 26 de febrero.

- Ley 11/2007 de 22 de julio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.
- Ley 29/2010, de 3 de agosto, de Uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público de Cataluña.
- Ley foral de Navarra 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto.
- Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.
- Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de Transparencia y Acceso a la Información Pública en Canarias.
- Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.
- Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de Defensa y Seguridad.
- Resolución 62/2012, de 29 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta de Aragón.
- Directiva 2014/23/CE, de 26 de febrero de 2014.
- Directiva 2014/25/CE, de 26 de febrero de 2014.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 12 de junio de 1985.

#### Informes, estadísticas y otros documentos:

- Documento «Principles for integrity in public procurement», emitido por la OCDE en 2009.
- Barómetro Global de la Corrupción de 2013, de «Transparency International».

- Índice de la Percepción de la Corrupción del año 2015, de «Transparency International».
- Informe del 3 de febrero del año 2014, de la Comisión «sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea»,